

# KAFALA Y ADOPCIÓN EN LAS RELACIONES HISPANO-MARROQUÍES

ANA QUIÑONES ESCÁMEZ  
ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT  
HOUDA ZEKRI  
JAMILA OUHIDA







# **KAFALA Y ADOPCIÓN EN LAS RELACIONES HISPANO-MARROQUÍES**

**Ana QUIÑONES ESCÁMEZ - Andrés RODRÍGUEZ BENOT  
Houda ZEKRI - Jamila OUHIDA**

**Coordinación:** Unidad de Ejecución Proyecto ADL  
**Traductores:** Ignacio Ferrando y Hassan el Uazani

**FIIAPP**  
C/ Beatriz de Bobadilla 18, 4ª planta • 28040 Madrid (España)

ISBN: 978-84-692-4330-5  
Depósito Legal: M-52.593-2009

# Índice

<b>PRÓLOGO</b>	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO I. LA KAFALA EN EL DERECHO MARROQUÍ</b>	<b>II</b>
<b>I. INTRODUCCIÓN</b>	<b>12</b>
<b>II. EL ACOGIMIENTO FAMILIAR PERMANENTE (KAFALA) DE MENORES ABANDONADOS EN EL ORDENAMIENTO MARROQUÍ</b>	<b>17</b>
1. El concepto de menor abandonado	19
a) El hijo de padres desconocidos	21
b) El hijo de padre desconocido y de madre conocida que renuncia a él	23
2. El huérfano o el menor cuyos padres son incapaces de cuidar	26
a) El niño huérfano	26
b) Incapacidad de los padres de cuidar al menor	28
3. Conducta desviada de los padres e incumplimiento de sus obligaciones de cuidar y orientar al menor	28
4. La declaración de abandono en la legislación marroquí en vigor	30
a) El papel del Ministerio Fiscal	30
b) El tribunal competente en materia de declaraciones de abandono de menores	34
<b>III. LOS REQUISITOS RELATIVOS A LAS PERSONAS FÍSICAS Y A LAS INSTITUCIONES DE ACOGIDA</b>	<b>35</b>
1. Los requisitos relativos a los cónyuges	36
2. Los requisitos relativos a la mujer	42
3. Los requisitos relativos a las instituciones de acogida	44
a) Aldeas Infantiles Modelo	46
b) La Liga Marroquí para la Protección de la Infancia	46
<b>IV. EL PROCEDIMIENTO DE LA KAFALA DE UN MENOR ABANDONADO</b>	<b>47</b>
<b>V. EFECTOS DE LA KAFALA</b>	<b>51</b>
1. Efectos de la <i>kafala</i>	51
1.1. Derechos individuales	51
a) Derecho a la guarda y custodia	51
b) Derecho a cuidados y educación	54
c) El derecho a la nacionalidad	57
d) El derecho al nombre	60
1.2. Derechos económicos	64

a) Derecho a la manutención	65
b) La donación, el legado o el donativo	67
2. Indemnizaciones y subsidios sociales de los que se beneficia quien asume la <i>kafala</i>	68
3. La responsabilidad civil de quien asume la <i>kafala</i> con respecto a los actos del menor acogido en <i>kafala</i>	70
4. La posibilidad de viajar con el menor acogido en <i>kafala</i> fuera de Marruecos	79

## **VI. EL CESE DE LA KAFALA** **83**

1. Motivos del cese de la <i>kafala</i>	83
a) Motivos del cese de la <i>kafala</i> cuando el <i>kafil</i> es una persona	84
b) Motivos del cese de la <i>kafala</i> cuando el <i>kafil</i> es una organización o asociación encargada de la infancia	85
2. Efectos del cese de la <i>kafala</i>	86

## **VII. ANEXOS** **86**

1. Bibliografía	86
2. Textos legislativos y disposiciones reglamentarias	88
3. Práctica judicial y jurisprudencia	107

## **VIII. GLOSARIO** **124**

## **CAPÍTULO II. EFICACIA DE LA KAFALA ANTE EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL** **127**

### **I. PRESUPUESTOS PREVIOS PARA LA EFICACIA ANTE EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL DE LA KAFALA CONSTITUIDA ANTE LA AUTORIDAD MARROQUÍ** **128**

### **II. LA PERSPECTIVA ADMINISTRATIVA: LA ENTRADA EN TERRITORIO ESPAÑOL DEL MENOR SOMETIDO A KAFALA ANTE LA AUTORIDAD MARROQUÍ** **132**

### **III. LA PERSPECTIVA SUSTANTIVA: EL ESTATUS ANTE EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL DEL MENOR SOMETIDO A KAFALA ANTE LA AUTORIDAD MARROQUÍ** **139**

1. El reconocimiento de la <i>kafala</i> ante el ordenamiento español	139
2. La imposibilidad de conversión de la <i>kafala</i> en adopción mediante el mecanismo consagrado en la Ley de Adopción Internacional de 2007	141
3. Los efectos limitados de la <i>kafala</i> en nuestro ordenamiento en tanto que figura protectora del menor	145

<b>IV. ANEXOS</b>	<b>150</b>
1. Bibliografía	150
2. Legislación	152
3. Jurisprudencia	153
3.1. De la Dirección General de los Registros y del Notariado	153
3.2. De la jurisdicción ordinaria	154

**CAPÍTULO III. PROTECCIÓN DEL MENOR VENIDO A ESPAÑA EN *KAFALA*: ACOGIMIENTO CON TUTELA DATIVA Y, EN SU CASO, ADOPCIÓN** **157**

**I. INTRODUCCIÓN: OBJETO DEL TRABAJO** **158**

**II. FUENTES INTERNACIONALES** **158**

1. Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño: <i>kafala</i> y adopción	158
a) Carácter subsidiario de la protección internacional del menor	159
b) Correlación entre competencia y ley aplicable	160
2. Optimización de la protección del menor <i>makfoul</i> : situación de desamparo en caso de fallecimiento del <i>kafil</i>	161
3. Pensión de orfandad del menor venido en <i>kafala</i>	169

**III. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y PROHIBICIÓN DE LA ADOPCIÓN** **171**

1. Métodos y técnicas en derecho internacional privado: las leyes de policía	171
2. Soluciones en el derecho comparado	172
a) Italia: un proyectado acuerdo bilateral con Marruecos sobre reconocimiento de la <i>kafala</i> como adopción simple	173
b) Francia: la prohibición extranjera es descartada si el menor ha nacido y reside en Francia	174
c) Reino Unido: el juez puede tomar en consideración la ley de policía extranjera	175
d) Luxemburgo: aplicación anticipada al futuro adoptado de la ley nacional del adoptante	176
e) Alemania: posible sustitución de la ley extranjera —parcialmente aplicable— en el interés del menor	177
f) Suiza: normas de conflicto y normas materiales especiales	179
g) Bélgica: normas de conflicto y normas materiales especiales	180
3. Normas de derecho internacional privado español: Ley 54/2007, de 28 de diciembre de 2007, sobre Adopción Internacional	182
a) Competencia de autoridades y ley aplicable: la ley española para el menor venido en <i>kafala</i> que reside o va a residir habitualmente en España	183
b) Leyes extranjeras a tener en cuenta	184
4. Práctica judicial española relativa a la adopción de menores venidos en <i>kafala</i>	187
a) Autos que otorgan la adopción: especial referencia al Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 8 de julio de 2008	187



b) Autos que desestiman la adopción: especial referencia al Auto Juzgado de 1ª Instancia de La Coruña, de 13 de febrero de 2008	191
c) Cuestiones de extranjería relativas a la entrada de los menores: visado de reagrupación familiar (tutela) y exención de visado por motivos extraordinarios	193
<b>IV. REFLEXIÓN FINAL</b>	<b>195</b>
<b>V. BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>196</b>

## **PRÓLOGO**



En mi calidad de secretario de Estado de Justicia cumplo con agrado y satisfacción la presentación del presente libro, tan útil como esperado por la comunidad jurídica española y que aborda nada más y nada menos que el análisis de una institución muy conocida en el derecho islámico, la *kafala*, pero sin embargo mucho menos conocida en nuestro entorno jurídico.

El objetivo esencial de la *kafala* es el de permitir que niños privados de su medio familiar puedan obtener otro tipo de cuidados, tal y como dispone la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. De hecho, el artículo 20.3 de dicho Convenio ya precisa que “[e]ntre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la *kafala* del derecho islámico, la adopción o, de ser necesaria, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores”. La *kafala* es, en definitiva, internacionalmente reconocida como un modo de protección estable y duradero de los niños, en la medida en que permite que niños cuya filiación biológica permanece desconocida, puedan ser acogidos legalmente en una familia que les brindará protección, manutención y educación.

La cooperación hispano-marroquí en el ámbito de la justicia se ha visto reforzada tras la firma por los ministros de Justicia de España y de Marruecos, hace ya más de cuatro años, del “Proyecto ADL de fortalecimiento y modernización de la Administración de Justicia del Reino de Marruecos”, que es quien hace posible la publicación del presente libro. En este sentido, el proyecto ADL, a través de sus publicaciones, contribuye a una mejor comprensión de las instituciones jurídicas marroquíes en España. Ése es el objetivo del presente estudio, que ofrece un amplio análisis de la institución de la *kafala*, una institución del derecho marroquí que suscita, en la actualidad, numerosas ambigüedades e incertidumbre en las relaciones jurídicas entre España y Marruecos. También abre la puerta a la comprensión de una institución que, como señala la propia Convención sobre los Derechos del Niño, es propia del derecho islámico.

La *kafala* no deja de ser compleja para el jurista español y por ello requiere un análisis exhaustivo que no puede ser meramente jurídico, sino que debe incluir otras perspectivas y en particular contar con una aproximación histórico-cultural. El presente estudio ha optado en mi opinión con gran acierto por un análisis de la *kafala* en tres dimensiones: una dimensión histórica, que explica el origen y el propósito de dicha institución en el derecho islámico clásico; una dimensión práctica, que analiza la *kafala* en los derechos positivos marroquí y español; y, por último, una dimensión internacional privatista que analiza la relación de la *kafala* con las demás instituciones existentes en materia de protección del menor.

El importante crecimiento de la comunidad marroquí residente en España viene generando un aumento en la demanda de información y asesoramiento jurídico tanto por parte de abogados y jueces, como por parte de las asociaciones que militan por los derechos de los inmigrantes. La presente obra será sin duda alguna de gran utilidad, para los juristas y otros profesionales interesados en

la materia, tanto en España como en Marruecos, y contribuirá a mermar las dificultades que surgen en la práctica y afectan la vida personal y familiar de los ciudadanos de ambos países. Por ello, desde este “Ministerio del Derecho”, que es el Ministerio de Justicia, acogemos con gran entusiasmo una obra que contribuye, en última instancia, al respeto del principio constitucional de seguridad jurídica y a la garantía de la plena efectividad de los derechos de los ciudadanos.

Pero más allá del conocimiento de nuestras instituciones jurídicas, el objetivo esencial de publicaciones como la que hoy tengo el honor de prologar es el de generar un clima de confianza entre las comunidades jurídicas de nuestros países, que favorezca una colaboración estrecha y eficiente. Sólo conociendo las políticas legislativas y los sistemas jurídicos respectivos se puede reflexionar en común y avanzar conjuntamente. Con la publicación del presente libro aprendemos los unos de los otros, nos enriquecemos con el conocimiento de nuestros sistemas y realidades jurídicas y marcamos un hito más en la construcción de un modelo de cooperación de referencia entre un país europeo y otro árabe.

Juan Carlos Campo Moreno  
Secretario de Estado de Justicia

## **CAPÍTULO I. LA KAFALA EN EL DERECHO MARROQUÍ**

**Houda Zekri**

**Consultora "Proyecto ADL" y doctoranda en la Facultad  
de Derecho de Granada**

**Jamila Ouhida**

**Profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad  
Mohamed V-Souissi, Rabat**

## I. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

La *kafala* en árabe hace referencia a dos conceptos imbricados: por un lado se trata del compromiso a pagar la deuda de otra persona. Los *hanafíes* la definen como la anexión de la deuda de una persona a la del *kafil* que se compromete a pagarla. El concepto de *kafala* implica por tanto la garantía del pago<sup>2</sup>. Por otro lado, acoger a un niño en *kafala* significa cuidarlo y educarlo con el fin de protegerlo del desamparo.

El análisis de la institución de la *kafala* de niños impone un breve recorrido por sus orígenes estrechamente vinculados al advenimiento del Islam. Esto permitiría corregir o al menos exponer una versión diferente de la que circula en los estudios europeos en relación con el origen y el propósito de la *kafala*. En efecto, algunos autores occidentales<sup>3</sup> explican que el Profeta, en una visita a su hijo adoptivo *Zayd*, quedó prendado de la esposa de éste, *Zaynab*. *Zayd* repudió a su esposa para complacer a su padre adoptivo y para que éste pudiera casarse con ella. Ante el escándalo que estos hechos suscitaron en una sociedad que prohibía el matrimonio entre un hombre y su nuera adoptiva, bajaron los versos del Corán que prohíben la adopción. Las críticas vertidas contra esta versión de los hechos son varias, la más destacable siendo el grado de veracidad de la fuente.

Es bien sabido que la *Sunna* es un inmenso corpus literario compendiado en el siglo IX después de un largo periodo de elaboración, con el objetivo de completar e interpretar los casos en los que el Corán no se hubiera pronunciado. Existen varios compendios de *hadiths* (dichos del Profeta) que se impusieron gradualmente en la comunidad musulmana por consenso. La rama *sunní* reconoce a seis de ellos: *Al-Djâmi` as-Sahih* de *Bukhârî*; *al-Djâmi` as-Sahîh de Muslim*; *Kitâb as-Sunan* de *Abu Dâwûd*, *Kitâb al-Djâmi`* de *Tirmidhî*; *Kitâb as-Sunan de Nasâ`i* y *Kitab as-Sunan* de *Ibn Mâja*. Existen además otros compendios que gozan de una gran estima en la comunidad islámica como el *Kitâb al-Muwatta`* del imán *Mâlik ben Anas*, considerado como el manual de la escuela *malekita* (y una de las principales referencias para el derecho marroquí) y el *Musnad* de *Ahmad ben Hanbal*, que sirve de obra principal para la escuela *hanbalí*. Ahora bien, la versión antes mencionada no fue recopilada por ninguno de los compendios citados, lo cual pone en duda la veracidad de su narración. Es más,

---

1 Houda Zekri.

2 La definición de la *kafala* en árabe es bastante compleja: se trata de que una persona responda por otra no sólo en cuestiones pecuniarias, sino también en el caso de una promesa del *makful* de hacer un trabajo, de entregar un bien, de su obligación de indemnizar a una familia por haber causado accidentalmente la muerte de un miembro de ella, etc. *Sabiq, Assayid, Fiqh Asunna*, Tomo III, Editorial Edisoft Casablanca, ed. 2006, pp. 227-230.

3 F. Calvo Babío, *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Universidad Rey Juan Carlos, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 13-15.

los comentaristas más importantes del Corán explican los hechos de manera distinta. Tanto *Ibn Kathir*<sup>4</sup> como *Tabarî*<sup>5</sup>, cuyos *tafsir*<sup>6</sup> del Corán son los más conocidos, narran que *Zayd Ibn Haritha* fue robado de su familia y vendido como esclavo. El sobrino de *Khadija*, esposa del Profeta, se lo regaló y ella a su vez se lo regaló al Profeta. Una vez localizado por su familia, éstos pidieron al Profeta que lo devolviera al seno de su familia y tribu pero *Zayd*, a quien el Profeta pidió su opinión, prefirió quedarse con él. Como recompensa, el Profeta liberó a *Zayd*, lo adoptó dándole su apellido, lo cual era una práctica muy frecuente en la Arabia preislámica, y lo casó con su prima *Zaynab*, pagando el mismo Profeta su dote. Con ello, el Profeta pretendía demostrar la igualdad entre esclavos y personas libres. No obstante, el matrimonio fracasó al poco tiempo porque *Zainab* sentía que merecía tener un esposo con un rango social tan alto como el suyo (perteneciendo ella a una de las familias más importantes de *Quraich* y siendo además prima del Profeta). Una vez disuelto aquel matrimonio, el Profeta obedeció a la orden divina de tomar por esposa a *Zainab* con el fin de probar definitivamente que la adopción queda prohibida por el Islam y no crea ningún vínculo de filiación entre las personas<sup>7</sup>.

A raíz de estos sucesos, quedó prohibida la adopción<sup>8</sup> por crear lazos familiares ficticios y vulnerar las relaciones sanguíneas sobre las que se arraiga la cultura islámica. La preservación del linaje representa para la sociedad arabo-musulmana un valor fundamental que impera sobre otros valores “occidentales” como la protección de los derechos del menor ilegítimo o la importancia de igualar los derechos de todos los menores independientemente de que procedan o no del matrimonio o de que sean naturales o adoptados.

En cambio, la institución de la *kafala* cobró una gran importancia en la comunidad musulmana por cumplir los preceptos religiosos de solidaridad y de humanismo<sup>9</sup>. Así pues, la *kafala* permite a las parejas con o sin hijos acoger a un menor y velar por sus intereses, sin que ello dé lugar a la creación de ningún vínculo jurídico entre los padres por *kafala* y el menor acogido<sup>10</sup>. Comparada con

---

4 [http://fr.wikipedia.org/wiki/Ibn\\_Kathir](http://fr.wikipedia.org/wiki/Ibn_Kathir)

5 <http://fr.wikipedia.org/wiki/Tabari>

6 Comentario explicativo del Corán ilustrado por versos coránicos y *hadiths*/dichos del Profeta.

7 Esta versión permite sin duda enmarcar la historia dentro de la misión divina del Profeta y no relatarla como un mero capricho humano.

8 La adopción se practicaba de modo caótico en la Arabia preislámica, ya que no sólo se adoptaban niños abandonados, sino que servía también para que hombres con cierto estatus social y económico atribuyeran su apellido y su herencia a niños de su elección cuya filiación era conocida. La adopción implicaba también en muchas ocasiones un tráfico de niños debido a la pobreza de sus progenitores. Su prohibición quedó plasmada en los versos 5, 37 y 38 de la Azora de los Partidos (*Al-Ahzab*).

9 Existen varios *hadiths* del Profeta instando a los musulmanes a acoger a niños en *kafala*, *ad. ex.*: “Aquel que tenga a su carga un huérfano, será así conmigo en el paraíso” haciendo el gesto de juntar su índice con su dedo medio y separándolos.

10 El artículo 149.1° del CFM dispone que “la adopción (*Attabani*) no tiene valor jurídico y no producirá ninguno de los efectos de la filiación legítima”.



la adopción, la *kafala*<sup>11</sup> constituye una figura protectora con carácter formal<sup>12</sup>: “Sólo se admite un tipo de acogimiento en el sentido humanitario, con la finalidad de ofrecer al menor una vida social sana con todas las garantías necesarias (pero sin considerarle nunca como hijo legítimo)”<sup>13</sup>. En cambio, la adopción es una institución cuyo objetivo principal es la constitución del vínculo de filiación.

Se entiende por adopción el acto jurídico mediante el cual se crea un vínculo de parentesco entre dos personas, de forma tal que establece entre ellas relaciones análogas o muy similares a las que resultan jurídicamente de la paternidad. Existen dos tipos de adopción, la plena y la simple. La adopción plena surte los mismos efectos que la filiación natural, mientras que la adopción simple no supone un cambio en el apellido del adoptado ni le otorga el derecho a acceder a la sucesión testamentaria al igual que los hijos naturales<sup>14</sup>.

En el marco de la *kafala*, queda descartada la creación de cualquier vínculo de filiación, dando lugar en la práctica en muchos países musulmanes a la prohibición —expresa o tácita— de otorgar al *makful* el apellido del *kafil*<sup>15</sup>. Ante el silencio del actual Dahir sobre la *kafala*, cabría pensar que el legislador pretende flexibilizar esta tendencia, ya que nada en el *fiqh* ni en la *chariâ* asimila la filiación al apellido. De hecho, el apellido es un concepto occidental introducido por las legislaciones europeas durante la colonización y no puede ser asimilado al *Nasab*<sup>16</sup>, genealogía de tipo agnado (que descienden de un tronco común de varón en varón)<sup>17</sup>. Además, el apellido es susceptible de modificación en virtud del artículo 21 del Decreto sobre la aplicación de la Ley sobre el Estado Civil<sup>18</sup>, mientras que el *Nasab* es intangible. Por todo ello, resultaría conveniente permitir legalmente que el menor acogido, cuya filiación fuera desconocida, pueda tener acceso al apellido de su padre por *kafala*. Es indudable que ello redundaría en beneficio del menor tanto a nivel sociológico como psicológico<sup>19</sup>. Así lo ha entendido el legislador argelino que introdujo en 1992,

---

11 A. Canac, “Réflexions sur l’inexistence de l’adoption en droit musulman”, *Revue Algérienne*, 1959, nº 2, p. 27; J. Lapanne-Joinville, “La filiation maternelle en droit musulman malékite”, *Revue Marocaine de Droit*, 1952, p. 256.

12 A. Rodríguez Benot, “El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural. Un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la kafala”, *RGD*, 1997, p. 4427.

13 Circular sobre la *kafala* de 18 de febrero de 1983 (párrafo preliminar).

14 <http://es.wikipedia.org/wiki/Adopci%C3%B3n#>

15 M. Chañi, “L’enfant né hors mariage au Maroc”, *Revue Marocaine de Droit et d’Economie de Développement*, nº 19, 1989, p. 133.

16 Genealogía o descendencia que indica la idea de filiación que, de no abreviarse, puede llegar, en caso de conocerse, al antepasado más remoto. Formado por la unión del nombre del hijo con la partícula de filiación *ibn* o *ben* —hijo de— más el nombre del padre/abuelo/bisabuelo, etc. En algunos lugares como Marruecos se usa *uld* en lugar de *ben* y para las mujeres se usa la partícula *bent* —hija de—, en: [http://es.wikipedia.org/wiki/Onom%C3%A1stica\\_%C3%A1rabe](http://es.wikipedia.org/wiki/Onom%C3%A1stica_%C3%A1rabe)

17 Definición de la Real Academia Española.

18 Decreto nº 2-99-665, de 9 de octubre de 2002, B.O. nº 5054, de 7 de noviembre de 2002, p. 1198.

19 Sin olvidar que facilitaría los trámites administrativos para aquellas personas encargadas de la *kafala* residentes fuera de Marruecos. A modo de ejemplo, la embajada alemana exige para otorgar un visado que el niño lleve el apellido de su *kafil*.

gracias a una *fatwa*<sup>20</sup> del Consejo Superior Islámico, la posibilidad de cambiar el apellido del menor a condición de que sea de ascendencia desconocida y de que su madre biológica, si ha lugar, diera su previo consentimiento por escrito<sup>21</sup>.

La *kafala*, tal y como la recoge el ordenamiento marroquí, representa la posibilidad de ofrecer a un menor abandonado un entorno familiar donde pueda desarrollarse como individuo y donde pueda ser protegido, cuidado y educado por adultos responsables y afectuosos que lo traten como padres naturales<sup>22</sup>. Esta definición presenta un especial interés si tenemos en cuenta la situación de extrema vulnerabilidad en la que se encuentran los niños abandonados en Marruecos. Esto se debe a varios factores de los cuales cabe destacar el grave problema de las madres solteras. En efecto, la filiación extramatrimonial continúa siendo en Marruecos un drama social cuyas víctimas principales son los niños. La única filiación reconocida en el ordenamiento marroquí es la legítima (artículo 145 del CFM), dando lugar a la protección de todos los derechos de los hijos en relación con la filiación, la religión, la manutención y la sucesión con respecto al padre. Sin embargo, la filiación tanto legítima como ilegítima surte los mismos efectos respecto a la madre. Esta diferencia de trato fomenta en cierto modo el sentimiento de impunidad de los padres biológicos que optan por desentenderse de sus hijos.

Cabe precisar que no se trata siempre de relaciones extraconyugales<sup>23</sup>, sino que un gran porcentaje de los casos afecta a relaciones de esponsales o de matrimonios no autenticados. En el primer caso, el CFM ha intervenido para corregir una situación de injusticia, estableciendo la filiación de los hijos concebidos durante el periodo de noviazgo<sup>24</sup>, ya sea mediante el reconocimiento de ambos progenitores o bien por todos los medios legales si el novio negase su paternidad. Al modificar esta norma, el legislador optó por alinearse a la opinión de varios autores marroquíes<sup>25</sup> que venían

---

20 La *fatwa* es la opinión del *mufti*, conocedor de la religión musulmana y consultado tanto por particulares como por órganos estatales para conocer la posición exacta por adoptar en el plano jurídico, político o relativo al culto, con el fin de conformarse con la religión musulmana. S. A. Abu-Sahlieh, "L'institution du mufti et de sa fatwa/décision en islam", *Praxis Juridique et Religion*, 7 de febrero de 1990, pp. 125-148.

21 Decreto ejecutivo nº 92-24, de 13 de enero de 1992, completando el Decreto nº 71-51, de 3 de junio de 1971, relativo al cambio de apellido.

22 Para más detalles sobre los derechos del *makful*, vid. las explicaciones de Jamila Ouhida en la parte relativa a los efectos de la *kafala*.

23 Las relaciones sexuales fuera del matrimonio son punibles en virtud del artículo 490 del Código Penal marroquí.

24 Sometiéndola a algunas condiciones como la concurrencia de circunstancias que hubieran impedido celebrar el matrimonio, la difusión del noviazgo entre ambas familias (carácter oficial de la relación), la prueba de que el embarazo hubiera tenido lugar durante el periodo de noviazgo y el reconocimiento por ambos novios de su paternidad (artículo 156 CFM).

25 A. Ghmija, *La actitud del Tribunal Supremo ante la dualidad del derecho y del fiqh en temas de estatuto personal*, Publicaciones de la asociación Nachr al maâlouma al qanuniya wal qadaïya, Serie de Dirasat wa abhath, nº 1, 2007, pp. 537-541 (en árabe); A. Khamlichi, *Comentario acerca de la Ley sobre el Estatuto Personal*, 2ª parte, tomo 2, Ed. Al Maârif al Jadida, Rabat, 1994, p. 36 (en árabe); G. Elhosseini, "Al Walad lil firach", *Revue de Droit et de Jurisprudence*, nº 130, p. 45 (en árabe).

proclamando la legitimidad de los hijos nacidos en el marco de una relación de esponsales.

En segundo lugar, los matrimonios no autenticados representan un grave perjuicio a los derechos de las esposas y de los hijos y, pese a ello, en muchas partes en Marruecos —sobre todo en las zonas rurales— se sigue practicando el matrimonio coránico, a saber, mediante la lectura de la primera azora del Corán y testigos que dan fe de la unión. Ciertamente, el matrimonio en la *chahiâ* islámica es válido siempre y cuando tenga lugar el consentimiento de las partes y la publicidad de la unión. No obstante, desde el advenimiento de la independencia, la ley marroquí exige la conclusión del acto por escrito ante adules y su autenticación ante el juez notarial para que constituya una prueba válida de la unión matrimonial. Para paliar los efectos de dichas situaciones, el artículo 16 del CFM dispone que: “... Si por motivos de fuerza mayor no se hubiera levantado acta matrimonial a su debido tiempo, el tribunal admitirá en los procesos de reconocimiento de matrimonio cualquier medio de prueba o informe pericial. El tribunal que conozca de los procesos de reconocimiento de matrimonio tendrá en cuenta la existencia de hijos o embarazos fruto de la relación conyugal, así como que la acción se haya promovido en vida de los dos esposos. La acción de reconocimiento de matrimonio será admisible durante un periodo transitorio máximo de cinco años, a partir de la fecha de entrada en vigor del presente Código”.

A estos factores habría que sumar la tendencia de la jurisprudencia marroquí a rechazar como pruebas de filiación tanto los documentos del estado civil como los tests de ADN. En efecto, el Tribunal Supremo fue tajante al considerar que la partida de nacimiento no constituye en sí sola una prueba de filiación<sup>26</sup>, ya que los documentos del estado civil deben ser conformes con las disposiciones del Código de Familia y no pueden atestar sobre la filiación de una persona si se comprobara que fue concebida fuera del plazo legal previsto por el CFM. Por otra parte, pese a que el CFM<sup>27</sup> haya integrado el peritaje médico como modo de prueba en los litigios en materia de filiación, la jurisprudencia continúa siendo reticente a recurrir a los tests de ADN por ejemplo<sup>28</sup>.

---

26 Decisión del TS n° 201, de 18 de enero de 1961, *Revista de Derecho y de Jurisprudencia*, n° 59-60-61, p. 536, citada por A. Ghmija, *La actitud del Tribunal Supremo... op.cit.*, p. 544; decisión del TS n° 1461, de 29 de noviembre de 1998, publicada en el periódico *Al Ittihad al Ichtiraki*, n° 6745, de 27 de enero de 2002.

27 Artículo 153: “Las relaciones conyugales (*Al Firach*) se establecerán por los mismos medios que el matrimonio. Las relaciones conyugales y sus condiciones constituyen una prueba irrefutable de la filiación paterna. Únicamente el marido podrá impugnarlas, mediante el procedimiento del juramento de anatema (*Liâne*: procedimiento por el que se presenta una acusación jurada del adulterio cometido por el otro cónyuge) o la presentación de un dictamen pericial formal, reunidas dos condiciones: el marido afectado tendrá que presentar pruebas como sustento de sus alegaciones; el dictamen pericial habrá de ser ordenado por el tribunal”.

28 Para ilustrar esta tendencia, vid. el caso Bellakdim en: <http://www.minorites.org/article.php?IDA=6489>

Éstos son grosso modo los factores que agravan la situación de las madres solteras y que hacen que ante la presión social y económica, no encuentren más remedio que abandonar a sus hijos. Una mayor sensibilización sobre los peligros de la maternidad anterior al matrimonio y de las uniones no autenticadas se impone, sobre todo en las zonas más pobres y aisladas del país, a fin de evitar dramas cuyas víctimas son siempre los niños y las mujeres.

## **II. EL ACOGIMIENTO FAMILIAR PERMANENTE (KAFALA) DE MENORES ABANDONADOS EN EL ORDENAMIENTO MARROQUÍ<sup>29</sup>**

La ley islámica (*charía*) presta gran atención a las personas vulnerables en términos generales dentro de la sociedad islámica y, en particular, a los niños expósitos y los huérfanos. En cierta ocasión, un hombre se presentó ante el Profeta lamentándose de su propia crueldad, a lo que éste respondió: “¿Quieres ablandar tu corazón y satisfacer tu necesidad? Pues sé compasivo con los huérfanos, úngeles la cabeza y dales de tu propia comida. Verás cómo así tu corazón se ablanda y satisfaces tu necesidad”<sup>30</sup>. De Iyad se nos ha transmitido la siguientes palabras del Profeta: “En el paraíso hay tres clases de personas: los que detentan el poder y lo ejercen con justicia, dando limosna y mereciendo la ayuda divina; los que son compasivos y dulces de corazón con todos los parientes y los creyentes; y los castos y virtuosos con familia a su cargo”<sup>31</sup>. Hay multitud de textos que aluden al énfasis que pone la ley islámica (*charía*) en promover la misericordia en las almas de los creyentes, dado el profundo y noble efecto que dicha cualidad produce en el individuo y en la sociedad.

Pero el notable interés de la ley islámica (*charía*) por los niños huérfanos y expósitos no se limita a instar a los creyentes a ser nobles, compasivos y bondadosos con ellos, sino que va mucho más allá, promulgando una serie de sentencias jurídicas que conforman un sistema integral de protección a los niños expósitos en la sociedad islámica, preservando así tanto su dignidad como sus derechos materiales y morales, librándolos del perjuicio del desprecio, la humillación y la pérdida de sus derechos e intereses.

El Código de Familia (*mudawwana*), al igual que el Código de Estatuto Personal ya derogado, siguiendo las pautas de la ley islámica (*charía*), prohíbe la adopción común, considerando que es nula y que no comporta efecto de filiación legítima alguna, como el derecho a la herencia y otros, de manera que la única fórmula de

---

29 Jamila Ouhida.

30 Citado por A. El Khamlichi, 263/2.

31 Citado por A. El Khamlichi, 162/4.

adopción autorizada es la llamada “adopción de gratificación”, por la que se instituye a un tercero, cuya filiación paterna no consta, como legitimario, aplicándosele las disposiciones del derecho sucesorio.

Ante esta situación, el legislador marroquí, siguiendo las pautas de la ley islámica (*charía*), ha sancionado el acogimiento familiar (*kafala*)<sup>32</sup>, en virtud del Dahir n° 1/93/165, de 10 de septiembre de 1993, que regula la *kafala* de los menores abandonados. Se trata del primer texto legislativo sobre esta cuestión, que venía sufriendo graves carencias hasta entonces. El interés legislativo por esta clase de menores no es producto de la casualidad. Antes bien, ha venido impuesto por numerosas consideraciones, entre las más importantes de las cuales puede citarse el aumento del número de menores con padres desconocidos o el de menores con padre desconocido y cuya madre renuncia a ellos a favor de los centros de acogida<sup>33</sup>. Del mismo modo, el creciente número de repudios, junto a otras lacras propias de estos tiempos, ha contribuido a arrojar a los menores a la calle, de modo que pasan a ser menores abandonados<sup>34</sup>. Por otro lado, el hecho de que nuestro país haya firmado la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, de 13 de junio de 1993<sup>35</sup>, ha impulsado al legislador a prestar atención a este sector de la infancia y a regular su situación social, que continúa sufriendo graves carencias y falta de interés, en clara muestra del compromiso de nuestro país con los tratados y convenciones internacionales suscritas, tal como estipula el preámbulo de la Constitución, y ello a pesar de algunas reservas formuladas por Marruecos en relación con dichos tratados y convenciones. A las consideraciones indicadas *supra* debe añadirse el hecho de que las voces que defienden los derechos del niño en nuestro país se dejan oír cada vez con más nitidez y fuerza, en un momento en que el interés mundial por la cuestión de los derechos del niño y la protección de la infancia no hace sino crecer.

La promulgación de este texto legislativo fue de gran importancia, puesto que garantizaba una serie de disposiciones y medidas tendentes a proteger a los menores abandonados, tanto por lo que respecta a la fórmula de acogimiento del menor abandonado, como el procedimiento legal a seguir para ello, junto con las condiciones que debe reunir quien asume la *kafala*, además de otras cuestiones tratadas en el Decreto Real mencionado *supra*.

---

32 En palabras del Profeta: “Yo estaré en el paraíso junto a quien acoge a los huérfanos”.

33 Es de notar que los estudios e investigaciones llevadas a cabo al respecto no llegan a ofrecer los números reales de este sector de la infancia, dada la falta de datos estadísticos sobre este fenómeno a nivel nacional. Los métodos estadísticos soslayan este segmento, dado su carácter extremadamente sensible desde el punto de vista social, exceptuando algunas estadísticas oficiosas que señalan un aumento progresivo del fenómeno. Véase sobre el particular a A. El Taj, “Los menores abandonados: ¿qué clase de protección social? La familia, la infancia y la evolución de la sociedad”, Ed. Chaala, Najah Jadida, Casablanca, 2002, pp. 58-59.

34 N.C. El Ghazouani, “La Ley de Acogimiento Familiar de Niños Abandonados (*kafala*)”, 1ª ed., junio, Maktaba Dar Assalam, Rabat, 2003, p. 8.

35 Boletín Oficial n° 4440, 19 de diciembre de 1996, p. 2847.

El Dahír de 1993, pese a su importancia, evidenciada el hecho de que vino a cubrir un vacío legislativo que venía afectando durante un largo periodo de tiempo a un sector amplio de la población de Marruecos<sup>36</sup>, fue derogado y posteriormente modificado debido a las carencias y deficiencias que contenía y que la práctica mostró. Éste fue el motivo de la emisión del Dahír de 13 de junio de 2002, por el que se promulga la Ley 15/01 relativa al acogimiento familiar (*kafala*) de menores abandonados<sup>37</sup>, que constaba de 32 artículos repartidos en siete capítulos, derogando, en el artículo 32 y en las disposiciones finales, la totalidad de las disposiciones del Dahír promulgado el 10 de septiembre de 1993 y relativo a los menores abandonados.

Es digno de resaltar que la formulación de esta nueva ley es más precisa, cubriendo de forma más amplia una serie de aspectos que el texto anterior no abordaba. En efecto, el legislador, en el marco de esta nueva disposición legal, define el concepto de menor abandonado, tipifica los casos de abandono, explicitando qué debe hacerse ante un caso de niño recién nacido y cuáles son las consecuencias de la inobservancia de las normas legales. Del mismo modo define el concepto de *kafala* determina el papel que desempeñan la Fiscalía General y el juez de menores en la *kafala* de menores abandonados a la luz de la Ley 15/01, y explicita qué Tribunal ostenta la competencia territorial para ver las demandas de declaraciones de abandono de menores, además del papel desempeñado por el juez de menores.

La nueva ley aborda igualmente la situación legal del menor abandonado, determinando las condiciones requeridas para la *kafala* del menor abandonado, el procedimiento legal a seguir en la *kafala*, así como la forma de aplicarlo. Se tratan también las disposiciones adoptadas para proceder al registro de la promulgación de la orden de asignación de la *kafala* en las oficinas del Registro Civil, junto con las consecuencias legales derivadas de la promulgación de la orden de cese de la *kafala*, así como los motivos de extinción de la misma.

## **1. EL CONCEPTO DE MENOR ABANDONADO**

El Dahír, en su primer artículo, estipula lo siguiente: “Se considerará como menor abandonado a todo niño de uno u otro sexo que no haya alcanzado los 18 años gregorianos cuando se encuentre en una de las siguientes situaciones:

---

36 Más del 60% de la población marroquí es menor de veinte años. Véase al respecto N. C. El Ghazouani, “La Ley de Acogimiento Familiar de Menores Abandonados (*kafala*)”, *op.cit.*, p. 55.

37 Dahír nº 172/02/1 del 1 de Rabia II de 1423, equivalente a junio de 2002, por el que se promulga la Ley 15/01, Boletín Oficial nº 5031, de 19 de octubre de 2002, p. 2362. Asimismo, fue promulgado un decreto el 7 de junio de 2004 en aplicación del artículo 16 de la citada Ley 15/01 relativa a los niños abandonados.

- Haber nacido de padres desconocidos o de padre desconocido y madre conocida que le hubiera abandonado voluntariamente.
- Ser huérfano o hijo de padres incapaces de sobrevenir a sus necesidades o que no dispongan de los medios legales de subsistencia.
- Ser hijo de padres de mala conducta y que no asuman su responsabilidad de protección y de orientación con el fin de conducirlos por el buen camino, como aquéllos desprovistos de la tutela legal o cuando uno de los dos, tras el fallecimiento o la incapacidad del otro, se muestre descarriado y no cumpla el deber mencionado respecto del menor”.

Puede inferirse del texto del artículo citado *supra* lo siguiente:

- El legislador marroquí, a diferencia de lo que estipulan algunas legislaciones del mundo árabe<sup>38</sup>, no presenta una definición del menor abandonado, sino que se limita a enumerar los casos en los que el menor puede considerarse abandonado, enunciándolos de forma excluyente, sin admitir ampliación alguna de los supuestos. Tal proceder del legislador marroquí es acertado, puesto que esa labor de definición, por una parte, corresponde más bien al campo de la jurisprudencia y, por otra parte, es una labor extremadamente difícil, puesto que convendría englobar todos y cada uno de los aspectos del elemento definido de forma exhaustiva, ya que, de no ser así, la definición resultaría deficiente, pudiendo conducir a la confusión entre instituciones jurídicas semejantes.
- El Dahír fija el término de la minoría de edad en 18 años gregorianos<sup>39</sup>, edad que coincide con la fijada para la mayoría de edad legal en el Código de Familia (mudawwana) para ambos sexos, 18 años gregorianos<sup>40</sup>, al igual que en varias de las legislaciones comparadas al respecto<sup>41</sup>, además de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño<sup>42</sup>.
- El legislador marroquí tipifica tres supuestos en los que el menor que no ha alcanzado la edad de 18 años gregorianos se considera menor abandonado. Se trata del hijo nacido de padres desconocidos o de padre desconocido y

---

38 Como la legislación argelina que, en el marco de la Ley de la Salud, lo define como “el hijo nacido de padres conocidos que renuncian a él, no pudiendo posteriormente recurrir a ellos o a sus bienes”. Véase al respecto N. Ait Zai: “L’enfant illégitime dans la société musulmane”, *Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Économiques et Politiques*, vol. XXV III, n° 2, junio de 1990.

39 Se trata de la misma edad que estipula el Dahír 1993/09/10 relativo a los menores abandonados.

40 Artículo 209 del Código de Familia.

41 Ley n° 92 del año 1995 relativa al Código Tunecino de Protección del Niño, capítulo 3, artículo 15, dentro de la Compilación Legislativa de Garantías Sociales.

42 El artículo primero de esta Convención estipula lo siguiente: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

madre conocida. Se hace una distinción en este contexto entre el hijo nacido de padres desconocidos y el hijo nacido de padre desconocido y de madre conocida que renuncia a él.

### a) El hijo de padres desconocidos

Es el que se conoce como “expósito”, término cuya definición lingüística es, tanto en el caso de varones como en el de mujeres, “el hijo de padres desconocidos que se encuentra tirado en la calle o en situación similar”. El término “expósito” hace también referencia al menor de identidad desconocida que ha sido expulsado por su familia o se ha perdido. Los juristas islámicos han dado numerosas definiciones del término “expósito”, coincidentes en algunos puntos y divergentes en otros. Entre ellas podemos citar:

- Primero: la definición de la escuela *hanafí*. Tal como aparece en *Tabyin al-Haqai'iq*: “Es el término dado al niño nacido vivo que es expulsado por su familia por miedo a la pobreza o a ser acusada”<sup>43</sup> [8].
- Segundo: la definición de la escuela *malekita*. Ibn Arfa lo define como sigue: “Es un ser humano menor de edad de padres desconocidos y que no es esclavo” [9]. Por su parte, Ibn Hajib lo define así: “Es el niño perdido o que no tiene protector”. Y Al Qarafi indica: “Es el niño que se encuentra expulsado” [10].
- Tercero: la definición de la escuela *chafí*. En la obra *Mughni al-Muhtaj* se dice: “Es un menor rechazado y arrojado a la calle, o a la mezquita, u otro lugar, que no tiene protector conocido ni nadie que se haya comprometido a subvenir sus necesidades” [11].
- Cuarto: la definición de la escuela *hanbalí*. Dice Ibn Qudama: “Es el niño rechazado”. Y otro dice: “Es el niño cuya filiación paterna se desconoce, que no es esclavo y que ha sido rechazado o está perdido” [12].

De las definiciones citadas se desprende lo siguiente:

- Todas ellas coinciden en que el expósito es un menor de edad, sin especificación ulterior, con lo cual el mayor de edad, en su pleno juicio, queda excluido, por no precisar cuidados ni acogimiento en *kafala*.

---

43 [8] *Tabyin al-Haqai'iq* 297/3.

[9] *Sharh Hudud* de Ibn Arfa, p. 612.

[10] *Mawahib al-Jalil* 80/6, *Al-Dhakhira* 129/9.

[11] *Mughni al-Muhtaj* 418/2, *Asna l-Matalib* 496/2.

[12] *Al-Mughni* 374/6, *Hashiya al-Rawd al-Murbia* 518/5.

[13] *Sharh Hudud* de Ibn Arfa, p. 613.

[14] *Sharh Hudud* de Ibn Arfa, p. 613, *Mughni al-Muhtaj* 418/2, *Al-Mughni* 374/6.

[15] *Hashiya al-Dasuqi ala l-Sharh al-Kabir* 124/4.



- También coinciden en que el expósito es aquél cuya familia y filiación paterna son desconocidas, con lo cual queda excluido aquel que conoce a su familia y también quien conoce a su madre, de manera que el hijo ilegítimo concebido fuera del matrimonio, por ejemplo, no se considera expósito.
- Las definiciones citadas *supra* coinciden en que el expósito necesita ser recogido puesto que precisa, entre otras cosas, cuidados, manutención y protección.
- Algunas definiciones establecen una diferencia entre el expósito y el rechazado, aplicando este último término al hijo ilegítimo concebido fuera del matrimonio, a la vista de que el imán Malik, en cierta ocasión en que le preguntaron por alguien que había espetado a un hombre: “Eh, tú, rechazado”, replicó: “No se conoce como rechazado más que el hijo ilegítimo concebido fuera del matrimonio”. A la luz de todo esto, el término “expósito” resulta ser indudablemente más amplio que “rechazado”, puesto que abarca tanto al hijo ilegítimo concebido fuera del matrimonio como a quien pierde a su familia, mientras que “rechazado” alude de forma absolutamente específica al hijo ilegítimo concebido fuera del matrimonio. Algunos, sin embargo, consideran que ambos términos se refieren al mismo concepto, teniendo en cuenta que la voz “rechazar” significa “expulsar, arrojar”, tal como indica Al-Jawhari: “El rechazado es el expósito”, o como lo considera Ibn Qudama: “Es el niño rechazado”, o Al-Khatib Al-Shirbini, cuando dice: “Se le llama expósito o expulsado porque ha sido expulsado, y rechazado porque ha sido rechazado y arrojado a la calle o lugar similar” [14]. Otros sostienen que el menor se considerará “rechazado” mientras mantenga la condición de “expulsado”, mientras que una vez sea acogido pasa a denominarse “expósito”. En este sentido, se ha dicho: “El rechazado es aquel que ha sido encontrado inmediatamente después de nacer, mientras que el expósito es diferente” [15].
- Se desprende de la definición de la escuela *hanafí* que el concepto de menor expósito se restringe al menor expulsado por su familia por temor a la pobreza o al escándalo del hijo ilegítimo concebido fuera del matrimonio, aunque dicho término, “expósito”, puede aplicarse también al niño que ha perdido a su familia y no conoce a sus padres. De modo y manera que puede definirse el menor expósito como “el menor de identidad desconocida que ha perdido a su familia o que ha sido rechazado por ella”.

Cuando se encuentra un menor en la calle, en el zoco o a la puerta de la mezquita mayor, y no se le conoce padre ni madre, se considerará expósito, y aquel que lo haya visto tendrá la obligación de acogerlo si es sabedor de que perecería en caso de no hacerlo. Es éste un aspecto loable de la legislación, puesto

que permite recuperar una vida y socorrer al ser humano. Dice Dios en el Corán: “Y que quien salvara una vida, fuera como si hubiera salvado las vidas de toda la humanidad”<sup>44</sup>.

El Islam, en su legislación justa, no culpa al menor expósito, en el caso de que sea hijo ilegítimo concebido fuera del matrimonio, del delito cometido por sus padres, puesto que el principio general que rige es el de “Nadie cargará con la carga ajena”<sup>45</sup>.

Es digno de mención que el Dahir de 13 de junio de 2002 estipula, en el artículo 3, lo que sigue: “Todo aquel que descubra a un menor abandonado deberá proporcionarle la asistencia que su estado requiera, así como informar inmediatamente a los servicios de policía y gendarmería o a las autoridades locales del lugar donde el menor hubiera sido encontrado”.

La misma ley añade, en el artículo 31: “Se aplicarán las sanciones previstas por el Código Penal a todo aquel que voluntariamente se abstenga de prestar a un recién nacido la asistencia o los cuidados necesarios para su estado o de informar a los servicios de policía o gendarmería o a las autoridades locales del lugar en que fue hallado”.

Estas disposiciones, relativas a la protección al menor abandonado, las encontramos formuladas de similar manera en el Código Penal, cuyo artículo 469 estipula lo siguiente: “Todo aquel que descubra a un menor abandonado y no lo comunique al Oficial del Registro Civil o a las autoridades locales será penado con reclusión de entre uno y dos meses y multa superior a 100 dirhams, o bien con una de las dos sanciones solamente”. El artículo 431 de la misma ley establece: “Todo aquel que se abstenga voluntariamente de proporcionar ayuda a una persona que se halle en peligro, estando en condiciones de prestar dicha ayuda mediante su intervención personal o pidiendo auxilio, siempre que ello no le suponga a él o a otra persona exponerse a algún peligro, será penado con reclusión de entre tres meses y cinco años y multa de entre 120 y 1.000 dirhams, o bien con una de las dos sanciones solamente”.

## **b) El hijo de padre desconocido y de madre conocida que renuncia a él**

Se observa que el legislador ha añadido este supuesto en el marco del Dahir n° 13 de junio de 2002, que modifica el Dahir de septiembre de 1993, lo cual puede considerarse un acierto por su parte, ya que ello permite a la madre del hijo cuyo padre es desconocido renunciar a él y dejarlo en un lugar que no suponga riesgo para la vida del menor ni su salud se vea expuesta al peligro, como los centros de

---

44 (N. del T.) Corán 5/32, traducción española de Julio Cortés.

45 (N. del T.) Corán 6/164, traducción española de Julio Cortés.

salud o los hospitales<sup>46</sup>, en lugar de abandonarlo en la calle, el zoco, los basureros o vertederos públicos, bosques o cementerios, o acabar con él definitivamente matándolo, al objeto de preservar el honor y ocultar el escándalo. Y ello a pesar de que este añadido viene a confirmar el fenómeno de las madres solteras<sup>47</sup> en la sociedad marroquí<sup>48</sup>, que es considerado algo inaceptable, una lacra vergonzosa que afecta a la mujer y a su familia.

Este rechazo se fundamenta en la prohibición de las relaciones sexuales fuera del ámbito de la institución del matrimonio. Muchos estudios llevados a cabo en el campo jurídico, social y económico coinciden en señalar que las tradiciones y usos islámicos, junto con los principios de la ley islámica (*charía*) vetan la existencia de la mujer soltera en la sociedad<sup>49</sup>.

El legislador marroquí reconoce únicamente la filiación paterna legítima, puesto que la filiación ilegítima, que se conoce como la filiación natural o filiación por adopción<sup>50</sup> no es reconocida ni aceptada. El artículo 144 del Código de Familia estipula al respecto lo siguiente: "La filiación respecto al padre será legítima cuando concurra uno de los motivos de filiación paterna y producirá sus mismos efectos legales". La filiación paterna se establecerá por relaciones conyugales (*Al Firach*), reconocimiento del padre, testimonio de dos *Adules*, prueba de audición o por cualquier otro medio legalmente previsto, incluido el dictamen pericial<sup>51</sup>. La filiación paterna de un hijo respecto al marido o el embarazo de la mujer sólo podrán negarse por sentencia judicial<sup>52</sup>.

A ningún niño nacido fuera del plazo fijado en el Código de Familia se le otorgará la filiación paterna establecida por relación conyugal. El plazo mínimo de embarazo es de seis meses a partir de la fecha del contrato de matrimonio, tanto si se trata de un matrimonio válido como si, no siéndolo, hace posibles las relaciones conyugales entre los cónyuges<sup>53</sup>. El plazo máximo del embarazo es de un año a partir de la fecha de la separación o del fallecimiento<sup>54</sup>.

---

46 El Congreso Nacional sobre los Derechos del Niño, celebrado en 1994, señaló que el 80% de los abandonos de menores se lleva a cabo en hospitales o centros de salud, mientras que en el resto de los casos el abandono tiene lugar en la vía pública.

47 Los datos de la Organización Mundial de la Salud indican un promedio de 5.000 madres solteras y de 7.000 niños ilegítimos nacidos al año, fuera del seno del matrimonio.

48 M. Chafii, "La *kafala* de los menores abandonados", Serie de Investigaciones Jurídicas 14, Marrakech, 2007, p. 19.

49 M. A. El Youssofi Alaoui, "La *kafala* del menor abandonado", tesina de estudios superiores en derecho privado, Facultad de Derecho Agdal-Rabat, 1999-2000, p. 25.

50 El artículo 149 estipula lo siguiente: "La filiación respecto a la madre fruto de una relación legítima o ilegítima surtirá los mismos efectos".

51 Artículo 158 del Código de Familia.

52 Artículo 159 del Código de Familia.

53 Artículo 154/1 del Código de Familia.

54 Artículo 135 y 145/2 del Código de Familia.

De este modo, el Código de Familia no reconoce a la filiación ilegítima los efectos de filiación paterna<sup>55</sup>, y únicamente le reconoce efectos de filiación materna, puesto que el menor es hijo de la madre<sup>56</sup>.

Esta situación jurídica imperante pone en peligro de conculcación los derechos del niño. El más importante de ellos es el derecho de filiación paterna, puesto que la relación de filiación en el caso de relaciones fuera del seno del matrimonio será inválida a efectos paternos, siéndole atribuida únicamente la filiación materna. La madre pasa a ser, de este modo, quien dispone de los derechos y obligaciones ligadas a la autoridad paternal, a no ser que las presiones sociales y psicológicas fueren a la madre a renunciar a su hijo ilegítimo, abandonándolo en algún orfanato o arrojándolo a la calle u otro lugar. Éste es probablemente el motivo principal de la propagación del problema de los niños abandonados.

Es digno de mención al respecto de esta cuestión que, a la luz de las disposiciones vigentes del Código de Familia, pueden atribuirse los derechos de filiación paterna al menor sin que medie matrimonio, en el caso de que haya un compromiso matrimonial consentido que satisfaga todas las condiciones estipuladas por la ley. El artículo 156 del Código de Familia señala: “Si celebrados los esponsales, con expresión del consentimiento mutuo, circunstancias de fuerza mayor impidiesen el levantamiento del acta matrimonial y la prometida mostrara signos de embarazo, éste se imputará al prometido por relaciones sexuales por error (*Choubha*), siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

- Los esponsales fueran conocidos por ambas familias y autorizados por el tutor matrimonial de la prometida si fuera necesario.
- Si se constata el embarazo de la prometida durante el periodo de esponsales.
- Si ambos prometidos reconocen ser los causantes del embarazo.
- La constatación de estas condiciones se efectuará por resolución judicial contra la que no cabe recurso.
- Si el prometido negara ser el causante del embarazo, podrá recurrir a todos los medios de prueba legales para establecer la filiación paterna”.

Las disposiciones actuales del Código de Familia permiten recurrir a las pruebas de ADN para confirmar la filiación paterna. En el caso de que el hombre se oponga a la realización de dichas pruebas, el Tribunal considerará tal oposición prueba de paternidad auténtica y le atribuirá la filiación del menor, con todas las obligaciones paternas que se deriven de ello: manutención, cuidados y herencia.

---

55 El artículo 148 del Código de Familia estipula lo que sigue: “La filiación ilegítima no producirá ninguno de los efectos de la filiación legítima respecto al padre”.

56 El artículo 146 señala: “La filiación respecto a la madre fruto de una relación legítima o ilegítima surtirá los mismos efectos”.

Pese a ello, los textos legales únicamente ofrecen la protección necesaria a los derechos del niño en los casos de compromiso firme y declarado<sup>57</sup>, puesto que no se abordan los casos en los que el embarazo se produce sin que haya un compromiso de matrimonio, que es lo que sucede más frecuentemente.

## **2. EL HUÉRFANO O EL MENOR CUYOS PADRES SON INCAPACES DE CUIDAR**

Éste es el segundo de los casos en los que el niño se considera abandonado. Es preciso distinguir si el menor es huérfano o si sus padres resultan ser incapaces de cuidarlo.

### **a) El niño huérfano**

Se entiende como niño huérfano todo aquel que ha perdido a uno de sus progenitores o bien a ambos siendo menor de edad. La diferencia entre el niño huérfano y el expósito radica en que el primero de ambos es hijo de padre o padres conocidos, mientras que el segundo lo es de padre o padres desconocidos.

Sin embargo, el huérfano, de acuerdo con el Dahír 13/60/2002, habrá de ser, para ser considerado menor abandonado, huérfano de ambos progenitores y no solamente de padre, en consonancia con las disposiciones del Código de Familia, que otorga a la madre la tutela sobre el menor en este caso, del mismo modo que la obliga a procurarle la manutención, en caso de que disponga de bienes suficientes, de acuerdo con el texto del artículo 199 del Código de Familia, en el que puede leerse lo que sigue: “Cuando el padre sea, total o parcialmente, incapaz de satisfacer los alimentos de sus hijos y la madre goce de una buena situación económica, corresponderá a ésta la obligación de darlos alimentos correspondientes al importe que el padre no pueda garantizar”.

En el caso de que la madre resulte incapaz de cuidar a su hijo, el niño se considerará abandonado y, por tanto, se someterá a las disposiciones del artículo 1 del citado Dahír.

El menor huérfano y el indigente han gozado de una atención específica en las religiones reveladas en general, y de forma particular en el Islam, que les ha dedicado una atención especial por medio de las palabras de Dios: “¡Servid a Alá y no Le asociéis nada! ¡Sed buenos con vuestros padres, parientes, huérfanos,

---

57 Así lo ha confirmado el juez marroquí en sentencia emitida inmediatamente después de la promulgación del Código de Familia, en la que puede leerse: “De acuerdo con el artículo 156 del Código de Familia, no se imputará el embarazo al prometido excepto en el caso de que se produzca durante el periodo de compromiso, no antes”, sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Marrakech, nº 1132 del 14 de junio de 2004, *Revista de Procedimiento*, nº duplicado 7-8, 2005, p. 229. Dicha sentencia está recogida en M. Befqir, “El Código de Familia y la práctica judicial marroquí”, Publicaciones y Estudios Jurídicos, Serie “El derecho y la práctica judicial marroquíes”, nº 1, 2006, p. 147. M. El Azhar, “Interpretación del Código de Familia: el matrimonio, disolución del vínculo matrimonial y sus efectos, el nacimiento y sus consecuencias”, Casablanca, 2006, p. 374.

pobres, vecinos —parientes y no parientes—, el compañero de viaje, el viajero y vuestros esclavos!”<sup>58</sup>, o de estas otras: “En cuanto al huérfano, ¡no le oprimas! Y en cuanto al mendigo, ¡no le rechaces! Y en cuanto a la gracia de tu Señor, ¡publicala!”<sup>59</sup>.

Del mismo modo, el Profeta, Dios ore por él y lo salve, instó a los creyentes a cuidar a los huérfanos, interesarse por ellos, ser bondadosos con ellos, subvenir sus necesidades y obrar para infundir alegría en sus corazones. En sus propias palabras: “La familia más querida para Dios es aquella en la que se honra al huérfano”, o también: “Aquel que tenga a su carga un huérfano, será así conmigo en el paraíso” —haciendo el gesto de juntar su índice con su dedo medio y separándolos—.

El Corán dedica, en muchas de sus aleyas, un interés notable por los bienes de los huérfanos, poniendo énfasis en protegerlos, mantenerlos y no apropiarse de ellos. Por ejemplo, cuando dice: “Quienes consuman injustamente la hacienda de los huérfanos, sólo fuego ingerirán en sus entrañas y arderán en fuego de la gehena”<sup>60</sup>, o en otra aleya, cuyo tenor es como sigue: “No consumáis [la hacienda de los huérfanos] pródiga y prematuramente antes de que alcancen la mayoría de edad”<sup>61</sup>; o en esta otra: “Dad a los huérfanos los bienes que les pertenecen. No sustituyáis lo malo por lo bueno. No consumáis su hacienda agregándola a la vuestra. Sería un gran pecado”<sup>62</sup>.

No es suficiente con que el menor sea huérfano para considerarlo abandonado y que pueda ser sujeto del Dahír relativo a los menores abandonados, sino que es necesario para ello que no disponga de medios legítimos para subsistir. En el caso de que el menor sea huérfano pero disponga de bienes que le garanticen la subsistencia, no ha lugar la declaración de abandono ni se someterá a las disposiciones del Dahír relativo a los menores abandonados.

De acuerdo con las definiciones ofrecidas al respecto<sup>63</sup>, el término “medios de subsistencia” se refiere a cualquier clase de medio que proporcione al ser humano el sustento, sea cual sea su procedencia, tanto el trabajo humano como su capital, pudiendo ser el trabajo intelectual o físico, resultado de su propio esfuerzo o bien producto de la casualidad.

Para que esos medios de los que dispone el menor permitan la declaración de abandono del menor, tendrán que ser medios legítimos, de modo que no contravengan las disposiciones legales ni las normas morales y la educación, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 83 y 84 del Código Penal.

---

58 Azora de *Las mujeres* (traducción de Julio Cortés, Corán, 4/36).

59 Azora de *La mañana* (traducción de Julio Cortés, Corán, 96, 9-11).

60 (N. del T.) Corán 4/10, traducción española de Julio Cortés.

61 (N. del T.) Corán 4/6, traducción española de Julio Cortés.

62 (N. del T.) Corán 4/2, traducción española de Julio Cortés.

63 A. Qarmouch, “La *kafala* de los menores abandonados”, 1ª ed., 2008, Rabat, p. 37.

## **b) Incapacidad de los padres de cuidar al menor**

Se trata de los casos en que los padres son incapaces de mantener al menor o de encargarse de sus necesidades por causas ajenas a su voluntad, o si se pronuncia sentencia de privación de libertad contra ellos, o el padre es expulsado del trabajo, o deviene insolvente o arruinado.

La expresión recogida en el texto legal, “incapacidad de los padres de cuidar al menor”, es genérica, admitiendo más de una interpretación, puesto que puede entenderse que hace referencia a la incapacidad material, o bien a la incapacidad moral. Sin embargo, no debe entenderse dicha incapacidad como la falta de recursos materiales y el hecho de que los padres no puedan mantener al menor, porque en dicho caso no sería factible la aplicación del texto legal, dado el elevado número de padres a los que podría incluir dicha disposición legal. Algunos textos legislativos comparados restringen la definición de “incapacidad paterna” a la incapacidad moral, dejando al margen la incapacidad moral. El artículo 27 del Código de Túnez relativo a la protección del menor reza así: “Entre los supuestos de incapacidad de los padres, el tutor, el custodio o el encargado de los cuidados del menor que obligan a la intervención legal están el comportamiento errático y premeditado del menor que impida controlarlo y seguirle los pasos, el abandono habitual del domicilio familiar sin previo aviso ni consulta, la ausencia del mismo sin previo aviso o el absentismo escolar temprano sin que medie causa obligada para ello”.

## **3. CONDUCTA DESVIADA DE LOS PADRES E INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES DE CUIDAR Y ORIENTAR AL MENOR**

El término “conducta desviada” se refiere, en términos generales, a la desviación con respecto al centro y a la moderación. Toda desviación con respecto a lo acostumbrado se entiende como apartamiento o conducta desviada. El término se refiere, por lo tanto, a apartarse de una trayectoria determinada. En sociología, la conducta desviada denota el comportamiento individual que difiere de la comunidad en la que vive el individuo, o bien el comportamiento de la comunidad que se opone a las pautas de conducta de la comunidad matriz, es decir, la sociedad. En psicología, la conducta desviada consiste en el comportamiento que no coincide con los parámetros y los valores dominantes en la sociedad, como la mentira, el robo o la hostilidad. En cuanto a la ley islámica (*charía*), la entiende como el hecho de apartarse de la naturaleza original y correcta del hombre y de las cosas y seguir el camino del error que la religión proscribiera, o bien dejarse llevar por la naturaleza humana sin traba ni restricción alguna. En el ámbito jurídico, la conducta desviada supone apartarse de la ley y no observar ni respetar las disposiciones, normas y legislación comúnmente aceptadas.

Con respecto a los padres, la conducta desviada consiste en perjudicar a los hijos o exponerlos al peligro suministrándoles, por ejemplo, sustancias nocivas como alcohol, vino, drogas y otras cosas prohibidas por la ley islámica y la ley común. Sin embargo, el legislador pone como condición para considerar al menor abandonado en estos supuestos que la conducta deshonrosa de los padres influya en la educación y cuidados del menor, de manera que dicha conducta pueda influir en el menor y lo impulse, a su vez, a llevar una conducta desviada.

La evaluación de la conducta desviada y el incumplimiento de la obligación del cuidado y orientación del menor corresponderán, en todos y cada uno de los casos, al Tribunal competente, que deberá fundamentarse en el alcance del perjuicio causado al menor en cuestión<sup>64</sup>.

Se observa que el legislador, en este supuesto, incluido dentro de los supuestos de abandono, no exige como condición, a efectos de considerar el menor abandonado, que los padres del menor presenten ambos conducta desviada o incumplan sus obligaciones de cuidar al menor y orientarlo para que adquiera buena conducta, sino que considerará el abandono incluso en el caso de que uno de los cónyuges se encargue de ejercer la tutela después de perder al otro cónyuge o que resulte incapaz de ejercerla por motivo de su conducta desviada. Algunos<sup>65</sup> lo han considerado como un paso positivo dado por el Dahír de 13 de junio de 2002, al abarcar con ello un sector amplio de los menores que no gozaban de esta clase de protección bajo los auspicios del Dahír de 10 de septiembre de 2006.

Asimismo, es digno de mención el hecho de que el legislador marroquí establece la posibilidad de desprover a los padres de la tutela de sus hijos en el caso de que se de una conducta desviada y un incumplimiento de la obligación de cuidados y orientación, dado que el Código de Familia, al igual que el Código de Estatuto Personal, estipula que la tutela se transferirá a la madre en el caso de que el padre no esté presente, por causa de fallecimiento, ausencia, pérdida de capacidad jurídica u otra causa<sup>66</sup>. Esto implica, según algunos<sup>67</sup>, que el legislador marroquí continúa presentando ciertas lagunas en el supuesto de que el padre sea desproveído de la tutela y ésta se transfiera a la madre, de modo que se encargue de proveer únicamente las necesidades inmediatas de sus hijos en caso de impedimento por parte del padre, de acuerdo con las disposiciones del artículo 236 del Código de Familia.

---

64 A. El Khamlichi, "Comentario de la Ley de Estatuto Personal, segunda parte: Efectos del nacimiento, de la capacidad jurídica y de la representación legal", *Dar al Maarifa*, Rabat, 1994, p. 292.

65 A. Qarmouch, *op. cit.*, p. 42.

66 Artículo 238/2.

67 M. Chafii, *op. cit.*, pág 24.



#### 4. LA DECLARACIÓN DE ABANDONO EN LA LEGISLACIÓN MARROQUÍ EN VIGOR<sup>68</sup>

El procedimiento de la *kafala* de un menor abandonado consiste en la presentación por parte del Ministerio Fiscal de una demanda de declaración de abandono del menor ante el tribunal de primera instancia territorialmente competente cuya decisión será encaminada al juez tutelar competente para decidir sobre la *kafala*.

A continuación, analizaremos el procedimiento seguido para obtener la declaración de abandono de un menor antes de estudiar el procedimiento propio de la *kafala* de los menores abandonados.

##### a) El papel del Ministerio Fiscal

La *kafala* como institución de protección de los menores requiere la intervención del Ministerio Fiscal<sup>69</sup> quien actúa como parte principal en las demandas de abandono de menores. La ley actual —al igual que el Dahir de 1993— así lo estipula: “... El fiscal general del Rey presentará inmediatamente la demanda de declaración de abandono ante el tribunal de primera instancia de la circunscripción del lugar de residencia del menor, del lugar donde hubiera sido encontrado o del lugar en que se encuentre el centro social en el que hubiera sido internado” (artículo 4.2° de la Ley de 13 de junio de 2002)<sup>70</sup>.

No obstante, antes de interponer cualquier demanda de abandono, el Ministerio Fiscal debe llevar a cabo dos trámites que ponen en relieve su papel protector de los intereses de los menores, a saber: ingresar temporalmente al menor abandonado en una de las instituciones mencionadas en el artículo 8 y efectuar su inscripción en el Registro Civil.

Tanto el artículo 4.1 como el artículo 8 de la ley insisten sobre el ingreso del menor por parte del Ministerio Fiscal en una institución protectora de manera temporal hasta que finalice el procedimiento de *kafala*. La novedad introducida por la Ley de 2002 es que además de las instituciones recogidas por la ley anterior: hospitales, centros de protección de menores ya sean estatales o pertenecientes a ONG o a colectividades locales, el menor puede ser confiado a una familia o a una mujer que desee cuidarlo temporalmente o recogerlo en *kafala* posteriormente. Evidentemente, estas personas a quien se confía el menor de manera temporal deben cumplir los mismos requisitos exigidos para las personas que soliciten la *kafala* de un menor (artículo 9). La ampliación de la esfera de las personas que puedan cuidar al menor durante la fase anterior a la decisión de la *kafala* puede beneficiar al menor en cuestión, ofreciéndole un entorno familiar protector y

---

68 Houda Zekri.

69 F. El Hasani, “El papel del Ministerio Fiscal ante losj civiles en la legislación marroquí”, *Revista Al Molhaq Al Qadaí*, nº 14, marzo de 1985, pp. 106-107.

70 Más adelante nos referiremos al Dahir sobre *kafala* de 13 de junio de 2002 como “la Ley”.

facilitando, en su caso, su integración dentro del entorno que lo acogerá posteriormente a la decisión de la *kafala*.

El ingreso temporal en el seno de una familia o de un centro de protección social de la infancia concierne únicamente los menores abandonados que no sean recién nacidos ni tengan problemas de salud. En el caso contrario, la policía judicial, en cuya circunscripción fuera encontrado el menor lo ingresa de inmediato en el hospital para su cuidado y su tratamiento.

Una vez ingresado el menor en una de las instituciones antes mencionadas, la policía judicial avisa al fiscal general del Rey, quien envía una solicitud a la institución en cuestión pidiéndole que guarde el menor de manera temporal. A renglón seguido, el fiscal abre una investigación mediante la policía judicial con el fin de recoger toda la información susceptible de permitir la identificación del menor abandonado, así como las circunstancias y pruebas de su abandono.

La segunda medida tomada por el Ministerio Fiscal es de suma importancia, ya que concierne la inscripción del menor en el Registro Civil. De acuerdo con los compromisos internacionales de Marruecos, esta medida se fundamenta en las normas internacionales sobre los derechos de los niños contenidos en la Declaración Universal de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 y en la Convención<sup>71</sup> Internacional sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. Así, con el fin de garantizar el derecho del niño al nombre y a la nacionalidad, el artículo 5 de la ley dispone que el fiscal general del Rey “realizará, en su caso, todos los trámites necesarios para la inscripción del menor en el Registro Civil antes de la demanda de declaración de abandono, incluidas las acciones judiciales...”. Se entiende de esta disposición que el fiscal sólo podrá inscribir al hijo de padres desconocidos teniendo en cuenta que cuando la madre del menor es conocida, debe encargarse —ella misma o mediante una persona que la sustituya— de declarar el nacimiento del niño o de la niña y ello en virtud del artículo 16 de la Ley 37/99 del Estado Civil<sup>72</sup>. El plazo para la inscripción es de

---

71 Ratificada por Marruecos el 21 de junio de 1993.

72 Artículo 16: “La obligación de declarar el nacimiento ante el oficial del Estado Civil del lugar donde se haya producido afectará a los parientes próximos del recién nacido en el orden siguiente: a) el padre o la madre; b) el tutor testamentario; c) el hermano; d) el sobrino. El hermano de padre y madre tiene prioridad sobre el hermano de padre y éste sobre el hermano de madre. Y del mismo modo, el de más edad tiene prioridad sobre el más joven, siempre y cuando tenga capacidad para declarar. La obligación de declarar pasa, entre las personas señaladas en el párrafo anterior, de la primera a la inmediatamente inferior, cuando la persona obligada no pudiera realizar dicha declaración. El mandatario actúa, a tal efecto, en el lugar del mandante. Tratándose de un menor expósito o abandonado tras el alumbramiento, el fiscal del Rey de oficio a instancia de la autoridad local o de parte, procederá a la declaración del nacimiento, apoyándose para ello en un acta levantada a tal efecto y en un informe médico que determine la edad aparente del menor. Se impondrán un apellido y un nombre al menor, así como un nombre de los padres, o sólo del padre si la madre es conocida. El oficial del Estado Civil indicará al margen de la partida de nacimiento que el apellido y nombre de los padres o sólo del padre, según corresponda, fueron atribuidos de conformidad con la presente ley. El oficial del Estado Civil informará al fiscal del Rey del nacimiento así registrado,

treinta días para todo recién nacido (con independencia de que sea un niño abandonado o no)<sup>73</sup>. Fuera de dicho plazo, toda inscripción debe basarse sobre una sentencia del tribunal de primera instancia competente<sup>74</sup>.

Con la exigencia de celeridad para la inscripción del menor abandonado —antes de interponer la demanda de abandono—, se pretende proteger sus intereses y mejorar su acceso a la escolaridad. Por otra parte, esta medida viene a corregir la disuasión que representaba para las personas interesadas en recurrir a la *kafala*, el hecho de tener que encargarse de todos los trámites judiciales con el fin de inscribir al menor abandonado<sup>75</sup>.

La nueva Ley del Estado Civil ha procurado, por su parte, aportar modificaciones que respeten mejor la identidad del menor cuyo padre o ambos padres son desconocidos. En este sentido, el encargado del Registro Civil debe rellenar la casilla referente al nombre del padre o, en su caso, de ambos progenitores con dos nombres ficticios en vez de dejar las casillas vacías como era el caso en amparo de la antigua Ley del Estado Civil, de 8 de marzo de 1950. La preocupación de índole religiosa sobre la que se fundamentaba la antigua norma, a saber, la prohibición de vincular un hijo de padres desconocidos a una persona que no sea su progenitor, quedó descartada tras una *fatwa*<sup>76</sup> del Ministerio de Asuntos Islámicos de Marruecos, confirmando la legalidad de elegir nombres ficticios de padres, ya que ello no vincula al menor a ninguna persona en concreto.

Para un mayor respeto de su situación, el menor dispondrá de extractos de su partida de nacimiento para las gestiones de su vida administrativa. En el caso de solicitar una copia íntegra de dicha partida, el encargado del Registro Civil competente sólo la entregará “al propio inscrito, a sus ascendientes, descendientes y cónyuge —siempre que el vínculo matrimonial persista—, al tutor testamentario o dativo o al mandatario por él designado” (artículo 32 L.E.Civ.).

La declaración de abandono implica en algunos casos la pérdida de la tutela paternal y afecta pues el orden público, lo cual justifica la intervención del Ministerio Fiscal, ya sea de manera represiva o protectora<sup>77</sup>. Así pues, el fiscal

---

en un plazo de tres días desde la fecha de la declaración. El hijo de padre desconocido será declarado por la madre o por la persona que la remplace, que elegirá un nombre, un nombre de padre que incluya el epíteto 'Abd', así como su propio apellido. Se mencionará al margen de la partida de nacimiento del menor acogido 'Makfoul', el documento en virtud del cual se ha constituido la *kafala* de conformidad con la legislación vigente”.

73 Artículo 15 del Decreto n° 2-99-665, de 9 de octubre de 2002, para la aplicación de la Ley n° 37-99 relativa al Estado Civil.

74 Artículo 30 L.E.Civ. y artículo 217 de la Ley de Procedimiento Civil: “El Ministerio Fiscal o cualquier persona que justifique un interés legítimo podrán comparecer ante el Tribunal de Primera Instancia con el fin de hacer declarar judicialmente un nacimiento o un fallecimiento que no hubieran sido inscritos en el Registro Civil”.

75 A. Qarmouch, *La kafala de niños abandonados*, Rabat, Dar Assalam, 1ª ed., 2008, p.144 (en árabe).

76 Según Y. Ibram, la palabra *fatwa* deriva del vocablo *ifta* que significa esclarecer y mostrar. Se trataría pues de esclarecer la oscuridad y mostrar lo justo. “La procédure de la fatwa”, *Les musulmans et l'ordre juridique suisse*, R. Pahud de Mortanges y E. Tanner (eds.), Éditions Universitaires, Friburgo, Suiza, 2002, p. 68.

77 A. Qarmouch, *La kafala de niños abandonados*, Rabat, Dar Assalam, 1ª ed., 2008, p. 135 (en árabe).

como parte principal tiene que asistir a la audiencia y puede recurrir contra la sentencia en virtud de los artículos 7 y 10 del Código de Procedimiento Civil<sup>78</sup>.

Según lo dispuesto en el artículo 4.2° antes mencionado (de la Ley de *kafala*), se entiende que el fiscal general del Rey ha de actuar con rapidez, presentando la demanda de abandono inmediatamente después de hallar al menor o de haber sido notificado por terceros. Es importante subrayar que la demanda debe ser clara y concisa, precisando si se trata de una demanda de abandono del menor o de una demanda de privación de los padres de su tutela paternal sobre su hijo menor de edad. Para ello, el Ministerio Fiscal debe presentar al tribunal todos los elementos de su investigación que indican que el niño se encontraba en un estado de abandono según lo estipulado en el primer artículo de la ley<sup>79</sup>. De hecho, las disposiciones de ambas leyes sobre la *kafala* —la anterior y la actual— sirven de base jurídica para solicitar la privación de la patria potestad además de las disposiciones penales existentes en la materia<sup>80</sup>.

¿Qué ocurre cuando el nacimiento del menor no ha sido inscrito en el Registro del Estado Civil dentro del plazo reglamentario (treinta días)? En virtud del artículo 217 del CPC, el Ministerio Fiscal recurre al tribunal de primera instancia competente para que pronuncie una sentencia de declaración judicial de nacimiento, presentándole todo documento susceptible de probar los hechos alegados. Se trata en este caso de una atestación médica con la fecha de nacimiento expedida por el hospital donde nació el menor o por cualquier otro médico, de una atestación de no inscripción en el Registro del Estado Civil y de una atestación de nacimiento expedida por la colectividad local en la circunscripción de la cual fuera encontrado

---

78 Artículo 7 del CPCM: "Cuando el Ministerio Fiscal actúa de oficio como demandante o demandado, en los casos expresamente determinados por la ley, dispone de todas las vías de recurso excepto la oposición". Artículo 10 del CPCM: "El Ministerio Fiscal tiene la obligación de asistir a la audiencia sólo en los casos donde es parte principal o cuando su presencia es requerida por la ley. En los demás casos, su presencia es facultativa".

79 Artículo 1 de la Ley de 2003 sobre la *kafala*: "Se considerará como menor abandonado a todo niño de uno u otro sexo que no haya alcanzado los 18 años gregorianos cuando se encuentre en una de las siguientes situaciones:

- Haber nacido de padres desconocidos o de padre desconocido y madre conocida que le hubiera abandonado voluntariamente.
- Ser huérfano o hijo de padres incapaces de sobrevenir a sus necesidades o que no dispongan de los medios legales de subsistencia.
- Ser hijo de padres de mala conducta y que no asuman su responsabilidad de protección y de orientación con el fin de conducirlos por el buen camino, como aquéllos desprovistos de la tutela legal o cuando uno de los dos, tras el fallecimiento o la incapacidad del otro, se muestre descarriado y no cumpla el deber mencionado respecto del menor".

80 Artículo 88 del CP: "Cuando una jurisdicción pronuncia contra un ascendiente una condena por crimen o delito punible de encarcelamiento, cometido sobre la persona de uno de sus hijos menores y constata y declara mediante disposición expresa que el comportamiento habitual del condenado pone en peligro físico o moral a sus hijos menores, esta jurisdicción debe pronunciar la privación de la patria potestad. Esta privación puede afectar la totalidad o parte de los derechos de la patria potestad y concernir a uno o algunos de los hijos [...]".

el menor<sup>81</sup>. A continuación, el tribunal convoca a las partes para escuchar sus alegaciones, ordena la realización de una investigación sobre la veracidad de las pruebas presentadas ante él y pronuncia, si ha lugar, una sentencia ordenando la inscripción del menor en el Registro del Estado Civil. El Ministerio Fiscal puede apelar contra dicha decisión una vez haya recibido la notificación de la sentencia a través de la secretaría del tribunal y ello en virtud del artículo 220 del CPC.

## **b) El tribunal competente en materia de declaraciones de abandono de menores**

Los criterios generales de competencia previstos en el artículo 27 del CPCM atribuyen la competencia territorial al tribunal del domicilio o de la residencia del demandado. No obstante, esta materia representa una excepción a la norma cuya reglamentación se recoge en la ley específica —el Dahir de 13 de junio de 2002—. Es territorialmente competente pues, según el artículo 4<sup>o</sup>2 de la ley, el tribunal de primera instancia: de la circunscripción del lugar de residencia del menor, del lugar donde hubiera sido encontrado el menor o del lugar en que se encuentre el centro social en el que hubiera sido ingresado.

No estaría de más recordar que se entiende por residencia en el derecho marroquí<sup>82</sup>, el lugar donde la persona se encuentra en un momento determinado, o sea, el lugar de estancia, aunque sea temporal, que representa cierta estabilidad<sup>83</sup>.

En cuanto a competencia *ratione materiae* se refiere, la Ley de *kafala* la atribuye al tribunal de primera instancia siguiendo la norma general que confiere a esta instancia una competencia amplia en virtud del artículo 18 del CPCM que dispone: “Sin perjuicio de la competencia especial atribuida a los jueces comunales y de distritos, los tribunales de primera instancia conocen de todos los asuntos, civiles, de estatuto personal y sucesorio, comerciales, administrativos<sup>84</sup> y sociales, ya sea en primera y última instancia o bien a cargo de apelación”.

Ahora bien, el artículo 6 de la Ley de *kafala* reglamenta los pasos que debe realizar el tribunal de primera instancia competente. En primer lugar, el tribunal puede ordenar una investigación o un peritaje si estima necesaria la complementación de la investigación efectuada por el fiscal general del Rey. Tanto la investigación como el peritaje se enmarcan en las medidas de investigación de los medios de prueba usadas ante las jurisdicciones civiles y reglamentadas por los artículos 55 a 102 del CPCM<sup>85</sup>, de tal manera que se garantice la prueba

---

81 K. Bennis, *Demandas en materia de Estado Civil*, Ed. Al Maârif al Jadida, Rabat, 1994, p. 88 (en árabe).

82 Artículo 520 del CPCM.

83 A. Boudahrain, *Droit judiciaire privé au Maroc*, Ed. Babel, Rabat, 1994, p. 89

84 Es de tener en cuenta que los tribunales administrativos fueron creados en Marruecos por el Dahir n° 1-91-225, de 10 de septiembre de 1993. B.O. n° 4227, de 3 de noviembre de 1993, p. 595.

85 Artículo 55: “El juez puede, ya sea a demanda de las partes o de una de ellas, o ya sea de oficio, ordenar antes de pronunciarse sobre el fondo, un peritaje, una visita al lugar, una investigación, una verificación de escritura o toda otra medida de instrucción. La fiscalía puede asistir a todas las medidas de instrucción ordenadas por el juez”.

sobre el abandono del menor en cuestión antes de proceder a pronunciar cualquier decisión final que lo atañe.

A raíz del peritaje o de la investigación, el juez pronuncia una sentencia preparatoria (o provisional) que describe al menor abandonado para su identificación, haciendo especial mención de su físico y del lugar donde fuera encontrado, y ordena al fiscal general del Rey para que garantice su difusión. Éste debe colgar por un periodo de tres meses la decisión provisional en las oficinas de las colectividades locales y en las prefecturas del lugar donde fuera encontrado el menor, así como en cualquier otro lugar estimado oportuno por el tribunal, con el fin de aumentar las posibilidades para que los padres que hayan perdido a su hijo puedan encontrarlo y recuperarlo. Fuera de este plazo de tres meses, el tribunal declara mediante sentencia que el niño es abandonado. Existe la posibilidad de recurrir contra esta sentencia provisional sólo si el recurso se lleva a cabo contra la decisión sobre el fondo, precisando que la apelación concierne tanto la sentencia sobre el fondo como las decisiones provisionales y ello en aplicación del artículo 140 del CPCM.

En segundo lugar, el tribunal pronuncia una sentencia definitiva declarando el abandono del menor y abriendo pues la vía a las solicitudes de *kafala*. Esta sentencia es susceptible de ejecución provisional de pleno derecho sin perjuicio de los recursos existentes y ello siempre con la mira puesta en la protección inmediata del menor en situación vulnerable. El demandante, en este caso la fiscalía, tiene derecho a obtener una copia auténtica ejecutiva de la sentencia en virtud de lo dispuesto en el artículo 428.2º del CPCM<sup>86</sup>.

En último lugar, se remite una copia de la decisión de abandono a instancia del fiscal general del Rey o de la persona interesada en solicitar la *kafala* del menor, al Juez encargado de las tutelas del tribunal competente en su calidad de representante legal de los menores abandonados (artículo 7 de la ley).

### **III. LOS REQUISITOS RELATIVOS A LAS PERSONAS FÍSICAS Y A LAS INSTITUCIONES DE ACOGIDA<sup>87</sup>**

El artículo nº 9 del Dahír de 13 de junio de 2002 otorga la *kafala* de los menores declarados abandonados por medio de una resolución a los dos cónyuges o a la mujer solamente. En ambos casos, el citado artículo establece unos requisitos que tratamos a continuación.

---

86 "Todo beneficiario de una decisión de justicia que desee que su ejecución se lleve a cabo tiene derecho a obtener una copia auténtica ejecutiva de dicha decisión..."

87 Jamila Ouhida.

## 1. LOS REQUISITOS RELATIVOS A LOS CÓNYUGES

El artículo n° 9 del Dahír de 13 de junio de 2002 estipula lo siguiente: “Se confiará la *kafala* de los menores declarados abandonados por medio de una resolución, a las siguientes personas y organismos: los cónyuges musulmanes...”.

Se desprende de ello que los requisitos que impone el legislador marroquí a las dos personas que solicitan la *kafala* son los siguientes.

*El legislador establece el requisito de que las dos personas que solicitan la kafala del menor abandonado sean cónyuges.* La condición de cónyuges se demuestra por medio del acta de matrimonio, en el caso de que haya sido formalizada ante notario<sup>88</sup> o por medio de sentencia judicial<sup>89</sup>.

Se observa al respecto del citado artículo 9 que el legislador, a diferencia de lo que estipulaba el artículo 7 del Dahír de 10 de septiembre de 1993 no mantiene el requisito ligado al transcurso de al menos tres años desde la celebración del matrimonio entre los cónyuges que desean obtener la *kafala*. Posiblemente el objetivo de no incluir este requisito sea el de facilitar el procedimiento y los plazos a los solicitantes de *kafala* de niños abandonados. Sin embargo, hay algunos jurisperitos marroquíes<sup>90</sup> que prefieren mantener el citado requisito, fundamentalmente a la vista de que la mayoría de edad legal ha pasado a fijarse en 18 años gregorianos<sup>91</sup> y no 20 años, como sucedía en el Código de Estatuto Personal derogado<sup>92</sup>, al objeto de evitar que el menor acogido mediante *kafala* se vea abocado a un entorno familiar inmaduro y fracasado, lo que constituiría un choque inesperado y traumático para el menor, dado que, en términos generales, la persona que alcanza los 18 años de edad es aún incapaz, en la práctica, de ocuparse de forma independiente de sus asuntos personales.

Se observa igualmente a propósito del artículo 9 que el legislador exige como requisito en las dos personas que acogen mediante *kafala*, además de la condición de constituir matrimonio, que sean musulmanes. Este requisito de pertenecer al credo islámico supone que los no musulmanes no pueden acoger en *kafala* a un menor marroquí musulmán abandonado, lo mismo que sucede con los cónyuges marroquíes de confesión judía o cristiana. Esto mismo impide a los marroquíes musulmanes casados con una mujer de credo judío o cristiano<sup>93</sup> acoger en *kafala* a

---

88 De acuerdo con el párrafo primero del artículo 16 del Código de Familia, que estipula lo siguiente: “El acta matrimonial constituirá prueba válida del matrimonio”.

89 De acuerdo con el párrafo segundo del artículo citado *supra*, que reza así: “Si por motivos de fuerza mayor no se hubiera levantado acta matrimonial a su debido tiempo, el tribunal admitirá en los procesos de reconocimiento de matrimonio cualquier medio de prueba o informe pericial”.

90 M. Chafii, “La *kafala* de los menores abandonados. Estudio sobre la ley marroquí y la adopción en la ley francesa”, *Serie de Investigaciones Jurídicas*, 14, 1ª ed., Marrakech, p. 31 y ss.

91 Artículo 209 del Código de Familia.

92 Artículo 137 de dicho Código.

93 Según las disposiciones del artículo 39, párrafo 4.

menores abandonados, mientras que sí se les permite hacerlo a los extranjeros que abrazan el Islam, toda vez que el artículo 9 del Dahír de 13 de junio no exige el requisito de nacionalidad marroquí para otorgar la *kafala*, limitándose a señalar únicamente que viajar con el niño acogido en *kafala* fuera de Marruecos exige una autorización del juez de menores. Del mismo modo, el legislador tampoco impone el requisito de que los solicitantes de la *kafala* residan en Marruecos, lo que abre una puerta muy amplia a los extranjeros que desean acoger en régimen de *kafala* a un menor marroquí musulmán abandonado, ya que no encuentran dificultades para convertirse al Islam, dado que dicha conversión se queda, en la mayor parte de los casos, en papel mojado, puesto que el objetivo de la misma es única y exclusivamente obtener la *kafala* del menor y marcharse con él a sus países de origen para establecer en ellos su residencia permanente, donde se lleva a cabo la transformación de la *kafala* en adopción, de manera que la educación y el crecimiento del menor se desarrollan conforme a unas tradiciones y costumbres, completamente ajenas a las tradiciones y costumbres marroquíes. Por lo tanto, resulta extremadamente difícil conocer el destino de esos menores que son acogidos mediante *kafala* por extranjeros, en especial por los procedentes de países europeos. Si bien el Dahír de 13 de junio de 2002 asigna a los Servicios Consulares Marroquíes de la zona de residencia del menor acogido en *kafala* la tarea del seguimiento de la situación del menor acogido en *kafala*, se observa que, en la práctica, no se lleva a cabo el seguimiento y vigilancia de los asuntos del menor acogido en *kafala*, y el grado de cumplimiento por parte del acogedor de sus obligaciones. Si ni siquiera se lleva a cabo el control de los asuntos del menor acogido en *kafala* con residencia en territorio marroquí, menos aún se produce con respecto al menor acogido en *kafala* y residente de forma permanente fuera de Marruecos, y ello a pesar de que el legislador incluye tal extremo de forma clara y expresa en los artículos 19 y 24 del citado Dahír<sup>94</sup>.

Por todo esto, algunos proponer revisar la cuestión de la *kafala* de menores marroquíes musulmanes por parte de extranjeros o, al menos, no permitirles acoger a más de un menor, o bien exigir el requisito de residencia en Marruecos, al objeto de garantizar el desarrollo en la fe islámica de dichos menores, o bien autorizar únicamente a los extranjeros con residencia permanente en Marruecos a acoger en *kafala* a menores marroquíes<sup>95</sup>. Hay incluso quien propone autorizar a los marroquíes casados con mujeres judías o cristianas a acoger en *kafala* a menores abandonados, siempre que éstos sean musulmanes de nacimiento, en lugar de autorizar a extranjeros que se convierten al Islam con un único objeto, el de obtener la *kafala* del menor<sup>96</sup>.

---

94 J. Ouhida, "Efectos del nacimiento, capacidad jurídica y representación legal", Rabat, 2007, p. 79.

95 S. Berrada, "La *kafala* de menores a los que los padres han renunciado. Entre la teoría y la práctica", p. 199.

96 M. Chafii, *op. cit.*, p. 33.



*Que los dos cónyuges hayan cumplido la mayoría de edad legal.* Es decir, que hayan alcanzado 18 años gregorianos, de acuerdo con el artículo 209 del Código de Familia. Este requisito se considera una de las novedades del Dahír de 13 de junio de 2002, por cuanto el Dahír de 10 de septiembre de 1993 no lo incluía. Se observa, al respecto de la satisfacción de este requisito por parte de quienes solicitan la *kafala* del menor abandonado, lo siguiente:

- a) Puede haber cierta proximidad entre la edad del acogedor (*kafil*) y la del acogido (*makful*), puesto que el legislador requiere para este último que no haya alcanzado los 18 años<sup>97</sup>, cosa que, para algunos jurisperitos, podría influir negativamente en la efectividad y eficiencia de la autoridad de la orientación y la educación que han de detentar los que asumen la *kafala* ante el acogido<sup>98</sup>.
- b) El requisito establecido por el legislador en el sentido de que los cónyuges musulmanes tengan la mayoría de edad legal no es suficiente. El legislador debería exigir que dichos cónyuges estuvieran en plena posesión de sus facultades mentales y no se hubiera demostrado su incapacidad para gobernarse, puesto que el requisito de mayoría de edad legal no resulta útil si los cónyuges no gozan de plena capacidad. Por ello algunos<sup>99</sup> consideran que el legislador debe exigir como requisito la plena capacidad, en lugar de limitarse a requerir la mayoría de edad legal.

*Que ambos cónyuges sean aptos moral y materialmente.* Se observa que este requisito, en su parte primera, incluye el requisito relativo a que los cónyuges, en conjunto o por separado, no hayan sido condenados por delitos contra la moral.

El concepto de moral es amplio y difuso, lo mismo que sucede con el ordenamiento general, puesto que puede variar de un lugar a otro y de un tiempo a otro. Lo que en un lugar determinado es la moral dominante puede no considerarse del mismo modo en otro lugar, y lo que se considera dentro de las pautas de lo moral en una época puede no considerarse tal en otra época. De ahí que los jueces detenten la facultad de estimar lo que ha de considerarse impedimento moral en la sociedad<sup>100</sup>.

---

97 Artículo primero del Dahír de 13 de junio de 2002, relativo al acogimiento familiar permanente de menores abandonados (*kafala*).

98 M. Chafii, *op. cit.*, p. 34.

99 A. Qarmouch, "La *kafala* de los menores abandonados. Estudio analítico crítico del Dahír de 13 de junio de 2002, a la luz de las disposiciones del Código de Familia", 1ª ed., 2008.

100 M. A. El Youssef Alaoui, "La *kafala* del menor abandonado", tesina de estudios superiores en derecho privado, Facultad de Derecho Agdal-Rabat, 1999-2000, p. 68.

En todos los casos hay un tipo de conducta reprobable sobre la que no difieren las épocas, como es la de consumo de drogas y alcohol, o la comisión de delitos morales ignominiosos<sup>101</sup>.

Se observa que el requisito que establece el legislador en el sentido de que los que acogen al menor han de ser aptos moral y socialmente es un requisito que se corresponde desde el punto de vista de la lógica con el primer artículo del Dahír de 13 de junio de 2002 que incluye dentro de las causas de declaración de abandono la conducta desviada de los padres o su incapacidad para encargarse del cuidado y educación del menor con el fin de que éste adquiera hábitos de buena conducta. Sin embargo, no es lógico ni razonable que el menor sea sustraído a sus progenitores para confiar su educación y protección<sup>102</sup> a manos de personas extrañas que no muestran una conducta correcta ni una moral loable. Por eso es preciso que los acogedores no se caractericen por una conducta o un proceder que atente contra la moral del menor acogido en régimen de *kafala*.

Además del requisito impuesto por el legislador de que los acogedores por medio de *kafala* sean aptos moral y socialmente, se exige también que dispongan de capacidad material suficiente, lo que implica la necesidad de que el acogedor en *kafala* goce de las posibilidades económicas suficientes para satisfacer las necesidades derivadas de la *kafala*, entre ellas la obligación de manutención del menor acogido en *kafala*, con todos los gastos de comida, bebida, vestimenta, atención médica y educación.

Este requisito, el de la capacidad material, no supone la exigencia de medios y posibilidades de lujo, sino solamente aquellos que pueden sostener una vida personal en un entorno medio de moderación<sup>103</sup>.

Exigir el requisito de que el acogedor (*kafil*) sea capaz de cuidar al acogido (*makful*) se considera una medida preventiva adoptada por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, con el fin de proporcionarle protección contra la explotación económica, de acuerdo con el artículo 32 de dicha Convención, que señala lo siguiente:

- Los Estados partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.
- Los Estados partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese

---

101 A. El Khamlichi, "Comentario de la Ley de Estatuto Personal, segunda parte", p. 144.

102 M. Chafii, "La *kafala* de los menores abandonados. Estudio sobre la ley marroquí y la adopción en la ley francesa", Serie de Investigaciones Jurídicas 14, 2007, p. 34.

103 A. Qarmouch, "La *kafala* de los menores abandonados", *op. cit.*, p. 108.

propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados partes, en particular:

- a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar.
- b) Dispondrán de la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo.
- c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.

*Que no hayan sido condenados los cónyuges, de manera conjunta o separada, por infracciones contra la moral o cometidas en contra de los niños.* Este requisito, tal y como se ha indicado *supra*, queda englobado en el requisito anterior.

El Código Penal marroquí tipifica los delitos punibles, entre los cuales se citan el de corromper a la juventud y la fornicación (capítulos 497 al 504), los delitos relativos a la infidelidad conyugal (capítulo 491), violación (capítulos 486 al 488), aborto (capítulos 449 al 458), violencia contra los menores (capítulos 408 al 411) y abandonar a los menores o exponerlos al peligro (capítulos 459 al 467).

La comisión por parte de los cónyuges de alguno de estos actos penados por el Código Penal les incapacita para acoger en régimen de *kafala* a un menor abandonado. Es obvio que la persona que comete uno de dichos actos no goza de la capacidad de asumir la responsabilidad moral y educacional ante el menor abandonado<sup>104</sup>.

Se observa que el legislador se limita, en lo que respecta a este requisito, a citar dos clases de delitos, los morales y los cometidos contra los menores, sin incluir algunos otros delitos que podrían conllevar la falta de capacidad de la persona para acoger en *kafala* al menor abandonado, como los delitos económicos (robo, desfalco, estafa y otros). En nuestra opinión, el legislador no ha pretendido excluir estos delitos de la serie de delitos que influyen en la capacidad de acoger en régimen de *kafala* un menor abandonado, sino que la finalidad de enumerar algunos delitos que suponen la incapacidad del acogedor para asumir la *kafala*, obviando otros delitos, era únicamente dar prioridad a los delitos enumerados, puesto que todo delito es, por naturaleza, contrario a la moral, al margen de si se comete contra personas menores o no<sup>105</sup>.

*Que los cónyuges no padezcan enfermedades contagiosas o que les incapaciten para asumir su responsabilidad.* Este requisito comprende dos clases de enfermedades: las enfermedades contagiosas y las que causan incapacidad. Por lo que atañe a las enfermedades contagiosas, se observa que el legislador no ha especificado la naturaleza de la enfermedad contagiosa que incapacita para recibir el otorgamiento

---

104 M. A. El Youssofi Alaoui, "La *kafala* del menor abandonado", *op. cit.*, p. 69.

105 A. Qarmouch, "La *kafala* de los menores abandonados", *op. cit.*, p. 109.

de la *kafala*. La relación de dichas enfermedades es larga, y resulta difícil para cualquier médico demostrar que los cónyuges están libres de enfermedad contagiosa. Sin embargo, se puede recurrir, a la hora de determinar las enfermedades contagiosas que incapacitan para recibir el otorgamiento de la *kafala* a las enumeradas en el Decreto Real n° 554/65, de 26 de junio de 1965, que es una suerte de ley que establece la obligatoriedad de declarar algunas enfermedades, así como de determinar las medidas preventivas específicas para evitar la difusión y contagio de las mismas. Dicho Decreto fue promulgado en aplicación del Decreto del Ministerio de la Salud Pública n° 683/56, de 31 de marzo de 1995<sup>106</sup>.

Además del requisito de tipo sanitario que establece el legislador en el sentido de que los cónyuges no padezcan enfermedad contagiosa, se requiere asimismo que estén libres de cualquier impedimento que les incapacite para asumir su responsabilidad frente al menor abandonado. Algunos interpretan que este requisito se refiere a la incapacidad física, que puede ser total o parcial. Si la incapacidad que padecen los cónyuges es total, ello obstaculiza clara y seguramente el cumplimiento de sus obligaciones con respecto al menor. Si se trata de una incapacidad parcial, compete al juez la cuestión de determinar si dicha incapacidad les inhabilita para recibir el otorgamiento de la *kafala* o no<sup>107</sup>.

A propósito de este requisito, el de que los esposos no padezcan enfermedades contagiosas y que les incapaciten para recibir el otorgamiento de la *kafala*, se observa que no se especifica la norma a aplicar en el caso de que los cónyuges padezcan alguna de esas enfermedades después de serles atribuido el régimen de *kafala*. Algunos, ante esta situación, dicen, basándose en las disposiciones del artículo 25 del Dahír de 13 de junio de 2002 que establece el interés del menor acogido como el fundamento para cualquier posible revisión que pueda afectar a la atribución de la *kafala*, que si dichas enfermedades no afectan al interés del menor, no supondrán causa de anulación de la *kafala*, pero si la enfermedad es contagiosa e inevitable, o se trata de una enfermedad crónica que pueda ser contraria a los intereses del menor acogido en *kafala*, entonces corresponderá al Juez de Menores anular el otorgamiento de la acogida en régimen de *kafala*.

*Que los cónyuges no estén enfrentados al menor cuya kafala se solicita o a sus padres por un contencioso sometido a la justicia o algún asunto familiar que entrañe algún riesgo para el interés del menor.* El Dahír de 10 de septiembre de 1993 no incluía este requisito, que es una de las novedades del Dahír de 13 de junio de 2002, y que el legislador ha tomado del artículo 154 del antiguo Código de Estatuto Personal<sup>108</sup> relativo a los requisitos que debe cumplir el tutor dativo del menor.

---

106 Boletín Oficial n° 4344, 18 de enero de 1996.

107 A. Qarmouch, "La *kafala* de los menores abandonados", *op. cit.*, p. 14.

108 Artículo 247 del Código de Familia.

El legislador ha incluido este nuevo requisito con el fin de proteger al niño acogido en *kafala* y para preservar sus intereses. La existencia de un contencioso sometido a la justicia o una disputa familiar entre los cónyuges que desean recibir el otorgamiento de la *kafala* y el menor abandonado que pretenden acoger en régimen de *kafala* puede conllevar perjuicios al menor y afectar a sus intereses, puesto que la acogida en régimen de *kafala* podría obedecer a propósitos de venganza y causar perjuicios al menor, en lugar de ofrecerle los cuidados y protección necesaria.

Aunque el legislador establece en principio el requisito de que no haya ningún contencioso sometido a justicia o disputa familiar entre los cónyuges que desean la *kafala* y el menor abandonado, no menciona la solución a adoptar en el caso de que dicho contencioso o conflicto surja después del otorgamiento de la *kafala* a dichos cónyuges. Basándonos en el artículo 25 del Dahir de 13 de junio de 2002, que regula el cese de la *kafala* cuando así lo requiera el interés supremo del menor acogido en *kafala*, puede decirse que si dicho contencioso o conflicto puede afectar al interés del menor, ello no supondrá motivo de cese de la *kafala*, mientras que si el contencioso o el conflicto hacen temer por el interés del menor, ello facultará para anular la resolución de otorgamiento de la *kafala* en todos los casos corresponde al juez de menores la competencia de determinar si el contencioso o el conflicto pueden afectar a los intereses del menor acogido en régimen de *kafala* o no, a la luz de lo cual deberá resolver sobre la atribución de la *kafala* o su anulación<sup>109</sup>.

## 2. LOS REQUISITOS RELATIVOS A LA MUJER

Una de las novedades del Dahir sobre la *kafala* de 13 de junio de 2002 es conceder a la mujer musulmana el derecho a acoger en régimen de *kafala* un menor abandonado, dado que el Dahir de 10 de septiembre de 1993 no contemplaba esta posibilidad. Ahora ya es posible atribuir la *kafala* a una mujer no casada, viuda o que alcance una edad avanzada sin haber contraído matrimonio, siempre que disponga de los medios materiales y la capacidad moral suficientes para ofrecer los cuidados necesarios al menor abandonado.

Una de las críticas que se habían dirigido al Dahir de 10 de septiembre de 1993 era que no concedía a la mujer no casada la posibilidad de acoger en *kafala* a un menor abandonado. Por lo tanto, la autorización que se otorga a la mujer para ejercer la *kafala* que en el marco del Dahir vigente que regula el régimen de la *kafala* supone la consecución de un doble logro, tanto para la mujer como para el menor abandonado, máxime si se tiene en cuenta que las instituciones de acogida

---

109 Véase, en el mismo sentido, A. Qarmouch, "La *kafala* de los menores abandonados", *op. cit.*, p. 114.

destinadas a los niños se encuentran desbordadas y que hay una preocupante escasez de demandas de *kafala*.

El legislador, para atribuir la *kafala* a una mujer musulmana, exige que se cumplan los cuatro requisitos estipulados en el epígrafe primero del artículo 9 del Dahír de 13 de junio de 2002, es decir, los mismos requisitos que el legislador exige en el caso de los cónyuges musulmanes, que son la mayoría de edad legal, la capacidad moral y material, la ausencia de contencioso sometido a la justicia o disputa familiar entre la mujer y el menor que desea acoger en régimen de *kafala* o entre la mujer que acoge y los padres del menor de modo que pueda temerse por los intereses del niño acogido en régimen de *kafala*.

Se observa al respecto que el legislador limita la atribución de la *kafala* a la mujer musulmana, no permitiendo dicha posibilidad al hombre musulmán. Algunos<sup>110</sup> atribuyen dicha disposición a la herencia cultural y a la concepción negativa del hombre en sus relaciones con las personas que conviven con él, considerándolo causante de peligro, hostilidad o desviaciones. Según nuestra opinión, sería más apropiado que el legislador diera prioridad en este sentido al interés del menor abandonado y otorgara la *kafala* al hombre musulmán que cumpliera los requisitos señalados en el primer epígrafe del artículo 9 del Dahír de 13 de junio de 2002. Esta opinión se fundamenta en que las disposiciones del Dahír de 13 de junio de 2002, y en especial los artículos 25 y 26, donde se observa que el legislador concede al hombre musulmán la *kafala* del menor abandonado, aunque de forma indirecta, puesto que el artículo 25 estipula: “La *kafala* cesará por cualquiera de los siguientes motivos:

- Cuando el menor acogido alcance la mayoría de edad legal. Estas disposiciones no se aplicarán a la hija no casada ni al menor minusválido o incapaz de satisfacer sus necesidades.
- El fallecimiento del menor acogido.
- El fallecimiento de los dos cónyuges responsables de la *kafala* o de la mujer encargada de la *kafala*.
- La incapacidad conjunta de los dos cónyuges responsables de la *kafala*.
- La disolución del establecimiento, organismo, organización o asociación encargado de la *kafala*.
- La anulación del derecho de asegurar la *kafala* por resolución judicial en caso de incumplimiento de sus obligaciones por parte de la persona que la asume o en caso de renuncia por dicha persona o cuando así lo exija el interés superior del menor acogido.

---

110 A. Qarmouch, “La *kafala* de los menores abandonados”, *op. cit.*, p. 115 y ss.

Así pues, si es la mujer quien fallece, ello implica que el hombre continuará con la *kafala* del menor abandonado.

En cuanto al artículo 26, reza así: “Si se rompieran los lazos matrimoniales entre los cónyuges responsables de la *kafala*, el juez tutelar ordenará, a instancia de cualquiera de los cónyuges, del Ministerio Fiscal o de oficio, bien mantener la *kafala* confiándola a una de las dos partes o bien adoptar las medidas que estime más adecuadas. En ese caso, las disposiciones del artículo 102 del Código de Estatuto Personal se aplicarán al menor.

Antes de pronunciarse sobre la *kafala*, el juez llevará a cabo la investigación prevista en el artículo 16”.

Basándonos en esto, resulta que en el caso de disolución del vínculo conyugal entre los esposos responsables de la *kafala* podrá atribuirse la *kafala* del menor abandonado al esposo, es decir, al hombre musulmán, en virtud de resolución judicial emitida por el juez de menores.

Por lo tanto, se puede decir que la *kafala* del menor abandonado puede ser atribuida al hombre musulmán, pero no desde un principio, es decir, desde el momento de solicitud de la *kafala*, sin posteriormente, puesto que si el hombre musulmán presenta una solicitud de *kafala* de un menor abandonado, es seguro que dicha solicitud será rechazada en virtud de las disposiciones del artículo 9 del Dahír de 13 de junio de 2002, que no concede al hombre musulmán el derecho a la *kafala*.

### **3. LOS REQUISITOS RELATIVOS A LAS INSTITUCIONES DE ACOGIDA**

En el caso de que la familia natural resulte incapaz de cuidar a los hijos, puede otorgarse la *kafala*, además de a los cónyuges musulmanes o a la mujer musulmana, a instituciones públicas que se ocupan de atender y cuidar a los niños, así como a entidades, organizaciones y asociaciones de carácter social, reconocidas como servicios de utilidad pública y que dispongan de los medios materiales, recursos y capacidades humanas que las faculten para ejercer el cuidado de los niños, procurarles buena educación y desarrollo personal dentro de la fe islámica<sup>111</sup>.

Se observa en el artículo 9 del Dahír de 3 de junio de 2002, relativo a la *kafala* de menores abandonados, que el legislador no fija requisitos específicos para las instituciones de acogida, como sí hace con los cónyuges musulmanes y la mujer musulmana, salvo que sean públicas y reconocidas como servicios de utilidad pública y que dispongan de los recursos humanos y los bienes materiales que las faculten para ejercer el cuidado de los niños. Por lo tanto, las instituciones privadas no están autorizadas a acoger a los niños abandonados, lo mismo que las entidades e instituciones extranjeras que no estén reconocidas como servicios

---

111 M. Chafii, “La *kafala* de los menores abandonados”, *op. cit.*, p. 39.

de utilidad pública, tal como estipula el artículo 9 del Dahír, de 15 de noviembre de 1958, que regula la fundación de las asociaciones en Marruecos.

El legislador marroquí, poco después de la independencia, promulgó una serie de textos legales con el fin de apoyar y reforzar en general el trabajo social del Gobierno y en particular el cuidado y atención a los niños huérfanos e indigentes. Entre estos textos está el Dahír de 27 de abril de 1975, relativo a la fundación de la Institución de Cooperación Nacional, el Decreto Real de 3 de septiembre de 1968, que decreta elevar el rango de la Institución de Cooperación Nacional al de Delegación, ampliando su ámbito de acción y transformándolo en un sector social que vehicula un mensaje de servicio a la familia, auxilio a las niñas, atención a la infancia, formación y preparación de la juventud, atención a la tercera edad y los ancianos y ayuda a las viudas<sup>112</sup>. El Decreto promulgado el 28 de febrero de 1972 al respecto de esta institución la conforma como institución pública dotada de personalidad civil y de independencia financiera. En 1977 se creó el Ministerio de Asuntos Sociales y Artesanía con el fin de velar por la aplicación de una política social integral que procurase la formación y calificación de los menores, otorgándoles la posibilidad de recibir instrucción y formación y de adquirir las habilidades y competencias específicas que les capacitaran para la integración social y económica<sup>113</sup>.

El citado Ministerio se ocupa de aplicar esta política a través de una serie de instituciones de acogida que tutelan un número elevado de menores abandonados. Sus competencias son diversas, de acuerdo con el tipo de finalidad que persiguen: están los jardines de infancia y los centros sociales educativos. Con el fin de ofrecer protección a los menores abandonados, el Ministerio trabaja para apoyar una serie de asociaciones benéficas islámicas que operan bajo los auspicios de la Institución de Cooperación Nacional. Las organizaciones y entidades adscritas a estas asociaciones benéficas constan de jardines de infancia, albergues de estudiantes y residencias de ancianos<sup>114</sup>.

En lo que atañe a las residencias de menores y de estudiantes, estas instituciones acogen a menores huérfanos, a los que no gozan de sostén familiar y a los que se encuentran en situaciones sociales especiales, a fin de darles la oportunidad de recibir educación y formación profesional. Los menores que siguen estudios de primaria son adscritos a las residencias de menores, mientras que los que cursan estudios de secundaria o formación profesional son acogidos en las residencias de estudiantes<sup>115</sup>.

---

112 M. A. El Youssoufi Alaoui, "La *kafala* del menor abandonado", *op. cit.*, p. 78.

113 A. Qarmouch, "La *kafala* de los menores abandonados", *op. cit.*, p. 121.

114 A. Khadani, "La experiencia del Ministerio de Empleo, Artesanía y Asuntos Sociales en el ámbito de la protección de los menores privados de familia", Actas del Primer Encuentro Marroquí sobre el Menor Privado de Familia, Liga Marroquí para la Protección de la Infancia, Rabat, 22-25 de octubre de 1992, p. 59.

115 M. A. El Youssoufi Alaoui, "La *kafala* del menor abandonado", *op. cit.*, p. 79.



Entre las instituciones y organizaciones más importantes que velan por ofrecer cuidados y protección a los menores huérfanos y privados de los cuidados de sus progenitores pueden citarse las Aldeas Infantiles Modelo y la Liga Marroquí para la Protección de la Infancia.

### **a) Aldeas Infantiles Modelo**

La idea de fundar las Aldeas Infantiles se debe al doctor de origen austriaco Hermann Gmeiner, quien fundó la primera Aldea Infantil en el año 1949, en la ciudad de Imst, en su país natal, Austria, como consecuencia del elevado número de menores necesitados que habían perdido sus casas, su seguridad y sus familias a causa de la Segunda Guerra Mundial. La idea fue creciendo y difundiéndose por todas las zonas del orbe, especialmente en los países del Tercer Mundo.

Marruecos es uno de los países que se erigen en objetivo de las aldeas de los necesitados. La primera Aldea Infantil de Marruecos fue creada el 30 de marzo de 1985, en Ait Ourir, en la zona de Marrakech, merced a un acuerdo entre la organización mundial S.O.S. Kinderdef International y el Ministerio de Artesanía y Asuntos Sociales firmado el 18 de julio de 1980. Posteriormente se creó otra aldea en Imzourene, cerca de la ciudad de Alhucemas, el 16 de abril de 1987, en virtud de un acuerdo firmado entre las dos partes mencionadas *supra* el 16 de abril de 1987.

La Asociación Marroquí de Aldeas Infantiles fue fundada el 18 de diciembre de 1986 en Rabat, siendo reconocido su carácter de servicio público merced al Decreto de 19 de junio de 1990.

Las Aldeas Infantiles, que llevan por nombre S.O.S., son una suerte de aldeas formadas por una serie de casas, cada una de las cuales incluye una madre sustituta y un grupo de hermanos, a los que se les asigna un salario mensual. El objetivo primordial de estas aldeas es lograr el desarrollo social y una vida digna para los niños huérfanos y abandonados, proporcionándoles cuidados y protección desde el momento en que ingresan en las aldeas.

Además de las madres, las aldeas disponen de una dirección que administra la institución, compuesta por un director, un economista, una secretaria, un dispensario, una guardería y unos talleres educativos.

A manera de resumen, puede decirse que la idea de Hermann Gmeiner ha tenido éxito en todo el mundo. Actualmente hay 485 Aldeas S.O.S. en más de 134 países de todo el orbe, entre ellos diez países árabes, que cuentan con 26 Aldeas Infantiles S.O.S., que son: Líbano, Egipto, Jordania, Palestina, Siria, Argelia, Marruecos, Sudán, Túnez y Somalia, además de 358 residencias de jóvenes instauradas a partir de dichas Aldeas.

### **b) La Liga Marroquí para la Protección de la Infancia**

La Liga Marroquí para la Protección de la Infancia fue fundada en el año 1957, bajo la presidencia de honor de su Alteza Real Lalla Mariam. Posteriormente, se abrieron sucursales de la Liga en diversas ciudades de Marruecos, con el fin de

acercarse a todos los niños, ya que la Liga supervisa una serie de centros de acogida para menores abandonados, los más importantes de los cuales son el Centro Lalla Mariam en Rabat y el Centro Lalla Amina en Ben Slimane. También supervisa una serie de centros para marroquíes y jardines de infancia. La Liga aspira a defender los derechos del niño y a ofrecer ayuda a los niños que viven situaciones difíciles. Entre los intereses de la Liga puede citarse la tutela de niños huérfanos y el cuidado de niños abandonados en las comisarías de policía, casas de alumbramiento y hospitales, todo ello en aplicación de las disposiciones de la Ley de Tutela, modificada en el año 2002, dispensando acogida a esos niños desde el día del nacimiento y hasta la edad de tres años en instituciones especializadas, proporcionándoles servicios sanitarios, educativos, sociales, recreativos y deportivos. Al mismo tiempo, se les buscan familias que puedan acogerlos en régimen de *kafala* por medio de ayudas sociales y en aplicación de la legislación vigente.

La Liga ha establecido como prioridad la atención al sector de los huérfanos, con el fin de garantizarles el umbral mínimo de una vida digna.

#### **IV. EL PROCEDIMIENTO DE LA KAFALA DE UN MENOR ABANDONADO<sup>116</sup>**

Una de las novedades introducidas por la nueva Ley de 2002 sobre la *kafala* es la designación del juez de tutelas como juez competente en materia de *kafala*. Esta acertada modificación corrobora el papel de este juez como responsable de los asuntos de los menores y los huérfanos y como representante legal de los menores abandonados conforme con las disposiciones relativas a la representación legal previstas en el CFM<sup>117</sup> y en el CPCM<sup>118</sup>. Es de destacar también la importancia que tiene esta modificación en cuanto a efectos extraterritoriales de la *kafala* se refiere. Así pues, el hecho de que la *kafala* se otorgue mediante decisión judicial y no mediante un acto adular de índole administrativa ofrece más garantías y más seguridad jurídica a los interesados, particularmente fuera del territorio marroquí, teniendo en cuenta la demanda creciente de *kafala* por parte de los marroquíes residentes en el extranjero.

---

116 Houda Zekri.

117 Artículo 231 del CFM : "La representación legal se ejercerá por:

- El padre mayor de edad.
- La madre mayor de edad, en defecto del padre o como consecuencia de la perdida de la capacidad de aquél.
- El tutor testamentario designado por el padre.
- El tutor testamentario designado por la madre.
- El juez.
- El tutor dativo designado por el juez".

118 Artículos 181 y ss. del CPCM.

Cabe señalar que aunque el artículo 14 sólo haya hecho referencia a la competencia del juez de tutelas de la circunscripción del lugar de residencia del menor abandonado, nada impide corregir este lapsus y referirse a lo dispuesto en el artículo 4 para considerar competente también al juez de tutelas del lugar donde hubiera sido encontrado el menor o del lugar en que se encuentre el centro social en el que hubiera sido internado<sup>119</sup>.

La solicitud de la *kafala* debe pues ser presentada por la persona o entidad interesada, al juez de tutelas competente junto con los documentos requeridos por la ley (conforme con lo dispuesto en los artículos 9 y 15):

- Una solicitud por escrito donde el solicitante se compromete a asumir el cuidado, la protección, la educación y la manutención del menor “como lo haría un padre por su propio hijo”<sup>120</sup>.
- Certificado de domiciliación.
- Una copia de la partida de nacimiento del menor abandonado.
- Una copia del documento de identidad nacional.
- Un certificado médico atestando de que el solicitante no padece ninguna enfermedad contagiosa o que le incapacite para asumir su responsabilidad.
- Una copia de los antecedentes penales que prueba que los solicitantes nunca fueron objeto de condena, de manera conjunta o separada, por infracciones contra la moral o contra los niños.
- Una copia de los antecedentes penales del país de residencia de los extranjeros o de los marroquíes residentes fuera de Marruecos.
- Cualquier documento acreditativo de los ingresos del solicitante.
- Una copia de la partida de nacimiento del solicitante que pruebe su mayoría de edad.
- Una copia del acta de matrimonio de los esposos que solicitan la *kafala*.
- Un acta de conversión al Islam para los extranjeros no musulmanes que deseen acoger en *kafala* a un menor abandonado.

Una vez examinados los documentos presentados, el juez de tutelas ordena la realización de una investigación especial para comprobar la certeza de la información recibida, así como las circunstancias en las que se ejercerá la *kafala* del menor. Esta investigación se realiza por una comisión que integra un fiscal —o su representante— del tribunal de primera instancia de la circunscripción del juez de tutelas competente, un representante de la autoridad gubernamental encargada de los asuntos islámicos de la circunscripción del lugar de residencia

---

119 A. Qarmouch, *La kafala de niños abandonados*, op.cit., p. 164.

120 La expresión utilizada en este artículo: “Como lo haría un padre por su hijo” no nos parece la más adecuada teniendo en cuenta el gran esfuerzo realizado en el CFM para evitar expresiones discriminatorias por razón de sexo. Sería más oportuno hacer referencia en esta disposición a ambos padres y no solamente al padre.

del menor, un representante de la autoridad local y una asistente social en representación de la autoridad gubernamental encargada de la infancia<sup>121</sup>. Queda a discreción del juez recurrir a toda persona o parte adicional para completar la investigación si así lo requieren las circunstancias del caso.

Depende también del poder discrecional del juez decidir a quien otorgar la *kafala* de un menor sujeto de varias demandas de *kafala*. Generalmente, aunque el hecho de tener hijos no supone ningún obstáculo para solicitar la *kafala* de un menor abandonado, el juez dará prioridad a los cónyuges que no tienen hijos o a aquéllos susceptibles de ofrecer las mejores condiciones de vida al menor en cuestión. La decisión del juez deberá basarse en su convicción sobre el mejor interés para el menor<sup>122</sup>.

Ello dará lugar a una resolución que confía la *kafala* a la persona o asociación solicitante designándola como tutor dativo<sup>123</sup> del menor acogido (artículo 17). Se tendrá en cuenta la opinión del menor y su aceptación si es mayor de 12 años y si su *kafala* es solicitada por personas y no por una organización de carácter social. Al modificar la edad de discernimiento de 10 a 12 años<sup>124</sup>, el legislador procuró armonizar las disposiciones de los diferentes textos de la legislación marroquí<sup>125</sup>. Ello sin olvidar que esta disposición casa con la normativa internacional, a saber, lo dispuesto en el artículo 12 del Convenio Internacional<sup>126</sup> sobre Derechos del Niño de 1989: “Los Estados partes garantizan al niño capaz de discernimiento, el derecho a expresar libremente su opinión sobre toda cuestión que le interese. Las opiniones del niño deben ser tomadas en consideración teniendo en cuenta su edad y su grado de madurez”.

La decisión de *kafala* es provisionalmente ejecutiva de pleno derecho, sin perjuicio de los recursos existentes, a saber, el recurso en apelación. Ante el silencio del legislador, se considera aplicable el plazo ordinario de treinta días dentro del cual ha de tener lugar la apelación (artículo 134 del CPCM).

La ejecución de la decisión de *kafala* debe tener lugar en el plazo de 15 días en presencia del representante del Ministerio Fiscal, de la autoridad local y, en su caso, de la asistente social implicada. Se levanta un acta de entrega del menor especificando las identidades del *kafil* (persona que acoge), del *makful* (el menor

---

121 Las modalidades de nombramiento de los miembros de esta Comisión han sido fijadas por la circular n° 2-03-600 con fecha de 7 de junio de 2004, B.O. n° 5223, de 21 de junio de 2004.

122 Artículos 10 y 11 de la Ley de *kafala*.

123 La legislación marroquí reglamenta la representación legal a través de tres conceptos: la tutela legal, la tutela testamentaria y la tutela dativa. La tutela legal se ejerce por el padre, la madre o el juez; la tutela testamentaria se ejerce por una persona designada por el padre o por la madre y la tutela dativa la ejerce el juez o una persona designada por él (artículos 229-231 CFM).

124 El artículo 10 de la antigua Ley de *kafala* fijaba a la edad de 10 años para subordinar la *kafala* a su consentimiento personal.

125 Tanto el CFM como el Código Penal y el Código de Enjuiciamiento Penal consideran que a los 12 años comienza la etapa de discernimiento para un menor.

126 B.O. n° 4440 de 19 de diciembre de 1996, p. 2847.

acogido) y de los testigos de la entrega del menor, al igual que la hora y el lugar del hecho. El acta debe ser firmada por el agente de ejecución y por el *kafil*, que puede estampar su huella dactilar si no sabe firmar. Se levantan tres ejemplares del acta entregando uno de ellos al *kafil*, otro al juez de tutelas y adjuntando el último al expediente de ejecución (artículo 18).

Respecto a las personas encargadas de la *kafala* que sean residentes en el extranjero y quieran por ende salir del país en compañía del menor acogido, necesitan una autorización previa del juez de tutelas en virtud del artículo 24 de la ley de la cual se remite una copia, si ha lugar, al consulado marroquí del lugar de residencia del *kafil* para que lleve a cabo el control del ejercicio de esta persona de sus obligaciones hacia el *makful*. No obstante, es importante mencionar la circular del Ministerio de Justicia<sup>127</sup> que insta a los jueces de tutelas a comprobar previamente si el país de acogida reconoce la institución de la *kafala*. Los interesados deben pues presentar al juez competente una prueba de ello ya sea mediante una ley interna, un convenio bilateral o incluso una atestación de las autoridades de ese país acerca de la legalidad en su territorio de la situación creada por la *kafala* islámica. Si para algunos<sup>128</sup> se trata de una exigencia que obstaculiza el ejercicio de la *kafala* por marroquíes residentes en el extranjero, es indudable que el objetivo es loable y es evitar que una vez en territorio extranjero, las autoridades locales no reconozcan la legalidad del vínculo de la *kafala* y decidan separar el menor de su *kafil* e ingresarlo en algún organismo para la protección de la infancia.

Mención aparte merece la circular del Ministerio de Justicia<sup>129</sup> relativa a la *kafala* de niños no abandonados o sea cuya filiación es conocida, especialmente cuando se trata de solicitantes residentes en el extranjero. Esta circular viene a poner sobre el tapete la práctica relativa a las *kafalas* llevadas a cabo directamente entre los ciudadanos formalizando la entrega mediante un acta adular. Ante el peligro que corren los menores entregados sin ninguna supervisión ni control por parte de las autoridades, el Ministerio insta a los jueces notariales —competentes en amparo de la ley anterior— para que apliquen a este tipo de *kafala* el mismo procedimiento y los mismos requisitos que los exigidos para la *kafala* de niños abandonados, con el fin de garantizar la protección del interés del menor. Esta medida fue inspirada por la práctica cada vez más creciente entre los miembros de la comunidad marroquí residente en el extranjero que recurren a la *kafala* de menores pertenecientes a su propia familia residente en Marruecos sin

---

127 Circular con fecha de 1 de julio de 2003 citada por M. Benhssain, "Los marroquíes residentes en el extranjero y la Ley de *kafala* de niños abandonados", *Revista de Derecho Marroquí*, nº 11, 2007, p. 171.

128 M. Benhssain, "Los marroquíes residentes en el extranjero y la Ley de *kafala* de niños abandonados", *op.cit.*, pp. 165-182 (en árabe).

129 Circular con fecha de 7 de febrero de 1996, amablemente facilitada por el juez Dimaoui, magistrado agregado al Ministerio de Justicia en Rabat (vid. Anexos).

tener que efectuar ningún procedimiento de abandono del menor en cuestión<sup>130</sup>. Este tipo de *kafala* es la que da lugar a definiciones como la ofrecida por el Centro Internacional de Referencia para los Derechos del Niño privado de Familia<sup>131</sup>: “La *kafala* crea los siguientes efectos: por un lado, el ejercicio de la autoridad parental del cuidador y su obligación de hacerse cargo del niño y, por el otro, la persistencia de los lazos familiares y la conservación del estado familiar del niño”. Resulta fundamental pues, precisar si la *kafala* concierne un menor cuya filiación es conocida y acerca del cual no se ha pronunciado ninguna sentencia de abandono, o bien de un menor declarado en abandono mediante decisión judicial.

## **V. EFECTOS DE LA KAFALA**

### **1. EFECTOS DE LA KAFALA<sup>132</sup>**

Cuando la *kafala* reúne todos los requisitos legales y se llevan a cabo todas las medidas y procedimientos requeridos por el legislador marroquí, dicha *kafala* surte efectos legales, la mayoría de los cuales son, en realidad, los derechos de los que se beneficia el menor acogido en *kafala*, junto con las obligaciones que asume la persona que acoge al menor. A continuación, procedemos a detallar dichos efectos. Se trata de una serie de obligaciones que debe asumir la persona que acoge al menor y de derechos establecidos en beneficio del menor acogido en régimen de *kafala*.

Los derechos derivados del otorgamiento de la *kafala* a una persona determinada (sea física o jurídica) pueden dividirse en dos clases: los derechos individuales y los derechos económicos.

#### **1.1. Derechos individuales**

Los derechos individuales consisten en el derecho del menor acogido en *kafala* a la guarda y custodia por parte de quien asume la *kafala*, los cuidados, educación, seguimiento y control de sus asuntos, además de su derecho a la nacionalidad y al nombre.

##### **a) Derecho a la guarda y custodia**

Entre los efectos derivados del otorgamiento de la *kafala* del menor abandonado a la persona que asume sus cuidados está la obligación de este último de asumir la guarda y custodia del menor, tanto si el acogedor es una persona física, como

---

130 H. Krini, *Guía de litigación ante los tribunales de familia*, Ed. Annajah al Jadida, Casablanca, 2007, pp. 92-94.

131 Servicio Social Internacional/Centro Internacional de Referencia de los Derechos del Niño privado de Familia, ficha de formación nº 51.

132 Jamila Ouhida.

si se trata de una institución. El artículo 22 del Dahir, de 13 de junio de 2000, estipula lo siguiente: “La resolución relativa al otorgamiento de la *kafala* da lugar a los siguientes efectos: la persona que asume la *kafala* o el establecimiento, organismo, asociación u organización implicados será la responsable de la ejecución de las obligaciones relativas a la manutención, a la guarda y a la protección del menor acogido y velará por que sea educado en un ambiente sano, en el que se satisfagan sus necesidades esenciales hasta que alcance la mayoría de edad legal, de conformidad con las disposiciones previstas en el Código de Estatuto Personal relativas a la guarda y manutención de los menores”.

La guarda y custodia del menor acogido en *kafala*, de acuerdo con las disposiciones del Código de Familia, consiste en protegerlo de cualquier daño y velar por su educación y sus intereses<sup>133</sup>. La guarda y custodia del menor acogido en *kafala* exige cuidar su alimentación, vestido, alojamiento, higiene, así como velar por sus intereses y por la tutela legal sobre su persona, con el fin de proteger sus derechos y evitar que sean conculcados, especialmente en el caso de ausencia de representante legal.

El artículo 163 del Código de Familia, en su párrafo segundo, estipula lo siguiente: “... La persona sobre la que recaiga la custodia deberá, en la medida de lo posible, adoptar todas las medidas necesarias para preservar y garantizar la seguridad física y psíquica del menor bajo su custodia, y velar por sus intereses en ausencia de su representante legal y en caso de necesidad, si se temiera un atentado contra los intereses del menor”.

La guarda y custodia del menor acogido en *kafala* continuará hasta que éste alcance la mayoría de edad legal, es decir, 18 años gregorianos, de acuerdo con las disposiciones del artículo 209 del Código de Familia. El menor bajo guarda y custodia podrá, al alcanzar la edad de 15 años, en el caso de extinción del vínculo matrimonial entre los padres que asumen la *kafala*, elegir entre los dos.

La persona que solicite la guarda y custodia ha de reunir una serie de requisitos fijados en el artículo 173 del Código de Familia. Se observa que se trata aproximadamente de los mismos requisitos fijados en el Dahir de 13 de junio de 2002, para el otorgamiento de la *kafala*, salvo algunos requisitos añadidos en el Dahir, como el de profesar la fe islámica, el de ausencia de contencioso sometido a los tribunales o disputa familiar entre quien asume la *kafala* y el menor acogido en *kafala* o sus progenitores. Estos requisitos hacen que la *kafala* influya en la solicitud de la guarda y custodia de forma positiva o negativa, mientras que no sucede igual en el sentido inverso, puesto que los requisitos de la *kafala* incluyen ya los requisitos de la guarda y custodia<sup>134</sup>.

---

133 Artículo 163 del Código de Familia.

134 A. Qarmouch, “La *kafala* de los menores abandonados”, *op. cit.*, p. 186.

La cuestión que surge al respecto es si el menor acogido en *kafala*, una vez cumplidos los 15 años de edad, tiene derecho a elegir a otra persona que asuma la guarda y custodia diferente de quien asume la *kafala*.

Algunos<sup>135</sup> consideran que el menor acogido en *kafala* no tiene derecho a elegir a quien asuma su guarda y custodia al margen de los cónyuges que asumen la *kafala* en el caso de que se disuelva el vínculo matrimonial entre ambos, en virtud de una serie de considerandos: el primero, la naturaleza específica de la *kafala* que, según esta opinión, tiene como fin guardar y custodiar al menor acogido en *kafala*, proporcionarle cuidados, educación y manutención, cosa que no podría realizarse en el caso de renuncia a la guarda y custodia del menor acogido en *kafala*. El segundo considerando es que la responsabilidad civil de quien asume la *kafala* implica controlar al menor, orientarlo, protegerlo y guardarlo, con respecto a los accidentes y peligros que puede originar a terceros, cosa que, según esta opinión, no podría realizarse estando el menor acogido en *kafala* bajo la guarda y custodia de una persona diferente a la que asume su *kafala*. El tercer considerando es que la *kafala* del menor abandonado se otorga mediante resolución judicial y por lo tanto no puede revocarse o renunciarse a ninguno de sus fundamentos fuera del marco de dicha resolución judicial.

Nuestra opinión es que, a pesar de la validez de estos considerandos, sobre los que se ha basado la opinión previa, el menor acogido en *kafala* ha de tener derecho a que quien elija para asumir su guarda y custodia sea una persona distinta de los cónyuges que asumen la *kafala* en el caso de disolución del vínculo matrimonial, sin que haya diferencia al respecto con el hijo legítimo, y ello en base a los siguientes considerandos:

- El legislador marroquí, al abordar los efectos de la *kafala* en el artículo 22 del Dahir de 13 de junio de 2002, al respecto de la manutención, la guarda y custodia y otras cosas, se ha remitido a las disposiciones del vigente Código de Familia, y no ha señalado ninguna excepción con respecto al menor acogido en *kafala*. Por lo tanto, se somete a todas las disposiciones estipuladas al respecto de la guarda y custodia, con lo cual el menor acogido en *kafala* tiene derecho, tal como lo tiene el menor legítimo, a elegir para asumir su guarda y custodia persona diferente a los cónyuges que asumen la *kafala* en el caso de que se confirme la disolución del vínculo matrimonial entre dichos cónyuges.

Asimismo, el legislador marroquí, en el marco del artículo 26, establece la aplicación de las disposiciones del artículo 166 del Código de Familia al menor acogido en régimen de *kafala*, sin señalar al respecto ninguna restricción ni excepción. Dicho artículo otorga al menor acogido en *kafala*,

---

135 A. Qarmouch, "La *kafala* de los menores abandonados", *op. cit.*, p. 185.



- después de la extinción del vínculo matrimonial entre los cónyuges que asumen la *kafala*, una vez alcanzados los 15 años de edad, el derecho a elegir a la persona que asuma su guarda y custodia entre su padre, su madre o alguno de los parientes señalados en el artículo 171 del Código de Familia.
- El legislador marroquí, en el marco del artículo 25 del Dahír de 13 de junio de 2002, estipula entre las causas de cese de la *kafala* lo que sigue: "... La anulación del derecho de asegurar la *kafala* por resolución judicial en caso de incumplimiento de sus obligaciones por parte de la persona que la asume, o en caso de renuncia por dicha persona, o cuando así lo exija el interés superior del menor acogido". Visto lo cual, el juez, en el caso de que entienda que la elección por parte del menor de una persona que asuma la guarda y custodia diferente a quien asume la *kafala* no resulta perjudicial para sus intereses, sino que éstos exigen que asuma su guarda y custodia perrona diferente a los cónyuges que asumían la *kafala* una vez disuelto el vínculo conyugal entre ambos, podrá adoptar la resolución que estime conveniente para el bien del menor. De acuerdo con el artículo 26 del Dahír de 2002, el juez podrá emitir resolución, en el caso de disolución del vínculo matrimonial entre los cónyuges que asumen la *kafala*, bien decretando la continuación de la *kafala* a cargo de uno de ellos o bien adoptando las medidas que considere oportunas al respecto.
  - Si la *kafala* del menor abandonado se ha otorgado mediante resolución judicial, su anulación, incluso si se trata de un caso en que así lo requiera el interés superior del menor, deberá producirse por la misma vía. En el caso de que se disuelva el vínculo matrimonial entre los cónyuges que asumen la *kafala* y de que el menor, una vez cumplidos los 15 años, elija a una persona diferente para asumir la guarda y custodia, y se demuestre que dicha elección no es contraria a los intereses del menor, el juez podrá, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 25 y 26 del Dahír, emitir resolución judicial de anulación de la *kafala* y otorgamiento de la guarda y custodia del menor acogido en *kafala* a uno de los parientes elegidos por él y señalados en el artículo 171 del Código de Familia.

### **b) Derecho a cuidados y educación**

El artículo 22 del Dahír de 2002 estipula lo que sigue: "La resolución relativa al otorgamiento de la *kafala* da lugar a los siguientes efectos: "La persona que asume la *kafala* o el establecimiento, organismo, asociación u organización implicados será la responsable de la ejecución de las obligaciones relativas a la manutención, a la guarda y a la protección del menor acogido y velará por que sea educado en un ambiente sano, en el que se satisfagan sus necesidades esenciales hasta que alcance la mayoría de edad legal, de conformidad con las disposiciones previstas en el Código de estatuto personal relativas a la guarda y manutención de los menores...".

De acuerdo con lo cual, la persona que asume la *kafala* deberá velar por el cuidado y protección del menor acogido en *kafala*, proporcionándole manutención, vestimenta, alojamiento, higiene, mantenimiento de su salud corporal, educación en la moral y la buena conducta. Asimismo, deberá garantizar su desarrollo, es decir, velar por su educación y aprendizaje y orientar su conducta, de manera que adquiera hábitos de buena conducta y valores morales.

El cuidado y protección del menor acogido en *kafala*, junto con la garantía de su desarrollo en un ambiente familiar sano, exige proporcionarle educación, puesto que la educación y el conocimiento son derechos connaturales al ser humano, y que los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos sitúan entre los derechos más importantes de los que ha de gozar el hombre en general y el niño en particular.

En cuanto a la protección del menor acogido en *kafala* frente a los peligros y perjuicios a los que puede verse expuesto, ya sea por parte de la persona que asume la *kafala* o por otros, el legislador asigna al juez de menores competente en la jurisdicción correspondiente al lugar de residencia de quien asume la *kafala* las labores de seguimiento y control de los asuntos del menor acogido en régimen de *kafala* y del grado de cumplimiento de las obligaciones de la persona que asume la *kafala*. El texto promulgado por el legislador a este respecto se considera una de las novedades del Dahír de 13 de junio de 2002, puesto que la realidad ha mostrado algunas situaciones desgraciadas que sufren algunos menores cuya *kafala* ha sido asignada a personas que no han sido controladas, como tampoco se ha controlado el grado de cumplimiento de sus obligaciones con respecto a la *kafala*<sup>136</sup>.

La asignación de las tareas de seguimiento y control de los asuntos del menor acogido en régimen de *kafala* al juez de menores está ligada al papel fundamental que le otorgan las disposiciones del artículo 7 del Dahír de 2002, cuyo tenor es como sigue: "El juez tutelar asegurará la tutela de los menores abandonados de conformidad con las disposiciones relativas a la representación legal previstas en el Código de Estatuto Personal y en el Código de Procedimiento Civil".

Por lo tanto, a diferencia de lo que venía haciéndose a la luz de la anterior Ley de *kafala* (Dahír de 1993), y obedeciendo a las tendencias de la jurisprudencia clásica marroquí<sup>137</sup>, el juez, en virtud del epígrafe segundo del artículo 7 de la Ley 15/01, ejerce la tutela sobre los menores abandonados, de conformidad con las disposiciones de la representación legal estipuladas en el Código de Familia<sup>138</sup> y la Ley de Procedimiento Civil<sup>139</sup>.

---

136 A. Qarmouch, "La *kafala* de los menores abandonados", *op. cit.*, p. 219.

137 A. El Khamlichí, "Comentario de la Ley de Estatuto Personal, segunda parte: efectos del nacimiento, de la capacidad jurídica y de la representación legal", Dar al Maarifa, Rabat, 1994, p. 298.

138 Artículos 229 al 276 del Código de Familia.

139 Capítulos 181, 182 y 184 de la Ley de Procedimiento Civil.

La representación legal del menor, sea mediante tutela legal, testamentaria o dativa, se efectuará mientras el menor se considere abandonado. La tutela será transferida por fuerza de ley al juez de menores, que será considerado el tutor legal de la persona y los bienes del menor acogido en *kafala*.

Quien asuma la *kafala*, sea una persona o una institución, será considerado representante legal del menor en sus asuntos personales hasta que el juez designe un tutor dativo<sup>140</sup>.

El juez, a fin de cumplir con la función de seguimiento y control de los asuntos del menor acogido en régimen de *kafala*, se basará en una serie de investigaciones que llevará a cabo la Fiscalía General o la Autoridad Local, o la asistente social, o la comisión estipulada en el artículo 16 del Dahír, o bien los Servicios Consulares en el extranjero.

El juez de menores podrá, basándose en los informes que le presenten, ordenar el cese de la *kafala* o adoptar las medidas que estime convenientes para el interés del menor.

La resolución del juez podrá estipular la ejecución provisional sin perjuicio de los posibles recursos. Dicha resolución será susceptible de apelación, que será vista en una reunión con carácter privado<sup>141</sup>.

En cuanto a la protección del menor abandonado frente a los perjuicios que puedan derivarse del incumplimiento de sus obligaciones por parte de quien asume la *kafala*, el legislador estipula unas disposiciones de tipo coercitivo<sup>142</sup>, puesto que se aplican las sanciones previstas en el Código Penal, de la misma forma que se aplican en el caso de que el menor sea utilizado para practicar la mendicidad<sup>143</sup> o cuando éste sea entregado a un vagabundo<sup>144</sup>, o se le abandone y exponga a peligros<sup>145</sup>, entre otros actos sancionados por el Código Penal.

Se observa al respecto que la cuestión del seguimiento y control de los asuntos del menor acogido en régimen de *kafala*, así como el grado de cumplimiento de las obligaciones de quien asume la *kafala*, no se lleva a efecto en la práctica, puesto que no se lleva a cabo el control del menor acogido en *kafala* cuando reside en Marruecos, y menos aún cuando éste fija su residencia de forma permanente en el extranjero, a pesar de que el legislador explicita claramente dicha cuestión en los artículos 19 y 24 del Dahír.

Visto lo cual, algunos se centran en activar las disposiciones de estos capítulos de la ley, velando por su aplicación de la mejor forma posible, a fin de alcanzar el

---

140 Artículo 232 del Código de Familia.

141 Artículo 17 del Dahír de 13 de junio de 2002.

142 Artículo 30 del Dahír de 13 de junio de 2002.

143 Artículos 327 y 328 del Código Penal.

144 Artículo 330 del Código Penal.

145 Artículos 460, 462 y 463 del Código Penal.

objetivo del legislador, que es observar el interés superior del menor acogido en régimen de *kafala*<sup>146</sup>.

### **c) El derecho a la nacionalidad**

A diferencia de otros ámbitos<sup>147</sup>, la cuestión de la nacionalidad no se ha regulado hasta después de la independencia, y ello en virtud del Dahír de 6 de septiembre de 1958. La importancia de este texto radica en que, a diferencia del capítulo 15 del Convenio de Madrid de 1880, no se limita a regular la pérdida de la nacionalidad marroquí, sino que va más allá, regulando la atribución de dicha nacionalidad. Del mismo modo, tampoco se limita a la nacionalidad original derivada de la filiación paterna, sino que trata también la adquisición de la nacionalidad por medio de nacimiento en Marruecos, naturalización o matrimonio.

Este texto, a pesar de su importancia, ha recibido numerosas críticas, la más importante de las cuales es que abre la puerta a los casos de privación de nacionalidad<sup>148</sup>, tal como sucede con el niño nacido en el extranjero de madre marroquí y padre privado de nacionalidad o con el niño nacido en Marruecos de padres privados de nacionalidad. Igualmente se ha reprochado al Dahír de 1958 que está dominado por el concepto tradicional de familia patriarcal, puesto que se da preferencia al padre en cuestiones de filiación en detrimento del vínculo maternal.

Una de las características más destacadas de esta discriminación entre ambos sexos es que es el padre quien otorga la nacionalidad a su hijo, sin que se tenga en cuenta para ello el lugar de nacimiento ni la nacionalidad de la madre<sup>149</sup>.

A consecuencia de las deficiencias de esta ley, han surgido múltiples y diversas opiniones e ideas tendentes a reformarla, todas ellas apuntando a la misma dirección, la de superar las disposiciones que consagran discriminación entre los dos sexos y evitar los casos que conducen a la privación de nacionalidad.

El primer intento de reforma del Dahír de 1958 fue efectuado por parte del grupo parlamentario del Partido Socialista de las Fuerzas Populares (modificación del capítulo 6). Luego hubo otro intento por parte del grupo parlamentario del

---

146 S. Berrada, "La *kafala* de menores a los que los padres han renunciado. Entre la teoría y la práctica", p. 204.

147 Como el Código Civil, la Ley Inmobiliaria y la Ley Judicial Privada, entre otros.

148 A pesar de que este texto intenta evitar una serie de casos que conllevan la pérdida de la nacionalidad, mediante: 1) otorgar la nacionalidad marroquí al niño nacido en Marruecos de madre marroquí y padre privado de nacionalidad, y 2) no extender la privación a la esposa y a los hijos en el caso de que no conserven su nacionalidad de origen.

149 Véanse en detalle las características de esta discriminación en A. Moulay Rachid, "Presentación de los trabajos del Seminario del 18 de junio de 2004 sobre la Ley de Nacionalidad marroquí. Lectura e interpretación", Serie Seminarios 1, Organización Marroquí de los Derechos Humanos, p. 9 y ss.

A. El Messaoudi, "La discriminación contra la mujer en el derecho privado internacional marroquí", *Revista de Derecho y Economía*, nº 7, Fez, 1991, p. 43-54 (en francés).

Partido de la Coalición Socialista (modificación de los capítulos 3, 4, 6, 7, 9 y 10). A pesar de la importancia de las propuestas emanadas de ambos grupos, cuya finalidad era hacer que la madre pudiera transmitir la nacionalidad marroquí a sus hijos, ninguna de ellas pudo ver la luz, quedando ambas relegadas al olvido.

Las voces que reclamaban la reforma de la Ley de Nacionalidad continuaron haciéndose oír. Las instancias que propugnaban la reforma de la ley se basaban en una serie de considerandos, tanto nacionales como internacionales, tanto jurídicos como sociales.

Por lo que atañe a los considerandos nacionales e internacionales, hay que mencionar que nuestro país ha sido testigo, desde los comienzos de la década de los noventa, de una enorme revolución legislativa en el campo de los derechos humanos, que se ha reflejado:

- En el ámbito constitucional: el preámbulo de la Constitución de 1992 estipula que Marruecos se adhiere a los derechos humanos, tal y como están reconocidos internacionalmente.
- En el ámbito de la legislación ordinaria: se han derogado una serie de textos que constituían perjuicio contra los derechos de la mujer, como el capítulo 726 del Código de Obligaciones y Contratos, que prohibía a la mujer arrendar servicios sin autorización del su marido, quien tenía derecho a rescindir el contrato que se hubiera firmado sin su permiso. Las modificaciones introducidas en el Código de Estatuto Personal, derogado el 10 de septiembre de 1993, no solamente se consideran un paso hacia la consolidación de los derechos humanos en nuestro país, sino que también supusieron que se descorriera el velo que infundía una aureola de santidad que acompañó al Código durante mucho tiempo. Estos pasos dados por el legislador marroquí en el ámbito de la familia fueron culminados con otro paso más valiente y más importante, el de la promulgación del Código de Familia, que supuso una serie de reformas fundamentales, en particular en lo que atañe a las disposiciones que regulan el matrimonio y el divorcio. Posiblemente, lo más importante que incluye este Código en lo que respecta al asunto de la nacionalidad es lo que establece el legislador en el artículo 54, epígrafe segundo, al respecto de los derechos del menor: “Establecer y preservar su identidad, en concreto a través del nombre y apellidos, la nacionalidad y la inscripción en el Registro del Estado Civil”.

El legislador marroquí tenía, por lo tanto, que trabajar para lograr cierta armonía y concordancia entre los textos nacionales, el Código de Familia y la Ley Reguladora de la Nacionalidad.

Además de la intervención realizada por el legislador marroquí en el campo de los derechos humanos a nivel nacional también se ratificaron una serie de convenios internacionales en dicho ámbito, entre los más importantes de

ellos el Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, además de la adhesión a la Conferencia de La Haya de Derecho Privado Internacional.

En cuanto a los considerandos jurídicos y sociales, debe señalarse que los más importantes son las dificultades a las que se enfrenta la madre marroquí con sus hijos nacidos de padre extranjero como resultado de la imposibilidad de transmitirles la nacionalidad marroquí. Entre ellas señalaremos las siguientes:

- La dificultad para entrar y salir del territorio de Marruecos, dado que es preciso obtener un visado de entrada para los niños y una tarjeta de residencia, tanto si se trata de residencia ocasional como permanente.
- La imposibilidad de que esos niños ocupen cargos en la Administración Pública.
- En el caso de disolución del vínculo matrimonial entre la mujer marroquí y su cónyuge extranjero, se aplicará a los hijos la ley a la que se halle sometido el padre de forma exclusiva.

El legislador marroquí no podía hacer la vista gorda ni pasar de largo ante esta lamentable situación jurídica y social, con la añadidura de los factores nacionales e internacionales que hemos mencionado *supra*. Y, en efecto, basándose en la decisión expresada por Su Majestad el Rey en el discurso de 30 de junio de 2005, cuya finalidad era la reforma de las disposiciones del Dahír de 1958, se llevó a cabo la redacción de un proyecto de reforma de dicha ley, que fue ratificado por el Gobierno de Marruecos, al igual que por las dos cámaras del Parlamento, y fue finalmente publicada el 2 de febrero de 2007.

Una de las modificaciones más importantes introducidas en esta ley es la consagración de la igualdad entre los dos sexos en lo que respecta a la atribución de la nacionalidad marroquí, basándose en la filiación paterna o la filiación por nacimiento, evitando así una serie de casos que llevaban a la privación de nacionalidad, puesto que la madre puede ahora, a la luz de la nueva reforma de la Ley de Nacionalidad, transmitir la nacionalidad a su hijo, sin tener en cuenta el lugar del nacimiento o la nacionalidad del padre.

Pero la intervención del legislador marroquí no se limitó a reformar las disposiciones que regulaban la nacionalidad de origen, sino que también introdujo algunas modificaciones al respecto de la nacionalidad adquirida, ámbito en el cual aportó novedades y abrió nuevas vías para la adquisición de la nacionalidad marroquí. Además de la posibilidad de obtener la nacionalidad por medio del nacimiento en Marruecos, la naturalización y el matrimonio, el legislador tipificó una nueva vía de adquisición, esto es, por medio de la *kafala*. En efecto, en virtud del epígrafe segundo del capítulo 9 del Dahír, de 6 de septiembre de 1958, la

nacionalidad marroquí se concederá, como nacionalidad adquirida, al niño nacido fuera de Marruecos de padres desconocidos si es acogido en régimen de *kafala* por una persona marroquí.

El texto promulgado por el legislador marroquí a este respecto viene a proporcionar una cierta armonía entre los textos de carácter nacional, este último texto al que estamos haciendo referencia y la legislación internacional. Por otro lado, también viene a limitar los casos de privación de nacionalidad y a garantizar la nacionalidad para todos los niños.

Sin embargo, la adquisición de la nacionalidad marroquí por parte del menor acogido en régimen de *kafala* no se lleva a cabo de oficio, sino que está condicionada a la presentación de una declaración, bien por parte de quien asume la *kafala*, en un plazo superior a cinco años después de la asunción de la *kafala*, bien por parte del interesado, es decir, el menor acogido en *kafala*. Si la persona que asume la *kafala* no presenta esta declaración en el plazo indicado *supra*, el menor acogido en *kafala* deberá presentarla por sí mismo durante los dos años anteriores a alcanzar la mayoría de edad legal, los 18 años, a condición de que se reúnan los requisitos fundamentales establecidos en el capítulo 9 del Dahír de 1958, que son los siguientes:

- Que el menor acogido en *kafala* sea hijo de padres desconocidos.
- Que haya nacido fuera de Marruecos.
- Que haya sido acogido en *kafala* por una persona marroquí, de acuerdo con los requisitos y las disposiciones establecidas en la Ley de *kafala* marroquí.

Esto no significa que el menor acogido en *kafala* adquiera la nacionalidad marroquí directamente, por el solo hecho de que él mismo o quien asume la *kafala* presente la citada declaración, ya que el ministro de Justicia podrá oponerse a dicha adquisición durante los seis meses siguientes al depósito de la declaración, de conformidad con las disposiciones de los artículos 26 y 27 de la Ley de Nacionalidad.

#### **d) El derecho al nombre**

El Dahír de 4 de septiembre de 1915, que regula el Estado Civil, estipula, en el artículo 22, al respecto de la declaración de nacimiento relativa al hijo legítimo lo que sigue: “Serán responsables del reconocimiento del nacimiento del niño el padre o la madre. En ausencia de éstos, serán los médicos, las comadronas u otras personas que hayan asistido al nacimiento. En el mismo acto se redactará la partida de nacimiento”.

En el marco del Dahír de 3 de octubre de 2002, a diferencia del Dahír antes citado, se limitan las personas que harán la declaración del nacimiento del niño a los parientes exclusivamente. En efecto, el artículo 16 del Dahír reza como sigue: “La obligación de declarar el nacimiento ante el oficial del Estado Civil del lugar

donde se haya producido afectará a los parientes próximos del recién nacido en el orden siguiente: 1) el padre o la madre; 2) el tutor testamentario; 3) el hermano; 4) el sobrino. El hermano de padre y madre tiene prioridad sobre el hermano de padre y éste sobre el hermano de madre. Y del mismo modo, el de más edad tiene prioridad sobre el más joven, siempre y cuando tenga capacidad para declarar. La obligación de declarar pasa, entre las personas señaladas en el párrafo anterior, de la primera a la inmediatamente inferior, cuando la persona obligada no pudiera realizar dicha declaración. El mandatario actúa, a tal efecto, en el lugar del mandante”.

Se efectuará la declaración de nacimiento dentro del plazo de treinta días a partir de la fecha del nacimiento o la defunción ante el oficial del Estado Civil competente, que redactará, basándose en dicha declaración, el documento oficial que certifique el hecho producido<sup>150</sup>.

Al respecto de la declaración de nacimiento de un niño de padres desconocidos o de padre desconocido, la orden de registrarlo va ligada a las condiciones reales del entorno del niño, así como a las evidencias que de ello resulten. A tal efecto, el capítulo 24 del Dahir de 4 de septiembre de 1915 estipulaba lo siguiente: “Todo aquel que encuentre a un niño deberá entregarlo al oficial de Estado Civil, junto con toda la ropa y efectos personales que encuentre con el niño, así como informar detalladamente de las circunstancias y del lugar en que ha encontrado al niño. Con todos estos datos se elaborará un informe detallado en el que se mencione la edad aparente del niño, si es varón o mujer, los nombres que se le conozcan y la autoridad local a la que haya sido entregado. Dicho informe quedará registrado en los archivos del Registro Civil”.

El capítulo 23 del Dahir de 4 de septiembre de 1915 estipulaba lo siguiente: “En el caso de que no se especifiquen ante el oficial de Estado Civil los padres del niño concebido en adulterio, o uno de ambos solamente, convendrá no señalar dicho extremo en los registros correspondientes”.

Se observa que el Dahir de 4 de septiembre de 1915 no incluye ningún texto relativo al apellido de los niños ilegítimos. Ante la ausencia de esta clase de texto,

---

150 Debe mencionarse que antes de este Dahir se habían promulgado otros Dahirés con la intención de reformar el régimen de Estado Civil. El más importante de ellos fue el de 8 de marzo de 1950, cuya aplicación fue restringida a un sector determinado de los marroquíes, el de los que recibían subsidios familiares. Este régimen fue extendido a todos los marroquíes después de la independencia. En virtud de una serie de Dahirés, se extendió el régimen de Estado Civil a las zonas recuperadas que no habían estado sometidas al Protectorado francés. Más tarde se promulgaron una serie de Dahirés que vinieron a completar y modificar los Dahirés previos. Entre ellos, el Dahir de 12 de junio de 1963 y el de 30 de diciembre de 1976. Sin embargo, estos Dahirés no aportaron nada nuevo y no lograron alcanzar los objetivos perseguidos por las instancias que promovían la reforma del sistema, hasta que se promulgó el último Dahir, el del 3 de octubre de 2002, que aportó una serie de importantes novedades relativas al registro de los niños de padres desconocidos o de padre desconocido. Véase, sobre el particular, N. Doufar, “Novedades del Dahir de Estado Civil del 3 de octubre de 2002”, artículo incluido dentro de los Trabajos de las Jornadas de Estudio sobre el Código de Familia, nº 5, Serie de Seminarios, Encuentros y Jornadas de Estudio, septiembre de 2004, p. 174 y ss.



algunos oficiales de Estado Civil plantearon el problema de otorgar a los hijos ilegítimos nombres de familia y del procedimiento que debe seguirse para completar las partidas de nacimiento e inscribirlas en el Registro Civil por lo que respecta al apellido, que a menudo es obviado por el oficial de Estado Civil que recibe la declaración de nacimiento. Cuando los interesados acceden a los estudios, se les crea esta situación problemática que afecta a su identidad y que les impide beneficiarse del pleno Estado Civil<sup>151</sup>.

A tal efecto, el Ministerio de Justicia publicó dos boletines con fechas de 11 de diciembre de 1978 y 31 de mayo de 1979 al respecto de la asignación de nombres de familia a los hijos ilegítimos. Lo más importante que contienen los dos boletines es que la madre que desea transmitir a su hijo ilegítimo el apellido que ella tiene por parte de padre deberá obtener el consentimiento de su padre o de su hermano mayor.

Una parte de los jurisperitos marroquíes considera que estos dos boletines entran en colisión con régimen jurídico del Estado Civil y se oponen a éste, en particular al artículo 6 del Dahír de 8 de marzo de 1950, que, a pesar de estipular en su primer epígrafe lo que sigue: “Deberá elegirse el apellido en caso de necesidad previa consulta con el padre y, en caso de ausencia de éste, el tío paterno o el hermano mayor”, dicho texto, de acuerdo con la opinión de los jurisperitos antes citados: “Se refiere a la elección del apellido al efectuar por primera vez el registro en el Estado Civil. El objeto de la consulta al padre o al tío paterno o... es evitar la multiplicidad de nombres en el seno de una única familia, o evitar la elección de un nombre incorrecto o no aceptado por los miembros mayores de la familia... En cuanto a la transmisión de un apellido de un individuo a otro, no guarda relación con el artículo sexto citado *supra*, y no debe intervenir en ello la voluntad particular de los individuos”.

Si el apellido está ligado a la filiación paterna, que corresponde exclusivamente al padre, y no a la madre, resultará imposible para ésta transmitir el apellido a su hijo, de acuerdo con las pautas seguidas por el legislador. Pero si el apellido no está ligado a la filiación paterna, que corresponde exclusivamente al padre, sino que ha sido recibido por la madre de su padre, ello se considerará una elección de apellido sometida a las disposiciones del epígrafe 1º del artículo 6º del Dahír de 8 de marzo de 1950, y el artículo 3º del Decreto de 3 de abril de 1950, puesto que los miembros de la familia por parte del padre podrán oponerse a dicha elección, de acuerdo con los términos establecidos para la oposición a cualquier elección de apellido al efectuar la inscripción en los registros de Estado Civil.

Si el apellido ha sido elegido por la propia madre directamente, y no lo ha recibido por transmisión de su padre o de algún miembro de la familia del

---

151 M. A. El Youssofi Alaoui, “La *kafala* del menor abandonado”, *op. cit.*, p. 171.

padre<sup>152</sup>, algunos consideran que, en dicho caso, nada impide registrar al nacido con el apellido de su madre, puesto que es cuestión que le compete a ella exclusivamente y nadie tendrá justificación alguna para oponerse a su elección.

Por todo ello, y a la vista de la situación actual, en la que el fenómeno de los menores de padres desconocidos o de padre desconocido está creciendo de manera notable, como consecuencia de las circunstancias económicas y morales imperantes, y teniendo en cuenta los problemas que sufren dichos menores al obtener actas de nacimiento que no incluyen referencia alguna a los nombres de los padres o del padre, con todos los problemas psicológicos que tal situación conlleva para la personalidad del menor, el legislador, por medio del Dahír de 10 de septiembre de 1993, relativo a los menores abandonados, incluyó una serie de disposiciones nuevas que estipulaban de forma expresa que se le otorgará al menor abandonado de filiación desconocida un apellido diferente al apellido de la persona que asume su *kafala*. En efecto, el artículo 22 de dicho Dahír reza como sigue: “El niño de filiación desconocida deberá llevar un apellido distinto al apellido de quien asume su *kafala*”.

En el marco del nuevo Dahír del Estado Civil (3 de octubre de 2002), el legislador marroquí ha establecido nuevos fundamentos al respecto, puesto que autoriza al fiscal general del Rey a actuar de oficio o bien a instancias de la autoridad local o de alguien a quien concierna la cuestión para declarar el nacimiento de todo niño nacido de padres desconocidos o de padre desconocido, ratificando la declaración mediante un acta levantada sobre el particular, incluyendo un certificado médico que determine la edad aproximada del niño, y a elegir para él un nombre de pila y un apellido, y nombres de los padres o nombre del padre en el caso de que la madre fuera conocida. El oficial de Estado Civil deberá hacer constar al margen de la partida de nacimiento que los nombres de los padres o del padre, según el caso, han sido elegidos de conformidad con las disposiciones de esta ley. Del mismo modo, será la madre del niño de padre desconocido quien efectúe la declaración de nacimiento, o bien la persona que ocupe su lugar, eligiendo para el niño un nombre de pila y un nombre del padre cuyo primer elemento sea la palabra *abd* y el segundo uno de los teóforos o nombres de Dios, además de un apellido específico para él. El oficial de Estado Civil notificará al fiscal general del Rey el nacimiento registrado de tal manera dentro del plazo de tres días a partir de la fecha de la declaración de nacimiento. En el caso de que medie *kafala*, se indicará al extremo al margen del acta de nacimiento del menor acogido en régimen de *kafala* cuál es el documento en virtud del cual se ha constituido la *kafala*, sin que este extremo deba ser incluido en la copia abreviada de la partida de nacimiento que se

---

152 A. El Khamlichi, *op. cit.*, p. 32.

entregue al interesado<sup>153</sup>. A fin de evitar que estos menores se vean expuestos a difamaciones, el legislador ha dispuesto que la copia completa de la partida de nacimiento sólo pueda entregarse al propio interesado, o bien a su madre, en caso de que la tenga, o bien tras autorización expedida por el fiscal general del Rey con competencias al respecto.

De este modo, el legislador marroquí, por medio de estas novedades, se ha aproximado en gran medida a las disposiciones incluidas en las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos que han sido ratificadas por Marruecos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone, en el artículo 26, epígrafe 2º, lo siguiente: “Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre”. Asimismo, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño incluye la misma disposición, ya que el artículo 7º, epígrafe 1º, estipula lo siguiente: “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

Si bien el Dahir de 10 de octubre de 1993, relativo a los menores abandonados, autorizaba al menor acogido en *kafala* a llevar un apellido diferente al apellido de la persona que asume la *kafala*, el Dahir de 13 de junio de 2002 no se refiere a dicho asunto, a diferencia de una serie de legislaciones modernas que han ido incluso más allá, puesto que, además de que algunos de estos textos (Túnez y Siria) autorizan la adopción, hay algunas legislaciones que autorizan al menor acogido en *kafala* a llevar el apellido de quien asume la *kafala*, sin que ello suponga derechos de filiación paterna, tal y como sucede con la legislación argelina, que estipula lo que sigue: “La persona que acoja en *kafala* a un menor nacido de padre desconocido podrá solicitar que el apellido del menor acogido sea equivalente al suyo propio, pero a condición de que la madre muestre su consentimiento en caso de que sea conocida y siga con vida”<sup>154</sup>.

Si esto sucede con respecto a los derechos individuales derivados de la *kafala* en beneficio del menor acogido en *kafala*, ¿qué sucede con respecto a los derechos económicos?

## **1.2. Derechos económicos**

Los derechos económicos más importantes a los que se refiere el Dahir de 13 de junio de 2002, con respecto al menor abandonado, son la manutención, la donación *inter vivos* y la herencia.

---

153 Artículo 16 del Dahir de 3 de octubre de 2002.

154 Decreto Ejecutivo nº 24/92, de 3 de enero de 1992, que complementa el Decreto nº 51/71, de 3 de junio de 1971, relativo al cambio de apellido.

### **a) Derecho a la manutención**

El derecho del menor acogido en régimen de *kafala* a la manutención es uno de los derechos implícitos a los que obliga la *kafala*, de acuerdo con el texto del artículo 22 del Dahír, de 13 de junio de 2002.

La manutención del menor acogido en *kafala*, de acuerdo con las disposiciones del artículo 189 del Código de Familia, incluye la alimentación, el vestido, la asistencia médica, la instrucción del menor y todo aquello que se considere indispensable para el menor acogido en *kafala*.

La obligación de la persona que asume la *kafala* de mantener al menor acogido se fundamenta, por una parte, en la orden de *kafala*, por la que quien la asume se obliga a cuidar al menor abandonado, educarlo y mantenerlo de la misma forma que hace un padre con sus hijos y, por otra parte, en las disposiciones de la obligación de manutención de terceros<sup>155</sup>.

La manutención del menor acogido en *kafala*, de acuerdo con las disposiciones del Dahír de la *kafala*<sup>156</sup>, y del Código de Familia<sup>157</sup>, se extenderá hasta que alcance la mayoría de edad legal, esto es, los 18 años gregorianos, lo que supone dar protección al menor, puesto que si quien asume la *kafala* interrumpiera sus obligaciones de manutención al menor, ello le causaría graves perjuicios, de manera que esta cuestión podría abrir la puerta a explotar a los menores forzándolos a trabajar o privándolos del derecho natural más importante, el de la educación.

De esta manera, el menor acogido en *kafala*, sea varón o mujer, se beneficiará de la manutención aportada por quien asume la *kafala*, hasta alcanzar la mayoría de edad, es decir, la fase en la que puede valerse por sí mismo. Sin embargo, no cesará en todos los casos la manutención de la niña acogida, a no ser que ella misma disponga de los medios de sustento o a no ser que la manutención corresponda a su marido, de conformidad con las disposiciones del Código de Familia relativas a la manutención de las niñas<sup>158</sup>, dado que su manutención corresponde al marido<sup>159</sup> por el solo hecho de consumarse el matrimonio y también cuando la mujer proponga al marido la consumación tras la celebración del matrimonio<sup>160</sup>. La reclamación judicial de manutención presentada por la esposa contra el esposo tras la celebración del matrimonio se considera como una proposición de consumación, y por tanto obliga a la manutención<sup>161</sup>, a partir de la fecha de dicha reclamación<sup>162</sup>.

---

155 A. Qarmouch, "La *kafala* de los menores abandonados", *op. cit.*, p. 178.

156 Artículo 25, epígrafe 1º.

157 Artículo 209 del Código de Familia.

158 Artículo 22 del Dahír de la *kafala*.

159 Epígrafe 2º del artículo 198 del Código de Familia.

160 Artículo 194 del Código de Familia.

161 Decreto de la Corte Suprema, nº 69, de 8 de febrero de 1980, *Revista de la Judicatura de la Corte Suprema*, nº 21.

162 Decreto de la Corte Suprema, nº 69, de 8 de mayo de 1970, *Revista de la Judicatura de la Corte Suprema*, nº 21, p. 18 y ss.

Se observa que el legislador señala la posibilidad de continuar con la manutención del menor acogido en *kafala* si se trata de una niña, pero no señala la posibilidad de continuar con la manutención si se trata de un varón que cursa estudios en una escuela, colegio o facultad, hasta que los termine o hasta que cumpla 25 años de edad, tal y como sucede con la manutención del hijo por parte del padre.

Por todo esto, algunos<sup>163</sup> consideran que, como garantía del derecho del menor a la educación, debería ampliarse el campo de aplicación del artículo 198 del Código de Familia, incluyendo al menor acogido en régimen de *kafala* que cursa sus estudios, en el caso de que este último no tenga quien se encargue de su manutención, o también en el caso de que pase a disponer de los medios suficientes por haber recibido una herencia, testamento, donación o cualquier otro acto a título gratuito.

A pesar de esto, el Dahír de la *kafala* no ha descuidado estipular la continuidad de la manutención del menor varón acogido en *kafala*, incluso después de alcanzar la mayoría de edad. Se trata de los casos en que el acogido en *kafala* sufre una discapacidad o es incapaz de mantenerse por sí mismo<sup>164</sup>, de conformidad con lo que dispone el artículo 198 del Código de Familia. Esto sucederá cuando el menor acogido en *kafala* que sufre una discapacidad o es incapaz de mantenerse por sí mismo no dispone de dinero, puesto que si dispone de dinero, lo haya conseguido mediante herencia, donación u otra vía, cesará la obligación de manutención que tenía la persona que asume la *kafala*, puesto que la manutención habrá de hacerse con el dinero del acogido en *kafala*, incluso en el caso de que no hubiera alcanzado la mayoría de edad legal. De acuerdo con el principio estipulado en el artículo 187 del Código de Familia, la manutención de cada persona se obtendrá de sus propios recursos, salvo las excepciones previstas por la ley. La persona que acoge mediante *kafala* a un menor continuará proporcionándole manutención incluso después de divorciarse de su esposa, y seguirá obligado a prestar la manutención, no por el hecho de que el menor acogido en *kafala* sea hijo legítimo de ambas partes. Tal vez a esto se haya referido el juez marroquí en una resolución dictada el 28 de febrero de 1994 en la que se lee lo que sigue: "... La obligación dispuesta en el acta de repudio compensado es obligación nula en la parte referente a la manutención [...] por su condición de hija legítima de ambas partes y la validez de la parte nula antes citada, que habrá de permanecer como obligación habitual de manutención por parte de la persona obligada y demandada inicial, en aplicación de las disposiciones legales"<sup>165</sup>.

---

163 A. Qarmouch, "La *kafala* de los menores abandonados", *op. cit.*, p. 180.

164 Artículo 22, epígrafe segundo del Dahír de 13 de junio de 2002.

165 Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Rabat, expediente 91/1405/10, nº 14, fecha de 20 de febrero de 1994, inédita.

### **b) La donación, el legado o el donativo**

El Dahír anterior relativo a la *kafala* (de 10 de septiembre de 1993) no hacía referencia a ninguna garantía o derecho económico del menor acogido en régimen de *kafala*, lo que no proporcionaba al menor acogido en *kafala* una vida digna en el caso de falta de satisfacción de sus necesidades básicas o en el caso de fallecimiento de la persona que asumía la *kafala*<sup>166</sup>.

El legislador no podía pasar por alto esta situación, así que autorizó a la persona que asume la *kafala* en el marco del nuevo Dahír relativo a la *kafala* (13 de junio de 2002) incluyendo la posibilidad de proporcionar al menor acogido en *kafala* algunas garantías económicas. En efecto, el artículo 23 del citado Dahír dispone: "Si la persona que asume la *kafala* decide beneficiar al menor acogido con una donación, o un legado, el juez tutelar de la circunscripción del lugar de residencia del menor velará por que se elabore el contrato necesario para ello y por la protección de los derechos del menor".

Este texto, que halló amplio eco en las instancias defensoras de los derechos del niño, hace que la institución de la *kafala* cumpla la función jurídica y social que cumple la institución de la adopción, utilizada por los sistemas occidentales en general y por algunos países árabes<sup>167</sup>, puesto que ligar la *kafala* a la donación, legado, herencia o donativo hace posible que sustituya las funciones desempeñadas por la adopción<sup>168</sup>.

En el marco de la adopción, se le otorga al menor adoptado la filiación del adoptante como si se tratara de uno de sus hijos, con todos los efectos de la filiación legítima, como el derecho del menor a adoptar el apellido del adoptante, o el derecho a la herencia, a diferencia de la *kafala*, que no genera ningún efecto de esta clase, puesto que quien asume la *kafala* se obliga a prestar cuidados al menor acogido en *kafala*, educarlo, fomentar su desarrollo y encargarse de su manutención tal como lo hace un padre con su hijo, sin que dicha *kafala* genere el derecho a la filiación, a adoptar el apellido de quien asume la *kafala* o a la sucesión. El legislador marroquí ha sido muy claro al respecto de esta cuestión, puesto que el texto dispone expresamente, en el artículo segundo del Dahír de 13 de junio de 2002, lo que sigue: "La *kafala* de un menor abandonado, en el sentido de la presente ley, constituye el compromiso de asumir la protección, la educación y la

---

166 A. Qarmouch, "La *kafala* de los menores abandonados", *op. cit.*, p. 213. M. Chafii, "La *kafala* de los menores abandonados", *op. cit.*, p. 55.

167 Como Túnez, por ejemplo.

168 J. Ouhida, "El régimen de estatuto personal actual en Marruecos en las tierras bajas", tesina de licenciatura superior en Derecho Privado, Universidad Mohamed V, Facultad de Derecho Agdal, 1984-1995, p. 45. Y también el artículo sobre "Modificación del Código de Estatuto Personal. La protección a la mujer marroquí emigrante en Holanda", presentado en el marco de los trabajos de la Jornada de Estudio organizada en la Universidad Mohamed V, Souissi, acerca de las modificaciones del Código de Estatuto Personal en los Dahíres de 10 de septiembre de 1993, primer balance, día 8 de marzo de 1997, p. 37.

manutención de un menor abandonado de la misma manera que lo haría un padre por su hijo. La *kafala* no dará derecho a la filiación ni a la sucesión<sup>169</sup>.

## **2. INDEMNIZACIONES Y SUBSIDIOS SOCIALES DE LOS QUE SE BENEFICIA QUIEN ASUME LA KAFALA**

A diferencia del Dahir derogado de 10 de septiembre de 1993, el Dahir de 13 de junio de 2002 incluye disposiciones relativas a las indemnizaciones y subsidios sociales. En efecto, el artículo 22 de dicho Dahir dispone lo que sigue: “La resolución relativa al otorgamiento de la *kafala* da lugar a los siguientes efectos: [...] la persona que asume la *kafala* se beneficiará de las indemnizaciones y subsidios sociales concedidos por parte del Estado a los padres por sus hijos, los establecimientos públicos o privados o las colectividades locales o sus agrupaciones...”.

Dado que el texto dispone expresamente que quien asume la *kafala* se beneficiará de las indemnizaciones y los subsidios sociales que se conceden a los padres por sus hijos, podemos preguntarnos por la posición del legislador en cuanto al régimen relativo a las garantías sociales.

Si examinamos dos de los sistemas vigentes en el marco de la seguridad social, que son el de las pensiones civiles<sup>170</sup> y militares<sup>171</sup> y el de la seguridad social, podemos observar dos aspectos:

- Primero: que el sistema de pensiones civiles y militares no contempla este sector de los menores dentro de los beneficiarios de las indemnizaciones otorgadas por dicho sistema. Resulta evidente de las disposiciones del sistema regulador de las pensiones<sup>172</sup> civiles y militares lo siguiente:
  - Los subsidios familiares al funcionario y al jubilado son otorgados en función de los hijos legítimos que, de acuerdo con estas disposiciones, son

---

169 Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Rabat, expediente 91/1405/10, nº 314, 20 de febrero de 1994, inédita.

170 El capítulo segundo de la Ley 04/71, que renueva el sistema de las pensiones civiles, es de aplicación a todos los funcionarios fijos o en prácticas sometidos al Estatuto de la Función Pública, los jueces, los interventores del Ministerio del Interior, los funcionarios fijos y en prácticas de las Comunidades Locales, los empleados de algunas instituciones a quienes no es de aplicación el Régimen General de salarios y pensiones de jubilación, así como todos los que se hallan en situación de servicios. Se trata de un sistema básico y obligatorio.

171 Es de aplicación a los oficiales sujetos a las disposiciones del Dahir de 27 de mayo de 1958 y a todas las unidades de las Reales Fuerzas Armadas, excepto el oficial, así como a los que prestan servicios en las Fuerzas Auxiliares. Se trata igualmente de un sistema obligatorio y básico.

172 La pensión es definida en el capítulo 2 del Régimen de Pensiones Civiles como una cantidad económica que se entrega al funcionario o al militar al finalizar sus servicios de forma regular, o al sufrir una discapacidad, que será transferida a sus derechohabientes y a sus padres tras su fallecimiento, a diferencia de las cantidades que se detraen de su salario y las contribuciones al Estado, la comunidad local o la institución pública a la que estuviera adscrito.

los hijos cuya filiación materna ha sido confirmada, en el caso de que la madre sea funcionaria o esté jubilada y no se haya casado, y los hijos de la esposa del funcionario o del jubilado de un matrimonio anterior, en el caso de que estén acogidos por él en régimen de *kafala*.

- El legislador, en el marco de los regímenes relativos a las pensiones civiles y militares, ha omitido hablar del sector de los menores que se hallan en situación difícil, sin permitirles beneficiarse de estas indemnizaciones familiares. Se trata de los hijos ilegítimos y también de los hijos legítimos abandonados que han sido acogidos en régimen de *kafala* por un funcionario o un jubilado.

Por lo tanto, ante esta contradicción y falta de armonía tan evidente entre estas disposiciones y las disposiciones legislativas en general, algunos<sup>173</sup> consideran que el legislador no debe limitarse, en el marco del Dahir de 13 de junio de 2002 (artículo 22), a remitir la cuestión a los ordenamientos jurídicos con el fin de beneficiarse de ellos, sino que es necesario que determine la naturaleza de dichas indemnizaciones y subsidios sociales, aclarando la manera de beneficiarse de ellos mediante la promulgación de un texto que regule esta cuestión. Quienes sostienen esta opinión consideran que debería extenderse el beneficio de estas indemnizaciones y subsidios sociales al menor acogido en *kafala* con el fin de preservar su interés superior, especialmente en el caso de fallecimiento de quien asume la *kafala*, puesto que sus hijos se benefician de la pensión de orfandad y su mujer del salario de viudedad, en tanto que el menor acogido en *kafala* no obtiene ningún beneficio. El legislador, en el marco del Dahir de 13 de junio de 2002, se limita a otorgar el derecho a beneficiarse de estas indemnizaciones a la persona que asume la *kafala*, pero no al menor acogido en régimen de *kafala*.

- Segundo: la persona que asume la *kafala*, si está incluida en el régimen de la seguridad social<sup>174</sup>, se beneficiará de las indemnizaciones y las ayudas familiares en función de los menores que tenga acogidos en *kafala*.

El objetivo de estas indemnizaciones es facilitar a las familias una provisión material que les permita asumir las cargas económicas que supone el mantenimiento, educación y enseñanza del menor y, en líneas generales, mejorar su nivel de vida<sup>175</sup>, en consonancia con lo estipulado en los tratados y convenciones

---

173 A. Qarmouch, "La *kafala* de los menores abandonados", *op. cit.*, p. 207.

174 Se trata de un régimen obligatorio de fondos de prevención social para los asalariados del sector privado en la industria, el comercio, las profesiones liberales y los trabajadores del sector de la pesca marítima. El Fondo Nacional de la Seguridad Social asume la importante función de administrar y regular este régimen. Los adscritos al mismo se benefician de indemnizaciones por enfermedad, maternidad y ayudas familiares, además de la pensión de ancianidad, de enfermedad crónica y de fallecimiento.

175 A. Qarmouch, "La *kafala* de los menores abandonados", *op. cit.*, p. 208.



internacionales relativas a los derechos humanos y, en particular, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que fue ratificada por Marruecos<sup>176</sup>.

Pese a la importancia de las disposiciones del régimen de la seguridad social al respecto de autorizar a quien asume la *kafala*, el beneficio de las indemnizaciones familiares por los menores que tenga acogidos en *kafala*, la cantidad que se percibe mediante este sistema, además de que las indemnizaciones no resultan suficientes para cubrir las necesidades vitales y de desarrollo del niño, con el límite de seis niños, es de 150 dirhams por cada uno de los tres primeros niños y 36 dirhams por cada uno de los tres siguientes. En el caso de que uno de ellos pierda el derecho a la indemnización será sustituido por otro, siempre que el número de niños sea mayor de seis.

Estas disposiciones incluidas en el régimen de la seguridad social establecen una suerte de discriminación entre los menores beneficiarios de estas indemnizaciones y los que están adscritos a un solo seguro, lo que entra en colisión y se contradice con las disposiciones del Convenio Internacional sobre los Derechos del Niño, que consagra el principio de igualdad en derechos entre todos los niños<sup>177</sup>.

Dado que el legislador otorga a quien asume la *kafala* el derecho a beneficiarse de las indemnizaciones y subsidios sociales, ¿le hace también asumir la responsabilidad civil frente a los actos cometidos por el menor acogido en *kafala*?

### **3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE QUIEN ASUME LA KAFALA CON RESPECTO A LOS ACTOS DEL MENOR ACOGIDO EN KAFALA**

Una de las novedades del Dahir de 13 de junio de 2002 es considerar a la persona que asume la *kafala* responsable civil de los actos lesivos cometidos por el menor acogido en *kafala*. El artículo 22 dispone lo que sigue: "La resolución relativa al otorgamiento de la *kafala* da lugar a los siguientes efectos: [...] la persona que asume la *kafala* será civilmente responsable de los actos del menor acogido. Las reglas previstas en el artículo 85 del Código de Obligaciones y Contratos serán de aplicación a esta responsabilidad"<sup>178</sup>. Estos extremos difieren del Dahir de 10 de septiembre de 1993, que omitía tratar el asunto de esta clase de responsabilidad.

---

176 El artículo 26 estipula lo que sigue: "1) Los Estados partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional. 2) Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.

177 En esta línea, véase A. Qarmouch, "La *kafala* de los menores abandonados", *op. cit.*, p. 210.

178 En la misma línea se pronuncia la Ley de 4 de marzo de 1958 que regula la tutela común, puesto que el capítulo segundo señala lo siguiente: "El Estado, el municipio, o la institución pública, según el caso, serán

Volviendo al capítulo 85 del Código de Obligaciones y Contratos, observamos que estipula lo siguiente: “La persona no será solamente responsable del perjuicio que cause con sus actos, sino que también lo será del perjuicio que causen las personas que estén bajo su custodia”.

El interrogante más importante que surge al respecto es cuál es el fundamento en el que se sustenta esta responsabilidad (en primer lugar) y, luego, cuáles son las condiciones de dicha responsabilidad (en segundo lugar).

- Primero: el fundamento de la responsabilidad de quien asume la *kafala* con respecto a los actos del menor acogido en *kafala*. Las líneas seguidas en derecho comparado al respecto de la responsabilidad de los menores son divergentes, pero se pueden resumir en dos tendencias fundamentales. La primera de ellas es la de la ley francesa, que limita esa responsabilidad a los padres en exclusiva<sup>179</sup>. La segunda tendencia es la adoptada por la mayoría de las legislaciones en materia civil y es la que impone dicha responsabilidad a todo aquel que asume la guarda y custodia del menor<sup>180</sup>.

Aunque la mayor parte de las legislaciones en derecho comparado<sup>181</sup> imponen la responsabilidad sobre el menor basándose en el principio del deber de custodia, todo aquel que asume, por ley o por acuerdo, la guarda y custodia del menor, asume también la responsabilidad frente a los perjuicios que puedan causarse a terceros.

Con respecto a Marruecos, no hay duda de que la interpretación correcta del artículo 85 del Código de Obligaciones y Contratos es la que va en esa misma línea, es decir, la interpretación según la cual la obligación de la guarda y custodia es el fundamento de la responsabilidad de quien la asume, y ello debido a una serie de considerandos:

- Que la lectura detallada del capítulo 85 del Código de Obligaciones y Contratos confirma esta hipótesis, puesto que a toda persona puede exigírsele responsabilidad con respecto a quien está bajo su guarda y custodia. Este principio general contenido en el artículo 85 se aplica también a quien asume la *kafala*, además de la obligación de la custodia que recae también sobre él,

---

responsables civiles de los actos del menor señalados en el capítulo anterior”. En el capítulo quinto de la misma ley encontramos lo siguiente: “La persona que asume la *kafala*, además de ello, será responsable civil de los actos del menor acogido en *kafala*, como si fuera su padre”.

179 Basándola en la autoridad paternal asumida por los padres.

180 Véase al respecto A. El Khamlichi, “La responsabilidad civil de los padres con respecto a sus hijos menores”, Ed. Al Maarif, 1ª ed., 1982, p. 194 y ss.

181 Algunas de las legislaciones que han seguido esta línea son la ley de Alemania (capítulo 82 del Código Civil), la de Italia (artículo 204 del Código Civil), la de Egipto (capítulo 173 del Código Civil) y la de Siria (capítulo 174 del Código Civil).

puesto que la resolución de otorgamiento de la *kafala* le impone la obligación de la guarda y custodia, la educación y el aprendizaje<sup>182</sup>.

- El capítulo 85 del Código de Obligaciones y Contratos, en su último epígrafe, impone la responsabilidad respecto del perturbado mental o el demente a quien detente su guarda y custodia por ley o por acuerdo. Esta obligación también será de aplicación a quien asume la *kafala*, que será responsable de los actos del menor acogido en *kafala* de conformidad con el mismo principio, el de la obligación de guarda y custodia<sup>183</sup> decretada por resolución judicial.
  - Se observa que el capítulo 85 bis del Código de Obligaciones y Contratos une expresamente la responsabilidad de los trabajadores de la enseñanza, los funcionarios de las secciones de juventud y deportes con respecto a los actos de perjuicio cometidos por los menores con el deber de guarda y custodia. Esto se puede considerar como una evidencia de la existencia de responsabilidad de quien asume la *kafala* con respecto a los actos del menor acogido en *kafala*, por darse el mismo fundamento, esto es, que la guarda y custodia halla su justificación en la necesidad de prestar cuidados y orientación a quien queda sometido a ella. Por lo tanto, se otorgará la guarda y custodia sobre el menor o sobre quien se halla en una condición física o mental no natural<sup>184</sup>. Esta custodia a la que se obliga quien asume la *kafala* con respecto al menor acogido en *kafala* no es en realidad una custodia efectiva, sino de naturaleza legal o contractual, que halla su fundamento en los textos de la ley o del acuerdo, es decir, el acta de la *kafala* por la que la persona que asume la *kafala* se obliga a cuidar al menor acogido en *kafala*<sup>185</sup>, aunque haya quien considere que los elementos de la guarda y custodia están contemplados dentro de los mismos hechos que debe valorar en exclusiva el juez del caso, a condición de que fundamente las conclusiones obtenidas a partir de dichos hechos de forma cabal y suficiente<sup>186</sup>.
- Segundo: las condiciones de efectividad de la responsabilidad. El capítulo 85 del Código de Obligaciones y Contratos, en su epígrafe segundo, establece las condiciones específicas de la responsabilidad de los padres con respecto a los daños y perjuicios causados a terceros por los hijos menores de edad que residen con ellos. Estas condiciones se aplican también a la responsabilidad de quien asume una *kafala* con respecto a los actos del menor acogido en *kafala*, dado que esta última clase de responsabilidad no difiere de la de los

---

182 M. A. El Youssoufi Alaoui, "La *kafala* del menor abandonado", *op. cit.*, p. 235.

183 Artículos 2 y 22 del Dahír de la *kafala*.

184 M. A. El Youssoufi Alaoui, "La *kafala* del menor abandonado", *op. cit.*, p. 235.

185 Moulai El Idrissi El Alaoui, "La *kafala* de l menor abandonado", *op. cit.*, p. 236.

186 A. Qarmouch, "La *kafala* de los menores abandonados", *op. cit.*, p. 190.

padres con respecto a sus hijos, toda vez que el artículo 22 del *Dahír* de la *kafala* se remite el capítulo 85 del Código de Obligaciones y Contratos en todo lo que respecta a las disposiciones allí recogidas.

Por lo tanto, y de acuerdo con el citado capítulo, la responsabilidad de quien asume la *kafala* respecto a los actos del menor acogido en *kafala* será efectiva cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- Un acto que cause daño o perjuicio.
- La minoría de edad.
- La convivencia.
- El acto que causa daño o perjuicio.

### **Acto que cause daño o perjuicio**

Para que haya responsabilidad civil de quien asume la *kafala* con respecto a los actos del menor acogido, será necesario que se produzca daño o perjuicio a terceros. La jurisprudencia clásica divide los daños y perjuicios en materiales, éticos y morales. Así ha procedido el legislador marroquí en los artículos 77 y 78 del Código de Obligaciones y Contratos.

El artículo 77 dispone lo siguiente: “Todo acto cometido por una persona de manera consciente y voluntaria, que no esté permitido por ley y que cause daño o perjuicio material o moral a terceros, deberá ser compensado por parte del causante del daño o perjuicio...”. En el artículo 78 se dice lo que sigue: “Toda persona es responsable de los daños y perjuicios morales o materiales que cause...”.

El daño o perjuicio material, de acuerdo con el artículo 98 del Código de Obligaciones y Contratos, consiste en la pérdida efectiva y el daño que sufre el demandante como consecuencia de un acto cometido y la privación de algún beneficio usual dentro de los límites normales a consecuencia de dicho acto.

El daño o perjuicio material será, por lo tanto, todo daño o perjuicio que afecte a alguno de los derechos de la víctima del mismo y a consecuencia del cual sufra una pérdida material, tanto si el derecho es en su esencia económico como no económico. La única condición impuesta es la de la legitimidad de dicho derecho o el interés de la víctima que se ve afectada. Es decir, que el interés del demandado que haya sido afectado no sea contrario al régimen jurídico común o a la moral<sup>187</sup>. Y que dicho perjuicio sea efectivo, tanto si es en el acto como en el futuro. Sin embargo, si el perjuicio es supuesto o no es efectivo, no dará lugar a ningún derecho de indemnización<sup>188</sup>.

---

187 A. El Khamlichi, “La responsabilidad civil de los padres con respecto a sus hijos menores”, *op. cit.*, p. 67.

188 A. Qarmouch, “La *kafala* de los menores abandonados”, *op. cit.*, p. 193.

En cuanto al perjuicio moral o ético, se trata del perjuicio que sufre el demandante en sus derechos no económicos, sin que se produzca una pérdida material, tal como una afección física, un menoscabo de su libertad o su honor, ser difamado, calumniado u hostigado en su reputación o en sus sentimientos, como sucede cuando es asesinado un pariente o un ser querido o alguno de ambos sufre una afección física<sup>189</sup>.

Para establecer la responsabilidad de quien asume la *kafala* con respecto a los actos del menor acogido en *kafala* no basta con que este último cause un daño material o moral a terceros, sino que es necesario que se dé otra condición, a saber, que el acogido en *kafala* que cause el perjuicio sea menor de edad.

### **La minoría de edad**

Tal como se ha señalado *supra*, no basta para establecer la responsabilidad de quien asume la *kafala* con respecto al acogido en *kafala* que este último cause un daño material o moral a terceros, sino que es necesario que el acogido en *kafala* sea menor de edad. La expresión “minoría de edad” abarca a todo aquel que no posee la capacidad jurídica civil para llevar a cabo actos jurídicos, tanto si quien está privado de capacidad o la ha perdido es menor de edad como si está afectado por alguno de los impedimentos que lo incapaciten, haya sido declarado incapaz o no<sup>190</sup>.

Las personas privadas de la capacidad de obrar son las que no han cumplido 12 años de edad o las que, habiendo alcanzado la mayoría de edad legal, sufren algún impedimento que los priva de dicha capacidad, como la demencia<sup>191</sup> o la pérdida de la razón<sup>192</sup>.

Las personas que tiene una capacidad de obrar limitada son los que han alcanzado la edad de 12 años pero no la mayoría legal, es decir, los 18 años, o bien aquellos que, habiendo alcanzado dicha edad, se ven afectados por alguno de los impedimentos que limitan la capacidad de obrar, como la prodigalidad<sup>193</sup> o la discapacidad psíquica<sup>194</sup>.

La representación legal del menor se efectuará mediante tutela paterna o materna, testamentaria o dativa<sup>195</sup>. El Dahir de la *kafala* sitúa la tutela legal del menor abandonado (tanto si es de filiación desconocida como si sus padres son

---

189 A. El Khamlichi, “La responsabilidad civil de los padres con respecto a sus hijos menores”, *op. cit.*, p. 74.

190 A. Qarmouch, “La *kafala* de los menores abandonados”, *op. cit.*, p. 194.

191 Artículo 224 del Código de Familia.

192 El Código de Estatuto Personal derogado se limitaba a mencionar la demencia como uno de los impedimentos que causaban incapacidad (artículo 134). Sin embargo, el Código de Familia añade otro impedimento que puede causar la incapacidad, el de la pérdida de la razón.

193 Artículo 215 del Código de Familia.

194 Artículo 216 del Código de Familia. Este impedimento se considera una de las novedades del Código de Familia, puesto que el antiguo Código de Estatuto Personal se limitaba a mencionar la discapacidad psíquica como uno de los impedimentos para la capacidad de obrar (artículo 135).

195 Artículo 211 del Código de Familia.

conocidos) dentro de las prerrogativas del juez de tutelas, tal como se estipula en el artículo 232 del Código de Familia.

Por lo tanto, el juez de tutelas será el tutor legal de la persona y bienes del menor acogido mediante *kafala*, mientras que la persona que asume la *kafala* será meramente el tutor dativo del menor acogido. En efecto, el artículo 17 del Dahír de la *kafala*, en su estipula lo siguiente: "La resolución designará a la persona encargada de la *kafala* como tutor dativo del menor acogido".

No obstante, el menor acogido en *kafala* podrá ostentar la capacidad de obrar plena, aun cuando no hubiera alcanzado la mayoría de edad legal, en el caso de que se emancipe, ya que el artículo 218 del Código de Familia dispone que: "Cuando el menor cumpla 16 años, podrá solicitar la emancipación ante los tribunales".

El representante legal podrá solicitar a los tribunales la emancipación del menor que alcance la edad indicada *supra*, en el caso de que lo encuentre capaz para ello. En cualquier caso, únicamente podrá declararse la emancipación cuando le conste al tribunal la capacidad y sensatez del interesado, una vez adoptadas las medidas legales necesarias al efecto"<sup>196</sup>.

Ante esta situación, surge la siguiente pregunta: ¿la emancipación del menor acogido en *kafala* implica la extinción de la responsabilidad del que asume la *kafala* con respecto a los actos del acogido?

La respuesta no puede ser negativa, porque la emancipación niega la incapacidad y el artículo 85 del Código de Obligaciones y Contratos establece la responsabilidad respecto a los hijos "menores" y no puede haber tal "minoría" una vez extinguida la incapacidad y la tutela legal<sup>197</sup>, lo que confirma que la responsabilidad civil de quien asume la *kafala* con respecto a los actos del menor acogido en *kafala* se extingue tras la emancipación.

Otro interrogante se suscita en el mismo ámbito: en el caso de que el menor acogido en *kafala* sufra demencia o pérdida de la razón, ¿es la persona que asume la *kafala* responsable de los actos del menor acogido en *kafala* dada su condición de "menor" o incapacitado al padecer un desequilibrio mental?

El legislador marroquí, en el marco del artículo 85 del Código de Obligaciones y Contratos, distingue las responsabilidades en dos aspectos: las vías arbitradas para eludir las, y los requisitos para establecer cada una de las responsabilidades<sup>198</sup>.

- En cuanto a la cuestión de las vías arbitradas para eludir la responsabilidad, el artículo 85 establece que la responsabilidad de los menores podrá eludirse

---

196 A. Qarmouch, "La *kafala* de los menores abandonados", *op. cit.*, p. 195.

197 A. El Khamlichí, "La responsabilidad civil de los padres con respecto a sus hijos menores", *op. cit.*, p. 169.

198 Consúltese al respecto la obra del profesor El Khamlichí sobre la responsabilidad civil de los padres con respecto a sus hijos menores, *op. cit.*, p. 171 y ss.

cuando los padres demuestren que “no han podido impedir la realización del acto que ha conllevado la responsabilidad”. En cuanto a la responsabilidad con respecto a los perturbados mentales, podrá eludirse demostrando:

- a) Que han llevado a cabo todas las labores de control necesarias sobre dichas personas.
- b) Que desconocían la gravedad de la enfermedad y la demencia.
- c) Que el suceso fue culpa del perjudicado.

Por ello, la responsabilidad sobre el perturbado mental podrá ser eludida en algunos casos por vías más simples, puesto que basta con que el padre o la madre demuestren que desconocían la gravedad de la enfermedad, mientras que, para eludir la responsabilidad sobre el menor, la jurisprudencia exige que se demuestre que se le ha proporcionado una buena educación y que se han cumplido las obligaciones de control, o que el suceso se debe a una causa ajena.

- Por lo que atañe a los requisitos de los responsables, la responsabilidad de los menores está ligada a la tutela sobre ellos, mientras que la responsabilidad sobre los enfermos mentales es asumida por quien ejerce las labores de control sobre ellos, sin que entre en consideración aquí la tutela legal.

A pesar de ello, no es suficiente para establecer la responsabilidad de quien asume la *kafala* con respecto a los actos del menor acogido en *kafala* que se produzca el daño o perjuicio a terceros y que el acogido en *kafala* sea menor, sino que será necesario que se cumpla un tercer requisito, el de que el acogido en *kafala* conviva con quien ha asumido la acogida.

## **La convivencia**

El artículo 85 del Código de Obligaciones y Contratos dispone lo que sigue: “El padre y la madre, tras el fallecimiento del cónyuge, serán responsables de los daños y perjuicios que puedan causar los hijos menores de edad que convivan con ellos”

De acuerdo con este texto, la tercera condición para establecer la responsabilidad de quien asume la *kafala*, además del acto causante del perjuicio y de la minoría, es la residencia del menor acogido en *kafala* junto con el que lo acoge. La pregunta que surge sobre este punto es: ¿durante cuánto tiempo deberá quien asume la *kafala* tener al menor acogido conviviendo con él para que se establezca la responsabilidad del acogedor? Si acudimos al *Dahír* de la *kafala*, encontramos que el artículo 25 estipula lo siguiente: “La *kafala* cesará cuando el menor acogido alcance la mayoría de edad legal. Estas disposiciones no se aplicarán a la hija no casada ni al menor minusválido o incapaz de satisfacer sus necesidades”.

Del mismo modo, el artículo 28 del citado *Dahír* dispone lo que sigue: “La resolución relativa al otorgamiento de la *kafala* da lugar a los siguientes efectos: la persona que asume la *kafala*, o el establecimiento, organismo, asociación u

organización implicados, será la responsable de la ejecución de las obligaciones relativas a la manutención, a la guarda y a la protección del menor acogido y velará por que sea educado en un ambiente sano, en el que se satisfagan sus necesidades esenciales hasta que alcance la mayoría de edad legal...”.

Las citadas disposiciones obligan a quien asume la *kafala* a cumplir las obligaciones relativas al cuidado del menor acogido hasta que alcanza la mayoría de edad, lo que significa que el legislador impone que la convivencia del menor acogido en *kafala* con quien lo acoge no cesará hasta que el menor alcance la mayoría de edad, siempre que el menor acogido en *kafala* no sea una mujer no casada o una persona impedida o incapacitada para obtener su propio sustento, en cuyo caso la *kafala* continuará aun cuando el acogido haya alcanzado la mayoría de edad legal, continuando por lo tanto la convivencia con la persona que asume la *kafala*. Esto supone que la residencia legal del menor acogido en *kafala* será la residencia de quien lo haya acogido a lo largo del plazo requerido por dicha *kafala*<sup>199</sup>.

Se considerará que el menor acogido en *kafala* reside junto con los cónyuges que lo han acogido mientras el vínculo matrimonial siga en pie, dado que la familia está a cargo de los cónyuges<sup>200</sup>. Pero, ¿cómo se determinará la residencia del menor acogido en *kafala* en el caso de que se rompa el vínculo matrimonial entre los cónyuges que lo han acogido? ¿Quién asumirá la responsabilidad de los daños y perjuicios que el menor acogido pueda causar a terceros?

El artículo 26 del Dahir de la *kafala* reza como sigue: “Si se rompieran los lazos matrimoniales entre los cónyuges responsables de la *kafala*, el juez tutelar ordenará, a instancias de cualquiera de los cónyuges, del Ministerio Fiscal o de oficio, bien mantener la *kafala* confiándola a una de las dos partes, o bien adoptar las medidas que estime más adecuadas...”.

Por lo tanto, en el caso de continuidad de la *kafala* con uno de los dos cónyuges acogedores cuya relación matrimonial se ha roto debido a fallecimiento o divorcio, se considerará que el menor acogido en *kafala* reside con quien continúe asumiendo la *kafala*. Si es el marido quien continúa asumiendo la *kafala*, será con él con quien conviva el menor acogido en *kafala*, aunque le sean confiados sus cuidados a una mujer, puesto que el marido es el garante legal después de la disolución del vínculo matrimonial y la residencia legal del menor acogido en *kafala* será con quien ha asumido la *kafala*<sup>201</sup>.

El hecho de que se considere que el menor acogido en *kafala* reside con el cónyuge acogedor que continúe asumiendo la *kafala* supone que la víctima no

---

199 En esta línea véase A. El Khamlichi, “La responsabilidad civil de los padres con respecto a sus hijos menores”, *op. cit.*, p. 174. A. Qarmouch, “La *kafala* de los menores abandonados”, *op. cit.*, p. 199.

200 Artículo 4 del Código de Familia.

201 En este sentido, véase A. El Khamlichi, “La responsabilidad civil de los padres con respecto a sus hijos menores”, *op. cit.*, p. 176.



deberá demostrar que el menor acogido en *kafala* reside con quien asume la *kafala*, pues bastará con demostrar la existencia de la *kafala*<sup>202</sup>. Ahora bien, ¿cuáles son los efectos de la interrupción de la residencia del menor acogido en *kafala* con respecto a la responsabilidad de quien asume la *kafala*?

La verdad es que el requisito de la convivencia sólo podrá dejar de darse en el caso de que reproduzca la disolución del vínculo de la *kafala* entre el acogido y el acogedor por alguna causa legal, como la reclusión del menor en prisión o su internamiento en alguna institución específica para jóvenes delincuentes<sup>203</sup>.

La convivencia podrá interrumpirse de forma voluntaria por parte de quien asume la *kafala*, siempre que sea por un motivo legítimo, como el traslado del menor acogido en *kafala* para estudiar, aprender un oficio, etc. En tal caso se considerará inexistente<sup>204</sup> el requisito de la convivencia, y quien ha asumido la *kafala* será eximido de la responsabilidad de demostrar que el menor no convive con él por alguna de estas causas<sup>205</sup>.

En el caso de que quien asume la *kafala* sea eximido de responsabilidad, es preciso distinguir entre:

- El caso de residencia del menor con una persona que no sea legalmente responsable frente a terceros, como un pariente o un amigo. En este caso, la víctima no tendrá derecho a reclamar la responsabilidad de dicha persona con respecto a los actos del menor.
- El caso de residencia del menor con una persona que no sea legalmente responsable frente a terceros y que esté obligada a ejercer el control del menor, como el artesano o el jefe. En este caso, la víctima podrá reclamar al artesano o al jefe, de conformidad con las disposiciones del artículo 85 del Código de Obligaciones y Contratos, dentro de los límites de la naturaleza de la responsabilidad establecida por la ley.

Si la interrupción de la residencia se produce por un motivo no ajustado a derecho, ello no influirá en la responsabilidad, dado que acoger en la residencia al menor en la *kafala* es una de las obligaciones de quien lo asume. De manera que el incumplimiento de dicha obligación por la sola voluntad de quien asume la *kafala* o por negligencia no tendrá efecto alguno en la responsabilidad.

---

202 A. Qarmouch, "La *kafala* de los menores abandonados", *op. cit.*, p. 200.

203 Artículo 516 del Código de Procedimiento Penal.

204 El decreto emitido por la Corte Suprema (Sala de lo Administrativo, Decreto n° 151 de 11 de abril de 1980, expediente civil n° 64109) estipula lo que sigue: "No ha lugar la aplicación del capítulo 85 del Código de Obligaciones y Contratos relativo a la responsabilidad de los padres con respecto a los hijos menores, después de que le conste al Tribunal que juzga la causa que el menor ha pasado a estar fuera de la supervisión de sus progenitores durante el viaje...". *Revista Marroquí de Derecho, Política y Economía*, n° 15, 1984.

205 A. El Khamlihi, "La responsabilidad civil de los padres con respecto a sus hijos menores", *op. cit.*, p. 181. M. A. El Youssoufi Alaoui, "La *kafala* del menor abandonado", *op. cit.*, p. 243.

Sin embargo, el requisito de la interrupción de la residencia por causa legal no será suficiente para eximir a quien asume la *kafala* de responsabilidad, ya que será preciso que de dicha interrupción se derive la imposibilidad de ejercer el control sobre el menor acogido en *kafala*. Una separación habitual en cuanto a la residencia, aunque sea conforme a la ley, no será suficiente para anular el requisito de convivencia, sino que será necesario que se cumpla el requisito de imposibilidad por parte de quien asume la *kafala* de ejercer el control sobre el acogido en *kafala* que no reside con él. Quien asume la *kafala* seguirá siendo responsable del menor acogido, en el caso de que este último resida cerca de él, de modo que le sea factible ejercer las labores de control, no aceptándose en tal caso eximir a quien asume la *kafala* de la responsabilidad por el hecho de que el acogido no resida con él.

En resumen, puede decirse que el requisito de convivencia no se exige en la mayoría de los ordenamientos comparados<sup>206</sup>, que se limitan a exigir que se ejerzan las labores de control y vigilancia. Son muy pocos los ordenamientos que siguen considerando la convivencia como un requisito para que haya responsabilidad sobre el menor<sup>207</sup>.

#### **4. LA POSIBILIDAD DE VIAJAR CON EL MENOR ACOGIDO EN KAFALA FUERA DE MARRUECOS**

La persona que asume la *kafala* puede ser extranjera, y en tal caso, desear establecer su residencia en su país de origen junto con el menor acogido. Para ello deberá obtener una autorización al efecto del juez de tutelas<sup>208</sup>. El juez, antes de otorgar la autorización para abandonar el territorio nacional en dirección al país en el que la persona que asume la *kafala* desea establecer su residencia, deberá asegurarse de la existencia de un convenio o acuerdo judicial con el país concernido que permita el régimen de la *kafala*. También podrá solicitar de quien asume la *kafala* un certificado expedido por las autoridades del país al que se dirige que confirme que la situación jurídica del menor acogido en *kafala* será estable en el país receptor<sup>209</sup>.

Una vez obtenida la autorización del juez competente, se confiará a los servicios consulares marroquíes del lugar de residencia de la persona que asume la *kafala* la labor de seguimiento del menor acogido y el control del cumplimiento de las obligaciones de quien lo acoge, una vez que obre en poder de dichos servicios una copia de la autorización expedida por el juez.

---

206 Como la Ley de Egipto (artículo 173), la de Iraq (artículo 218), la de Siria (artículo 174), la de Alemania (artículo 832), la de Rusia (artículos 450 y 451) y la de Italia (artículo 204).

207 Como la ley del Líbano, que dispone en el artículo 126 lo siguiente: "Los ascendientes y los tutores legales serán responsables de todo acto ilícito realizado por los menores que residan con ellos y estén bajo su autoridad".

208 Artículo 24 del Dahir de 13 de junio de 2002.

209 H. Assaoui, "Kafala", Universidad de Perpignan.

Al objeto de hacer el seguimiento del menor acogido y el control del cumplimiento de las obligaciones de quien asume la *kafala*, el Dahir de la *kafala* dispone una serie de mecanismos que permiten al juez de menores llevar a cabo dicha tarea. El artículo 24, en su epígrafe segundo, obliga a los servicios consulares marroquíes en el lugar de residencia de la persona que asume la *kafala* a velar por que esta última cumpla sus obligaciones con respecto al menor acogido en régimen de *kafala*, de manera que el cónsul correspondiente deberá remitir unos informes relativos a la situación del menor acogido. El juez, a la vista de dichos informes, podrá adoptar cualquier medida o disposición que considere conveniente para con el menor acogido en *kafala*, bien de oficio o bien a instancias del fiscal general del Rey, o de quien tenga interés en el asunto, especialmente los parientes del menor<sup>210</sup>.

La pregunta que nos formulamos al respecto es: ¿realmente se lleva a cabo el seguimiento de la situación del menor acogido y el control del cumplimiento de sus obligaciones por parte de quien asume la *kafala*?

En la práctica, se confirma que resulta imposible hacer el seguimiento del menor acogido en *kafala*, así como el control del cumplimiento de las obligaciones de la persona que acoge al menor en Marruecos y, con más razón, en el caso del menor acogido con residencia fuera de Marruecos<sup>211</sup>. Si bien el legislador encomienda a los servicios consulares sitios en el lugar de residencia de la persona que asume la *kafala* la labor del seguimiento del menor acogido en régimen de *kafala*, se observa que dichos servicios no llevan a cabo dicha labor, lo que se debe a diversas causas, entre ellas el cambio de residencia de la persona que asume la *kafala* de un lugar a otro, la distancia que media entre la sede del consulado y el lugar de residencia del menor con la persona que lo acoge en *kafala*, además de los múltiples problemas a los que se enfrentan diariamente esos servicios con la colonia marroquí residente en el extranjero. Además, con bastante frecuencia, la persona extranjera que asume la *kafala*, ante la ausencia de control, procede a transformar la *kafala* en adopción plena o simple, con lo cual el menor marroquí pasa a estar sujeto a la ley del país de la persona que asume la *kafala*<sup>212</sup>.

Todo esto además de la educación del menor en una religión distinta del Islam, puesto que por lo común la persona que asume la *kafala* abraza el Islam con el único propósito de garantizarse el otorgamiento de la *kafala* del menor abandonado y su fe no es, por lo tanto, sincera. Por añadidura, la residencia en Marruecos puede no ser un asunto que le satisfaga a dicha persona extranjera que asume una *kafala*, teniendo en cuenta los múltiples efectos legales que se derivarían de dicha residencia, particularmente en el ámbito del estatuto personal.

---

210 M. Chafii, "La *kafala* de los menores abandonados", *op. cit.*, p. 59.

211 S. Berrada, "La *kafala* de menores a los que los padres han renunciado. Entre la teoría y la práctica", artículo presentado dentro de los trabajos de las Jornadas de Estudio en torno al Código de Familia, nº 5, Serie Seminarios, Encuentros y Jornadas de Estudio, septiembre de 2004, pp. 190-208, especialmente p. 204.

212 M. Chafii, "La *kafala* de los menores abandonados", *op. cit.*, p. 58 y ss.

En el marco de la ley marroquí, al respecto de los vínculos privados internacionales en los que una de las partes es musulmana, se atribuyen las competencias a la ley islámica, aun en el caso de que la legislación de la nación de la parte extranjera tenga competencias en origen en virtud de las normas de atribución de competencias o aunque posea un vínculo estrecho con el conflicto. En virtud del Dahír de 24 de abril de 1959, por el que se asignan a los tribunales islámicos las competencias para ver las causas de estatuto personal de los musulmanes, tanto si son marroquíes como extranjeros, y aplicando en dicha fase el principio de que el juez musulmán no puede aplicar otra ley que la ley islámica (*charía*), se amplían las competencias judiciales de dichos tribunales a las competencias legislativas, de manera que los extranjeros musulmanes, en el caso de que todas o alguna de las partes de la causa sean musulmanes, quedan sometidos en exclusiva a las disposiciones del Código de Estatuto Personal, cerrando la puerta a las disposiciones de la ley nacional del extranjero, de modo y manera que se antepone la pertenencia a una religión a la adscripción política o jurídica de la persona, lo cual puede conducir a la confusión, perturbación e inestabilidad de las relaciones y vínculos entre los individuos.

La aplicación del Código de Familia al matrimonio del extranjero musulmán que asume una *kafala*, en el caso de que el cónyuge extranjero esté sometido a una ley no islámica, producirá, por ejemplo, que, en un posible caso de divorcio en Marruecos, se efectúe el reconocimiento de poligamia por la legislación marroquí<sup>213</sup>, frente a su invalidez por la legislación nacional del acogedor, así como que la mujer esté obligada a observar el plazo de espera legal tras el divorcio para contraer nuevas nupcias (*itidad*) por la mera voluntad individual, según la legislación marroquí<sup>214</sup>, frente al no reconocimiento del divorcio en la legislación nacional del extranjero musulmán<sup>215</sup>.

Asimismo, la aplicación del Código de Familia al matrimonio de una mujer musulmana extranjera que asume una *kafala* pero está sujeta a un régimen legal no islámico obligará a respetar los requisitos y las formalidades estipuladas por el Código de Familia. Por ejemplo, se prohibirá el matrimonio con un hombre no musulmán en el caso de que los cónyuges residan en Marruecos y será preciso

---

213 La primera resolución promulgada en esta línea es la del Tribunal de Apelación de Rabat del 9 de diciembre de 1959, JDI (Clunet), 1961, p. 406 (comentario de Paul Decroux). En el mismo sentido van algunas otras sentencias y resoluciones, como la Resolución de la Corte Suprema, de 5 de julio de 1974, *Boletín de la Revista Marroquí de Derecho, Política y Economía*, nº 12-14, 1983 (comentario de Paul Decroux) en la JDI (Clunet), 1978, p. 681, o la resolución dictada por la misma instancia el 7 de febrero de 1972, JDI (Clunet), p. 674 (comentario de Paul Decroux).

214 J. Ouhida, "Mecanismos de conflicto de normas en derecho privado internacional marroquí", 1ª ed., Al Maarif al Jadida, Rabat, 2007, p. 117.

215 El Código de Familia continúa consagrando esta clase de divorcio, a pesar de que las medidas administrativas y los requisitos legales a los que debe someterse limitan la autoridad plena en el acto del divorcio.

asignar una dote a la esposa musulmana y firmar el acta matrimonial en presencia de dos adules (notarios)<sup>216</sup>.

De modo que parece que el objetivo de marcar dichas prerrogativas en favor de la ley islámica es respetar y observar los fundamentos del derecho islámico que decretan la aplicación de la ley islámica (*charía*) a los relaciones internacionales privadas en las que al menos una de las partes es musulmana.

Éstos son los efectos legales más importantes que se derivan de la residencia de la persona extranjera que asume una *kafala* junto con el menor acogido en Marruecos. Pero, ¿cuáles son los efectos derivados de la *kafala* en el país de origen de la persona extranjera que la ha asumido, y hasta qué punto los tribunales de ese país reconocen la *kafala* efectuada en Marruecos?<sup>217</sup>.

Plantear dicha cuestión impone una serie de consideraciones:

- La Convención Internacional de Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño<sup>218</sup> estipula lo que sigue: “Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. Los Estados partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la *kafala* del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores”.
- El Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, Convenio<sup>219</sup> en cuya puesta en vigor y aplicación Marruecos ha desempeñado

---

216 Artículo 13 del Código de Familia. La tutela matrimonial, sin embargo, no será requisito indispensable para la validez del acta matrimonial, salvo en caso que así lo requiera, puesto que dicha tutela, en el marco del Código de Familia, es un derecho que ejerce la mujer mayor de edad de acuerdo con su voluntad y sus intereses, de manera que puede delegar dicha función en su padre o uno de sus parientes (artículo 24 y 25 del Código de Familia).

217 Véase al respecto de esta cuestión M. Benhassin, “El conflicto de los marroquíes en el extranjero con el régimen de *kafala* de los menores abandonados”, *Revista Marroquí de Administración Local y Desarrollo*, Rabat, nº 56, 2004.

218 Marruecos ratificó dicha Convención el 21 de noviembre de 1993.

219 Es bien sabido que Marruecos ha desempeñado un papel importante al respecto de esta cuestión, desde la reunión de la comisión especial para la aplicación del Convenio, celebrada el 29 de mayo de 1993, en torno a la protección del niño y la cooperación judicial en materia de adopción internacional, dado que la delegación marroquí presentó en el marco de dicha reunión una propuesta relativa a la introducción de la *kafala* en el contexto de la aplicación de dicho convenio. La mayoría de los países miembros del Convenio expresaron sus reservas sobre dicha propuesta, pero pronto cambiaron su posición al respecto en el marco de la comisión especial sobre la revisión del Convenio de 5 de octubre de 1961, así como en la tercera reunión de la comisión especial sobre la protección de los menores, celebrada en septiembre de 1995. La *kafala* fue introducida, en el marco de aplicación del citado convenio, en octubre de 1996, dentro del artículo 3º, epígrafe 2º. Véase, al respecto, A. Moulay Rachid, “Les droits de l’enfant dans les conventions internationales

un papel importante, dispone que entre las medidas de protección del niño se cuenta la *kafala* como una institución alternativa a la adopción, que está prohibida en la legislación islámica<sup>220</sup>.

Naturalmente, nadie puede negar la importancia de este convenio internacional, de manera que la ratificación o adhesión al mismo implica considerarlo parte de la legislación nacional, con la necesidad que de ello se deriva de armonizar y adaptar la ley nacional a los derechos en él dispuestos.

## VI. EL CESE DE LA *KAFALA*<sup>221</sup>

### 1. MOTIVOS DEL CESE DE LA *KAFALA*

La *kafala* llega a su fin por motivos relativos al *makful* y otros relativos al *kafil*. En relación con el *makful*, la *kafala* cesa cuando éste alcanza la mayoría de edad o cuando fallece. Se es mayor de edad en la ley marroquí a los 18 años desde la promulgación del CFM en 2004 (artículo 209). Esto ha zanjado el problema de las diferencias que existían antes entre los códigos acerca de la mayoría de edad, además de poner fin a la aplicación de las normas del *fiqh* que utilizan más el concepto de la pubertad. Existe sin embargo la excepción de la emancipación del menor a los 16 años por decisión judicial. En este caso y teniendo en cuenta que “la persona emancipada entra en posesión de sus bienes y adquiere capacidad plena en lo que respecta la gestión y la disposición de sus bienes”<sup>222</sup>, se entiende que la *kafala* cesa también por emancipación del menor<sup>223</sup>.

El cese de la *kafala* por mayoría de edad tampoco concierne los menores con minusvalía o incapaces de trabajar para satisfacer sus necesidades ni los menores de sexo femenino. Estas últimas quedan sometidas a la *kafala* hasta que se casen, lo cual discrepa de las disposiciones del CFM (artículo 198) —promulgado posteriormente al Dahir sobre la *kafala*— que fija la obligación de alimentos a las hijas hasta que dispongan de recursos propios o hasta que se casen. Sería conveniente pues modificar esta norma de tal manera que sólo cese la *kafala* cuando los menores lleguen a la mayoría de edad o a los 25 años si prosiguen sus estudios. En cuanto a las chicas, su *kafala* debería cesar cuando lleguen a la mayoría de edad y dispongan de recursos propios o si contraen matrimonio.

---

et les solutions retenues dans les pays Arabo-Musulmans”, Recueil de Cours de l’Académie de la Haye, tomo 268, 1997, p. 209 y ss.

220 P. Lagarde, “Convention de la Haye 1996. Rapport explicatif”, en: [www.hnyette.com/convlahaye1996.htm](http://www.hnyette.com/convlahaye1996.htm)

221 Houda Zekri.

222 Artículo 218 CFM.

223 A. Qarmouch, “La *kafala* de niños abandonados”, *op.cit.*, p. 232.

En todos los casos, la *kafala* llega a su fin si el *makful* fallece<sup>224</sup>.

Respecto a los motivos de cese de la *kafala* relativos al *kafil*, cabe diferenciar entre las personas y los organismos.

### **a) Motivos del cese de la *kafala* cuando el *kafil* es una persona**

La *kafala* llega a su fin si la madre por *kafala* fallece o pierde su capacidad; si los esposos responsables de la *kafala* fallecen o pierden los dos su capacidad; si ha lugar la disolución del matrimonio entre los padres por *kafala*, o si se anula la *kafala* por decisión judicial o por desistimiento de los responsables.

El ordenamiento marroquí diferencia entre dos tipos de capacidad: la jurídica y la de obrar. La capacidad jurídica es inherente a la persona que no puede ser privada de su aptitud a ser titular de derechos y obligaciones establecidos por la ley mientras que la capacidad de obrar es la que permite a la persona ejecutar actos válidos dentro del ejercicio de sus derechos personales y patrimoniales. Esta capacidad es establecida legalmente en cuanto a condiciones de adquisición y de restricción o pérdida se refiere (artículos 206 a 208 del CFM). Así pues, si los responsables de la *kafala* pierden su capacidad de obrar debido a una degeneración de sus facultades mentales (artículo 217.2º CFM), serán declarados incapaces mediante sentencia judicial y por consiguiente sus actos serán nulos y no surtirán ningún efecto (artículos 220 y 224 CFM). De ahí la imposibilidad para ellos de continuar asumiendo la *kafala* del menor acogido. Esto es cierto para la madre por *kafala* y para los esposos responsables de la *kafala* si ambos son incapacitados. Sin embargo, si la incapacidad sólo afecta a uno de ellos, el otro puede continuar asumiendo la *kafala* del menor.

La Ley de *kafala* trata solamente de la pérdida de la capacidad, haciendo caso omiso de la limitación de la capacidad<sup>225</sup> de los *kafil*. Cabe considerar que el juez podrá, mediante investigaciones y peritajes médicos, decidir sobre la idoneidad —o no— de que el menor continúe bajo la *kafala* de personas con la capacidad limitada<sup>226</sup>.

El fallecimiento de la madre por *kafala* o de los esposos responsables de la *kafala* pone fin a dicho vínculo. No obstante, si sólo fallece uno de los esposos, el menor podrá seguir acogido por el cónyuge superviviente.

En el caso de ruptura del vínculo conyugal de los esposos responsables de la *kafala*, el juez ordena ya sea a demanda de uno de los cónyuges, a la del Ministerio Fiscal o bien de oficio, que se mantenga la *kafala* confiándola a uno de los esposos o bien adoptando las medidas que él estime oportunas (artículo 26). Esta situación se asimila a la organización de la guarda y custodia para los hijos de un matrimonio

---

224 N. Cherkaoui Ghazouani, *La Ley de kafala de niños abandonados*, 1º ed., Ed. Dar Assalam, junio de 2003, pp. 52-54.

225 Artículos 215, 216 y 220 del CFM.

226 A. Qarmouch, *La kafala de niños abandonados*, *op.cit.*, p. 241.

disuelto<sup>227</sup> y, por ello, el menor acogido que haya alcanzado los 15 años puede escoger con quién de sus padres por *kafala* quiere quedarse, teniendo el otro cónyuge el derecho de visita (artículo 27 de la ley).

La *kafala* cesa además por resolución judicial si la persona que la asume incumpliera sus obligaciones o si renunciara a dicha responsabilidad o bien si el interés del menor así lo exigiera.

En efecto, el juez de tutelas revoca la *kafala* si le consta que el *kafil* incumple su compromiso de mantener, guardar, proteger y velar por la educación del menor en un ambiente sano<sup>228</sup>. De igual manera, se revoca la *kafala* si ha lugar cualquiera de los impedimentos al ejercicio de la *kafala* mencionados en el artículo 9, a saber, la pérdida de la capacidad, la inaptitud moral y social a asumir la *kafala*, la insuficiencia de medios económicos, la contracción de una enfermedad contagiosa o que impida el ejercicio de sus responsabilidades, la condena por un crimen que atenta contra la moral o contra los niños<sup>229</sup>, el acaecimiento de un conflicto entre el *kafil* y el *makful* o entre el *kafil* y los padres o la familia del *makful* que pueda poner en peligro el interés del menor. En todos estos casos, el juez actúa de oficio o a instancias del Ministerio Fiscal o de cualquier persona interesada. La decisión de revocación de la *kafala* es susceptible de ejecución provisional sin perjuicio de los posibles recursos y su ejecución corresponde al tribunal de primera instancia de la circunscripción del lugar de residencia del *kafil*. Cabe la posibilidad de ejecutar la sentencia por la fuerza pública o por cualquier otro medio oportuno mediante el Ministerio Fiscal, toda vez que se adopten las medidas susceptibles de salvaguardar los intereses del menor (artículo 19).

Por último, el *kafil* que renuncia al ejercicio de la *kafala* debe hacerlo solicitando al juez de tutelas su dispensa y apoyando su petición con los argumentos que justifican su decisión.

### **b) Motivos del cese de la *kafala* cuando el *kafil* es una organización o asociación encargada de la infancia**

La mayoría de los menores abandonados en Marruecos son acogidos en *kafala* por establecimientos públicos encargados de la protección de la infancia o por organizaciones o asociaciones de carácter social reconocidas de utilidad pública. En estos casos, la *kafala* puede ser interrumpida si se disuelve la institución responsable. La disolución puede tener lugar por varias razones como el

---

227 Reglamentada mediante el artículo 166 del CFM.

228 O sea, todo aquello al que se había comprometido a la hora de solicitar la *kafala* del menor, artículo 22.1° de la ley.

229 Ello sin perjuicio de las sanciones penales correspondientes. En virtud del artículo 30 de la ley, se aplican al *kafil* las mismas sanciones penales por las infracciones cometidas por los padres contra sus hijos. De igual modo, se sanciona penalmente al *makful* con las mismas sanciones por las infracciones cometidas por los hijos contra sus padres.



vencimiento del plazo de funcionamiento de la institución, la dimisión de sus miembros, el acuerdo de sus miembros acerca de su disolución legal, la intervención judicial para disolver la institución por alguna infracción a la ley, la intervención administrativa de disolver la institución si la ley así lo permite<sup>230</sup>.

## 2. EFECTOS DEL CESE DE LA KAFALA

Una vez finalizada la *kafala*, el menor vuelve a encontrarse en situación de desamparo y requiere medidas para su protección, por lo cual el juez de tuteladas designa un tutor dativo de oficio o a instancias del Ministerio Fiscal o de cualquier persona interesada (artículo 28).

Es imprescindible que el tutor dativo cumpla los requisitos relativos a su plena capacidad de obrar, a la prudencia, a la meticulosidad y a la honradez de su carácter, así como a la solvencia de su situación económica si así lo estima oportuno el juez competente (artículo 246 CFM). De todos modos, el juez mantiene un gran control sobre las acciones del tutor dativo sobre todo en lo que atañe a los intereses económicos del menor. De hecho, el tribunal puede incluso nombrar un protutor con el fin de controlar los actos del tutor testamentario o dativo comunicando al juez cualquier negligencia o dilapidación de los bienes del menor (artículos 248 y 271 y ss. del CFM).

La Ley de *kafala* deja abierta la posibilidad para que los padres biológicos del menor puedan recuperar su tutela mediante decisión judicial si los motivos de su pérdida ya no tienen lugar. Es decir, si los padres desconocidos del menor —o uno de ellos— aparecen, si adquieren la aptitud de cuidarlo y mantenerlo o si se comprueba que su comportamiento ha mejorado de manera que puedan educar a su hijo, el tribunal puede otorgarles de nuevo la tutela después de escuchar al menor en edad de discernimiento. Si este último se niega a volver con ellos, el juez de tuteladas decide lo que le parezca más favorable al interés del menor (artículos 28 y 29).

## VII. ANEXOS

### 1. BIBLIOGRAFÍA

- AKID, M., “Sobre el ordenamiento jurídico marroquí”, *Revista del Tribunal*, Tribunal de Primera Instancia de Ramani, n° 2, 2002.
- AIT ZAI, N. “L’enfant illégitime dans la société musulmane”, *Revue Algérienne des Sciences Juridiques Économiques et Politiques*, vol. XXV-III, n° 2, junio de 1990.

---

230 A. Bayna, *Compendio sobre derecho administrativo*, Ed. Dar Annachr al Maghribiya, 1ª ed., 1985, p. 223 (en árabe).

- ASSAOUI, H., *Kafala*, Universidad de Perpignan, en: [www.memoireonline.com/03/07/397/m/kafala-recueil-legal.html](http://www.memoireonline.com/03/07/397/m/kafala-recueil-legal.html).
- BAYNA, A., *Compendio sobre Derecho Administrativo*, Ed. Dar Annachr al Maghribiya, 1ª ed., 1985 (en árabe).
- BENHSSAIN, M., "Los marroquíes residentes en el extranjero y la Ley sobre la *kafala* de niños abandonados", REDMAR, n° 11, 2007, p. 165 (en árabe).
- BENHSSAIN, M., "El conflicto de los marroquíes residentes en el extranjero con el régimen de *kafala* de los menores abandonados", *Revista de Administración Local y Desarrollo*, n° 56, Rabat, 2004.
- BENNIS, Kh., *Demandas en materia de Estado Civil*, Ed. Al Maârif al Jadida, Rabat, 1994 (en árabe).
- BERRADA, S., "La *kafala* de menores a los que los padres han renunciado. Entre la teoría y la práctica", artículo presentado en las Jornadas de Estudio sobre el Código de Familia, Serie de Seminarios, Encuentros y Jornadas de Estudio, septiembre de 2004.
- BOUDAHRAIN, A., *Droit judiciaire privé au Maroc*, Ed. Babel, Rabat, 1994.
- CANAC, "Réflexions sur l'inexistence de l'adoption en droit musulman", *Revue Algérienne*, n° 2, 1959, p. 27.
- CHAFI, M., "La *kafala* de los menores abandonados", Serie de Investigaciones Jurídicas 14, Marrakech, 2007.
- CHAFI, M., "L'enfant né hors mariage au Maroc", *Revue Marocaine de Droit et d'Economie de Développement*, n° 19, 1989, p. 133.
- CHARKAOUI EL GHAZOUANI, N., "La Ley de Acogimiento Familiar de Niños Abandonados (*kafala*)", 1ª ed., Maktaba Dar Assalam, Rabat, junio de 2003.
- CHARKAOUI EL GHAZOUANI, N., *La Ley de kafala de niños abandonados*, 1ª ed., Ed. Dar Assalam, Rabat, 2003.
- CHARKAOUI EL GHAZOUANI, N., "Investigaciones y comentarios a la luz de leyes particulares: la ley de los menores abandonados", Rabat, 1995.
- GHMIJA, A., *La actitud del Tribunal Supremo ante la dualidad del derecho y del fiqh en temas de estatuto personal*, publicaciones de la asociación Nachr al maâlouma al qanuniya wal qadaîya, Serie de Dirasat wa abhath, n° 1, 2007 (en árabe).
- EL HASANI, F., "El papel del Ministerio Fiscal ante los juzgados civiles en la legislación marroquí", *Revista Al Molhaq Al Qadaî*, n° 14, marzo de 1985, p. 106 y ss. (en árabe).
- KHADANI, A., "La experiencia del Ministerio de Empleo, Artesanía y Asuntos Sociales en el campo de la protección de los menores privados de familia", Primer Encuentro Magrebí sobre Menores privados de Familia, Liga Marroquí de Protección de la Infancia, Rabat, 22-25 de octubre de 1992.
- EL KHAMLICHI, A., "Comentario de la Ley de Estatuto Personal, segunda parte: efectos del nacimiento, de la capacidad jurídica y de la representación legal", Dar al Maarifa, Rabat, 1994.

- EL KHAMLICHI, A., *Comentario acerca de la Ley sobre el Estatuto Personal*, 2ª parte, tomo 2, Ed. Al Maârif al Jadida, Rabat, 1994 (en árabe).
- KRINI, H. *Guía de litigación ante los tribunales de familia*, Ed. Annajah al Jadida, Casablanca, 2007 (en árabe).
- LAPANNE-JOINVILLE, J., “La filiation maternelle en droit musulman malékite”, *Revue Marocaine de Droit*, 1952, p. 256.
- MOULAY RCHID, A., “Les droits de l’enfants dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays Arabo-Musulmans”, *Recueil de Cours de l’Académie de la Haye*, tomo 268, 1997.
- MOUTAOUAKIL, M. “La kafala de los menores abandonados y las vías de ejecución de las resoluciones emitidas al respecto”, *Revista Al Milaf*, El Jadida, n° 9, 2006.
- QARMOUCH, A., *La kafala de niños abandonados*, Ed. Dar Assalam, Rabat, 1ª ed., 2008 (en árabe).
- QARMOUCH, A., “La kafala de los menores abandonados”, *Revista del Tribunal*, Tribunal de Primera Instancia de Ramani, n° 2, 2003.
- RODRÍGUEZ BENOT, A., “El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural (un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la kafala)”, *Revista General de Derecho*, n° 667, 2000, pp. 4419-4448.
- EL TAJ, A., “Los menores abandonados: ¿qué clase de protección social? La familia, la infancia y la evolución de la sociedad”, Chaala, Najah Jadida, Casablanca, 2002.
- EL YOUSOUFI ALAOUI, M. A., “La kafala del menor abandonado”, tesina de estudios superiores en Derecho Privado, Facultad de Derecho Agdal-Rabat, 1999-2000.
- ZARROUKI, M., “La prise en charge ou la kafala des enfants en Droit marocain”, *Revista Al Molhaq al Qadaï*, n° 39, 2005, pp. 3-39.

## **2. TEXTOS LEGISLATIVOS Y DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS**

**Dahír con rango de Ley 1 1/93/165, promulgado el 22 de rabii I de 1414 (10 de septiembre de 1993), relativo a los menores abandonados**

### **Capítulo primero. Disposiciones generales**

#### **Artículo 1**

Se considerará como menor abandonado a todo niño de uno u otro sexo que no haya alcanzado los 18 años gregorianos cuando se encuentre en una de las siguientes situaciones:

1. Haber nacido de padres desconocidos y haber sido hallado en cualquier sitio.
2. Ser huérfano y no disponer de medios legítimos de subsistencia.
3. Ser hijo de padres incapaces de cuidarlo y educarlo por causa forzosa ajena a su voluntad.
4. Ser hijo de padres de mala conducta y que no asuman su responsabilidad de protección y de orientación con el fin de conducirlos por el buen camino.

#### **Artículo 2**

La solicitud de declaración de abandono será elevada al Tribunal de Primera Instancia situado en la jurisdicción correspondiente a lugar de residencia del menor por parte del fiscal general del Rey de dicho tribunal, bien de oficio o bien a instancia de terceros.

#### **Artículo 3**

El tribunal ordenará, en su caso, una investigación sobre los responsables legales del menor.

#### **Artículo 4**

El Tribunal de Primera Instancia dictará una resolución por la que se declarará al menor abandonado si estima, vistos los resultados de la investigación, que el menor encaja en una de las categorías citadas en el artículo primero.

#### **Artículo 5**

La Fiscalía General podrá internar al menor provisionalmente en una institución sanitaria o en uno de los centros o instituciones de protección social que se interese por la infancia, tanto si está adscrita al Estado como a las comunidades locales o a las instituciones u organizaciones reconocidas como de utilidad pública, hasta que se dicte resolución de *kafala* del menor por parte de la comisión competente.

#### **Artículo 6**

El juez de tuteladas del Tribunal de Primera Instancia ejercerá la tutela legal de los menores abandonados.

### **Capítulo segundo. La situación jurídica del menor abandonado**

#### **Sección primera. Las condiciones de la *kafala* de un menor abandonado**

#### **Artículo 7**

Se confiará la *kafala* de los menores declarados abandonados por medio de una resolución a las siguientes personas y organismos:

1. Los establecimientos públicos encargados de la protección de la infancia, así como los organismos y organizaciones de carácter social reconocidos como de utilidad pública.
2. Los cónyuges musulmanes cuyo matrimonio se haya celebrado hace al menos tres años y que reúnan los siguientes requisitos:
  - a) Que sean moral y socialmente aptos para la *kafala* y que dispongan de los medios materiales suficientes para subvenir las necesidades del menor.
  - b) No haber sido condenados, de manera conjunta o separada, por infracciones contra la moral o cometidas en contra de los niños.
  - c) No padecer enfermedades contagiosas o que les incapaciten para asumir sus obligaciones.

#### **Artículo 8**

En caso de pluralidad de demandas de *kafala* de un menor abandonado, se dará prioridad a los cónyuges que no tengan hijos.

#### **Artículo 9**

El hecho de que los cónyuges no tengan hijos no supone un obstáculo para la *kafala* de menores abandonados, siempre que todos esos hijos puedan beneficiarse por igual de los medios de que dispone la familia.

#### **Artículo 10**

No podrá efectuarse la *kafala* de un menor mayor de diez años sin su consentimiento personal.

#### **Artículo 11**

No podrá acordarse la *kafala* de un menor a varias personas a la vez.

### **Sección segunda. El procedimiento para acoger en *kafala* a un menor abandonado**

#### **Artículo 12**

Se crearán a nivel de la prefectura o la provincia comisiones administrativas a las que se confiará la tarea de asignar la *kafala* de los menores abandonados a las instituciones y personas señaladas en el artículo séptimo.

Habrà una disposición reglamentaria que regule la composición de dichas comisiones y sus relaciones y la administración que ejerza la tutela.

#### **Artículo 13**

La persona o parte que desee asumir la *kafala* de un menor abandonado presentará para ello una solicitud acompañada de los documentos que demuestren que

reúne los requisitos señalados en el artículo séptimo ante la comisión competente.

#### **Artículo 14**

La comisión competente se ocupará de reunir todos los datos e informaciones relativos a las circunstancias en que se acuerde la *kafala* del menor abandonado por medio de una investigación específica que será ordenada al efecto por la autoridad competente.

#### **Artículo 15**

La comisión competente podrá emitir una resolución sobre la asignación de la *kafala* del menor a la parte que haya presentado la solicitud si de la investigación se infiere que reúne los requisitos exigidos en el presente Dahir, que tiene rango de ley.

#### **Artículo 16**

La *kafala* será otorgada en virtud de un acta redactada por dos *adules* (notarios) adscritos a la circunscripción de residencia de los cónyuges o la institución a la que se otorga la *kafala*, en el plazo de 15 días a partir de la emisión de la resolución de la *kafala*.

#### **Artículo 17**

En el caso de que se produzca un conflicto sobre la identidad del niño abandonado o su filiación, o que alguien reclame su paternidad, el Tribunal de Primera Instancia competente será quien vea y resuelva dicho conflicto.

#### **Artículo 18**

La comisión encargada podrá, basándose en los informes que le presenten las instancias competentes, revisar la resolución de otorgamiento de la *kafala* o anularla, de acuerdo con lo que considere apropiado para el interés del menor acogido en *kafala*. Esta revisión o esta anulación supondrán el cambio o la revocación del acta de *kafala*, de acuerdo con las condiciones estipuladas en el artículo 16.

#### **Artículo 19**

Si la persona que asume la *kafala* del menor abandonado se niega a renunciar a ella, la comisión encargada podrá trasladar el expediente a la Fiscalía General, con el fin de obtener una resolución por parte del Tribunal de Primera Instancia en la que se adopten las medidas oportunas en pro del interés del menor acogido en *kafala*.

#### **Artículo 20**

La resolución dictada con arreglo a las disposiciones del artículo precedente será de ejecución forzosa y no cabrá recurso contra ella.

## **Capítulo tercero. Procedimiento de registro del menor abandonado en el Estado Civil**

### **Artículo 21**

El acta relativa a la *kafala* señalada en el artículo 16 deberá constar en el margen de la partida de nacimiento del menor abandonado en las oficinas del Estado Civil en las que haya sido inscrito previamente, dentro del plazo de tres meses a partir de la redacción de la citada acta.

En el caso de que el menor no haya sido inscrito en los libros de Estado Civil, la comisión encargada deberá velar por la adopción de las medidas necesarias para inscribirlo en los libros citados, de acuerdo con la legislación vigente relativa al régimen de Estado Civil, inscribiendo también el acta de la *kafala* al margen de la partida de nacimiento, tal como se indica en el primer párrafo del presente artículo.

### **Artículo 22**

El menor abandonado de padres desconocidos adoptará un apellido diferente al de la persona que lo acoge en régimen de *kafala*.

## **Capítulo cuarto. Los efectos de la resolución relativa al otorgamiento de la *kafala***

### **Artículo 23**

Las personas que asumen la *kafala*, o la institución implicada, serán las responsables de la ejecución de las obligaciones relativas a la manutención del menor abandonado, asegurando su desarrollo en un ambiente familiar sano, velando por que sus necesidades esenciales queden cubiertas hasta que alcance la mayoría de edad legal.

## **Dahír 1/02/172 de 1 rabii II 1423 (13 de junio de 2002), por el que se promulga la Ley nº 15/01 relativa al acogimiento familiar (la *kafala*) de los menores abandonados**

### **Capítulo primero. Disposiciones generales**

#### **Artículo 1**

Se considerará como menor abandonado a todo niño de uno u otro sexo que no haya alcanzado los 18 años gregorianos cuando se encuentre en una de las siguientes situaciones:

- Haber nacido de padres desconocidos o de padre desconocido y madre conocida que le hubiera abandonado voluntariamente.
- Ser huérfano o hijo de padres incapaces de sobrevenir a sus necesidades o que no dispongan de los medios legales de subsistencia.

- Ser hijo de padres de mala conducta y que no asuman su responsabilidad de protección y de orientación con el fin de conducirlos por el buen camino, como aquéllos desprovistos de la tutela legal o cuando uno de los dos, tras el fallecimiento o la incapacidad del otro, se muestre descarriado y no cumpla el deber mencionado respecto del menor.

### **Artículo 2**

La *kafala* de un menor abandonado, en el sentido de la presente ley, constituye el compromiso de asumir la protección, la educación y la manutención de un menor abandonado de la misma manera que lo haría un padre por su hijo. La *kafala* no dará derecho a la filiación ni a la sucesión.

### **Artículo 3**

Todo aquel que descubra a un menor abandonado deberá proporcionarle la asistencia que su estado requiera, así como informar inmediatamente a los servicios de policía y gendarmería o a las autoridades locales del lugar donde el menor hubiera sido encontrado.

### **Artículo 4**

El fiscal general del Rey del tribunal de primera instancia de la circunscripción en que se encuentre el lugar de residencia del menor o del lugar en que hubiera sido encontrado lo internará provisionalmente en uno de los establecimientos o centros previstos en el artículo 8, de oficio o a instancia de terceros. El fiscal general del Rey abrirá una investigación sobre el menor.

El fiscal general del Rey presentará inmediatamente la demanda de declaración de abandono ante el tribunal de primera instancia de la circunscripción del lugar de residencia del menor, del lugar donde hubiera sido encontrado o del lugar en que se encuentre el centro social en el que hubiera sido internado.

### **Artículo 5**

El fiscal general del Rey realizará, en su caso, todos los trámites necesarios para la inscripción del menor en el Registro Civil antes de la demanda de declaración de abandono, incluidas las acciones judiciales, y todo ello con pleno respeto de las disposiciones de la legislación reguladora del Estado Civil.

El fiscal general del Rey presentará al tribunal las conclusiones extraídas de la investigación realizada con el fin de probar que el menor fue abandonado.

### **Artículo 6**

Una vez conocidos los resultados de la investigación presentada por el fiscal general del Rey, el tribunal ordenará, en su caso, cualquier otra investigación o peritaje que estime necesario.



Si el tribunal estimara que los padres del menor son desconocidos, dictará una resolución antes de pronunciarse sobre el fondo, que comprenda todas las indicaciones necesarias para la identificación del menor, en especial su retrato físico y el lugar en que fue encontrado, y ordenará al fiscal general del Rey que realice los actos necesarios para que se cuelgue la resolución, en particular en las oficinas de la colectividad local y las de la prefectura del lugar donde el menor fue encontrado o, en su caso, en uno de los otros dos lugares previstos en el párrafo 2º del artículo 4, o en los dos a la vez, o en cualquier otro lugar que el tribunal estime útil, y esto durante tres meses durante los cuales los padres del menor podrán presentarse y reclamar su restitución.

Si transcurriese el plazo sin que nadie se presente para probar la paternidad con respecto del menor y reclamar su restitución, el tribunal dictará una resolución por la que se declarará al menor abandonado.

La resolución será provisionalmente ejecutiva de pleno derecho, sin perjuicio de los recursos existentes.

#### **Artículo 7**

A instancia del fiscal general del Rey o de la persona interesada en solicitar la *kafala* del menor, se remitirá una copia de la resolución al juez encargado de las tutelas del tribunal competente.

El juez tutelar asegurará la tutela de los menores abandonados de conformidad con las disposiciones relativas a la representación legal previstas en el Código de Estatuto Personal y en el Código de Procedimiento Civil.

#### **Artículo 8**

El fiscal general del Rey internará provisionalmente al menor objeto de una demanda de declaración de abandono, en un establecimiento sanitario o en un centro o establecimiento de protección social encargado de la infancia, dependiente del Estado, de las colectividades locales o de los organismos, organizaciones y asociaciones que dispongan de los medios materiales y humanos suficientes para asegurar la protección del menor abandonado, o en el seno de una familia o con una mujer deseosa de acogerlo o simplemente de protegerlo, siempre que estas personas o establecimientos cumplan los requisitos del artículo 9, hasta que se decida sobre la *kafala* del menor.

### **Capítulo segundo. La situación jurídica del menor abandonado**

#### **Sección primera. Las condiciones de la *kafala* de un menor abandonado**

#### **Artículo 9**

Se confiará la *kafala* de los menores declarados abandonados por medio de una resolución, a las siguientes personas y organismos:

1. Los cónyuges musulmanes que reúnan los siguientes requisitos:
  - a) Haber alcanzado la mayoría de edad legal, ser moral y socialmente aptos para asegurar la *kafala* del menor y disponer de los medios materiales suficientes para sobrevenir a sus necesidades.
  - b) No haber sido condenados, de manera conjunta o separada, por infracciones contra la moral o cometidas en contra de los niños.
  - c) No padecer enfermedades contagiosas o que les incapaciten para asumir su responsabilidad.
  - d) No estar enfrentados al menor cuya *kafala* se solicita o a sus padres por un contencioso sometido a la justicia o algún asunto familiar que entrañe algún riesgo para el interés del menor.
2. La mujer musulmana que cumpla las cuatro condiciones previstas en el párrafo I del presente artículo.
3. Los establecimientos públicos encargados de la protección de la infancia, así como los organismos, organizaciones y asociaciones de carácter social reconocidos como de utilidad pública y que dispongan de los medios materiales, de los recursos y de las competencias humanas aptas para asegurar la protección de los menores, darles una buena educación y educarlos de conformidad con el Islam.

#### **Artículo 10**

En caso de pluralidad de demandas de la *kafala* de un menor abandonado, la prioridad se dará prioridad a los cónyuges sin hijos o a los cónyuges que se encuentren en las mejores condiciones y presenten el mejor interés para el menor.

#### **Artículo 11**

El hecho de que los cónyuges tengan hijos no supone un obstáculo para la *kafala* de menores abandonados, siempre que todos esos hijos puedan beneficiarse por igual de los medios de que dispone la familia.

#### **Artículo 12**

La *kafala* de un menor mayor de 12 años estará subordinada a su consentimiento personal.

No será necesario el consentimiento del menor abandonado cuando el solicitante de la *kafala* sea un establecimiento público encargado de la protección de la infancia, un organismo, una organización o una asociación de carácter social reconocida como de utilidad pública.

#### **Artículo 13**

No podrá acordarse la *kafala* de un menor a varias personas a la vez.

## **Sección segunda. El procedimiento de la *kafala* de un menor abandonado**

### **Artículo 14**

El juez tutelar de la circunscripción del lugar de residencia del menor abandonado será el encargado de acordar la *kafala* a la persona o a la parte que desee asumirla mencionada en el artículo 9.

### **Artículo 15**

La persona o la parte que desee asumir la *kafala* de un menor abandonado presentará para ello una solicitud ante el juez tutelar competente, solicitud que deberá ir acompañada de los documentos necesarios para probar el cumplimiento de los requisitos del artículo 9, así como de una copia de la partida de nacimiento del menor que se quiere acoger.

La persona o la parte que desee asumir la *kafala* de un menor abandonado podrán obtener una copia de su partida de nacimiento.

### **Artículo 16**

El juez tutelar recogerá las informaciones y datos relativos a las circunstancias en que será asegurada la *kafala* del menor abandonado, por medio de la realización

de una investigación especial llevada a cabo por una comisión formada por:

- Un representante del Ministerio Fiscal.
- Un representante de la autoridad gubernamental encargada de los habices y de los asuntos islámicos.
- Un representante de la autoridad local.
- Un representante de la autoridad gubernamental encargada de la infancia.

Las modalidades de nombramiento de los miembros de la comisión serán fijadas por vía reglamentaria.

Si la naturaleza de la investigación lo exige, el juez podrá citar a cualquier persona o parte que estime útil a tal fin.

La investigación irá dirigida en particular a determinar si la persona que desea asumir la *kafala* reúne los requisitos del artículo 9.

### **Artículo 17**

El juez tutelar dictará una resolución confiando la *kafala* del menor abandonado a la persona o parte que la hubiera solicitado si la investigación revela que se cumplen todas las condiciones requeridas por la presente ley.

La resolución designará a la persona encargada de la *kafala* como tutor dativo del menor acogido.

La resolución del juez tutelar será provisionalmente ejecutiva de pleno derecho, sin perjuicio de los posibles recursos.

Contra la resolución judicial cabrá recurso de apelación. El tribunal de apelación decidirá sobre la apelación en una reunión con carácter privado.

### **Artículo 18**

La resolución por la que se confía la *kafala* será ejecutada por el tribunal de primera instancia del que proceda el juez que ordenó la *kafala* en el plazo de 15 días desde la fecha en que fue pronunciada.

Se levantará un acta de entrega del menor objeto de la *kafala* a la persona o a la parte que lo acoge.

Concretamente, la ejecución se llevará a cabo en presencia del representante del Ministerio Fiscal, de la autoridad local y, en su caso, del asistente social implicado.

El acta deberá mencionar la identidad de la persona encargada de la *kafala*, la del menor acogido, la de los testigos de la entrega del menor, así como del lugar y hora en que tal entrega se llevó a cabo. El acta irá firmada por el agente de ejecución y por la persona encargada de la *kafala*. Si esta última no supiera firmar, estampará su huella digital.

Se levantará el acta en tres ejemplares, de los cuales uno irá dirigido al juez tutelar, otro será entregado a la persona encargada de la *kafala* y otro se adjuntará al expediente de ejecución.

## **Sección tercera. Seguimiento de la ejecución de la *kafala***

### **Artículo 19**

El juez tutelar, en cuya circunscripción esté situado el lugar de residencia de la persona que asume la *kafala*, será el encargado de seguir y controlar la situación del menor objeto de la *kafala* y de asegurarse de que la persona cumple bien las obligaciones que le corresponden. Para ello podrá realizar las investigaciones que estime oportunas a través de:

- a) El Ministerio Fiscal, la autoridad local o el asistente social legalmente cualificado para esta misión o las demás partes competentes.
- b) O la comisión prevista en el artículo 16.

Las partes citadas o la comisión dirigirán sus informes sobre la investigación realizada al juez tutelar.

El juez tutelar podrá, a la vista de los informes presentados, ordenar la anulación de la *kafala* y tomar las medidas necesarias para la protección del interés del menor.

Las partes o la comisión que establezcan los informes anteriormente citados podrán proponer al juez las medidas que consideren adecuadas, en particular la

de ordenar la anulación de la *kafala*. La resolución del juez será susceptible de ejecución provisional sin perjuicio de los posibles recursos.

Contra la resolución judicial cabrá recurso de apelación. El tribunal de apelación decidirá sobre la apelación una reunión con carácter privado.

Corresponderá la ejecución de la resolución al tribunal de primera instancia de la circunscripción del lugar de residencia de la persona que asume la *kafala*.

### **Artículo 20**

Si la persona encargada de la *kafala* se negara a obedecer la resolución del artículo 19, el juez tutelar encargará al Ministerio Fiscal que asegure su ejecución por la fuerza pública o por cualquier otro medio que estime oportuno, adoptando siempre medidas útiles a la salvaguarda de los intereses del menor objeto de la *kafala*.

## **Capítulo tercero. Procedimiento de Registro de la Resolución relativa a la *kafala* del menor abandonado en los libros del Estado Civil**

### **Artículo 21**

En el plazo de un mes desde la fecha de la resolución relativa al otorgamiento de la *kafala*, a su anulación o a su reconducción, el juez tutelar remitirá una copia de la misma al oficial del Estado Civil del lugar en el que se halle registrada la partida de nacimiento del menor acogido.

La resolución relativa al otorgamiento de la *kafala*, a su anulación o a su reconducción constará en el margen de la partida de nacimiento del menor abandonado de conformidad con las disposiciones relativas al Estado Civil

Sin embargo, no se hará mención de la *kafala* en las copias de los documentos entregados a la persona que asume la *kafala* o al menor acogido de conformidad con la Ley del Estado Civil.

## **Capítulo cuarto. Los efectos de la resolución relativa al otorgamiento de la *kafala***

### **Artículo 22**

La resolución relativa al otorgamiento de la *kafala* da lugar a los siguientes efectos:

- La persona que asume la *kafala* o el establecimiento, organismo, asociación u organización implicados será la responsable de la ejecución de las obligaciones relativas a la manutención, a la guarda y a la protección del menor acogido y velará por que sea educado en un ambiente sano, en el que se satisfagan sus necesidades esenciales hasta que alcance la mayoría de edad legal, de

conformidad con las disposiciones previstas en el Código de Estatus Personal relativas a la guarda y manutención de los menores.

- Si el menor acogido fuera una niña, su manutención deberá prolongarse hasta su matrimonio, de conformidad con las disposiciones del Código de Estatus Personal relativas a la manutención de la niña.
- Las disposiciones del Código de Estatuto Personal relativas a la manutención de los menores incapaces de satisfacer sus necesidades serán igualmente aplicables cuando el menor acogido sea minusválido o incapaz de asegurar sus necesidades.
- La persona que asume la *kafala* se beneficiará de las indemnizaciones y subsidios sociales concedidos por parte del Estado a los padres por sus hijos, los establecimientos públicos o privados o las colectividades locales o sus agrupaciones.
- La persona que asume la *kafala* será civilmente responsable de los actos del menor acogido. Las reglas previstas en el artículo 85 del Código de Obligaciones y Contratos serán de aplicación a esta responsabilidad.

### **Artículo 23**

Si la persona que asume la *kafala* decide beneficiar al menor acogido con una donación, un legado, el juez tutelar de la circunscripción del lugar de residencia del menor velará por que se elabore el contrato necesario para ello y por la protección de los derechos del menor.

### **Artículo 24**

La persona que asume la *kafala* podrá abandonar el territorio del Reino de Marruecos en compañía del menor acogido con el fin de instalarse de manera permanente en el extranjero, previa autorización del juez tutelar, y por el interés de las partes.

En caso de obtener la autorización del juez, se remitirá una copia a los servicios consulares marroquíes del lugar de residencia de la persona encargada de la *kafala*, con el fin de seguir la situación del menor y de controlar la ejecución por esta persona de las obligaciones previstas en el artículo 22 por todos los medios que tales servicios estimen convenientes y siempre informando al juez tutelar competente de cualquier incumplimiento de tales obligaciones. El cónsul remitirá al juez los informes sobre la situación del menor y podrá sugerirle todas las medidas que estime necesarias, incluida la anulación de la *kafala*.

El juez podrá, si fuera necesario a la vista de los informes mencionados, adoptar todas las medidas que estime necesarias para el interés del menor, de oficio o a instancia del fiscal general del Rey o de cualquier persona interesada, pudiendo para ello recurrir a la comisión rogatoria.

La competencia territorial corresponde al juez que dictó la resolución de otorgamiento de la *kafala*.

## **Capítulo quinto. De los motivos de cese de la *kafala***

### **Artículo 25**

La *kafala* cesará por cualquiera de los siguientes motivos:

- Cuando el menor acogido alcance la mayoría de edad legal. Estas disposiciones no se aplicarán a la hija no casada ni al menor minusválido o incapaz de satisfacer sus necesidades.
- El fallecimiento del menor acogido.
- El fallecimiento de los dos cónyuges responsables de la *kafala* o de la mujer encargada de la *kafala*.
- La incapacidad conjunta de los dos cónyuges responsables de la *kafala*.
- La disolución del establecimiento, organismo, organización o asociación encargado de la *kafala*.
- La anulación del derecho de asegurar la *kafala* por resolución judicial en caso de incumplimiento de sus obligaciones por parte de la persona que la asume o en caso de renuncia por dicha persona o cuando así lo exija el interés superior del menor acogido.

### **Artículo 26**

Si se rompieran los lazos matrimoniales entre los cónyuges responsables de la *kafala*, el juez tutelar ordenará, a instancias de cualquiera de los cónyuges, del Ministerio Fiscal o de oficio, bien mantener la *kafala* confiándola a una de las dos partes, o bien adoptar las medidas que estime más adecuadas. En ese caso, las disposiciones del artículo 102 del Código de Estatuto Personal se aplicarán al menor.

Antes de pronunciarse sobre la *kafala*, el juez llevará a cabo la investigación prevista en el artículo 16.

### **Artículo 27**

El derecho de visita se concederá de conformidad con la resolución del juez tutelar, teniendo en cuenta el interés del menor, oído éste si hubiera alcanzado la edad del discernimiento.

### **Artículo 28**

Si el derecho de asegurar la *kafala* cesara de conformidad con lo dispuesto en los artículos 25 y 26, el juez tutelar designará, en su caso, a un tutor dativo para el menor, de oficio o a instancia de la persona interesada o del Ministerio Fiscal.

### **Artículo 29**

Los padres del menor o uno de los dos podrán, tras el cese de los motivos de abandono, recuperar su tutela sobre el menor por resolución judicial.

El tribunal dará audiencia al menor que haya alcanzado la edad del discernimiento. Si el menor se negara a volver con sus padres o con uno de ellos, el tribunal decidirá teniendo en cuenta el interés del menor.

## **Capítulo sexto. Disposiciones penales**

### **Artículo 30**

Las disposiciones del Código Penal sancionadoras de las infracciones cometidas por los padres en contra de sus hijos se aplicarán a la persona encargada de la *kafala* en caso de infracciones cometidas en contra del menor acogido.

Las disposiciones del Código Penal sancionadoras de las infracciones cometidas por los hijos en contra de sus padres se aplicarán al menor acogido en caso de infracciones cometidas en contra de la persona encargada de la *kafala*.

### **Artículo 31**

Se aplicarán las sanciones previstas por el Código Penal a todo aquel que voluntariamente se abstenga de prestar a un recién nacido la asistencia o los cuidados necesarios para su estado o de informar a los servicios de policía o gendarmería o a las autoridades locales del lugar en que fue hallado.

## **Capítulo séptimo. Disposiciones finales**

### **Artículo 32**

Quedan derogadas las disposiciones del Dahir por el que se aprueba la Ley n° 1/93/165 de 22 rabii I 1414 (10 de septiembre de 1993) relativa a los menores abandonados.

## **Decreto 2/03/600 del 18 de rabii II de 1425 (7 de junio de 2004), en aplicación del artículo 16 de la Ley 15/01 relativa al acogimiento familiar permanente (*kafala*) de menores abandonados**

Sr. Primer Ministro,

De acuerdo con la Constitución, en especial su capítulo 63,  
y de acuerdo con la Ley 15/01 relativa al acogimiento familiar permanente (*kafala*) de los menores abandonados promulgada por el Dahir n° 1/02/172 del 1 de rabii II de 1423 (13 de junio de 2002), y en particular su artículo 16,  
y a propuesta del Ministro de Empleo, Asuntos Sociales y Solidaridad,  
y tras haber estudiado el proyecto en el Consejo de Ministros celebrado el 14 de rabii II de 1425 (3 de junio de 2004),  
decreta lo siguiente:



### **Artículo 1**

La comisión estipulada en el artículo 16 de la Ley 15/01 citada *supra* estará compuesta por los siguientes miembros:

- El fiscal general del Rey en el tribunal de primera instancia al que esté adscrito el juez de menores competente o cualquier representante en quien delegue a este efecto de forma oficial.
- El administrador de bienes habices, legados píos y asuntos islámicos que corresponda al lugar de residencia del menor abandonado o cualquier persona en quien éste delegue.
- Un representante de la autoridad local del lugar de residencia del menor abandonado o cualquier persona en quien ésta delegue.
- Una asistente social nombrada por la autoridad gubernamental encargada de la infancia, propuesta por la autoridad gubernamental encargada de la salud o cualquier persona en quien ésta delegue.

Los citados miembros de la comisión serán nombrados por medio de resoluciones de las autoridades gubernamentales a las que estén adscritos.

### **Artículo 2**

Le ejecución de este decreto, que será publicado en el Boletín Oficial, corresponde a cada una de las autoridades gubernamentales encargadas del empleo, asuntos sociales y solidaridad, interior, justicia, habices, legados píos y asuntos islámicos y salud, cada una de ellas dentro de la esfera de sus competencias.

### **Boletín nº 16 S 2/K A, de 28 de marzo de 2005**

Del Ministro de Justicia a los señores:

Presidentes Primeros de los Tribunales de Apelación.  
Fiscales Generales del Rey en dichos Tribunales.  
Presidentes de los Tribunales de Primera Instancia.  
Fiscales Generales del Rey en dichos Tribunales.  
Jueces supervisores de las Secciones de Juzgados de Familia.  
Jueces de Tutelas y Asuntos de Menores.

Muy señores míos:

No se les oculta a ustedes la gran importancia que el legislador marroquí ha concedido a la situación de los niños abandonados y a la protección legal articulada para asegurar un mayor grado de garantías efectivas de la *kafala* y el acierto en la elección de las personas aptas para asumir la citada *kafala*.

A la vista de las disposiciones de la Ley 15/01 relativa al acogimiento familiar permanente (*kafala*) de los menores abandonados, promulgada por medio de la ejecución del Dahir n° 1/02/172 del 1 de rabii II de 1423 (13 de junio de 2002), se observa que el artículo 16 del mismo dispone: “El juez tutelar recogerá las informaciones y datos relativos a las circunstancias en que será asegurada la *kafala* del menor abandonado por medio de la realización de una investigación especial llevada a cabo por una comisión formada por:

- Un representante del Ministerio Fiscal.
- Un representante de la autoridad gubernamental encargada de los habices y de los asuntos islámicos.
- Un representante de la autoridad local.
- Un representante de la autoridad gubernamental encargada de la infancia”.

Asimismo, el artículo 18 del citado Dahir regula la entrega del menor acogido en *kafala*, que se efectuará específicamente en presencia de un representante de la Fiscalía General, de la autoridad local y la asistente social concernida en su caso.

Al objeto de aplicar sobre el terreno estas disposiciones de conformidad con la intención del legislador, y para cumplir con la finalidad perseguida por el régimen de la *kafala* de los menores abandonados, será preciso:

- Efectuar las investigaciones y acopiar los datos e informaciones relativos a las circunstancias en que se efectúa la *kafala* del menor de acuerdo con el artículo 16 de la ley.
- Profundizar en las investigaciones efectuadas por parte del oficial judicial sobre la capacidad del solicitante de la *kafala* y su grado de aptitud para asumir la *kafala* del menor, especialmente en el caso de que sea extranjero.
- Asegurarse de que los extranjeros que desean asumir la *kafala* de menores abandonados reúnen las aptitudes necesarias para ello y ofrecen las garantías suficientes para permitir la continuidad del control y seguimiento judicial de la situación del menor acogido en *kafala*.
- Velar por que la entrega del menor abandonado se efectúe en presencia de un representante de la autoridad local y la asistente social.
- Establecer la coordinación precisa entre los jueces de Tutelas y Asuntos de Menores y los servicios consulares y embajadas marroquíes a los que corresponda el lugar de residencia de la persona que asume la *kafala*, a fin de velar por el cumplimiento de todo lo relativo a la *kafala* de los menores marroquíes abandonados que hayan sido entregados en régimen de *kafala* a personas residentes de forma permanente fuera del territorio nacional,

en particular a los extranjeros, de modo que pueda hacerse el seguimiento de la situación de los menores y el control del grado de cumplimiento de las obligaciones que estipula la ley para quien asume la *kafala*.

A la vista de la gran importancia de estas disposiciones, les exhortamos, con toda vehemencia, a que procuren ajustarse a ellas y a que informen regularmente al Ministerio de las circunstancias de la entrega de los menores abandonados.

### **Boletín nº 50 S 2, de 1 de junio de 2003**

Del Ministro de Justicia a los señores:

Presidentes Primeros de los Tribunales de Apelación.

Presidentes de los Tribunales de Primera Instancia.

Jueces responsables de Notariado y Asuntos de Menores.

*Asunto: sobre la autorización de viaje al menor acogido en kafala al objeto de fijar su residencia fuera del territorio nacional.*

Muy señores míos:

Se infiere de la lectura y estudio de algunas resoluciones judiciales emitidas por tribunales extranjeros que las autoridades de algunos países, cuando constatan que algunas personas han acogido con ellos menores abandonados en régimen de *kafala* otorgado por las autoridades judiciales marroquíes, que también han autorizado a quien asume la *kafala* a llevarse consigo al menor fuera del territorio nacional, abren contra ellos procedimiento judicial y resuelven retirar al menor de la familia de acogida, entregándoselo a otra, o bien a alguna institución habilitada al efecto, basándose para ello en que las personas que han sumido dicha *kafala* no respetan las disposiciones legales que regulan la adopción en el país de acogida.

De ello resulta que la finalidad perseguida por el legislador con el régimen de la *kafala* no se cumple, a pesar de las precauciones adoptadas por el juez de Notariado y Asuntos de Menores.

Con el fin de evitar que se produzcan estas situaciones, será necesario en el futuro, antes de autorizar al menor acogido en *kafala*, a abandonar el territorio nacional en dirección al país al que desea llevarlo consigo la persona que asume la *kafala*, asegurarse de la existencia de un convenio judicial que autorice el régimen de la *kafala*, o bien que quien asume la *kafala* aporte una certificación expedida por las autoridades de dicho país que confirme la legalidad de la situación jurídica que va a adquirir el menor acogido en *kafala* a consecuencia del desplazamiento.

Suyo afectísimamente,

El Ministro de Justicia, Sr. D. Mohamed Bouzoubaa

**Circular nº 2/12433, de 9 de octubre de 1990, del ministro de Justicia al Sr. presidente del Tribunal de Primera Instancia \_\_\_\_\_ bajo la supervisión del Sr. presidente del Tribunal de Apelación de \_\_\_\_\_**

*Asunto: Las actas de kafala*

Muy señores míos:

Nos ha llegado una carta del Sr. Embajador de Su Alteza Real en París en la que nos manifiesta las dificultades a las que se enfrentan algunos ciudadanos marroquíes emigrantes para convencer a las autoridades francesas competentes de que acepten las actas de *kafala* levantadas en nuestro país, debido a la falta de resoluciones judiciales que las ratifiquen. Algunas de esas autoridades rehúsan aceptar las actas de *kafala* de menores que se dirigen allí, junto con sus parientes trabajadores, al objeto de fijar su residencia y supervisar los asuntos de dichos menores. El motivo de ello es el interés de algunas autoridades competentes en los asuntos de los extranjeros inmigrantes, como los Servicios de Residencia y la Institución de la Seguridad Social, en asegurarse de la validez de los datos aportados, lo que trae como consecuencia el que los menores marroquíes acogidos en régimen de *kafala* se vean privados de todos los derechos derivados de las actas de *kafala*.

Teniendo en cuenta que dichas actas constituyen principio de evidencia y prueba,

y al objeto de evitar las dificultades señaladas *supra*,

les ruego, Sres. Jueces de Notariado, que presten atención y hagan lo posible por acelerar los trámites para levantar las actas de *kafala* solicitadas por nuestros ciudadanos residentes en el extranjero, advirtiéndoles a quienes las soliciten de la necesidad de recurrir a los tribunales inmediatamente hayan obtenido las actas al objeto de que se dicte resolución judicial que confirme la *kafala*. Asimismo les llamo la atención, Sres. Jueces, sobre la necesidad de resolver dichas solicitudes con apremio y diligencia, máxime teniendo en cuenta que los expedientes están ya listos en la mayor parte de las ocasiones y que no hay motivo alguno para retrasar su tramitación. Les ruego también que velen por la ejecución del contenido de esta carta con sumo cuidado e interés.

Suyo afectísimo,

El Ministro de Justicia, Sr. D. Mostafa Belarbi Alaoui.

**Circular nº 2/1856, de 7 de febrero de 1996**

Del Ministro de Justicia

Al Sr. Juez responsable de Notariado en \_\_\_\_\_

Bajo la supervisión del Sr. Presidente del Tribunal de Primera Instancia de \_\_\_\_\_

Bajo la supervisión del Sr. Presidente Primero del Tribunal de Apelación de \_\_\_\_\_

*Asunto: El acogimiento familiar (kafala) de menores.*

Muy señores míos:

Se ha observado que algunos menores son entregados en virtud de actas de *kafala* por parte de sus padres debido a su situación material u otras causas a familias marroquíes residentes en el extranjero al objeto de que los acojan en régimen de *kafala*, para que vivan con ellos fuera de Marruecos. Sin embargo, esos menores, en la mayoría de los casos, se ven expuestos a perjuicios, puesto que en muchos casos son entregados e internados en centros de acogida para menores sin hogar en virtud de sentencias dictadas por los jueces del país de residencia, una vez que se aseguran de que quien asume la *kafala* del menor lo ha abandonado o ha sido negligente en sus obligaciones de mantenimiento y educación del menor.

Es sabido que algunos menores son entregados directamente por sus padres o sus tutores legales a personas o familias mediante un acta adular o notarial (acta de la *kafala*) al objeto de que los mantengan, les proporcionen cuidados y les aseguren una educación de forma desinteresada y con buena intención, sin exigirles ninguno de los requisitos que se le exigen a la persona que desea asumir una *kafala*, lo cual hace que los menores puedan verse expuestos al abandono y la destrucción.

Con el fin de evitar los perjuicios a los que pueden verse expuestos dichos menores, les rogamos que en todos los casos relativos a este tipo de *kafala* (*kafala* de menores abandonados) procedan a investigar, por medio de la Fiscalía General, si la persona que desea asumir la *kafala* es apta para ello moral y socialmente, y si cuenta con los medios materiales suficientes para satisfacer las necesidades del menor, si no ha sido condenado previamente por alguna infracción contra la moral o un delito cometido contra menores, y si está libre de enfermedades contagiosas o que le incapacite para asumir sus obligaciones, de conformidad con los requisitos que el legislador exige reúnan quienes asumen la *kafala* de los menores abandonados, según las disposiciones del Dahír con rango de Ley 1/93/165 del 22 de rabii I de 1414 (19 de septiembre de 1993)<sup>231</sup>.

Por todo ello les rogamos que notifiquen a los señores *adules* (notarios) que ejerzan bajo su supervisión que no deberán aceptar e inscribir testimonios de *kafala* de los menores señalados *supra* hasta que la Fiscalía General no haya efectuado las indagaciones necesarias para asegurarse de que la persona que desea asumir la *kafala* reúne los requisitos y aptitudes necesarias para garantizar la protección del menor acogido.

Suyo afectísimo,

El Ministro de Justicia, Abderrahman Amalou

---

231 Sustituido por el Dahír nº 1-12-172 del 1 de rabii II de 1423 (13 de junio de 2002) por el que se promulga la Ley 15-01 relativa a los menores abandonados.

## **Carta nº 879, de 8 de junio de 2005**

Del delegado regional de Asuntos Islámicos en la Región de Marrakech Tensift Al Houz, en coordinación con el Sr. Presidente del Consejo Supremo de Marrakech Al Sr. Fiscal de su Alteza Real en el Tribunal de Primera Instancia de Marrakech.

*Asunto: El acogimiento familiar permanente (kafala).*

Referencia: artículo 16 del Dahír del 13 de junio de 2002 relativo a la *kafala* de los menores abandonados.

Muy señores míos:

En relación con su escrito indicado *supra* sobre el asunto de la *kafala* relativa al Sr. D. Joaquín Pérez Gómez y la Sra. D<sup>a</sup> María José Vecina Aragón<sup>232</sup>, residentes en calle La Bordoña, 57-59, escalera A, piso 2, Barcelona (España).

Nos complace informarle de nuestro dictamen legal al respecto de este asunto, según el cual no es legítimo en modo alguno que quien asume la *kafala* otorgue su nombre y filiación al menor acogido en *kafala* debido a la palabra de Dios: “Ni ha hecho que vuestros hijos adoptivos sean vuestros propios hijos. Eso es lo que vuestras bocas dicen. Alá, empero, dice la verdad y conduce por el Camino. Llamadles por su padre. Es más equitativo ante Alá. Y, si no sabéis quién es su padre, que sean vuestros hermanos en religión y vuestros protegidos” (Azora de los Partidos, aleyas 4 y 5), y debido a las palabras del Profeta Mahoma: “Quien a sabiendas lleve nombre que no provenga de su padre tendrá vedado el paraíso”. En cuanto a los demás requisitos materiales, sociales y morales de quienes asumen la *kafala*, no hay posibilidad de conocerlos, ni para el caso de que sean marroquíes ni para el de que sean extranjeros. Por lo tanto proclamamos la necesidad de que las instancias competentes dentro del territorio nacional y fuera de él lleven a cabo las averiguaciones necesarias sobre el entorno material, moral y social en el que el menor va a ser acogido.

Suyo afectísimo,

La bendición de Dios y su paz sean con ustedes.

### **3. PRÁCTICA JUDICIAL Y JURISPRUDENCIA**

#### **Tribunal de Primera Instancia de Rabat. Expediente nº 91/1405/10. Sentencia nº 314, de 28 de febrero de 1994**

En nombre de su Alteza el Rey,

A la vista de la exposición de la demandante \_\_\_\_\_ por medio de su abogado ante la Secretaría de este Tribunal, elevada el 8 de octubre de 1991 y en

---

232 (N. del T.) La transcripción de estos nombres ofrecida aquí es meramente tentativa, dado que no puede inferirse con total seguridad de la grafía árabe del texto la forma real de dichos nombres españoles.

la que declara que estaba casada con el demandado en legítimas nupcias, y que habían tenido una hija llamada \_\_\_\_\_, y que el día 1 de noviembre de 1990 habían acordado un repudio con compensación, y que el demandado se había comprometido a facilitar a la demandante algunos enseres, así como a abonarle una cantidad de mil dirhams en concepto de manutención de la niña, y que, sin embargo, el demandado no había cumplido su compromiso, añadiendo que ella se había encargado de una serie de gastos médicos y de educación de su hija, y que el demandado es un funcionario de alto rango, y que la suma comprometida no se considera suficiente para justificar la solicitud de rechazarla por el hecho de que el obligado a abonarla reciba subsidios familiares por la niña destinados a sufragar sus gastos.

Por todo ello, la demandante solicita que el demandado sea citado y se dicte sentencia contra él en los siguientes términos:

- Admitir la demanda en forma, por estar basada en principio jurídico fundamentado.
- Que el demandado abone a la demandada la cantidad de mil dirhams mensuales a favor de la niña por el periodo de 12 meses a contar desde la fecha del repudio del 1 de noviembre de 1990 hasta el 1 de noviembre de 1991 de forma permanente hasta que expire legalmente, además de la cantidad de 9.678 dirhams en concepto de gastos de escolarización y la cantidad de 1.650,65 dirhams en concepto de gastos médicos.
- Elevar la cantidad de manutención hasta 2.000 dirhams mensuales.
- Abonar también a la demandante las cantidades correspondientes a los subsidios familiares que percibe el demandado del Estado a favor de la niña.
- Que la sentencia sea de ejecución forzosa y el demandado corra con todas las costas.

Y a la vista del escrito de contestación presentado por el representante del demandado, acompañado de escrito de intervención administrativa en la causa y escrito secundario de reconvencción elevado el 23 de diciembre de 1991 en el que se solicita la no admisión de la demanda en forma por no aportar las pruebas necesarias que demuestren su condición de demandante, negando que haya tenido ningún hijo con la demandante, tal como pretende ella, dado que el demandado no tiene ningún hijo varón ni mujer.

En el escrito de intervención y el escrito de reconvencción el demandado expone que había acordado con la demandante, durante su matrimonio y al objeto de sosegar sus ánimos, dado que no tenían hijos, tomar una niña del Hospital de Maternidad Lalla Mariam de Rabat y darle por nombre \_\_\_\_\_. La demandante le había pedido inscribirla en los libros del Registro Civil con el apellido de él, lo que le había causado problemas con su familia, y lo que había hecho que el padre

del demandado, D. \_\_\_\_\_ interviniera en la presente causa, dado que el apellido es propiedad de todos los miembros de la familia, solicitando que se borrara el apellido de la niña de los libros del Registro Civil y solicitando la no admisión del escrito inicial de la demanda y la admisión del escrito de reconvención, y la sentencia de anulación de la Partida de Nacimiento n° 1584/5, inscrita el 28 de Dhu l-Qaada de 1405, equivalente al 16 de agosto de 1985, relativa a la niña nacida el 29 de julio de 1985 de padres desconocidos y que la demandante inicial había dado el nombre de \_\_\_\_\_, de manera que sea borrada la inscripción en el Registro Civil hecha por la demandante \_\_\_\_\_, así como de todos los libros que contengan la partida de nacimiento, procediéndose a registrar la sentencia al margen de todas las citadas partidas y documentos, cargando a la parte demandante inicial todas las costas.

Dado que este Tribunal ha celebrado sesión de vista oral de la causa el 4 de junio de 1992 con la asistencia de la defensa de las dos partes, así como el demandado, ausentándose la demandada por estar fuera del territorio nacional, en la cual el Tribunal ha oído a la parte presente, que ha confirmado el contenido del escrito de respuesta y el escrito de reconvención, de acuerdo con los detalles consignados en el acta de dicha sesión.

Y dado que el representante de la demandada ha presentado un informe de conclusiones en el que afirma haber aportado todos los documentos probatorios de la causa, tanto el acta matrimonial como el acta de repudio con compensación, las facturas de escolarización y servicios médicos, resaltando al respecto del escrito de reconvención, a la luz del escrito de respuesta del demandado en el sentido de que la niña ha sido adoptada por él, que dicho extremo no tiene nada que ver con la causa, que se fundamenta en la obligación del ex esposo de pagar los gastos de manutención de la niña \_\_\_\_\_, así como que en el acta de repudio con compensación hay un compromiso que debe ser respetado, por lo cual se solicita sentencia favorable a las peticiones de la parte demandante, observando también que el escrito de reconvención no guarda relación alguna con la presente causa.

Y dado que la defensa de la parte demandada ha respondido a ello diciendo que la demandante no ostenta la condición legal necesaria para reclamar los gastos de manutención de la niña, puesto que no es su madre ni ostenta su guarda y custodia legal, y que la disolución del vínculo matrimonial ha dado fin a toda relación entre las dos partes, señalando que va a aportar certificados y análisis médicos efectuados durante la etapa de vigencia del matrimonio que demuestran la esterilidad de la demandante, y que por otro lado la filiación ilegítima está anulada en lo que respecta al padre según el capítulo 83 del Código de Familia, y que el consentimiento del demandado está viciado, de acuerdo con los capítulos 39 y 40 del Código de Obligaciones y Contrarios, además de que la causa del compromiso es ilegítima, según los capítulos 62 y 65 del mismo Código, reafirmando en la totalidad de su defensa y sus reclamaciones.



El representante de la demandante objetó insistiendo en el compromiso del ex esposo de abonar la cantidad de mil dirhams en concepto de manutención de la niña cuyos cuidados y educación fueron asumidos por la demandante, y en que el demandado es profesor universitario, y por lo tanto consciente de los compromisos que adquirió, de acuerdo con el capítulo 230 del Código de Obligaciones y Contratos, y que el compromiso es válido en su esencia al objeto de la reclamación de los gastos de manutención, de acuerdo con el capítulo 131 del Código de Estatuto Personal.

La defensa del demandado replicó aportando un segundo escrito de reconvencción, el 20 de marzo de 1993, en el que se facilitan los certificados médicos que demuestran la esterilidad de la demandante, explicando cada uno de dichos certificados por separado, y reafirmandose en dicho segundo escrito de reconvencción que el ex esposo que se había comprometido fue víctima de fraude y estafa en el repudio con compensación, lo que exige invalidar y anular dicho acto, obligando a facilitar la niña al demandado, quien la había acogido en régimen de *kafala*, pues lo había hecho de forma legal, mientras que la demandante se la había llevado de viaje fuera del territorio nacional sin autorización del demandado, el responsable de la *kafala*, mostrando su disposición a renunciar a favor de la demandante a la niña acogida en *kafala* si muestra su voluntad de acogerla en *kafala* por sí misma, asumiendo los gastos de manutención desde la fecha del acta de repudio con compensación, comprometiéndose a ello mediante una solicitud adicional que habría de presentar ante este Tribunal. La defensa del demandado se reafirma en todas sus demandas previas.

Y dado que la defensa del demandado aporta un informe que confirma y explica las causas de la invalidez y anulación referidas en el escrito anterior, aportando pruebas extraídas de la jurisprudencia clásica y textos del Código de Obligaciones y Contratos marroquí.

La defensa de la demandante replica que el error del que se está hablando puede suponersele a una persona analfabeta, y que el objetivo del demandado es eludir sus obligaciones, reafirmandose en sus demandas y sus escritos previos.

La defensa del demandado aporta un informe de respuesta a este último escrito de réplica explicando sus motivaciones previas y aportando como pruebas textos del Código de Obligaciones y Contratos, junto con interpretaciones de jurisprudencia clásica sobre la citada *Lly* realizadas por el profesor Al Kazbari para aclarar sus motivaciones anteriores y los escritos en los que solicita sentencia favorable a sus intereses.

A la vista de las conclusiones escritas aportadas por el Fiscal General del Rey, tendentes a la aplicación de la ley en la causa,

Y dado que el expediente de la causa se ha incluido en varias sesiones públicas requeridas por el desarrollo del proceso de defensa de ambas partes de la causa, siendo la última de ellas la sesión del 19 de enero de 1994, a la que asistió la representante de la demandante, reafirmandose en sus alegatos previos, estando

ausente la defensa del demandado y el interviniente a pesar de haber sido informados, se decide aplazar la causa en espera de las deliberaciones;

Y una vez efectuadas las deliberaciones conforme a la ley;

Dado que,

En cuanto a la forma: la demanda original y las demandas adicionales contrarias, así como el escrito de intervención, cumplen todos los requisitos formales exigidos por la ley, siendo por lo tanto sujetas a la norma, deben ser admitidas.

En cuanto al fondo: dado que la demanda original de la demandante tiene por objeto facilitarle los gastos de manutención de la niña \_\_\_\_\_, tal y como se había comprometido a hacer el demandado, además de los gastos médicos, de escolarización y subsidios familiares, elevando de este modo la cantidad original comprometida tal como se ha detallado *supra*, mientras que las demandas contrarias pretenden anular la inscripción de la citada niña con el apellido del demandado en los libros del Registro Civil por no ser descendiente suya, invalidando y anulando el acta de repudio con compensación por considerarlo viciado al ser su motivación ilegítima, en el sentido de que el ex esposo se había comprometido en ese momento a consecuencia de haber sufrido un error, engaño y estafa que había alterado su voluntad, tal y como se ha explicado *supra*;

Y dado que la resolución de la demanda original depende de la respuesta y resolución de las demandas secundarias de reconvenición, entre ellas el escrito de intervención, este Tribunal estima procedente comenzar con estas dos últimas, las demandas secundarias, resolviendo primero sobre ellas:

1. Sobre las demandas secundarias de reconvenición presentadas por la parte demandada,

Dado que queda demostrado merced a los documentos incluidos en el expediente y, en particular, el certificado expedido por el Hospital de Maternidad Lalla Mariam con fecha de 16 de mayo de 1991 que se le entregó al Sr. D. \_\_\_\_\_ un recién nacido de sexo femenino por parte del citado hospital, nacido el 29 de julio de 1985;

Y dado que consta, tras consultar los libros de identidad y de estado civil de la persona citada *supra* que la niña nacida en dicha fecha (29 de julio de 1985) fue registrada en dichos documentos fue inscrita como su hija, nacida de su ex esposa, D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_ (la demandante inicial), inscripción realizada con el n<sup>o</sup> 1584-A-5 en el Registro Civil de Rabat-Hassan (circunscripción n<sup>o</sup> 5);

Y dado que la demandante reconvenida, que se abstuvo de asistir a la sesión de investigación celebrada por este Tribunal con el pretexto de encontrarse fuera del territorio nacional, ha reconocido de forma implícita que la niña \_\_\_\_\_ no es hija legítima de ella y de su ex esposo al insistir, por medio del representante de su defensa, en que los gastos de manutención reclamados, si bien no se fundamentan en la relación de parentesco, sí lo hacen en el compromiso de

subvenir dichos gastos, de acuerdo con el capítulo 131 del Código de Estatuto Personal<sup>233</sup>;

Y dado que consta, por lo tanto, del medio de prueba irrefutable antes indicado y de la posición de la demandante inicial, que la niña no es hija legítima de las dos partes, sino que ha sido educada y acogida en régimen de *kafala* por ambas partes una vez entregada por el hospital en la forma antes descrita, y que, por lo tanto, su inscripción en los libros del Registro Civil pertenecientes al demandado reconviniente como su hija verdadera resulta ser contraria a la realidad constatada, y que se trata de un mero error por las dos partes o al menos por una de ambas, es necesario que proceda a anularse dicha inscripción y sea borrado el nombre de la niña de la inscripción del Registro Civil correspondiente a D. Ahmed El Najar;

Y dado que, por otra parte, el texto del acta de divorcio con compensación inscrita con el n° 3957-6, efectuado el 1 de noviembre de 1990 (Notariado de Rabat), indica que ambas partes han acordado un repudio con compensación por una cantidad de mil dirhams mensuales en concepto de manutención de la citada niña en calidad de hija legítima de las partes que acuerdan el repudio —al contrario de lo que ha sido demostrado *supra*— el compromiso que figura en el acta de repudio con compensación antes citada resulta viciado en tanto que la causa del mismo no se ajusta a la verdad y es ilegítima en la forma acordada por ambas partes actualmente en litigio, puesto que la adopción está prohibida por la ley islámica y por la ley vigente, según el epígrafe tercero del capítulo 83 del Código de Estatuto Personal;

Y dado que el compromiso que no se sustenta en un motivo o que se sustenta en un motivo ilegítimo se considera como si no existiese, de acuerdo con las disposiciones del capítulo 62 del Código de Obligaciones y Contratos;

Sin embargo, dado que este tipo de compromiso nulo, al considerar que reúne los requisitos para dar validez a otro compromiso (es decir, el compromiso de manutención a terceros, de acuerdo con el capítulo 131 del Código de Estatuto Personal), por lo tanto, se le aplicarán las normas establecidas para ese otro compromiso, de conformidad con lo autorizado por el capítulo 309 del Código de Obligaciones y Contratos, que es lo que se conoce entre los jurisperitos clásicos como la teoría de “transferencia de actos jurídicos”;

Y dado que la demanda relativa a la entrega de la citada niña al demandado reconviniente al considerar que es la persona que asumió su *kafala* no se sustenta sobre ningún documento, puesto que este último ha reconocido en su escrito de respuesta al alegato inicial que la *kafala* de la niña era compartida entre él y su ex esposo en virtud de acuerdo entre ambos.

---

233 En la actualidad el artículo 205 del Código de Familia.

2. Sobre la demanda inicial de la demandante,

Dado que, a la vista de las justificaciones anteriores, el demandado se había comprometido a subvenir los gastos de manutención de la niña de forma legal y por la cantidad indicada *supra* y que, por lo tanto, debe ser condenado a abonar dicha cantidad a la demandante, que es quien en la realidad se ha ocupado de la manutención, cuidados y educación, por acuerdo con quien se había comprometido a abonar los gastos, tal como se ha demostrado *supra*;

Y dado que este Tribunal no ve justificación para condonar el pago de la cantidad acordada, vista la naturaleza del compromiso aludido *supra*;

Y dado que el resto de los gastos médicos y escolares reclamados en el escrito inicial no pueden comprometer al demandado una vez extinguida la filiación paterna de la niña con él, puesto que dichos gastos de manutención son obligados para los hijos legítimos y verdaderos;

Y dado que los subsidios familiares, a su vez, no pueden ser materia de discusión a la vista de todo lo anteriormente indicado, y que ninguna de las partes tiene derecho a percibirlos, ni tampoco a recuperarlos, en el caso de que se demuestre que el demandado los haya percibido efectivamente en virtud de la niña cuya filiación paterna le ha sido anulada;

Y dado que el fundamento de derecho de la ejecución forzosa es la relación del asunto de la causa con gastos de manutención;

Y dado que es necesario que el condenado en esta causa corra con las costas de la demanda inicial, y que la demandante inicial corra con los gastos de las demandas reconvinientes;

En aplicación de los capítulos 1, 2, 3, 18, 31 y siguientes, 45, 50, 124 y 179 del Código de Procedimiento Civil y los dos Dahíres de 10 de septiembre de 1993 que modifican algunas disposiciones del Reglamento Judicial y del Código de Procedimiento Civil,

Por todo ello,

Este Tribunal, en sesión pública para ver causa de estatuto personal y herencias, emite la siguiente sentencia en primera instancia y en presencia de las partes:

En la forma: se admiten las demandas

En el fondo: sobre las demandas secundarias de reconversión: se declara que el compromiso incluido en el acta de repudio con compensación n° 3957, inscrita en el tomo de divorcios con el n° 6, y celebrado el 1 de noviembre de 1990 (Notariado de Rabat) es compromiso nulo en la parte relativa a los gastos de manutención de la niña \_\_\_\_\_ en calidad de hija legítima de las dos partes; sin embargo, queda vigente y válido el compromiso en consideración de compromiso habitual de gastos de manutención por parte del demandado inicial, en aplicación de las disposiciones de procedimiento legal indicadas *supra*.

Se resuelve anular y borrar a la citada niña de los libros del Registro Civil del demandado, D. \_\_\_\_\_, puesto que dicha niña fue inscrita con el n° 1584 A5,

Rabat-Hassan, así como de los registros que obran en poder del oficial del Registro Civil, por no ser hija verdadera ni del demandado ni de su ex esposa.

Sobre la demanda inicial: el demandado, D. \_\_\_\_\_, deberá abonar a la demandante la cantidad de mil dirhams mensuales en concepto de manutención comprometida a favor de la niña acogida en régimen de *kafala* por las dos partes, a partir de la fecha de la demanda (8 de octubre de 1991) hasta la fecha de la presente sentencia, con ejecución forzosa en lo que respecta a esta demanda, corriendo las costas de las demandas de cada una de las partes a cargo de la otra parte y rechazando el resto de las demandas y súplicas.

Se dicta esta sentencia en el día y mes señalados *supra*, estando el Tribunal compuesto por el Sr. D. Boumzough, presidente y magistrado ponente, el Sr. D. Mahjoubi, Juez, y el Sr. D. Zahaf, Juez, con la asistencia de la Sra. D<sup>a</sup> Fauzia.

**Tribunal de Primera Instancia de Rabat. Expediente nº 07/867/10.  
Sentencia nº 1445, de 8 de octubre de 2007**

En nombre de su Alteza el Rey,

El día 8 de octubre de 2007,

Visto el escrito inicial de la demanda presentado por los dos demandantes ante la Secretaría de este Tribunal por medio de su abogado, habiendo abonado las tasas judiciales pertinentes, el día 15 de junio de 2007, en el que exponen que el Tribunal competente dictó en su día sentencia por la que reconocía a la demandada, D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_, como responsable de la *kafala* de la hija de los demandantes llamada \_\_\_\_\_, nacida el 8 de abril de 1993. La demandada se ha llevado a la niña a Francia. A la vista de las circunstancias familiares especiales, se ha propuesto anular la *kafala* relativa a la niña \_\_\_\_\_, por lo cual los demandantes suplican la admisión de su demanda en forma y fondo, y que se dicte sentencia de anulación de la *kafala* otorgada a D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_ de la hija llamada \_\_\_\_\_, para lo cual presentan la documentación requerida.

Visto el escrito suplicatorio de la Fiscalía General que persigue la aplicación de la ley, y vista la inclusión de la causa en varias sesiones, celebrada la última de ellas el 17 de septiembre de 2007, en presencia de \_\_\_\_\_, que se reafirma en su demanda, queda vista la causa para deliberación en la sesión del 1 de octubre de 2007, prorrogable al 8 de octubre de 2007.

Tras efectuar las deliberaciones conforme a ley, fallamos:

En la forma: dado que la demanda se ha formulado con arreglo a las formalidades exigidas en la ley, se admite.

En el fondo: dado que la parte demandante suplica en su demanda sentencia de anulación de la *kafala* otorgada a la Sra. D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_ con respecto a la niña \_\_\_\_\_, y dado que la parte demandante aporta un escrito de anulación de la *kafala* expedido por quien asumió la *kafala*, la parte demandada, escrito

ratificado el día 9 de abril de 2007, y dado que esta última parte no se ha presentado ni ha aportado respuesta alguna a pesar de haber recibido la notificación oportuna según el procedimiento legal;

Y dado que la menor, en sesión celebrada por este Tribunal, ha declarado que desea vivir con sus progenitores en Marruecos;

Y dado que este Tribunal ha resuelto atender dicha declaración por considerarla seria y cabal;

Y dado que es preciso cargar las costas procesales a la parte demandada;

Y en aplicación de la ley,

Por todo lo expuesto,

Este Tribunal dicta, en sesión pública, sentencia en primera instancia a favor de la parte demandante y en su presencia, y en contra de la parte demandada y surtiendo los efectos de presencia, fallando:

En la forma: se admite la demanda

En el fondo: se anula la *kafala* asumida por la Sra. D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_ con respecto a la niña llamada \_\_\_\_\_, nacida el 8 de abril de 1993, otorgada en virtud de las disposiciones de la Sentencia dictada por este Tribunal el 1 de agosto de 2005, expediente n<sup>o</sup> 05/972/10, debiendo correr la parte demandada con las costas procesales.

Se dicta esta sentencia en el día y mes indicados *supra*, estando compuesto el Tribunal por el Sr. D. Abdallah Talal, presidente y magistrado ponente, D<sup>a</sup> Fatiha Ghazal, miembro, D. Ahmed Mahouch, miembro, D. Khaled Lakrifi, representante de la Fiscalía General, D<sup>a</sup> Najla Diria, Secretaria Judicial, y el presidente y magistrado ponente, que ejerce de Secretario Judicial.

### **Tribunal de Primera Instancia de Rabat. Expediente n<sup>o</sup> 10/983/10. Sentencia n<sup>o</sup> 1126, de 9 de julio de 2007**

En nombre de su Alteza el Rey,

El día 9 de julio de 2007

Visto el escrito inicial presentado por la demandante por medio de su representante, y abonadas las tasas judiciales del 21 de julio de 2006, en el que se expone que su hija, la llamada \_\_\_\_\_ tiene un hijo llamado \_\_\_\_\_, de padre desconocido, y que ella ejerce la guarda y custodia, y que, a la vista de las circunstancias materiales y de salud, la demandante desea asumir la *kafala* del citado niño, *kafala* que ha sido aceptada por la madre del niño, y que la demandante reúne todos los requisitos materiales legales necesarios, suplicando que la madre del niño, D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_ acepte que su madre acoja en régimen de *kafala* a su hijo, el llamado \_\_\_\_\_, y que se dicte sentencia declarando a la Sra. D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_ como la responsable de la *kafala* del citado menor por vía ejecutiva.

La demandante aporta tarjeta de identidad personal del Registro Civil, fe de vida individual, certificado de *kafala*, certificado médico de la demandante, copia

de certificado de antecedentes penales, declaración de la renta, copia completa de la inscripción del niño en el Registro Civil y copia de la partida de nacimiento.

Visto que el Juez de Notariado y Asuntos de Menores de Rabat solicita se lleve a cabo una investigación sociológica sobre la solicitante de la *kafala*;

Visto que el expediente se ha incluido en una serie de sesiones, la más importante de las cuales fue la celebrada el 11 de diciembre de 2006 en presencia de la demandante, y del menor cuya *kafala* se solicita, además de la madre del niño, quien declaró que no tenía impedimento alguno en que se otorgara la *kafala* de su hijo a la demandante;

SALA

En la forma: dado que la demanda se ha formulado con arreglo a todos los requisitos formales, procede admitirla.

En el fondo: dado que el objeto de la demanda es que se dicte sentencia en el sentido indicado *supra*;

Y dado que la demandante ha aportado certificado por el cual la llamada \_\_\_\_\_, madre del niño llamado \_\_\_\_\_, cuya *kafala* se solicita, entrega a la demandante el niño al objeto de que lo acoja en régimen de *kafala* y se preocupe de todos sus asuntos; y dado que la madre del niño ha asistido a la sesión del juicio y ha confirmado que está de acuerdo en que su madre, la demandante, acoja en régimen de *kafala* a su hijo, el llamado \_\_\_\_\_;

Y dado que la solicitante de la *kafala* cuenta con ingresos materiales suficientes para cubrir los gastos y necesidades del citado niño, que carece de antecedentes penales, tal y como consta en su expediente judicial y en la investigación sociológica llevada a cabo a través de la Fiscalía General, y está libre de enfermedades infecciosas, de acuerdo con el certificado médico aportado,

Por todo ello, la solicitante de la *kafala* reúne todos los requisitos que la hacen apta para acoger en *kafala* al citado menor, teniendo en cuenta además que se trata de su nieto, y que estaba abandonado, sin padre conocido, tal como consta en la tarjeta de identidad personal del Registro Civil, con lo cual no hay impedimento para que asuma la *kafala* del menor llamado \_\_\_\_\_;

Y dado que la solicitud de ejecución forzosa no se justifica, y dado que la demandante ha de correr con las costas del proceso;

Y en aplicación de la Ley 1, 2, 3, 18, 31, 32, 40, 45 y 80 y las disposiciones del Dahir 1/02/172 de 13 de julio de 2002 relativo a la *kafala* de los menores abandonados;

Por todo ello,

Este Tribunal, en sesión pública, dicta sentencia en primera instancia y en presencia de las partes:

En la forma: se admite la demanda

En el fondo: se declara otorgada la *kafala* del niño llamado \_\_\_\_\_, nacido el 6 de septiembre de 1994, a favor de la Sra. D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_, que deberá correr con las costas del proceso.

Se dicta esta sentencia en el día y mes indicados *supra*, estando compuesto el Tribunal por el Sr. D. Abdallah Talal, presidente, D<sup>a</sup> Fatiha Ghazal, magistrada ponente, D. Ahmed Mahouch, magistrado ponente, D. Khaled Lakrifi, representante de la Fiscalía General, D<sup>a</sup> Najla Diria, Secretaria Judicial, y el presidente y magistrado ponente, que ejerce de Secretario Judicial.

**Tribunal de Primera Instancia de Rabat. Expediente nº 06/305/10.  
Sentencia nº 1346, de 17 de septiembre de 2007**

En nombre de su Alteza el Rey,

El día 17 de septiembre de 2007

Visto el escrito introductorio de la demanda presentado por los dos demandantes a través de su representante, abonadas las tasas judiciales el día 16 de marzo de 2006, en el que exponen que desean acoger en régimen de *kafala* a la niña llamada \_\_\_\_\_, nacida el 12 de junio de 2003, que ha sido declarada en situación de abandono por resolución judicial del Tribunal de Primera Instancia de El Aaiún dictada el 15 de junio de 2003, expediente nº 2004;

Dicha niña vive bajo la protección de los demandantes desde el 19 de noviembre de 2003 una vez les fue entregada por parte de la Presidenta de la Oficina Regional de la Liga Marroquí para la Protección de la Infancia en las Provincias saharauis del Sur en El Aaiún, y en la actualidad solicitan les sea otorgada la *kafala* sobre dicha niña de forma legal con todos los efectos jurídicos derivados de ello, aportando fotocopia compulsada del acta de matrimonio, copia de la declaración judicial de abandono, certificado de investigación sociológica enviada por la Fiscalía General, partida de nacimiento, tarjeta de identidad personal del Registro Civil de los dos cónyuges, dos certificados de residencia de los cónyuges, dos copias de certificado de antecedentes penales de los cónyuges y certificado de percepciones laborales del marido.

Visto que el expediente ha sido visto en varias sesiones, en las que el señor Juez de Menores ha presentado los hechos, así como el representante de la Fiscalía General, que ha adjuntado informe de investigación policial, siendo la última sesión celebrada el 3 de septiembre de 2007, se declara la causa vista y pendiente de deliberación para la sesión del 17 de septiembre de 2007.

En la forma: dado que la demanda reúne los requisitos formales, es admitida.

En el fondo: dado que la demanda tiene por objeto que se dicte sentencia en los términos indicados *supra*;

Y dado que le costa a este Tribunal, a través de la consulta de los documentos del expediente, que la niña cuya *kafala* se solicita es una menor abandonada, y que se ha dictado resolución judicial de abandono por parte del Tribunal de Primera Instancia de El Aaiún, expediente 1/04, con fecha del 15 de marzo de 2004, nº 1/2004, en la que se decreta considerar que la niña llamada \_\_\_\_\_, nacida en el Aaiún el 12 de marzo de 2006 de padre desconocido y madre que renuncia a ella es una menor abandonada;



Y dado que los solicitantes de la *kafala* son cónyuges, de acuerdo con el acta de matrimonio registrada con el n° 30, folio 42, tomo 1234/10/1987, carecen de antecedentes penales, como consta en su ficha judicial, gozan de buena salud, disponen de una residencia estable, y el cónyuge, D. \_\_\_\_\_, dispone de una residencia fija y percibe un salario mensual respetable, puesto que trabaja como periodista de alto nivel, tal como consta en el certificado de salario señalado *supra* y en el certificado de trabajo que se adjunta al expediente;

Y dado que de la investigación sociológica realizada por la Oficina Regional de la Liga Marroquí para la Protección de la Infancia en El Aaiún y la señora asistente social se infiere que los solicitantes de la *kafala* residen en un chalé en la ciudad de Kara, y que gozan de muy buena situación social y económica, y que gozan también de buena reputación entre los vecinos, así como de un buen entendimiento y armonía con ellos, cosa que se confirma por la *kafala* que se les asignó el 5 de diciembre de 2006 y del certificado de entrega provisional emitido por la asistente social el 3 de noviembre de 2003 con el n° \_\_\_\_\_, según el cual se entrega a la niña llamada \_\_\_\_\_ al solicitante de la *kafala*, D. \_\_\_\_\_, extremo confirmado por la investigación del Fiscal General del Rey llevada a cabo el 28 de julio de 2007;

Vista la solicitud del Juez de Menores, que confirma el buen comportamiento moral de los responsables de la *kafala*, que no han suscitado sospecha o duda alguna en los servicios y secciones interesadas en el asunto, y que la niña llamada \_\_\_\_\_ vive en la actualidad bajo su protección desde que les fue entregada por la Oficina de la Liga Marroquí para la protección de la Infancia con menos de tres meses de edad;

Y dado que, a la vista de los datos e informaciones citados, y considerando la capacidad y aptitud material y moral de los solicitantes para asumir la *kafala* de la citada niña, teniendo en cuenta que ella vive con ellos como si fueran sus padres desde su más tierna edad, este Tribunal decreta otorgar la *kafala* de la niña llamada \_\_\_\_\_, nacida el 12 de junio de 2003 a los señores D. \_\_\_\_\_ y D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_, al objeto de que la acojan en régimen de *kafala* de menor abandonado, comprometiéndose a cuidarla, educarla, protegerla y mantenerla como lo harían los padres con su hija, hasta que alcance la mayoría de edad. La manutención se prolongará hasta que la niña disponga de medios propios de subsistencia o hasta que contraiga matrimonio. Esta *kafala* no supondrá derechos de filiación ni de herencia. Se les nombra también tutores dativos de la niña abandonada con el objeto de que se ocupen de sus asuntos y ejerzan las funciones de tutoría completas, de acuerdo con los artículos 246 al 275 del Código de Familia.

Se ordena también enviar una copia de esta sentencia al Oficial de Registro Civil de la ciudad de El Aaiún (Comunidad de El Aaiún), al objeto de que sus disposiciones sean anotadas al margen de la partida de nacimiento de la citada niña;

Y dado que las costas de la demanda, vista la naturaleza de la misma, son imputadas a los demandantes;

Y en aplicación de la Ley 4/1,

Por todo ello;

Este tribunal dicta sentencia en sesión pública, en primera instancia y en presencia de las partes, fallando:

En la forma: la admisión de la demanda.

En el fondo: otorgando la *kafala* de la menor abandonada llamada \_\_\_\_\_, nacida el 12 de junio de 2003 a los Sres. D. \_\_\_\_\_ y D.<sup>a</sup> \_\_\_\_\_, al objeto de que la acojan en régimen de *kafala*, para cuidarla, tutelarla y cubrir sus necesidades hasta que alcance la mayoría de edad, prolongándose la manutención hasta que la niña disponga de medios de subsistencia propios o contraiga matrimonio, designando a los responsables de la *kafala* tutores dativos de la menor acogida de forma cabal y completa, obligando también a la inscripción del contenido de esta sentencia, de conformidad con las disposiciones del Dahir n° 1/02/171 de 13 de junio de 2002, y los capítulos que regulan la tutoría legal, la manutención, guarda y custodia y declaración de herederos en el Código de Familia, y el capítulo de la representación legal en el Código de Procedimiento Civil.

Se ordena también enviar una copia de esta sentencia al Oficial de Registro Civil de la ciudad de El Aaiún (Comunidad de El Aaiún) al objeto de que sus disposiciones sean anotadas al margen de la partida de nacimiento de la citada niña, de conformidad con las disposiciones del Estado Civil, cargando las costas correspondientes a los demandantes.

Se dicta esta sentencia en el día y mes indicados *supra*, estando compuesto el Tribunal por el Sr. D. Abdallah Talal, presidente, D<sup>a</sup> Fatiha Ghazal, magistrada ponente, D. Ahmed Mahouch, magistrado ponente, D. Khaled Lakrifi, representante de la Fiscalía General, D<sup>a</sup> Najla Diria, Secretaria Judicial, y el presidente y magistrado ponente, que ejerce de Secretario Judicial.

**Tribunal de Primera Instancia de Rabat. Expediente n° 07/898/10.  
Sentencia n° 1482, de 8 de octubre de 2007**

En nombre de su Alteza el Rey,

El día 8 de octubre de 2007

Visto el escrito inicial presentado por la demandante por medio de su representante, abonadas las tasas judiciales el 21 de junio de 2007, en el que expone que reside en el extranjero, en Bélgica, y que se ha comprometido a acoger en régimen de *kafala* a su sobrino por parte de hermano, el menor llamado \_\_\_\_\_, nacido el 10 de febrero de 1999 de su madre, D.<sup>a</sup> \_\_\_\_\_, y su padre, D. \_\_\_\_\_, que se ha comprometido a entregar a su hijo, el llamado \_\_\_\_\_, a la demandante (su tía paterna) al objeto de que la acoja en *kafala* y se ocupe de

todos sus asuntos, solicitando que se dicte sentencia reconociendo que la Sra. D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_ es la responsable de la *kafala* de su sobrino, el niño llamado \_\_\_\_\_, nacido el 10 de febrero de 1999.

La demandante aporta copia compulsada del acta de declaración de heredero, copia abreviada del acta de *kafala*, copia abreviada de la partida de nacimiento del niño llamado \_\_\_\_\_, copia abreviada de la partida de nacimiento de \_\_\_\_\_ (la responsable de la *kafala*) y copia de la tarjeta de identidad compulsada.

Vista la documentación presentada por la parte demandante por medio de su representante, entre la cual figura copia del registro judicial de la persona que solicita la *kafala*, copia de certificado de percepción de subsidio de desempleo por parte de la demandante, copia del estado de sus cuentas, certificado de desempleo, copia del registro judicial de la demandante expedido en el distrito de Bruselas, certificado de obtención de la nacionalidad belga por parte de la demandante, documentos expedidos por los servicios fiscales belgas que certifican sus ingresos y las deducciones fiscales practicadas, y dos certificados médicos del niño acogido en *kafala*;

Y a la vista de que el expediente de la causa ha sido visto en varias sesiones, la última de las cuales celebrada el 17 de septiembre de 2007, en presencia de \_\_\_\_\_, en la que se han expuesto las solicitudes de la Fiscalía General y la investigación policial, se declara la causa vista para deliberaciones en la sesión de 1 de octubre de 2007, prorrogada hasta el 8 de octubre de 2007:

En la forma: dado que la demanda satisface todos los requisitos formales, se admite.

En el fondo: dado que el objeto de la demanda es que se dicte sentencia a favor de la demandante reconociendo la *kafala* del menor llamado \_\_\_\_\_;

Y dado que consta por la documentación aportada que los padres del menor llamado \_\_\_\_\_ lo han entregado a su tía, la demandante, D.<sup>a</sup> \_\_\_\_\_, para que lo acoja en *kafala* y se ocupe de todos sus asuntos, viviendo con ella en Bélgica, habiendo aceptado esta última la citada *kafala*, asumiendo todas las cargas y responsabilidades legales que de ello se derivan en el país de residencia, otorgándole el mismo rango que sus hijos, y dándole el mismo derecho de herencia que sus hijos legítimos, sin establecer diferencia alguna al respecto con ellos;

Y dado que de la investigación policial efectuada bajo la supervisión del Sr. Fiscal General del Rey se infiere que la demandante no ostenta adscripción política o cultural alguna, ni tiene antecedentes penales, tal y como confirma el certificado del registro judicial relativo a penas y delitos, y que está libre de enfermedades infecciosas, según el certificado médico aportado;

Y dado que la demandante reside en el extranjero y dispone de ingresos respetables que la hacen apta para acoger en *kafala* al citado menor, por todo lo anteriormente señalado, y dado que la demandante es apta material y moralmente para acoger en régimen de *kafala* al menor llamado \_\_\_\_\_;

Por todo ello, se dicta sentencia otorgando la *kafala* del menor citado a la Sra. D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_, debiendo correr la parte demandante con las costas del proceso.

En aplicación de la Ley 4/1,

Por todo ello, este Tribunal falla en sesión pública, en primera instancia y en presencia de las partes, fallando:

En la forma: se admite la demanda.

En el fondo: se resuelve que la Sra. D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_ es la responsable de la *kafala* del hijo de su hermano, el llamado \_\_\_\_\_, nacido el 10 de febrero de 1999.

Se dicta esta sentencia en el día y mes indicados *supra*, estando compuesto el Tribunal por el Sr. D. Abdallah Talal, presidente, D<sup>a</sup> Fatiha Ghazal, magistrada ponente, D. Ahmed Mahouch, magistrado ponente, D. Khaled Lakrifi, representante de la Fiscalía General, D<sup>a</sup> Najla Diria, Secretaria Judicial, y el presidente y magistrado ponente, que ejerce de Secretario Judicial.

### **Tribunal de Primera Instancia de Rabat. Expediente nº 07/576/10. Sentencia nº 1580, de 29 de octubre de 2007**

En nombre de su Alteza el Rey,

El día 29 de octubre de 2007

Visto el escrito inicial presentado por los dos demandantes, abonadas las tasas judiciales el 25 de abril de 2007, en el que exponen que han presentado el 24 de mayo de 2004 al Sr. Presidente de la Sección de Juzgado de Familia solicitud de autorización de acogimiento en régimen de *kafala* de la niña llamada \_\_\_\_\_, nacida el 27 de agosto de 2004, dictando sentencia dicho Juez a favor de los demandantes otorgando la *kafala* de la citada niña, niña que, una vez han acogido con ellos y cuidado, se ha trasladado con ellos al extranjero, donde residen.

Sin embargo, la niña ha comenzado a comportarse de forma no acorde con la moral, afectando al honor de la familia, descuidando los preceptos de la religión islámica, dado que los demandantes son musulmanes, al igual que la niña acogida en *kafala*, que ha comenzado a reclamar una libertad ilimitada, a consumir drogas y a llegar a casa a horas intempestivas. A medida que ha ido creciendo, la cuestión se ha ido haciendo más grave y problemática, llegando al extremo de que la niña acogida en *kafala* ha denunciado a los responsables de la *kafala* ante las autoridades, alegando que estaban menoscabando su libertad. Dado que el cónyuge que asumió la *kafala* está obligado a comportarse como un padre en lo que respecta a las obligaciones para con sus hijos, y dado que la niña acogida en régimen de *kafala* se estaba desviando del comportamiento correcto, y que tal situación, de prolongarse, podría constituir perjuicio para ella, visto que el capítulo 10 de la Ley de *kafala* de menores abandonados del 13 de junio de 2002 dispone que entre las causas de cese de la *kafala* se contempla la anulación de la misma por resolución judicial o por renuncia a ella, solicitan del tribunal que admita y certifique la renuncia a la *kafala* de la menor llamada \_\_\_\_\_, nacida el 26 de febrero de 1994,

de su madre, D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_, y su padre, D. \_\_\_\_\_, fallecido el 20 de agosto de 2006, resolviendo la anulación de la *kafala* y devolviendo la niña a su madre en Marruecos y haciéndole correr con los gastos del viaje de vuelta desde Francia a Marruecos. Aportan copia de la sentencia antes indicada.

Visto el escrito de intervención de terceros en la demanda depositado el 19 de junio de 2007 en el que solicitan que se admita la intervención de la Sra. D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_, madre de la menor llamada \_\_\_\_\_, una vez constatado que el padre de la menor falleció el 20 de agosto de 2006;

Y visto el escrito de respuesta de la demandada en representación de sí misma y de su hija, la menor llamada \_\_\_\_\_, presentado por medio de su representante legal, D. Abderafia El Houdaoui, en el que se señala que el escrito de los demandantes carece de fundamento y que los responsables de la *kafala* no han cumplido sus obligaciones con respecto a la menor acogida en *kafala*, y que han faltado a los compromisos derivados de la *kafala*, puesto que no se comprende ni es lógico que una menor que no alcanza los 12 años de edad haya podido hacer lo que se ha indicado *supra*, y que ello indica negligencia por parte de quienes asumían la *kafala*, lo que ha llevado a las autoridades francesas a tratar de quitarles la custodia de la niña, y que la realidad es que los responsables de la *kafala* no han cumplido con sus obligaciones y han privado a la niña de los más elementales derechos, tratándola como una sirvienta y humillándola en el hogar, a pesar de su corta edad, llegando hasta la vejación, el insulto y el maltrato físico, que ha dejado secuelas psicológicas en la citada menor. Esto es lo que han observado las autoridades extranjeras encargadas de la protección de la infancia en Francia con respecto a esta niña, tal como se desprende de los informes aportados por la Fiscalía General. Los cónyuges antes citados han de considerarse responsables civiles y aplicarse contra ellos el artículo 85 del Código de Obligaciones y Contratos, por lo cual se solicita la desestimación de la demanda y, cautelarmente, hacer las reservas oportunas para reclamar las indemnizaciones pertinentes. Se aporta copia del informe de la Fiscalía General y copia de la Sentencia Preliminar.

Y a la vista de que el expediente de la causa ha sido visto en varias sesiones, la última de las cuales celebrada el 8 de octubre de 2007, en presencia del representante del demandante y del demandado, que recibió copia del escrito y del expediente abierto por la Fiscalía General, se declara la causa vista para deliberaciones en la sesión del 22 de octubre de 2007.

En aplicación de la ley,

Por todo ello, este Tribunal falla en sesión pública, en primera instancia y en presencia de las partes, fallando:

En la forma: se admite la demanda.

En el fondo: se admite la renuncia a la *kafala* de la menor llamada \_\_\_\_\_, nacida el 26 de febrero de 1994 por parte de los demandantes, decretando la anulación de la *kafala*, haciéndoles correr con las costas y desestimando el resto de las demandas.

Se dicta esta sentencia en el día y mes indicados *supra*, estando compuesto el Tribunal por el Sr. D. Abdallah Talal, presidente, D<sup>a</sup> Fatiha Ghazal, magistrada ponente, D. Ahmed Mahouch, magistrado ponente, D. Khaled Lakrifi, representante de la Fiscalía General, D<sup>a</sup> Najla Diria, Secretaria Judicial, y el presidente y magistrado ponente, que ejerce de Secretario Judicial.

### **Ejemplo de un acta adular de kafala de una menor no abandonada**

**REINO DE MARRUECOS**  
**MINISTERIO DE JUSTICIA**  
**TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA**  
**DE ARBAA EL GHARB**  
**SECCION JUDICIAL DE FAMILIA**  
**RÁMA NOTARIAL**

Naturaleza del documento: TESTIMONIO DE KAFALA (Dependencia económica), inscrito en el tomo 42 del "Resto de documentos", nº 574, el 01/11/2007.

Notarios: Mohamed Chennak y Abdelmoughit Nhili.

**Loor a Dios Único.**

A las 16H00 del martes 30/10/2007, los notarios Mohamed Chennak y Abdelmoughit Nhili, ambos adscritos a la circunscripción de la autoridad del Tribunal de Apelación de Kenitra, Sección Notarial, del Tribunal de Primera Instancia de Souk El Arbaa El Gharb. Han recibido el testimonio inscrito en el minutarario 19 del primer notario, nº 28, folio 21, cuyo texto es:

En base a la autorización de para extender el acta de Kafan (Dependencia Económica), nº 10/2007 expediente de Kafala nº 09/2007 del 30/10/2007, extendida por el Juez Encargado del Notariado y de Asuntos de menores en la Sección Judicial de Familia del Tribunal de Primera Instancia antes citado.,

Comparece ante los infrascritos notarios D. *[redacted]* 4, hijo de *[redacted]* i Mohamed, nacido el 01/08/1968, marroquí, chofer, titular del DNI. Nº *[redacted]*, domiciliado Souk El Arbaa El Gharb, Provincia de Kenitra, y su esposa T *[redacted]*, hija de Abdeslam Ahmed, nacida el 23/12/1962, marroquí, obrera, titular del DNI. *[redacted]*, domiciliada *[redacted]* Souk El Arbaa El Gharb, y les requieren para que den testimonio que entregan a su hija llamada BASMA *[redacted]*, nacida el 10/03/2001, a Don *[redacted]*, hijo de *[redacted]* Mohamed nacido el 05/11/1972, marroquí, sin profesión, titular del DNI. *[redacted]* domiciliado *[redacted]* Souk El Arbaa El Gharb, representante de su hermana, MALIKA F *[redacted]*, hija de *[redacted]* Mohamed, titular del DNI. Nº *[redacted]*, según el poder privado, su firma está legalizada en el Primer Distrito Urbano de Souk El Arbaa El Gharb con nº 5728/07 el 24/04/2007, y eso para ocuparse de sus asuntos de vida, a saber su alimentación, vestimenta enseñanza, medicación de su introducción dentro de su pasaporte, para viajar con ella dentro y fuera del territorio nacional, en caso de necesidad y de realizar todos los tramites administrativos que ella necesita, en los diferentes servicios interesados, en los Tribunales de diferentes grados, y de tratarla bien como puede ella tratar a una de sus hijas.

Entrega, recepción y "Kafala" completas.

Las partes conocen el alcance del presente acto, y se hallan en perfecto estado de capacidad legal de los que los notarios, dan fe y de que han quedado identificados, expedida en fecha ut-supra

(Siguen las dos firmas y signos de los notarios, la diligencia de homologación del Juez Mohamed Larbi Moumen, y sello del Tribunal antes citado, el 01/11/2007)

**Fin de la traducción**

## VIII. GLOSARIO

La *sharia* (en árabe “vía o senda”) es el corpus de derecho islámico. Constituye un código detallado de conducta en el que se incluyen también las normas relativas a los modos del culto, los criterios de la moral y de la vida, lo permitido o lo prohibido, las reglas separadoras entre el bien y el mal. Muchos países islámicos han adoptado elementos de la *sharia* en áreas como el estatuto personal, las herencias y los testamentos, la regulación de las actividades bancarias y de los contratos, etc.

El *Corán* es la primera fuente religiosa para los musulmanes que lo consideran mensaje de Dios transmitido a su profeta Mahoma por el intermediario del ángel Gabriel. Esta revelación empezó cuando el profeta cumplió los 40 años y duró más de 20 años. El *Corán* se presenta en el formato de un libro redactado en árabe y dividido en varios capítulos llamados *Suras*, que a su vez se dividen en versos. El *Corán* trata tanto de temas sobre la vida religiosa como sobre la moral, las leyes o las relaciones sociales. De ahí que este libro sagrado rige la vida espiritual y social de los musulmanes. Su transcripción en letras latinas puede ser también *Quran* o *Korán*.

La *Sunna*, significa “avance” o “práctica”. Se utiliza generalmente para designar la “tradicción del profeta” incluyendo sus dichos (*hadiz*), sus actos, sus aprobaciones implícitas e explícitas, así como sus cualidades morales personales. Es la segunda fuente legislativa después del *Corán*.

El *hadiz* es una recopilación de hechos y dichos del profeta Mahoma recogidos por algunos de sus compañeros y a los que se atribuye distinto grado de fiabilidad en función de su procedencia. Los textos recopilados por Malik, Bujarí, Muslim, Tirmidi, Abú Daúd, Nasai e Ibn Majah son considerados como los más auténticos.

El *Ijma* es el sustantivo del verbo *Ajma'a*, que significa determinar y acordar algo. Es el consenso de *Ulemas* sobre un asunto determinado que se convierte a posteriori en norma. Los casos de *ijmaâ* universal son muy pocos debido a la dificultad de probar la unanimidad de las opiniones.

El *qiyas* es un tipo de razonamiento por analogía utilizado desde el principio por juristas musulmanes para buscar la solución de un problema de derecho/de *fiqh* no previsto ni en el *Corán* ni en la *Sunna*. Se trata de buscar la “causa” de una decisión y derivar de esta misma causa otras decisiones. Es la cuarta fuente del derecho musulmán y es utilizada con más o menos frecuencia por las cuatro escuelas jurídicas del *sunismo*, siendo los *hanafíes* los que más recurren a ella.

La *kafala* en árabe significa acoger a un niño o niña para cuidarlo, educarlo y protegerlo del desamparo. A diferencia de la adopción, la *kafala* no crea ningún vínculo de filiación entre el *kafil* (persona que acoge al menor) y el *makful* (menor acogido en *kafala*). El *makful* tampoco adquiere el derecho de heredar a sus padres por *kafala* salvo que estos últimos hayan previsto un *tanzil* a su favor. El *tanzil* es

una vía jurídica para preservar los intereses económicos de los hijos por *kafala*, permitiendo situarles en el rango de un heredero de primer grado.

Los *adules* son funcionarios que pertenecen al sistema de “notariado tradicional” marroquí cuyos miembros son nominados por decisión del ministro de Justicia, previa proposición del juez. Cumplen una doble función: la de auxiliares de justicia —encargados del sistema notarial en materia de estatuto personal, sucesorio e inmobiliario de los marroquíes musulmanes— y la de testigos. Esta última función se arraiga en el Derecho musulmán clásico que considera obligatoria la presencia de testigos para hacer pública una unión conyugal dentro de la sociedad.





**CAPÍTULO II.  
EFICACIA DE LA *KAFALA* ANTE EL ORDENAMIENTO  
ESPAÑOL**

**Andrés Rodríguez-Benot  
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)**

## I. PRESUPUESTOS PREVIOS PARA LA EFICACIA ANTE EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL DE LA *KAFALA* CONSTITUIDA ANTE LA AUTORIDAD MARROQUÍ

Reconocida en el artículo 20, apartado 3º, del Convenio sobre los Derechos del Niño, que tuvo lugar en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, en el marco de las Naciones Unidas<sup>234</sup>, como una medida de protección del menor, la *kafala* posee en los ordenamientos de los países musulmanes un notable arraigo histórico y religioso asentado en fuentes como la *Sharía*, el *Corán*, la *Sunna*, la *Ijma* y la *Qiyas*, entre otras<sup>235</sup>. Considerada en este universo jurídico y social la adopción como contraria al orden lógico de la determinación de la filiación únicamente por naturaleza<sup>236</sup>, la figura de la *kafala* permite articular una protección sobre determinadas personas necesitadas de ella sin afectar a sus apellidos ni a sus lazos de sangre con sus familias biológicas, aspectos éstos cuya conservación goza de particular relevancia en el Islam. A modo de ejemplo, el artículo 116 de la Ley 84-11, de 9 de junio de 1984, que aprueba el Código de la Familia argelino, la define como:

“El compromiso en hacerse cargo voluntariamente del cuidado, de la educación y de la protección de un menor, de la misma manera que un padre lo haría por su hijo”<sup>237</sup>.

Mediante la *kafala*, un matrimonio o una persona (un varón o incluso una mujer) llamada *kafil* se hace cargo de un menor, denominado *makful*, a quien garantiza su mantenimiento y educación; el *makful* no adquiere el apellido del *kafil*<sup>238</sup>, del mismo

---

234 Boletín Oficial del Estado nº 313, de 1 de diciembre. A este marco también pertenece Marruecos.

235 “La *kafala*”, Servicio Social Internacional (Centro Internacional de Referencia para los Derechos del Niño privado de Familia), diciembre de 2007, en: [http://www.iss-ssi.org/Resource\\_Centre/Tronc\\_DI/documents/FichaNo51ESP.pdf](http://www.iss-ssi.org/Resource_Centre/Tronc_DI/documents/FichaNo51ESP.pdf). Pese a ser una institución cuya práctica resulta generalmente admitida en los países musulmanes (salvo en Egipto o Irán), son escasos no obstante los sistemas que le dedican una regulación legal ad hoc: es el caso, por ejemplo, de Argelia, Marruecos y Túnez.

236 Lo cual se deriva de la exégesis, entre otros, de los versículos 4 y 5 de la *Sura XXXIII* del *Corán*; sobre ello véase, entre nosotros, F. Calvo Babio, Reconocimiento en España de adopciones simples realizadas en el extranjero, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2003, pp. 13-15.

237 Dicho Código, que dedica diez artículos a la regulación de la *kafala*, ha sido reformado mediante Decreto de 27 de febrero de 2005; sobre ello puede verse K. Saïdi, “La réforme du Droit algérien de la famille: pérennité et rénovation”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2006, nº 1, pp. 119 y ss. Un análisis del derecho transitorio en Argelia desde la etapa anterior a la independencia (en la que el derecho francés admitía la adopción) hasta la promulgación de tal Código puede verse en A. Bencheneb, “La formation du lien de *kafala* et les silences législatifs”, *Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Economiques et Politiques*, 1991, nº 1-2, pp. 47 y ss.

238 Si bien la constitución de la *kafala* no implica el cambio de nombre y apellidos del *makful*, en la práctica marroquí por ejemplo se permite que, con posterioridad a tal acto, los *kafiles* puedan solicitar a la autoridad judicial dicho cambio a fin de que aquéllos se parezcan a los de los suyos, lo que será resuelto valorando el interés del menor. En Argelia un Decreto ministerial de 13 de enero de 1992 permitió al *kafil* solicitar el cambio de apellido del menor a fin de hacerlo concordar con el suyo; esta medida, dirigida a mejorar la condición del menor abandonado, hubo de ser tomada tras convencer a una dura oposición religiosa tradicional con la garantía de que

modo que tampoco goza de ningún derecho a heredar de él<sup>239</sup>, pues mantiene los vínculos con su familia de origen. A lo anterior se ha de añadir la relevancia que despliega en este ámbito del factor religioso, que incide asimismo sobremanera en la configuración de la institución<sup>240</sup>: por lo general, en la *kafala* un menor musulmán sólo puede ser acogido por un *kafil* igualmente musulmán, dada la obligación que éste asume de educar a aquél en la verdad del Corán<sup>241</sup>; en cambio, nada se suele especificar en los ordenamientos de los países islámicos acerca de la posibilidad de que un *kafil* musulmán pueda acoger a un menor no musulmán.

La creciente internacionalización de las relaciones familiares ha generado en la práctica un creciente volumen de supuestos de constitución de *kafalas* ante autoridades de Estados musulmanes sobre menores nacionales de dichos países por parte de adultos de países occidentales. El caso de las relaciones

---

ello no supondría reconocer ningún vínculo de filiación, adopción o sucesorio. Para mayor detalle véase N. Ait Zai, "La *kafala* en Droit algérien", *Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Economiques et Politiques*, 1993, nº 4, pp. 793 y ss. Sobre la peculiaridad de atribución del apellido en los países musulmanes, con particular referencia a Argelia, vid. N. R. Saadi, "Le nom, le sang ou la filiation exhortée par le Droit", *Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Economiques et Politiques*, 1991, nº 1-2, pp. 55 y ss.

239 Ahora bien, es frecuente el recurso al *tanzil*, institución de Derecho sucesorio por cuya virtud una persona (eventualmente el *makful*) se convierte en legataria de una parte de los bienes de otra (el *kafil* por ejemplo) aunque no sea su heredera. En el ordenamiento marroquí tal institución se regula en los artículos 315 y siguientes del Código de Familia (*Mudawana*), aprobado por el *Dahir* de 3 de febrero de 2004 que promulga la Ley 70-03 (Boletín Oficial nº 5184, de 5 de febrero de 2004, en lengua árabe y nº 5358, de 6 de octubre de 2005, en francés); la traducción al español utilizada es la publicada en la página web del Proyecto ADL ([www.proyectoadl.com](http://www.proyectoadl.com)).

Sobre el Código de Familia marroquí de 2004 pueden verse en la doctrina española, entre otros, P. Diago Diago, "La nueva *Mudawana* marroquí y el derecho internacional privado", *Revista Española de Derecho Internacional*, 2004, nº 2, pp. 1078 y ss.; ibídem, "Repercusiones de la nueva *Mudawana* en la inmigración marroquí", en A. Vicente (ed.), *Musulmanes en el Aragón del siglo XXI*, Instituto de Estudios Islámicos y del Oriente Próximo, Zaragoza, 2004, pp. 141 y ss.; A. Quiñones Escámez, "La réception du nouveau Code de la Famille marocain (*Moudawana*, 2004) en Europe", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2004, nº 3, pp. 877 y ss. y A. Rodríguez Benot, "El ordenamiento aplicable al estatuto personal de los extranjeros en España: a propósito de la inmigración marroquí y el nuevo Código de Familia (*Mudawana*) de 2004", en M. Balado Ruiz-Gallegos (dir.), *Inmigración, Estado y Derecho*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 949 y ss.

240 Un interesante estudio genérico sobre las relaciones entre el derecho religioso y el derecho estatal en los países musulmanes se contiene en M. Charfi, "L'influence de la religion dans le Droit international privé des pays musulmans", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 203 (1987-III), p. 321 y ss., así como en S. A. Aldeeb Abu-Sahlieh, "Conflits entre Droit religieux et Droit étatique chez les musulmans dans les pays musulmans et en Europe", *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1997, nº 4, p. 813 y ss. Para el derecho español véanse P. Diago Diago, "La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el derecho internacional privado español", *Aequalitas*, nº 6 (enero-abril de 2001), p. 6 y ss., y A. Motilla y P. Lorenzo, *Derecho de familia islámico. Los problemas de adaptación al derecho español*, Colex, Madrid, 2002.

241 Y ello ocurre incluso en la adopción en Túnez, único país del Magreb en que se admite tal figura mediante la Ley 58-27, de 4 de marzo de 1958, sobre tutela pública, tutela oficiosa y adopción, a la que dedica diez artículos (cfr. K. Meziou, "Tunisie", *J.-Cl. Droit comparé*, 1997, fasc. 1, nº 151 y ss.): para que un extranjero pueda adoptar a un menor tunecino —eventualidad no regulada por dicha ley—, la jurisprudencia, a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia Cantonal de Túnez de 26 de diciembre de 1974, le exige la presentación de un certificado de conversión al Islam, lo cual, dicho sea de paso, abre el camino a las conversiones meramente ficticias y, por ende, a un eventual fraude a la ley. No obstante, la creciente influencia de las corrientes islamistas en tal país, así como las declaraciones disuasivas del *Mufti* acerca del carácter ilícito de la adopción, han convertido en mínimo el recurso a tal institución pese a la existencia de numerosos menores susceptibles de ser adoptados.

hispano-marroquíes resulta, en este punto, evidente<sup>242</sup>: pensemos en el supuesto más habitual, según acredita la jurisprudencia menor de la Dirección General de los Registros y del Notariado, así como de las Audiencias Provinciales y de los Tribunales Superiores de Justicia (*infra*), de los nacionales españoles que se trasladan a Marruecos para constituir, ante autoridad de tal reino, una *kafala* sobre un menor marroquí abandonado<sup>243</sup>. La necesidad de procurar la continuidad transfronteriza de las situaciones jurídicas supondría, en un supuesto como el presente, el traslado del *makful* marroquí a territorio español para establecer en él su residencia (cuestión que abordaremos en el epígrafe II de este trabajo), así como el consecuente acceso al Registro Civil español de la situación constituida al amparo del ordenamiento marroquí, lo que generará un determinado estatus del menor marroquí ante nuestro ordenamiento (aspecto que analizaremos en el epígrafe III de este opúsculo).

A fin de acometer esta tarea con un sentido lógico, se precisaría conocer previamente el régimen de la *kafala* en el Derecho marroquí, a lo que se ha dedicado un capítulo de esta obra<sup>244</sup>. En esencia, esta figura es objeto de la Ley 15-01, relativa a la *kafala* de los menores abandonados<sup>245</sup>, que destina a la figura sus 32 artículos divididos en siete capítulos: “Disposiciones generales”, “Situación jurídica del menor abandonado”, “Procedimiento de inscripción de la *kafala* de menor abandonado en el Registro Civil”, “Efectos de la resolución que constituye la *kafala*”, “Motivos para la extinción de la *kafala*”, “Disposiciones penales” y “Disposiciones finales”. A los efectos que nos atañen para el presente capítulo hemos de señalar dos peculiaridades de la reglamentación marroquí de esta figura:

- a) Por una parte, que el menor abandonado puede ser dado en *kafala*, tanto a los esposos —ambos musulmanes— que cumplan determinados requisitos (artículo 9, apartado 1<sup>o</sup>)<sup>246</sup>, como a la mujer musulmana que igualmente los

---

242 Junto con Argelia, Jordania o Pakistán, Marruecos admite la constitución de una *kafala* internacional (esto es, constituida por un *kafil* marroquí residente en el extranjero o incluso por un *kafil* simplemente extranjero), siempre que se garanticen algunos requisitos como es el caso, en esencia, de su conversión al Islam, a fin de garantizar la educación del *makful* bajo el credo musulmán. En cambio, la práctica de países como Egipto, Irán o Mauritania pone de manifiesto la inadmisibilidad de una *kafala* internacional (cfr. el citado documento del Servicio Social Internacional). En otro orden de consideraciones, el artículo 10, párrafo 2º, de la ley citada tunecina de 1958 admite expresamente la adopción de un menor extranjero por un tunecino.

243 Una exposición de la realidad social de la infancia marroquí, que da origen a la necesidad de adopción de este tipo de medidas protectoras de los menores, puede verse en H. Afailal, “El sistema de protección de la infancia en Marruecos: debilidades y consecuencias”, en: [www.humanrights-observatory.net/revista5/articulos8/HAFSA%20AFAILAL.pdf](http://www.humanrights-observatory.net/revista5/articulos8/HAFSA%20AFAILAL.pdf)

244 Sobre ello también pueden verse las páginas destinadas en la obra de G. Esteban de la Rosa y otros, *Regulación de la adopción internacional: nuevos problemas, nuevas soluciones*, Thomson-Aranzadi, Elcano, 2007.

245 Promulgada mediante el Dahir nº 1-02-172 de 13 de junio de 2002, está publicada en el Boletín Oficial nº 5031, de 19 de agosto de 2002, en lengua árabe, y en el Boletín Oficial nº 5036, de 15 de septiembre de 2002, en lengua francesa.

246 En caso de disolución del matrimonio por fallecimiento de uno de los cónyuges, se entiende que el otro continúa en su calidad de *kafil* (artículo 25); en el supuesto de disolución por divorcio, el juez de tutelas decidirá,

cumpla (artículo 9, apartado 2º), no admitiéndose en la práctica marroquí la constitución de una *kafala* sólo por un varón<sup>247</sup>.

- b) Por otra parte, que el *kafil* puede abandonar el territorio marroquí en compañía del *makful*, con vistas a establecerse en el extranjero de forma permanente<sup>248</sup>, con la autorización del juez de tutelas y siempre que ello redunde en interés de las partes (artículo 24)<sup>249</sup>.

En definitiva, la vigente regulación de la *kafala* en el ordenamiento marroquí admitiría que bien una mujer marroquí o extranjera, bien un matrimonio marroquí, extranjero o mixto —nada lo impide en teoría en la Ley 15-01— constituyera ante autoridad marroquí tal medida sobre un menor —asimismo, marroquí o eventualmente extranjero— y lo trasladaran a residir con ella o con ellos por ejemplo a España, siendo el requisito sine qua non para admitir estas hipótesis el credo musulmán de la mujer o de los cónyuges<sup>250</sup>.

El análisis que a partir de este momento se realice sobre esta base se debe asentar, en todo caso, en una realidad formal y material incontrovertible: la *kafala* no puede asimilarse a la adopción, una institución que tiene por objeto crear un vínculo de filiación y atribuir al adoptado un concreto estado civil, el *status filii*<sup>251</sup>.

---

a instancias del esposo, de la esposa o del Ministerio Público, bien mantener la *kafala* confiándola a uno de los cónyuges, bien la adopción de las medidas que estime más adecuadas para el menor (artículo 26).

247 Nada se establece en la Ley de 13 de junio de 2002 sobre el estado de la mujer, por lo cual cabría admitir que fuera soltera, viuda o divorciada; no obstante, uno de los antes citados requisitos consiste en ser persona moral y socialmente apta para asumir la *kafala*.

248 Sobre ello existe una Instrucción del Ministerio de Justicia de Marruecos de 1 de julio de 2003 relativa a la situación de la *kafala* cuando el *kafil* se propone residir en el extranjero de manera permanente.

249 En la práctica, para la obtención de la autorización del juez se ha de acompañar a la solicitud una certificación del Consulado de España en Marruecos acreditando la inexistencia de problema en el ordenamiento español para el traslado a nuestro país del *makful*. En el supuesto de obtención de la autorización del juez, debe enviarse una copia de ésta a los servicios consulares marroquíes del lugar de residencia del *kafil* a fin de poder seguir la situación del menor y de controlar la ejecución por éste de las obligaciones exigidas por el artículo 22 de la misma ley por todos los medios que dichos servicios estimen oportunos, informando en todo caso al juez de tutelas competentes del incumplimiento de aquéllas. Así, el cónsul debe remitir a tal juez informes sobre la situación del menor, del mismo modo que puede sugerir las medidas que considere convenientes, incluida la de la anulación de la *kafala*. Llegado el caso, el juez puede, en una situación de necesidad y a la vista de los referidos informes, adoptar bien de oficio, bien a petición del fiscal general del Reino o de cualquier persona interesada, las medidas que entienda adecuadas en interés del menor, incluyendo en su caso la solicitud de una comisión rogatoria; la competencia territorial a estos efectos correspondería al juez que autorizó la *kafala*.

250 En lo que atañe al requisito de la religión, se presume que los nacionales marroquíes son musulmanes (los marroquíes acogidos al estatuto personal hebreo, *infra*, no pueden ser *kafiles*), en tanto que los extranjeros que no lo sean deben aportar un acta de conversión al Islam otorgada ante dos *adel* o notarios en presencia de dos testigos y certificada por autoridad judicial.

251 En efecto, en los países occidentales cabe establecer la filiación, además de por naturaleza, por el criterio ficticio o artificial de la adopción, en el que falta la realidad biológica. En los ordenamientos de tales Estados ambos tipos de filiación gozan de igualdad jurídica, lo cual se manifiesta en la identidad de sus efectos: a modo de ejemplo, y en desarrollo del artículo 39, apartado 2º, de la Constitución española de 1978 (que consagra la plena igualdad jurídica de los hijos ante la ley con independencia de su filiación), el artículo 108, apartado 2º, del Código Civil dispone que "La filiación matrimonial y no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código".

En consecuencia, por su contenido y finalidad, la *kafala* se configura tan sólo como una institución protectora de carácter formal<sup>252</sup>; sólo el carácter protector de la *kafala* y la exigencia de su establecimiento mediante un “acto legal” aproxima esta institución a la adopción<sup>253</sup>.

## II. LA PERSPECTIVA ADMINISTRATIVA: LA ENTRADA EN TERRITORIO ESPAÑOL DEL MENOR SOMETIDO A KAFALA ANTE LA AUTORIDAD MARROQUÍ

Una vez constituida una *kafala* en Marruecos, y suponiendo que el *kafil* deseara trasladar al *makful* a residir en territorio español con él, sería preciso abordar la cuestión desde la perspectiva administrativa del derecho de extranjería. A estos efectos, uno de los primeros pasos ha de darse ante el consulado español correspondiente a la circunscripción territorial en que se haya constituido la *kafala* en Marruecos, a fin de que obtener el oportuno visado de entrada en territorio español<sup>254</sup>.

---

252 De hecho, el reiterado artículo 116 del Código argelino de la familia la califica como “acogimiento legal”, el artículo 3 de la ley tunecina, de 4 de marzo de 1958, la denomina “tutela oficiosa” y la ley marroquí, de 13 de junio de 2002, la considera en su propia rúbrica un “acogimiento”. No obstante, la interesante sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social (Sección 3ª), de 31 de enero de 2008 (Aranzadi Westlaw 2008/959) da la razón a un *kafil* marroquí residente en España frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, al que solicitó una pensión de orfandad para sus dos *makfuls* igualmente marroquíes como consecuencia del fallecimiento de la esposa marroquí de aquél y *kafil* igualmente de éstos; la argumentación de los magistrados se basó en que si bien adopción y *kafala* no son idénticos desde un punto de vista formal o lingüístico, desde una perspectiva material y teleológica la *kafala* cumple idéntica extensión asistencial que la adopción a efectos de la normativa de Seguridad Social.

253 Así, el Código de la Familia argelino estableció en sus artículos 116 y 117 la necesidad de establecer la *kafala* ante un juez o un notario indistintamente (sin especificar la competencia *ratione materiae* o *ratione loci*), en tanto que el artículo 4 de la ley tunecina de 1958 exigió mayor rigor: acto celebrado ante notario y posterior homologación por el juez. La citada ley marroquí de 2002 exige la constitución de la *kafala* ante el juez de tutelas del domicilio del menor abandonado, correspondiendo al tribunal de primera instancia del lugar de residencia de éste la ejecución de la resolución de constitución de la misma; a modo de ejemplo, en el auto de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª), de 15 de septiembre de 2007 (Aranzadi Westlaw 2008/60601), se abordó un supuesto en el que la parte apelante alegó que la resolución de instancia incurría en error en la apreciación de la prueba, al darse carta de naturaleza a un informe del Área de Menores de la Ciudad Autónoma de Ceuta que señalaba que al menor afectado por el caso era de aplicación la Ley marroquí 15/01 sobre *kafala*, cuando el citado menor no estaba abandonado ni sometido a ninguna medida protectora en Marruecos, ni se había dictado sobre él por juez marroquí medida alguna.

254 Acerca de la función que los cónsules españoles ejercen para la expedición de los certificados que acrediten la autorización a los menores para entrar y residir en nuestro territorio en casos de adopciones internacionales, véase Mª A. Rodríguez Vázquez, “Algunos aspectos del derecho de extranjería en la adopción internacional”, en N. González Martín y A. Rodríguez Benot (coords.), *Estudios sobre adopción internacional*, Porrúa, México, 2001, p. 260 y ss. Con mayor generalidad, cfr. M. Aguilar Benítez de Lugo, *La intervención consular en derecho internacional privado*, Universidad de Sevilla, 2006, y J. Jiménez-Ugarte, *Práctica consular e inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

La práctica en la materia parte de la base de que mediante la *kafala* se ha atribuido a un adulto la tutela dativa sobre un niño abandonado (como establece el artículo 17 de la Ley marroquí de 13 de junio de 2002), única figura que permitirá obtener, en el consulado español correspondiente, un visado de entrada en España. Para ello se requiere lo que sigue<sup>255</sup>:

- a) Que con el certificado de idoneidad y los informes psicosociales se adjunte un escrito de constatación de uno de los centros marroquíes en los que se acogen niños abandonados en el que haya iniciado el trámite en el cual conste que las personas que correspondan (con sus nombres y apellidos) se han interesado por iniciar el trámite de una tutela dativa de un niño abandonado del centro elegido<sup>256</sup>.
- b) Que en principio los interesados tramiten directamente su documentación personal: los informes psicosociales y el certificado de idoneidad otorgados en la comunidad autónoma competente se enviarán desde el Ministerio de Educación, Política Social y Deporte, por valija diplomática, al consulado español correspondiente de Marruecos para su remisión al centro de acogida en donde se encuentre el menor.
- c) Que se presente en el consulado general de España territorialmente competente en Marruecos la siguiente documentación para la obtención de visado en caso de tutela dativa en Marruecos: certificado de idoneidad; informe psicosocial; copia del Documento Nacional de Identidad, en el caso de ciudadano español, o copia de la tarjeta de residente comunitario, en su caso (infra); Libro de Familia; pasaporte del menor; tres fotografías de éste; impreso de solicitud de visado cumplimentado; certificado médico del menor; certificación de que éste ha sido declarado oficialmente en abandono; orden del Wali de entrega del menor; acta del asistente social de entrega del menor; acta de otorgamiento de la tutela dativa constituida ante el juez del tribunal de primera instancia; acta de aceptación de la tutela y autorización del tribunal de primera instancia para viajar el menor con su tutor; autorización del juez de tutelas para que el menor viaje fuera del territorio nacional y conviva o resida habitualmente con la familia que le acoge en el extranjero; acta de nacimiento del menor; compromiso escrito ante el consulado de quien va a acoger al menor de asumir, respecto de éste, la

---

255 Cfr. la información vertida en la página web del Ministerio de Educación, Política Social y Deporte, en: <http://www.mepsyd.es/politica-social/familias-infancia/adopciones/adopcion-internacional/informacion-paises-origen/marruecos.html>

256 A saber, según información facilitada por el consulado de España en Rabat, los centros serían: Hospital Asan de Nador, Departamento de Pediatría; Lalla Merien de Rabat; Centro Hospitalario Al Ghassani de Fez, y Ligue Marocaine pour la Protection de l'Enfance, oficina de Marrakech. Se insiste en que los informes psicosociales y el certificado de idoneidad deben hacer referencia siempre a una tutela dativa y no a la adopción, por cuanto esta figura no se halla reconocida en la legislación de los países musulmanes como Marruecos.



obligación de subvenir a su alojamiento, manutención, cobertura económica suficiente y adecuada, así como a su asistencia sanitaria a todo riesgo; legalización de todos los documentos ante los ministerios de Justicia y de Asuntos Exteriores, así como autenticación en el consulado de Marruecos en España; traducción al árabe de los documentos legalizados; informe positivo de la delegación de gobierno correspondiente, y presentación, junto con los originales, de fotocopias de todos los documentos.

Explicado lo anterior, hemos de distinguir dos tipos de procedimiento que instar ante el cónsul español acreditado en tal país<sup>257</sup>:

1. Una primera posibilidad consistiría en que la *kafala* se hubiera constituido con intervención de los padres biológicos del menor (con independencia de que asimismo hubiese intervenido o no en el proceso una autoridad pública, ora judicial ora administrativa). En este último caso la entrada del menor en territorio español tendría que someterse a lo dispuesto en el artículo 93 del Reglamento de Ejecución de la Ley de Extranjería, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre (en adelante Reglamento de Extranjería)<sup>258</sup>, que disciplina el régimen aplicable a los programas de desplazamiento temporal de los menores extranjeros, y ello por cuanto nuestra Administración considera que este tipo de *kafala* no es equiparable a la tutela dativa y, por consiguiente, no atribuye al *kafil* la representación legal sobre el *makful*<sup>259</sup>. De conformidad con ello, el visado de estancia del menor marroquí con fines de escolarización, tratamiento médico o disfrute de vacaciones cuando la estancia no corra a cargo de quien ejerza su patria potestad o tutela requiere autorización expresa de quien la ejerza, así como informe previo favorable del subdelegado del Gobierno —o del delegado del Gobierno en las comunidades autónomas uniprovinciales— en cuyo

---

257 Acerca de ello, véase la Instrucción DGI/SGRJ/07/2007 de la Dirección General de Inmigración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 27 de septiembre de 2007, sobre acogimiento de menores extranjeros por ciudadanos españoles y el documento denominado *kafala* ([http://extranjeros.mtas.es/es/NormativaJurisprudencia/Nacional/RegimenExtranjeria/InstruccionesDGI/documentos/2007/Instruccion\\_DGI\\_06-2007.pdf](http://extranjeros.mtas.es/es/NormativaJurisprudencia/Nacional/RegimenExtranjeria/InstruccionesDGI/documentos/2007/Instruccion_DGI_06-2007.pdf)), que actualiza una instrucción previa del mismo órgano de 1 de diciembre de 2004.

258 Boletín Oficial del Estado nº 6, de 7 de enero de 2005.

259 En contra de ello, y a favor por consiguiente de un tratamiento igualitario con la siguiente hipótesis que abordaremos, se ha manifestado, en relación con la Instrucción de 1 de diciembre de 2004, E. Arce Jiménez, "La *kafala* marroquí y la legislación de extranjería", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 13 (noviembre de 2006), p. 272: "La cuestión está en dilucidar si la representación legal, a los solos efectos de la legislación de extranjería, puede entenderse acreditada con la resolución judicial del juez de tuteladas marroquí que ha dado al menor en *kafala*. A mi juicio la respuesta debe ser positiva. Lo que pretende el extranjero residente legal en condiciones de reagrupar a su familia es reunir con él en nuestro país a un menor de edad que se encuentra bajo su guarda y que, conforme a su legislación personal, está obligado a tratar como si de un hijo propio se tratase. No parece compatible con esta obligación la imposibilidad de convivir con el menor en el país donde el acogedor tiene su residencia habitual".

territorio vaya a permanecer el menor, verificándose que la familia o persona que acoja al menor exprese por escrito su conocimiento de que la acogida no tiene por objeto la adopción y su compromiso de favorecer el retorno del menor a su país de origen o de procedencia<sup>260</sup>.

2. Una segunda hipótesis consistiría en que la *kafala* se hubiera constituido sin intervención de los padres biológicos del menor (por no estar determinados, por ser huérfano o por haber sido declarado abandonado por la competente autoridad marroquí) y, por consiguiente, con intervención de la autoridad judicial o administrativa competentes. Se trata del supuesto al que dedicaremos mayor atención por ser el más frecuente en la práctica hispano-marroquí y para el que considera nuestra Administración, en aras de la protección del menor, que la *kafala* atribuye al *kafil* español o extranjero residente en España un régimen jurídico equiparable a la tutela dativa prevista en el ordenamiento marroquí y que, por consiguiente, otorga al citado *kafil* la consideración de representante legal del menor marroquí<sup>261</sup>, por lo que la acogida de éste en territorio español tendría carácter permanente. Expuesto lo cual se han de tener presentes las siguientes consideraciones para la tramitación del oportuno expediente de extranjería<sup>262</sup>:

---

260 Las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª), de 5 de junio y de 10 de julio de 2008 (Aranzadi Westlaw 2008/294252 y 2008/315217, respectivamente), resuelven dos supuestos similares de solicitud de reagrupación familiar en los casos de sendas *kafalas* otorgadas a favor de españoles en Marruecos por los padres biológicos de los menores sin intervención judicial ni administrativa, sino sólo mediante un acta notarial (lo cual estiman los magistrados no garantizaría la protección de los intereses de los menores): entiende el Tribunal que estos actos no otorgan a los pretendidos reagrupantes la representación legal de los menores a efectos de la reagrupación familiar, por lo que considera que ésta no procede. Del mismo modo, la sentencia de la misma sección y sala del citado órgano judicial de 11 de junio de 2008 (Aranzadi Westlaw 2008/294138) denegó asimismo la reagrupación familiar de un menor marroquí residente en Marruecos con su padre biológico marroquí residente en España pese a que la madre y esposa marroquí, residente en Marruecos, había otorgado la *kafala* de éste al padre, y ello por cuanto el auto (*sic*) de *kafala* no había sido refrendado por sentencia judicial, cabía sospechar la existencia de fraude de ley para facilitar la entrada del menor en territorio español y se provocaría un desarraigo de éste al separarlo de su madre y del resto de sus hermanos.

En cambio, la sentencia una vez más del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª), de 14 de marzo de 2008 (Aranzadi Westlaw 2008/217100) resolvió a favor de la concesión del visado para reagrupación familiar de los cuatro hijos de un matrimonio marroquí dados en *kafala* por el padre a la madre para que pasaran a residir con ésta en Melilla en un supuesto en que aparentemente no hubo intervención judicial para acordar dicha *kafala*, y todo ello por cuanto los Magistrados consideraron que el interés de los menores resultaba determinante.

261 La tutela dativa se regula, junto con la tutela testamentaria, en la Sección II ("Del tutor testamentario y del tutor dativo", artículos 244 a 264) del Capítulo I ("De las competencias y las responsabilidades del representante legal") del Título II ("De la representación legal") del Libro IV ("De la capacidad y la representación legal") del vigente Código de Familia de Marruecos.

262 La citada Instrucción DGI/SGRI/07/2007 de la Dirección General de Inmigración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 27 de septiembre de 2007, no aborda expresamente la reagrupación por español o por ciudadano beneficiario del régimen comunitario. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 2004/38, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros

- Se requiere la tramitación de un visado de residencia por reagrupación familiar de acuerdo con lo establecido en el artículo 17, apartado 1º, letra c), de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en lo sucesivo la Ley de Extranjería)<sup>263</sup>, que establece el derecho a dicha reagrupación de los menores de 18 años o incapaces cuando el residente extranjero sea su representante legal<sup>264</sup>.

---

(Diario Oficial de la Unión Europea L 158, de 30 de abril de 2004), los Estados comunitarios deberán facilitar la entrada en sus territorios a "cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad, que no entre en la definición del punto 2 del artículo 2 que, en el país de procedencia, esté a cargo o viva con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal", lo que obliga a tales Estados a estudiar detenidamente las circunstancias personales y justificar toda denegación de entrada o residencia a las personas indicadas. Acerca de la Recomendación cursada por el defensor del pueblo a la Dirección General de Inmigración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales para que se incluyera en el ámbito de aplicación del régimen comunitario el supuesto de menores de países no miembros de la Unión Europea tutelados por ciudadanos españoles o comunitarios cuando el régimen aplicable a la tutela constituida fuera equiparable a la tutela dativa (caso de la *kafala*), véase E. Arce Jiménez, "La *kafala* marroquí y la legislación de extranjería", cit., p. 276.

263 Boletín Oficial del Estado nº 10, de 12 de enero de 2001. Dicha norma ha sufrido posteriores modificaciones operadas mediante las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre (Boletín Oficial del Estado nº 307, de 23 de diciembre de 2000); 11/2003, de 29 de septiembre (Boletín Oficial del Estado nº 234, de 30 de septiembre), y 14/2003, de 20 de noviembre (Boletín Oficial del Estado nº 279, de 21 de noviembre de 2003). A estos efectos debe tenerse asimismo en consideración la Instrucción DGI/SGRJ/01/2008 de la Dirección General de Inmigración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 17 de enero de 2008 sobre la reagrupación familiar de menores o incapaces sobre los que el reagrupante ostenta la representación legal: desarrolla los artículos 17.1.c) de la LO 4/2000 y 39.c) de su Reglamento, en: [http://extranjeros.mtas.es/es/NormativaJurisprudencia/Nacional/RegimenExtranjeria/InstruccionesDGI/documentos/2008/Instruccion\\_DGI\\_01-2008.pdf](http://extranjeros.mtas.es/es/NormativaJurisprudencia/Nacional/RegimenExtranjeria/InstruccionesDGI/documentos/2008/Instruccion_DGI_01-2008.pdf)

264 La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª), de 21 de junio de 2005 (Aranzadi Westlaw 2006/137207), denegó la posibilidad de reagrupación familiar de un menor sometido a *kafala* conforme a lo previsto por la Ley de Extranjería y su Reglamento de ejecución por haberlo solicitado, incorrectamente, este mismo. En cambio, la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 7ª), de 23 de mayo de 2005 (Aranzadi Westlaw 2006/214863), considerada acreditada la circunstancia de tratarse la reagrupante residente en España tía de un menor marroquí (hermana de su madre fallecida) y que contaba con recursos para el sostenimiento y educación de éste, estimó procedente la reagrupación familiar solicitada por la tía del sobrino huérfano al amparo del apartado c) del artículo arriba citado 17, pues ella había de considerarse representante legal del menor desde el "acta de cargo" (*kafala*) del mismo. Del mismo tenor es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 2ª), de 21 de octubre de 2005 (Aranzadi Westlaw 2006/71643), que reconoció suficiente la *kafala* para la concesión de permiso de residencia y exención de visado a un nieto marroquí para residir en España con su abuelo *kafil*; no obstante, la sentencia de la misma Sala y Tribunal (Sección 4ª), de 14 de enero de 2005 (Aranzadi Westlaw 2007/51157), pareció apuntar en el mismo sentido si bien finalmente confirmó la denegación de permiso de residencia exención de visado por falta de prueba de la constitución de la *kafala* y del derecho marroquí aplicable.

En sentido contrario había resuelto la sentencia de la misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 7ª), de 16 de marzo de 2006 (Aranzadi Westlaw 2006/148921), al confirmar la denegación de visado para reagrupación familiar de dos *makfules* marroquíes con su *kafil* residente en España al estimar que la *kafala* no atribuía a éste la representación legal de los menores; en similar sentido se han pronunciado las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª), de 21 de febrero de 2005 (Aranzadi Westlaw 2006/291265), y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4ª), de 20 de septiembre de 2006 (Aranzadi Westlaw 2008/54022).

- Si el representante legal del menor marroquí acogido mediante *kafala* fuera nacional español o residente comunitario pero no resultase de aplicación el régimen previsto en el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo<sup>265</sup>, por no estar dicho menor marroquí incluido en la disposición adicional vigésima, apartado 1º, letra c), del Reglamento de Extranjería (introducida precisamente por el Real Decreto 240/2007), sería de aplicación la Ley de Extranjería. En tal caso la documentación que habría de presentar el reagrupante sería la indicada en el artículo 42, apartado 2º, del Reglamento de Extranjería<sup>266</sup>, teniendo en cuenta que la copia de los documentos contenidos en los apartados b) y c) del mismo —aplicables si el reagrupante fuese residente no comunitario— sería sustituida: si el reagrupante fuera ciudadano español, por la copia del Documento Nacional de Identidad; si el reagrupante fuera residente comunitario, por la copia del pasaporte o documento nacional de identidad, acompañada de copia del certificado de registro; o si el reagrupante fuera familiar de ciudadano de la Unión Europea, por la copia de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea.

En relación con los supuestos referidos —representante legal nacional español, ciudadano de la Unión Europea residente en España o nacional de un tercer país

---

265 Boletín Oficial del Estado nº 51, de 28 de febrero de 2007.

266 A saber: a) copia de la documentación acreditativa de los vínculos familiares y, en su caso, de la edad, y la dependencia legal y económica; b) copia del pasaporte, documento de viaje o cédula de inscripción del solicitante en vigor; c) copia de la correspondiente autorización de residencia o residencia y trabajo, ya renovada o, conjuntamente, de la primera autorización y del resguardo de solicitud de renovación; d) acreditación de empleo o de recursos económicos suficientes para atender las necesidades de la familia, incluyendo la asistencia sanitaria, en el supuesto de no estar cubierta por la Seguridad Social. Mediante orden del ministro de la Presidencia, a propuesta de los ministros de Interior y de Trabajo y Asuntos Sociales, se determinará la cuantía de los medios de vida exigibles a estos efectos, así como el modo de acreditar su posesión, teniendo en cuenta el número de personas que pasarían a depender del solicitante a partir de la reagrupación; e) justificación documental que acredite la disponibilidad, por parte del reagrupante, de una vivienda adecuada para atender las necesidades del reagrupante y la familia. Este requisito deberá justificarse mediante informe expedido por la corporación local del lugar de residencia del reagrupante. En el plazo máximo de 15 días desde la solicitud, la corporación deberá emitir el informe y notificarlo al interesado y, simultáneamente y por medios telemáticos cuando fuera posible, a la autoridad competente para resolver la autorización de reagrupación. Subsidiariamente, podrá justificarse este requisito presentando acta notarial mixta de presencia y manifestaciones en caso de que la corporación local no hubiera procedido a emitir el informe de disponibilidad de vivienda en el plazo indicado, lo que será acreditado con la copia de la solicitud realizada. En todo caso, el informe o acta notarial debe hacer referencia a los siguientes extremos: título que habilite para la ocupación de la vivienda, número de habitaciones, uso al que se destina cada una de las dependencias de la vivienda, número de personas que la habitan y condiciones de habitabilidad y equipamiento; f) en los casos de reagrupación de cónyuge, declaración jurada del reagrupante de que no reside con él en España otro cónyuge.

residente en nuestro reino—, debe recordarse la posibilidad, en los casos en que el menor marroquí esté ya en territorio español en el momento de la presentación de la solicitud de autorización de residencia acompañada del documento *kafala*, de obtención de una autorización de residencia temporal a favor del menor cuando se cumplan los requisitos del artículo 94, apartado 2º, del Reglamento de Extranjería<sup>267</sup>, y ello con independencia de los eventuales casos en que se reunieran los requisitos legales y reglamentarios para obtener una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales por razones humanitarias<sup>268</sup>.

A este respecto se debe tener presente que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª), de 14 de septiembre de 2004<sup>269</sup>, en relación con un menor marroquí sometido a *kafala*, ha recordado que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27, apartado 4º, de la Ley Orgánica 4/2000, el ejercicio de la potestad de otorgamiento y denegación de visados se ha de sujetar a los compromisos internacionales vigentes en la materia, siendo así que estando reconocida la *kafala* islámica en el artículo 20, apartado 3º, del Convenio de los Derechos del Niño de 1989 no se puede:

“Impedir el reconocimiento de la exención de visado del menor que se encuentre en España al cuidado de su tía residente legal en virtud de [la] institución legal [...] de la *kafala* [pues] se dan circunstancias excepcionales humanitarias debidamente justificadas para la concesión de la exención del visado con autorización de residencia temporal, como así se informó favorablemente por la autoridad policial al existir en derecho de protección (a través de la institución

---

267 “Los extranjeros menores de edad o incapacitados no nacidos en España que o bien sean hijos de españoles o de extranjeros residentes legales en España, o bien estén sujetos legalmente a la tutela de un ciudadano o institución españoles o de un extranjero residente legal en España, podrán obtener autorización de residencia cuando se acredite su permanencia continuada en España durante un mínimo de dos años y sus padres o tutores cumplan los requisitos de medios de vida y alojamiento exigidos en este Reglamento para ejercer el derecho a la reagrupación familiar. Cuando los menores se encuentren en edad de escolarización obligatoria, se deberá acreditar adicionalmente que han estado matriculados en un centro de enseñanza y asistido regularmente a clase, salvo ausencias justificadas, durante su permanencia en España. La vigencia de las autorizaciones concedidas por este motivo estará vinculada, en su caso, a la de la autorización de residencia del padre, la madre o el tutor del interesado.”

268 Cfr. E. Arce Jiménez, “La *kafala* marroquí y la legislación de extranjería”, cit., pp. 272-275. La antes citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 7ª), de 23 de mayo de 2005, también admitió que en un momento dado la reagrupación familiar solicitada por la tía del sobrino huérfano sometido a la *kafala* de aquélla pudiera autorizarse por razones humanitarias para evitar el desamparo en que pudiese quedar el menor en Marruecos; por su parte, la sentencia del mismo órgano y Sala (Sección 1ª), de 11 de octubre de 2007 (Aranzadi Westlaw 2008/47910), una vez que confirmó la validez de la denegación de visado para la reagrupación familiar de dos menores marroquíes con su tía residente en España, a la que los padres biológicos marroquíes habían otorgado la *kafala*, dispuso no obstante que cabía “solicitar un nuevo visado o la petición de exención o aquella otra que considere oportuna”.

269 Aranzadi Westlaw 2006/94014.

de la *kafala* islámica) del menor que debe prevalecer sobre las exigencias reglamentarias contrarias a la Convención [de 1989] y al propio Código Civil en correcta aplicación del artículo 27, apartado 4º, de la Ley Orgánica 4/2000”.

### **III. LA PERSPECTIVA SUSTANTIVA: EL ESTATUS ANTE EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL DEL MENOR SOMETIDO A KAFALA ANTE LA AUTORIDAD MARROQUÍ**

#### **1. EL RECONOCIMIENTO DE LA KAFALA ANTE EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL**

A los fines de procurar eficacia ante el ordenamiento español de una *kafala* constituida al amparo del ordenamiento marroquí debe tenerse presente, desde un ángulo procesal, que la constitución de aquélla ante la autoridad del reino vecino sería un acto de jurisdicción voluntaria. En consecuencia, no sería preciso su reconocimiento por la vía del exequátur para que produjera efectos en nuestro ordenamiento, pues no se podría pretender que dicho acto fuese ejecutado o que alcanzase el valor de cosa juzgada en España<sup>270</sup>:

1. Desde un ángulo formal, antes al contrario, la eficacia de una *kafala* dependerá de la valoración que se asigne en España al documento marroquí que certifica que, al amparo de un determinado precepto del ordenamiento de Marruecos, se ha constituido el derecho que se pretende hacer valer en España<sup>271</sup>. Dicha valoración habrá de efectuarse conforme a lo dispuesto en los dos ámbitos normativos de nuestro sistema de derecho internacional privado:

---

270 Así se desprende del artículo 84 del Reglamento del Registro Civil (interpretado conjuntamente con el 83): “No es necesario que tengan fuerza directa en España, excepto cuando lo impida el orden público. 2º) Las autorizaciones, aprobaciones o comprobaciones de autoridad extranjera en cuanto impliquen formas o solemnidades del acto en el país en el que éste se otorga”.

271 En el auto de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2ª), de 16 de enero de 2007 (Aranzadi Westlaw 2007/178227), se desestima un recurso de apelación contra una sentencia de un juzgado de primera instancia que declaró no haber lugar al reconocimiento de eficacia en España a una resolución dictada por un tribunal de primera instancia de Casablanca por cuya virtud se establecía la *kafala* sobre un menor; para ello los magistrados se basaron en que, tratándose ésta de un acto de jurisdicción voluntaria, no procedía el exequátur.

Sobre esta cuestión véanse, con carácter general, J.Mª Espinar Vicente, *Curso de Derecho Internacional Privado Español. Derecho procesal civil internacional* (competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de actos y decisiones extranjeros), Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1993, p. 232. Sobre este mismo particular véanse asimismo I. Milans del Bosch Portoles, “La eficacia extraterritorial de las decisiones de jurisdicción voluntaria”, *Revista General del Derecho*, 1988, nº 522, pp. 1181 y ss., y P. A. de Miguel Asensio, *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Eurolex, Madrid, 1997.

- a) En primer término, en el plano supraestatal, no existiendo convenios multilaterales que vinculen a España con algún país islámico relativos al reconocimiento de resoluciones sobre adopción: en efecto, los países musulmanes no se han incorporado al Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación internacional en materia de adopción internacional<sup>272</sup>. En el plano bilateral, en cambio, sí es preciso dejar constancia del convenio bilateral entre nuestro reino y el de Marruecos, relativo a la cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa, realizado el 30 de mayo de 1997 en Madrid<sup>273</sup>, que regula, en sus artículos 22 a 32, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, sentencias arbitrales y documentos auténticos; no obstante, el hecho de que el artículo 23 establezca como causa de denegación de fuerza ejecutiva de una resolución su contrariedad con el orden público del Estado en que se solicite la ejecución augura un negro porvenir para el reconocimiento en Marruecos de una adopción constituida ante autoridad española, aunque no tanto para el reconocimiento en España de una *kafala* establecida ante autoridad marroquí (reconocimiento que nunca lo será como adopción).
- b) En defecto de instrumento supraestatal aplicable se habrá de estar a lo dispuesto en las normas consagradas en nuestro sistema de derecho internacional privado en defecto de reglamentación supraestatal: los artículos 25 a 31 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional<sup>274</sup>.

2. Desde una óptica material, la constitución de una *kafala* por autoridad marroquí podría interesar a nuestro sistema jurídico, desde la perspectiva de los efectos que dicho acto podría producir en él, mediante la verificación del foro de competencia judicial internacional en el que se basó la autoridad

---

272 Boletín Oficial del Estado nº 182, de 1 de agosto de 1995.

273 Boletín Oficial del Estado nº 151, de 25 de junio de 1997.

274 Boletín Oficial del Estado nº 312, de 29 de diciembre de 2007. Sobre ella véanse, entre otros, S. Adroher Biosca, "La Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional o la ley de los 'santos inocentes': observaciones preliminares", en D. Marre (coord.), *Adopción internacional y cambios sociales. Miradas diversas*, Graó, Barcelona, 2008; E. Alonso Crespo, "Ley de Adopción Internacional: formas de dejar sin efecto —o variar— una adopción de este tipo (nulidad, modificación o revisión, conversión) y sus consecuencias en la adopción nacional", La Ley 6925 (15 de abril de 2008), p. 1 y ss.; S. Álvarez González, "El proyecto de ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente", *Actualidad Civil*, 2007, nº 22, pp. 2597 y ss.; ibídem, "Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional", La Ley 6908 (25 de marzo de 2008), p. 1 y ss.; A. Borrás Rodríguez, "Espagne, nouvelle loi sur l'adoption internationale", en: [www.slc-dip.com/spip.php?article164](http://www.slc-dip.com/spip.php?article164); A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, "Constitución de la adopción internacional en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre: aplicación de la ley española", La Ley 6953 (26 de mayo de 2008), p. 1 y ss.; ibídem, "Constitución de la adopción internacional en la Ley 54/2007 de 28 de diciembre: aplicación de la ley extranjera", La Ley 6997 (25 de julio de 2008), p. 1 y ss.; e ibídem, *La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre adopción internacional (reflexiones y comentarios)*, Comares, Granada, 2008.

extranjera (problema perteneciente al ámbito del derecho procesal civil internacional), o a través del control del ordenamiento aplicado a los requisitos de la constitución de la figura (cuestión más vinculada con el derecho civil internacional). En ausencia de instrumento supraestatal que vincule a España con Marruecos, ambos aspectos son abordados por el artículo 34 de la Ley de Adopción Internacional, rubricado “Efectos legales en España de las decisiones relativas a instituciones de protección de menores que no produzcan vínculos de filiación acordadas por autoridades extranjeras”, sobre el que nos detendremos más adelante<sup>275</sup>.

## **2. LA IMPOSIBILIDAD DE CONVERSIÓN DE LA KAFALA EN ADOPCIÓN MEDIANTE EL MECANISMO CONSAGRADO EN LA LEY DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL DE 2007**

Según se ha afirmado, la *kafala* no es equiparable a la adopción que regula nuestro ordenamiento, por lo cual no cabe reconocer directamente como tal en España dicha institución de origen islámico mediante la vía establecida en los artículos 25 y siguientes de la nueva Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional y, hasta la fecha de entrada en vigor de ésta (lo que acaeció el 30 de diciembre de 2007), en el párrafo 4º del apartado 5º del artículo 9 del Código Civil<sup>276</sup>.

---

275 En nuestro entorno jurídico es de considerar que, a raíz de la preocupación suscitada en Italia en la Comisión para las Adopciones Internacionales, la Dirección General para los Italianos en el Extranjero y la Política Migratoria, dependiente del Ministerio de Asuntos Exteriores de dicha República, puso en marcha una iniciativa para alcanzar un acuerdo bilateral con Marruecos para el reconocimiento en Italia de *kafalas* constituidas en este último país: véanse la respuesta escrita a la cuestión planteada por D. Rivolta en el Parlamento italiano (22 de septiembre de 2005) a los ministros de Asuntos Exteriores, para la Igualdad de Oportunidades, de Justicia y de Trabajo y Políticas Sociales, así como la colaboraciones de A. T. Paciotti titulada “Adozione di minori di diversa religione” y publicada en [www.studiodilegalelaw.it/new.asp?id=2431](http://www.studiodilegalelaw.it/new.asp?id=2431), donde alude a la situación generada tras la pregunta parlamentaria realizada a raíz de la sentencia de la Corte di Cassazione 21395/2007, y de P. Morozzo della Rocca, rubricada, “Il limes dell'adozione internazionale e l'ingresso in Italia del minore non adottabile” y publicada en [www.uniurb.it/cura/Documenti/28\\_11\\_03/PaoloMorozzodellaRocca.doc](http://www.uniurb.it/cura/Documenti/28_11_03/PaoloMorozzodellaRocca.doc)

Para más detalle en relación con la eficacia de la *kafala* en Italia, consúltense las obras de J. Long, “*Kafala* e ricongiungimento familiare”, *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2008, nº 1, p. 73 y ss., y “Ordinamenti giuridici occidentali, *kafala* e divieto di adozione: un'occasione per riflettere sull'adozione legittimante”, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2003, nº 2 (marzo-abril), p. 33 y ss.; acerca de la situación en otros países cfr. en Alemania B. Menhofer, “Zur *kafala* des marokkanischen Rechts vor deutschen Gerichten (Zu AG Frankfurt a.M., 24 de mayo de 1995)”, *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1997, nº 4, p. 168 y ss., y en Francia H. Fulchiron, “Adoption sur *kafala* ne vaut (à propos des arrêts Civ. 1re 10 octobre 2006)”, *Recueil Dalloz*, nº 12, p. 816 y ss.

276 Cfr. A. Rodríguez Benot, “Adopción y *kafala*: un análisis de su alcance respectivo en los ordenamientos islámicos y occidentales”, *Derecho internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 195 y ss., y “El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural (un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la *kafala*)”, *Revista General del Derecho*, nº 667 (abril de 2000), p. 4419 y ss.



Así lo ha venido manifestando la Dirección General de los Registros y del Notariado, a partir de su resolución de 14 de mayo de 1992, de manera indubitada en todas las ocasiones en que se ha planteado la cuestión: la “adopción” constituida ante las autoridades de Marruecos, afirma el citado órgano directivo:

“No guarda ningún punto de contacto con la adopción reconocida en el ordenamiento español: no supone vínculo de filiación ni de parentesco entre los interesados; no implica alteración en el estado civil de éstos y sólo alcanza a establecer una obligación personal por la que el que se hace cargo de un menor ha de atender a sus necesidades de manutención”<sup>277</sup>.

Esta doctrina jurisprudencial de la aludida Dirección General ha resultado reiterada y consagrada, definitivamente, por su Resolución-Circular de 15 de julio de 2006 sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales<sup>278</sup>.

Ahora bien, y aclarado lo anterior, ¿podría ser convertida la *kafala* musulmana en adopción a través del mecanismo que consagra el artículo 30, apartado 4º, de la Ley de Adopción Internacional de 2007 para las adopciones simples o menos plenas?<sup>279</sup>. Supongamos que se tratara, por ejemplo, de inscribir en nuestro

---

277 Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1642, p. 4420; con idéntico tenor, resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de octubre de 1993 (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1691, p. 5652 y ss.), de 13 de octubre de 1995 (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1766, p. 145 y ss.), y de 1 de febrero de 1996 (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1773, p. 2154 y ss.). Más recientemente, y por idénticos motivos, la Resolución de este órgano directivo de 23 de enero de 2004 (El derecho internet, EDD 2004/40037) rechazó el reconocimiento, como adopción, de la constituida al amparo del ordenamiento libanés conforme a la regulación del estatuto personal musulmán de ese país; y la de 21 de marzo de 2006 (Boletín Oficial del Estado nº 128, de 30 de mayo de 2006) denegó la posibilidad de que un menor marroquí, sometido a la *kafala* de una ciudadana originariamente marroquí que con posterioridad adquirió la nacionalidad española por residencia, pudiera acogerse al derecho de opción por la nacionalidad española previsto en el artículo 20, apartado 1º del Código Civil por hallarse dicho derecho reservado a los sometidos a la patria potestad de un español; a su vez, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de febrero de 2006 (Aranzadi Westlaw 2007/108921) ha recordado que en estos casos tampoco cabe adquirir la nacionalidad española por la vía del artículo 19, apartado 1º, del Código Civil por cuanto dicha vía se reserva para los adoptados.

278 Boletín Oficial del Estado nº 207, de 30 de agosto de 2006.

279 “Las adopciones simples o menos plenas constituidas por autoridad extranjera competente podrán ser transformadas en la adopción regulada por el derecho español cuando se den los requisitos previstos para ello. La conversión se regirá por la ley determinada con arreglo a las disposiciones de esta ley. La adopción simple o menos plena será considerada como un acogimiento familiar.

Para instar el correspondiente expediente judicial no será necesaria la propuesta previa de la entidad pública competente.

En todo caso, para la conversión de una adopción simple o menos plena en una adopción plena, la autoridad española competente deberá examinar la concurrencia de los siguientes extremos:

a) Que las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción hayan sido convenientemente asesoradas e informadas sobre las consecuencias de su consentimiento, sobre los efectos de la adopción y, en concreto, sobre la extinción de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen.

Registro Civil una *kafala* constituida ante una autoridad marroquí en la que un matrimonio formado por cónyuges de nacionalidad española y de religión musulmana se hubiera hecho cargo de un menor marroquí.

Para responder a esa cuestión se ha de precisar, de entrada, que el mecanismo de conversión que consagra el aludido precepto está pensado por el legislador para ser aplicado a las denominadas adopciones simples o menos plenas admitidas en algunos ordenamientos extranjeros<sup>280</sup>. Se trata de una institución caracterizada por atribuir al adoptado un estatuto jurídico cuyo contenido resulta similar al de las relaciones paterno-filiales reguladas en nuestro ordenamiento en

- 
- b) Que tales personas hayan manifestado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento haya sido prestado por escrito.
  - c) Que los consentimientos no se hayan obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no hayan sido revocados.
  - d) Que el consentimiento de la madre, cuando se exija, se haya prestado tras el nacimiento del niño.
  - e) Que, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, éste haya sido convenientemente asesorado e informado sobre los efectos de la adopción y, cuando se exija, de su consentimiento a la misma.
  - f) Que, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, éste haya sido oído.
  - g) Que, cuando haya de recabarse el consentimiento del menor en la adopción, se examine que éste lo manifestó libremente, en la forma y con las formalidades legalmente previstas, y sin que haya mediado precio o compensación de ninguna clase."

A lo anterior añade el artículo 31 de la misma ley que en ningún caso procederá el reconocimiento de una decisión extranjera de adopción simple, o menos plena, si produce efectos manifiestamente contrarios al orden público internacional español y que, a tal efecto, se tendrá en cuenta el interés superior del menor.

280 La adopción simple o menos plena (introducida en nuestro Código Civil mediante la Ley de 24 de abril de 1958 y proscrita de él por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, con la salvedad de lo dispuesto en su Disposición Transitoria) no suele producir, en los ordenamientos que la conservan, los mismos efectos que la adopción plena en lo que concierne al contenido de la filiación, y dado que la consideración de la igualdad de los hijos ante la ley adquiere rango de orden público constitucional en nuestro derecho (artículos 14 y 39, apartado 2º, de la Constitución de 1978 y 108, párrafo 2º, del Código Civil), no puede admitirse que produzca efectos en nuestro ordenamiento el acto de constitución de una adopción que atente contra dicha igualdad. La proscripción aludida obedeció a dos razones fundamentales (exposición de motivos de dicha norma): el hecho de que su aplicación se hubiera reducido en la práctica a una fórmula residual de escasa transcendencia jurídica que sólo se utilizaba en la mayoría de las ocasiones para fines marginales no merecedores de una protección social y su ignorancia del interés del menor en tanto que valor superior a cualquier otro en presencia.

Por todo ello preocupa que el artículo 30 de la nueva Ley de Adopción Internacional de 2007 prevea en su apartado 1º que una adopción simple o menos plena constituida ante autoridad extranjera "surtirá efectos en España, como adopción simple o menos plena, si se ajusta a la ley nacional del adoptado con arreglo al artículo 9.4 del Código Civil" y en su apartado 2º que "La ley nacional del adoptado en forma simple o menos plena determinará la existencia, validez y efectos de tales adopciones, así como la atribución de la patria potestad". Si bien se matiza en el apartado 3º de dicho artículo que las adopciones simples o menos plenas no serán objeto de inscripción en el Registro Civil español como adopciones ni comportarán la adquisición de la nacionalidad española con arreglo al artículo 19 del Código Civil, se tiene la impresión de que el legislador no ha sido consciente de que ha abierto de nuevo a la puerta de nuestro ordenamiento a la adopción simple, aunque limitada a la constituida ante autoridad extranjera; es más, en tanto una tal adopción simple sea convertida en plena por la vía del apartado 4º del referido artículo 30, nada se indica acerca de con qué carácter accederá al Registro Civil español, si bien la lógica invita a entender que lo será como acogimiento familiar o, en su caso, como tutela, para no ser de peor derecho que las decisiones relativas a instituciones de protección de menores acordadas por autoridades extranjeras que, según el ordenamiento bajo cuyo amparo se hayan constituido, no produzcan vínculos de filiación (a las que se refiere el artículo 34 de la Ley de Adopción Internacional, *infra*). En otros términos, a nuestro entender los apartados 1º y 2º del artículo 30 de la citada ley tienen un difícil encaje jurídico en nuestro vigente ordenamiento.

común para hijos biológicos y adoptivos, aunque con la concurrencia en aquélla de alguno o algunos de los siguientes caracteres: que quepa la revocación de la adopción (por el adoptante, por el adoptado o por ambos); que el adoptado mantenga vínculos jurídicos con su familia biológica; que el adoptado en forma simple no goce de idénticos derechos que el adoptado en forma plena o que el hijo biológico (por ejemplo, en el orden sucesorio); o que la adopción simple se haya constituido ante autoridad extranjera que carezca de carácter judicial<sup>281</sup>.

Una adopción simple sería susceptible de conversión en adopción plena —la única admitida en nuestro ordenamiento—, escribíamos, mediante el mecanismo contenido en el citado apartado 4º del artículo 30 de la Ley de Adopción Internacional completando la prestación, ante la competente autoridad española (judicial o consular), de los consentimientos necesarios a tal fin: a aceptar la irrevocabilidad de la adopción constituida y la total ruptura de los vínculos jurídicos del hijo adoptivo con su familia originaria; así lo había reconocido expresamente, aun antes de la promulgación de la nueva ley, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de noviembre de 2005 en el caso de una adopción simple constituida al amparo del ordenamiento de Haití<sup>282</sup>.

Ahora bien, el análisis que tuvimos la ocasión de realizar acerca del contenido jurídico del estatuto del menor sometido a una *kafala* resulta concluyente: dicho contenido no es equiparable al de los efectos de la filiación en nuestro ordenamiento (recuérdese que, *inter alia*, el *makful* no adquiere el apellido del *kafil*, del mismo modo que tampoco goza de ningún derecho a heredar de él). En definitiva, la *kafala* no puede acogerse al mecanismo de convalidación o convertibilidad en adopción plena previsto por la reiterada norma de la Ley de Adopción Internacional puesto que, en cuanto a su alcance, la *kafala* no puede ni siquiera considerarse como adopción simple<sup>283</sup>.

Por ello, una *kafala* constituida por ejemplo ante autoridad de Marruecos en que el matrimonio español de religión musulmana se hiciese cargo de un menor marroquí no podría ser reconocida como adopción ni convertida en ella. Para que tales situaciones pudieran producir en nuestro ordenamiento los efectos propios de la adopción, sería precisa la constitución de una adopción *ex novo* ante la autoridad judicial española; es ésta la conclusión que, con base en la precedente normativa del Código Civil, ha alcanzado nuestra doctrina y ha corroborado la jurisprudencia

---

281 Esta última característica, empero, ha sido proscrita por la Ley 54/2007 de Adopción Internacional, desde el momento en que se admite por su artículo 26, apartado 1º, ordinal 1º, que puede ser reconocida en España una adopción plena constituida ante una autoridad pública extranjera "sea o no judicial".

282 Aranzadi Westlaw 2006/222.

283 Ésta ha sido, además, la inmutable doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado vertida en sus cuatro Resoluciones sobre *kafala* de 1992, 1993 y 1995 referidas en la nota 44 de este trabajo en relación con el mecanismo de conversión admitido en el anterior párrafo 4º del apartado 5º del artículo 9 del Código Civil, hoy derogado.

registrar en el caso de la *kafala* constituida ante autoridades marroquíes (*supra*). Conclusión que es el objeto de otro de los capítulos de esta obra en el conocimiento del riesgo de originar una situación claudicante—ésta es válida ante el ordenamiento español pero nula o inexistente ante el marroquí, que prohíbe la adopción—, para lo cual el principal criterio que considerar a fin de constituir en España la adopción del menor marroquí habrá de ser el propio interés de éste, que puede evaluarse en función de la gravedad de la situación de riesgo originada por su nuevo estatus<sup>284</sup>.

### **3. LOS EFECTOS LIMITADOS DE LA KAFALA EN NUESTRO ORDENAMIENTO EN TANTO QUE FIGURA PROTECTORA DEL MENOR**

Sentado lo anterior, ¿puede producir la *kafala* otros efectos en nuestro ordenamiento?; pensando en el supuesto recién expuesto: ¿qué estatus correspondería al *makful* en España? El antes citado artículo 34 de la Ley 54/2007 de Adopción Internacional ofrece una solución ad hoc para las decisiones relativas a instituciones de protección de menores que no produzcan vínculos de filiación acordadas por autoridades extranjeras, entre las que debemos entender a la *kafala* de los ordenamientos de países musulmanes<sup>285</sup>.

De entrada, el apartado 1º de artículo 34 establece que las instituciones de protección de menores constituidas por autoridad extranjera y que según la ley de su constitución no determinen ningún vínculo de filiación, se equiparán al acogimiento familiar o, en su caso, a una tutela, regulados en el derecho español<sup>286</sup>. Para que ello se articule, han de concurrir determinados requisitos, a saber:

---

284 Pensemos en un eventual viaje o traslado de la familia española (incluida el hijo adoptivo) a Marruecos; la reclamación por la familia de origen del menor de sus derechos sobre él le provocaría una grave y compleja situación en la que resultaría ser el más negativamente afectado. En casos similares, un dictamen de la Oficina Federal de Justicia suiza de 25 de febrero de 1988 dispuso que sólo el riesgo de un grave perjuicio para el menor aconsejaría la denegación de una solicitud de adopción formulada por un nacional del Estado del foro —a la sazón Suiza— respecto de un menor nacional de un país musulmán.

Nuestra jurisprudencia menor es contradictoria en este punto: si el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª), de 28 de marzo de 2006 (Aranzadi Westlaw 2008/149354), admitió la constitución ante un juez español de una adopción por adoptantes españoles sobre el menor marroquí que tenían tutelado bajo *kafala*, el de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 6ª), de 3 de marzo de 2006 (Aranzadi Westlaw 2006/241802), denegó dicha posibilidad por contrariedad al orden público español.

285 Así lo entienden asimismo A. L. Calvo Caravaca y J. Carrasco González, *La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre Adopción Internacional (reflexiones y comentarios)*, cit., p. 312. Y ello pese a la desaparición en el texto de la exposición de motivos de la ley aprobada por las Cortes de la frase "En dicho contexto, se proporcionan soluciones específicas que regulan los posibles efectos en España de la *kafala*, institución propia del derecho de ciertos países cuyas legislaciones están inspiradas en principios islámicos", que aparecía en la versión del Anteproyecto de Ley de Adopción Internacional de febrero de 2007, así como en el texto del Proyecto de Ley 121/000143 sobre Adopción Internacional publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A (Proyectos de Ley), nº 143-1, de 29 de junio de 2007.

286 Se ha de llamar la atención acerca del hecho de que este precepto no se ha limitado a consagrar legalmente la solución que venía ofreciendo jurisprudencialmente la Dirección General de los Registros y del Notariado (la equiparación de la *kafala* a nuestro acogimiento familiar), sino que ha ido más allá al permitir que lo sea, en su caso, a nuestra tutela.

1. De carácter material: los efectos sustanciales de la institución extranjera han de ser equivalentes a los del acogimiento familiar o, en su caso —conforme a la novedad expuesta—, a los de una tutela previstos por en el ordenamiento español. En nuestro sistema jurídico, el acogimiento familiar —que adquirió sustantividad propia en el Código Civil tras su reforma por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre— se define como una figura protectora del menor que produce la plena participación de éste en la vida de familia e impone a quien la recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, bien con carácter transitorio —acogimiento familiar simple—, bien con carácter permanente —acogimiento familiar permanente—, pero que no crea vínculos nuevos de filiación, ni rompe los anteriores, ni priva de la patria potestad a los padres biológicos del menor (artículos 173 y 173 bis de tal Código). El contenido de esta institución viene a coincidir, en lo esencial, con el de la *kafala*; de este modo, una apelación al principio básico en este campo —el interés del menor— abocaría a la competente autoridad española que hubiera de decidir acerca del alcance de la *kafala* a considerarla similar al acogimiento familiar, y así lo ratifica la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución-Circular de 15 de julio de 2006 cuando alude a la técnica propia del derecho internacional privado de la “calificación por función” para alcanzar dicho resultado; a ello se añade, desde la vigencia de la Ley 54/2007 de Adopción Internacional, la posibilidad de que el órgano judicial español ante el que se suscite la eficacia de la *kafala* constituida ante autoridad extranjera considere *in casu* que la figura que mejor se corresponda funcionalmente con ésta sea la tutela que regula nuestro Código Civil<sup>287</sup>.
2. De orden procesal: las instituciones de protección extranjera en cuestión tienen que haber sido acordadas por una autoridad extranjera competente

---

287 Véanse, en este sentido, A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre Adopción Internacional (reflexiones y comentarios)*, cit., pp. 312 y 316, quienes justifican el poder discrecional de nuestros jueces en este campo en la línea de “desarrollo judicial” presente a lo largo de toda la nueva Ley de Adopción Internacional.

Sobre esta cuestión existen algunos precedentes contradictorios de la jurisprudencia menor: es el caso ofrecido por la ya aludida sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 14 de septiembre de 2004 que descartó *in casu* la asimilación de la *kafala* islámica a nuestra tutela por cuanto la patria potestad sobre el *makful* seguía siendo ejercida por los padres biológicos de éste (cfr. artículo 172 del Código Civil); con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 54/2007 de Adopción Internacional, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª), de 3 de abril de 2008 (Aranzadi Westlaw 2008/189480), ha resuelto que no todas las instituciones protectoras previstas en los artículos 172 y siguientes del Código Civil llevan aparejada la representación legal del menor y que sólo el apartado 2º del artículo 173 bis del mismo contempla la posibilidad de que el juez atribuya a los acogedores permanentes el ejercicio de las facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades. En cambio, el ya citado auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) de 28 de marzo de 2006 consideró, a efectos de autorizar la constitución de una adopción en España sobre un *makful*, que la *kafala* es equiparable a la tutela en los términos establecidos en el artículo 117 del Código de Familia de Cataluña.

—sea judicial o administrativa—, considerándose que esa autoridad que ha constituido la medida de protección es internacionalmente competente si se han respetado los foros de competencia recogidos en su propio derecho. A este respecto se ha de recordar que la Ley marroquí 15-01, relativa a la *kafala* de los menores abandonados, contiene una reglamentación expresa en la materia por cuya virtud la constitución de la *kafala* compete al juez de tutelas del domicilio del menor abandonado, en tanto que la ejecución de la resolución de constitución corresponde al Tribunal de Primera Instancia del lugar de residencia del menor. No obstante lo establecido en la regla anterior, el apartado 2º del artículo 34 de la Ley de Adopción Internacional impone una prueba o control de proximidad al prever que en el caso de que la institución de protección no presentare conexiones razonables de origen, de antecedentes familiares o de otros órdenes similares, con el país cuya autoridad hubiere constituido esa institución se estimaría que la autoridad extranjera carecía de competencia internacional.

3. De naturaleza conflictual: la institución de protección extranjera debe haberse constituido con arreglo al ordenamiento u ordenamientos designados por las normas de conflicto del país de la autoridad extranjera que acordó la institución, con lo cual —explican A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González— se garantiza que la *kafala* sea válida en el país de origen (fórmula del “doble control internacional”)<sup>288</sup>. Constituida la *kafala* cuya eficacia se pretendiese en España ante autoridad marroquí, este requisito nos conduciría a analizar el sistema conflictual marroquí en materia de estatuto personal, que ofrece ciertas peculiaridades.

De entrada, y desde una perspectiva comparada, el sistema marroquí de derecho internacional privado comparte con el español una doble caracterización: la consagración de un amplio ámbito de aplicación para el estatuto personal y la utilización de la nacionalidad del individuo como criterio para determinar la ley personal<sup>289</sup>: en efecto, el Dahir de 12 de agosto de 1913 sobre condición civil de los franceses y de los extranjeros en el Protectorado francés de Marruecos —que se considera que contiene el sistema marroquí de normas de conflicto en la materia— considera aplicable el ordenamiento del Estado de la nacionalidad de una persona, entre otros aspectos, a su estado y capacidad (artículo 3). Seguidamente, la promulgación del Código de Familia de Marruecos de 2004 ha incidido asimismo en este campo teniendo presente lo que sigue:

---

288 *La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre Adopción Internacional (reflexiones y comentarios)*, cit., p. 314.

289 Véase S. Belmir, “La conflictividad de las leyes en el derecho internacional especial marroquí y el derecho internacional especial español; aplicación a los vínculos familiares, al matrimonio mixto y a la nacionalidad”, Primer encuentro judicial hispano-marroquí organizado por el CGPJ y la Corte Suprema de Marruecos, Centre de Publication et de Documentation Judiciaire, Rabat, 2002, p. 11.

- Desde un punto de vista personal, dicho país reconoce una diversidad de soluciones en materia de derecho de familia en función de las confesiones religiosas admitidas en él, lo que hace de este reino un sistema plurilegislativo de base personal<sup>290</sup>: en tanto que los nacionales marroquíes de confesión judía se someten al estatuto personal hebraico marroquí (artículo 2, párrafo 2º, del citado Código), para el resto de nacionales marroquíes el párrafo 1º del citado precepto consagra una norma de conflicto unilateral extensa y compleja que implica la aplicación de dicho cuerpo legal, desde un punto de vista personal, a todos los marroquíes (aunque disfruten además de otra nacionalidad), así como a los refugiados y apátridas de conformidad con la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados<sup>291</sup>.
- Desde una perspectiva sustantiva, el Código de Familia de 2004 se aplicará a cualquier relación familiar entre dos personas siempre que una de las dos sea marroquí, o entre dos marroquíes siempre que uno de los dos sea musulmán. Esta última referencia mantiene en el sistema de derecho internacional privado marroquí el privilegio de la religión musulmana —ya existente en la legislación precedente—<sup>292</sup> hasta el punto de atribuir al credo religioso el valor de criterio de conexión por encima de la nacionalidad, del domicilio o de la residencia habitual de los esposos: se trata de una previsión basada en el orden público marroquí que, al parecer de la doctrina mayoritaria, puede representar un obstáculo importante en el tráfico jurídico entre Marruecos y los países de Europa<sup>293</sup>.

#### 4. De índole formal: el documento en el que conste la institución constituida ante autoridad extranjera ha de reunir los requisitos formales de autenticidad

290 Cfr. J. Deprez, "Maroc (Pluralisme des statuts personnels. Conflits interpersonnels)", *Juris-Classeur de Droit comparé*, Fasc. 1, 1975.

291 No obstante, se ha hecho notar que la referencia a la Convención de Ginebra resulta confusa por cuanto ella no regula el estatuto de los apátridas dado que éste, en efecto, es disciplinado por la Convención de Nueva York de 28 de septiembre de 1954: cfr. A. Quiñones Escámez, "La réception du nouveau Code de la Famille marocain (*Moudawana*, 2004) en Europe", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2004, nº 3, p. 877. Y aunque Marruecos no sea parte en la última, en la *Guide pratique du Code de la Famille* (3ª ed., editada por la Association de Diffusion de l'Information Juridique et Judiciaire, Rabat, 2005, p. 27) se explica que ello no impide tener en consideración los principios previstos en la Convención de 1954 con el objeto de salvaguardar los intereses de los apátridas.

292 Véase al respecto J. Deprez, "Environnement social et Droit international privé. Le Droit international privé marocain entre la fidélité à l'Umma et l'appartenance à la communauté internationale", *Droit et environnement social au Maghreb*, CNRS, Casablanca, 1989, p. 281 y ss.

293 En cambio F. Sarehane ("Le nouveau Code de la Famille", *Gazette du Palais* [Chonique Judiciaire], nº 247-248 [3-4 de septiembre de 2004], p. 3) considera la cuestión abierta al estimar que la jurisprudencia marroquí debe precisar si bajo el nuevo Código de Familia se va a mantener o no el privilegio de religión en tanto que excepción a la aplicación de la ley nacional en materia de estatuto personal.

consistentes en la legalización o apostilla y en la traducción al idioma español oficial, salvo que conforme a otra norma vigente se exima tal documento de legalización o traducción en virtud de otras normas vigentes<sup>294</sup>.

5. De tipo político: el artículo 34 de la Ley de Adopción Internacional de 28 de diciembre de 2007 se cierra con un apartado 2º que reitera en este específico campo la salvaguarda de los valores fundamentales de nuestro ordenamiento en tanto que contenido del orden público español para las situaciones internacionales al disponer que: “(e)n ningún caso procederá el reconocimiento de una decisión extranjera relativa a estas instituciones si produce efectos manifiestamente contrarios al orden público internacional español”, extremo que la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 15 de julio de 2006, expresamente resalta en relación con el reconocimiento en España de una *kafala* constituida ante autoridad extranjera. Emanando el orden público al que nos referimos en materia de protección del menor de lo establecido en los artículos 14 y 39 de la Constitución de 1978, debe estimarse que la resolución extranjera que constituya una *kafala* y resulte contraria a tal orden público no surtirá efecto alguno en España<sup>295</sup>.

En otro orden de consideraciones, la equiparación de la *kafala* marroquí al acogimiento familiar español operada por el artículo 34 de la Ley 54/2007 de Adopción Internacional goza de algún estimable precedente normativo: en efecto, el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, destinado a reemplazar a la de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores aún vigente para nosotros<sup>296</sup>, recoge de manera expresa, entre las medidas protectoras del menor, su acogimiento mediante *kafala* en sus artículos 3, letra e), y 33, apartado 1º, los cuales establecen un procedimiento ad hoc para este supuesto y otros similares<sup>297</sup>.

---

294 En tanto que España sí lo es, Marruecos no es parte en el Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, suprimiendo la exigencia legalización para los documentos públicos extranjeros, Boletín Oficial del Estado nº 229, de 25 de septiembre de 1978.

295 A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre Adopción Internacional (reflexiones y comentarios)*, cit., p. 315.

296 Boletín Oficial del Estado nº 199, de 20 de agosto de 1987. España firmó el Convenio de 1996 y el de abril de 2003, pero no lo ha ratificado.

297 Marruecos ha sido el único país musulmán que lo ha ratificado (habiendo entrado en vigor para tal reino el 1 de diciembre de 2002), si bien no se halla vigente en el nuestro, que lo firmó el 1 de abril de 2003, por el retraso en la ratificación global por parte de los Estados de la Unión Europea por el contencioso hispano-británico sobre Gibraltar.



Así las cosas, y sentada la equiparación de la *kafala* constituida ante autoridad marroquí al acogimiento familiar regulado en los artículos 173 y 173 bis de nuestro Código Civil, se habría de admitir el acceso al Registro Civil español, conforme a los criterios de inscripción establecidos en los artículos 1 y 15 de la Ley del Registro Civil, del documento marroquí en que constara que, por ejemplo, un matrimonio español se habría hecho cargo mediante *kafala* de un menor marroquí, mediante la siguiente fórmula: entiende la Dirección General de los Registros y del Notariado que se habría producido una situación personal de prohijamiento o acogimiento que resultaría anotable en el Registro Civil a través de documento auténtico *ex* artículo 81 del Reglamento del mismo, anotación que se extenderá al margen de la inscripción de nacimiento o, en su caso, de la anotación soporte prevista en el artículo 154, apartado 1º, del Reglamento del Registro Civil (en concordancia con el artículo 46 de la Ley del Registro Civil).

Solución esta que adquiere aún mayor sentido con vistas al acogimiento familiar preadoptivo (artículos 173 bis, apartado 3º, y 176, apartado 2º, circunstancia 3ª, del Código Civil): la situación de prohijamiento constituida en el extranjero y reconocida en España como tal podrá permitir evaluar el periodo de convivencia del menor marroquí en la familia de acogida en España, todo ello con idea de constituir la adopción *ex novo* en su momento, a fin de establecer un vínculo de filiación definitivo e irrevocable<sup>298</sup>. Cuestión que, según se ha indicado, es objeto de otro capítulo de esta obra.

## IV. ANEXOS

### 1. BIBLIOGRAFÍA

- AFAILAL, H., “El sistema de protección de la infancia en Marruecos: debilidades y consecuencias”, en: <http://www.humanrights-observatory.net/revista5/articulos8/HAFSA%20AFAILAL.pdf>
- ARCE JIMÉNEZ, E., “La *kafala* marroquí y la legislación de extranjería”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 13 (noviembre de 2006), p. 265 y ss.
- CALVO BABIO, F., *Reconocimiento en España de adopciones simples realizadas en el extranjero*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2003.

---

298 Conforme a las citadas normas, no será precisa la fase administrativa previa ni la propuesta previa de adopción en el caso de que el menor lleve más de un año acogido legalmente bajo la medida de un acogimiento preadoptivo o haber estado bajo tutela por el mismo tiempo.

- CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre Adopción Internacional (reflexiones y comentarios)*, Comares, Granada, 2008.
- CAMPA DE FERRER, X., “Las adopciones internacionales y su reconocimiento en España”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 351 (16 de julio de 1998), p. 1 y ss.
- ESPINAR VICENTE, J. M<sup>a</sup>, “La adopción de menores constituida en el extranjero y el reconocimiento de la patria potestad en España (algunas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado)”, *Actualidad Civil*, 1997, nº 32, margs. 757 y ss.
- ESPLUGUES MOTA, C., “Reconocimiento en España de adopciones simples constituidas en el extranjero”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 250, 13 de junio de 1996, p. 1 y ss.
- ESTEBAN DE LA ROSA, G., *El acogimiento internacional de menores: régimen jurídico*, Comares, Granada, 2000
- ESTEVE GONZÁLEZ, L., “Nota a los autos de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de junio y de 4 de septiembre de 1996”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1997, nº 1, p. 261 y ss.
- FERNÁNDEZ MASIA, E., “Nota a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de octubre de 1993”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1994, nº 1, p. 360 y ss.
- FULCHIRON, H., “La *kafala*”, Servicio Social Internacional (Centro Internacional de Referencia para los Derechos del Niño Privado de Familia), diciembre de 2007, en: [http://www.iss-ssi.org/Resource\\_Centre/Tronc\\_DI/documents/FichaNo51ESP.pdf](http://www.iss-ssi.org/Resource_Centre/Tronc_DI/documents/FichaNo51ESP.pdf)
- FULCHIRON, H., “Adoption sur *kafala* ne vaut (à propos des arrêts Civ. 1re 10 octobre 2006)”, *Recueil Dalloz*, nº 12, p. 816 y ss.
- LONG, J., “*Kafala* e ricongiungimento familiare”, *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2008, nº 1, p. 73 y ss.
- LONG, J., “Ordinamenti giuridici occidentali, *kafala* e divieto di adozione: un’occasione per riflettere sull’adozione legittimante”, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2003, nº 2 (marzo-abril), p. 33 y ss.
- LÓPEZ AZCONA, A., “La institución de la *kafala* y el derecho de extranjería: breve noticia de algunas resoluciones judiciales”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 11 (marzo de 2006), p. 223 y ss.
- MENHOFER, B., “Zur *kafala* des marokkanischen Rechts vor deutschen Gerichten (Zu AG Frankfurt a.M., 24.5.1995)”, *Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, 1997, nº 4, p. 168 y ss.
- RODRÍGUEZ BENOT, A., “La eficacia en España de las adopciones simples constituidas al amparo de un ordenamiento extranjero (una relectura del artículo 9.5º Cc a la luz del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993)”, en

CALVO CARAVACA, A. L. e IRIARTE ÁNGEL, J. L. (eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, Madrid, 2000, p. 181 y ss.

- RODRÍGUEZ BENOT, A., "El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural (un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la *kafala*)", *Revista General del Derecho*, n° 667 (abril de 2000), p. 4419 y ss.
- RODRÍGUEZ BENOT, A., "Adopción y *kafala*: un análisis de su alcance respectivo en los ordenamientos islámicos y occidentales", *Derecho internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 195 y ss.
- RODRÍGUEZ MATEOS, P., "Nota a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de mayo de 1992", *Revista Española de Derecho Internacional*, 1992, n° 2, p. 661 y ss.

## 2. LEGISLACIÓN

- Dahír n° 1-02-172 de 13 de junio de 2002, por el que se promulga la Ley 15-01, relativa a la *kafala* de los menores abandonados (Boletín Oficial n° 5031, de 19 de agosto de 2002, en lengua árabe y Boletín Oficial n° 5036, de 15 de septiembre de 2002, en lengua francesa).
- Directiva 2004/38 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (Diario Oficial de la Unión Europea L 158, de 30 de abril de 2004).
- Instrucción DGI/SGRJ/07/2007 de la Dirección General de Inmigración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 27 de septiembre de 2007, sobre acogimiento de menores extranjeros por ciudadanos españoles y el documento denominado *kafala*, en: [http://extranjeros.mtas.es/es/NormativaJurisprudencia/Nacional/RegimenExtranjeria/InstruccionesDGI/documentos/2007/Instruccion\\_DGI\\_06-2007.pdf](http://extranjeros.mtas.es/es/NormativaJurisprudencia/Nacional/RegimenExtranjeria/InstruccionesDGI/documentos/2007/Instruccion_DGI_06-2007.pdf)
- Instrucción DGI/SGRJ/01/2008 de la Dirección General de Inmigración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 17 de enero de 2008, sobre la reagrupación familiar de menores o incapaces sobre los que el reagrupante ostenta la representación legal: desarrolla los artículos 17.1.c) de la LO 4/2000 y 39.c) de su Reglamento, en: [http://extranjeros.mtas.es/es/NormativaJurisprudencia/Nacional/RegimenExtranjeria/InstruccionesDGI/documentos/2008/Instruccion\\_DGI\\_01-2008.pdf](http://extranjeros.mtas.es/es/NormativaJurisprudencia/Nacional/RegimenExtranjeria/InstruccionesDGI/documentos/2008/Instruccion_DGI_01-2008.pdf)
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (Ley de Extranjería), Boletín Oficial del Estado n° 10, de 12 de enero de 2001; dicha norma ha sufrido posteriores modificaciones operadas mediante las Leyes Orgánicas 8/2000,

de 22 de diciembre (Boletín Oficial del Estado n° 307, de 23 de diciembre de 2000); 11/2003, de 29 de septiembre (Boletín Oficial del Estado n° 234, de 30 de septiembre); y 14/2003, de 20 de noviembre (Boletín Oficial del Estado n° 279, de 21 de noviembre de 2003).

- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (Boletín Oficial del Estado n° 312, de 29 de diciembre de 2007).
- Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley de Extranjería (Boletín Oficial del Estado n° 6, de 7 de enero de 2005).
- Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Boletín Oficial del Estado n° 51, de 28 de febrero de 2007).
- Resolución-Circular de 31 de octubre de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en materia de adopciones internacionales (Boletín Oficial del Estado n° 308, de 26 de diciembre de 2005).
- Resolución-Circular de 15 de julio de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales (Boletín Oficial del Estado n° 207, de 30 de agosto de 2006).

### **3. JURISPRUDENCIA**

#### **3.1. De la Dirección General de los Registros y del Notariado**

- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de mayo de 1992, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, n° 1642, p. 4420.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de octubre de 1993, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, n° 1691, p. 5652 y ss.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de octubre de 1995, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, n° 1766, p. 145 y ss.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de febrero de 1996, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, n° 1773, p. 2154 y ss.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de febrero de 2006, Aranzadi Westlaw 2007/108921.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de marzo de 2006, Boletín Oficial del Estado n° 128, de 30 de mayo de 2006.

### 3.2. De la jurisdicción ordinaria

- Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 6ª) de 27 de enero de 2006 (Aranzadi Westlaw 2006/203663).
- Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 6ª) de 3 de marzo de 2006 (Aranzadi Westlaw 2006/241802).
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) de 28 de marzo de 2006 (Aranzadi Westlaw 2008/149354).
- Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2ª) de 16 de enero de 2007 (Aranzadi Westlaw 2007/178227).
- Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) de 15 de septiembre de 2007 (Aranzadi Westlaw 2008/60601).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª), de 14 de septiembre de 2004 (Aranzadi Westlaw 2006/94014).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4ª), de 14 de enero de 2005 (Aranzadi Westlaw 2007/51157).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª), de 21 de febrero de 2005 (Aranzadi Westlaw 2006/291265).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 7ª), de 23 de mayo de 2005 (Aranzadi Westlaw 2006/214863).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª), de 21 de junio de 2005 (Aranzadi Westlaw 2006/137207).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 2ª), de 21 de octubre de 2005 (Aranzadi Westlaw 2006/71643).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5ª), de 16 de marzo de 2006 (Aranzadi Westlaw 2006/148921).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4ª), de 20 de septiembre de 2006 (Aranzadi Westlaw 2008/54022).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 2ª), de 19 de junio de 2007 (Aranzadi Westlaw 2008/52873).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª), de 11 de octubre de 2007 (Aranzadi Westlaw 2008/47910).

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social (Sección 3ª), de 31 de enero de 2008 (Aranzadi Westlaw 2008/959).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª), de 3 de abril de 2008 (Aranzadi Westlaw 2008/189480).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª), de 14 de marzo de 2008 (Aranzadi Westlaw 2008/217100).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª), de 5 de junio de 2008 (Aranzadi Westlaw 2008/294252).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª), de 11 de junio de 2008 (Aranzadi Westlaw 2008/294138).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª), de 10 de julio de 2008 (Aranzadi Westlaw 2008/315217).



**CAPÍTULO III.  
PROTECCIÓN DEL MENOR VENIDO A ESPAÑA  
EN *KAFALA*: ACOGIMIENTO CON TUTELA DATIVA  
Y, EN SU CASO, ADOPCIÓN**

**Ana Quiñones Escámez  
Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)**



## **I. INTRODUCCIÓN: OBJETO DEL TRABAJO**

El objetivo general de esta consultoría, llevada a cabo en el marco de las actividades del Proyecto ADL, es el de compartir las experiencias legislativas y judiciales hispano-marroquíes en el ámbito de la protección del menor, ya sea mediante la *kafala* y su reconocimiento como, en su caso, mediante la adopción.

Las reflexiones precedentes han tratado la *kafala* en el derecho marroquí y su reconocimiento y encaje en el ordenamiento jurídico español. Se tratará, ahora, de determinar el marco jurídico español de protección del menor venido en *kafala* a España.

A tal fin, nos adentraremos tanto en los textos legales como en su aplicación judicial, haciendo hincapié en las cuestiones de derecho internacional privado que toda medida de protección del menor con elemento internacional suscita (o ha de suscitar). Al hilo de la exposición iremos ofreciendo soluciones concretas encaminadas a asegurar la protección óptima del menor en cada uno de nuestros países.

## **II. FUENTES INTERNACIONALES**

Desde el pasado siglo XX la situación jurídica del menor ha ido evolucionando, tanto en el ámbito interno como internacional, hasta considerarlo como un sujeto autónomo, titular de derechos fundamentales y cuyo interés superior ha de ser protegido por los poderes públicos adoptando las medidas más adecuadas a su persona.

La intervención de una autoridad competente es necesaria, pues su protección ha dejado de ser un negocio jurídico privado entre los adoptantes y la familia (civil). En el ámbito internacional, la protección requiere la intervención de una autoridad internacionalmente competente y, si puede preverse o es posible, de la cooperación entre las autoridades de origen y de destino en el supuesto de desplazamiento internacional del menor. La cooperación si deseable, no presupone, empero, la homogeneidad jurídica entre ambos ordenamientos jurídicos. Las autoridades en cada país pueden reconocer las medidas de protección extranjeras u adoptar, en su caso, las medidas de protección del menor solicitadas si son conformes a su legislación (e incluyendo en ésta a las normas de derecho internacional privado). De esta manera, el menor se encontrará protegido, de la manera más óptima posible, en ambos países.

### **1. CONVENIO DE NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS DEL NIÑO: KAFALA Y ADOPCIÓN**

El marco general común, dentro de los textos internacionales relativos a los derechos fundamentales del menor, lo ofrece el Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, adoptado por la Asamblea General celebrada el 20 de noviembre de 1989, del que Marruecos y España son Estados partes.

A tenor de este texto, la intervención de una autoridad pública, ajena a los intereses de las partes implicadas en la relación, es necesaria para asegurar la objetividad en la adopción de medidas de protección del menor que atiendan a su interés superior. Ahora bien, siendo heterogéneo el derecho de la protección del menor de país a país y siendo variable la situación de cada menor (notablemente, con o sin familia), las medidas de protección que recoge el citado Convenio de Naciones Unidas (1989) son plurales. Entre éstas, incluye la *kafala* del derecho islámico y la adopción. Ninguna es excluida en el articulado del Convenio.

En cuanto a la *kafala*, ha sido, además, objeto de atención en un texto específico de protección del menor de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado: el “Convenio de la Conferencia de La Haya, de 19 de octubre de 1996, sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños”. Texto del que ya es parte Marruecos<sup>299</sup>, y que bien pronto lo será España entre otros Estados miembros de la Unión Europea<sup>300</sup>. Cabe esperar que una vez que entre en vigor el “Convenio de 1996 y el Reglamento (CE) n° 2201/2003 o Bruselas II, de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental”<sup>301</sup>, funcionarán conjuntamente y aportarán un marco regional e internacional para la protección de los menores.

### **a) Carácter subsidiario de la protección internacional del menor**

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en el ámbito nacional e internacional (1986) establece que cuando el niño “no pueda ser cuidado adecuadamente en su país de origen”, podrá considerarse la adopción en otro país como forma alternativa de proporcionarle una familia (artículo 17). Del mismo modo, el ya citado Convenio de

---

299 La *kafala* entra en su ámbito material de aplicación (artículo 3) a lo que no fue ajena la delegación marroquí, como indica el informe que acompaña al Convenio, del profesor P. Lagarde.

300 La Unión Europea ha autorizado a algunos Estados miembros (entre los que se encuentra España), en virtud de la Decisión del Consejo, de 5 de junio de 2008 (DO L 151/36 de 11 de junio de 2008) a ratificar o adherirse, en interés de la Comunidad Europea, al “Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños”.

301 DO L 338, de 23 de diciembre de 2003. Ha reemplazado al Reglamento CE n° 1347/2000, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, y ha sido objeto de una leve modificación a través del Reglamento del Consejo n° 2116/2004, de 2 de diciembre de 2004, que tiene por objeto salvar la vigencia del acuerdo existente entre la Santa Sede y Malta (DO L367, de 14 de diciembre de 2004), en vigor en los EEMM, desde el 1 de marzo de 2005, y que está siendo revisado a través de la propuesta de Reglamento del Consejo, modificando el R 2201/2003/CE en materia de competencia y estableciendo normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial (COM (2006) 399 final) conocida como “Roma III”, de 17 de julio de 2006.

Naciones Unidas sobre Derechos del Niño (1989) establece que sólo debe plantearse la posibilidad de constituir una adopción internacional —y entendemos que lo mismo vale para la *kafala* internacional— cuando se haya demostrado que no se dispone de una familia alternativa para el niño en su propio país de origen.

Este principio de subsidiariedad se corresponde con el derecho de los niños “privados de su medio familiar [...] a la protección y asistencia especiales del Estado”. Es decir, que —ante todo— el país originario del niño, donde nace y está viviendo, ha de ocuparse del mismo (artículos 20 y 21). Si bien, en interés del menor, puede adoptar una medida internacional de protección, a fin de evitar —conforme al artículo 25 del Convenio— que niños que podrían de ser adoptados permanezcan “institucionalizados” hasta quedar olvidados en un orfanato (en cuanto a la búsqueda y colocación en familia).

Bajo tal importante parámetro de la subsidiariedad, la protección internacional del menor —sea en *kafala* o en adopción u otra medida— sólo resulta procedente cuando el niño “no puede ser atendido adecuadamente en su país de origen” y puede optimizarse su protección dándolo a una familia residente en el extranjero. El que la protección internacional se configure como una medida *subsidiaria*, con respecto a la protección del menor en el país de origen, exige a las autoridades de origen el priorizar la colocación del menor con su familia extensa (si la tiene) o con terceros que residan en el país (artículo 4º a y b) antes de proceder a una medida internacional de protección. La protección internacional del menor —ya sea en *kafala* o en adopción— ha de configurarse como un recurso subsidiario para ofrecer a un niño una familia y un entorno afectivo estable. Ha de evitarse el desplazamiento del menor a otro país, particularmente cuando tal desplazamiento supondrá una ruptura, de derecho o de hecho, con la familia biológica (de haberla). Entre las soluciones internas cabe incluir el prestar apoyo a las madres solteras, evitando la estigmatización de que es objeto el hijo natural, pues de madres “abandonadas” —algunas de ellas, a su vez, menores— resultan hijos abandonados.

Se desprende, pues, de la filosofía y de las normas internacionales relativas a la protección internacional del menor que tanto la *kafala* internacional como la adopción internacional son soluciones aceptables para los niños cuya atención y cuidados adecuados no puede garantizarse en el país de origen, y que ambas han de tener por objetivo el evitar las secuelas de una institucionalización prolongada del niño que, con el paso del tiempo, resulta definitiva.

## **b) Correlación entre competencia y ley aplicable**

El célebre asunto *E. Böll* —conocido por el Tribunal Internacional de Justicia el 28 de enero de 1958—<sup>302</sup> condujo a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado a adoptar un enfoque nuevo en la protección internacional del menor,

---

302 Al respecto, J. A. Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado*, Tecnos, pp. 101-107.

distinto al del Convenio de La Haya de 1902, y que fuera más allá del tradicional ámbito del derecho privado (civil) y del estatuto personal (ley nacional). Este nuevo enfoque dio lugar al Convenio de La Haya de 1961, que favorece la intervención de las autoridades públicas y la ley de la residencia habitual del menor. Y, junto a ello, el reconocimiento de las normas de aplicación inmediata o necesaria del lugar donde efectivamente se halle o encuentre el menor<sup>303</sup>. Tal orientación se ha visto reforzada, en nuestros días, con el Convenio de la Conferencia de La Haya, de 19 de octubre de 1996, sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. Texto —cabe recordar— del que es parte Marruecos (a lo que no ha sido ajena la introducción de la *kafala* en su articulado) y del que pronto lo será España entre otros Estados miembros de la Unión Europea. De hecho, sus disposiciones han ampliamente inspirado las del citado Reglamento (CE) n° 2201/2003/CE —o también conocido como “Bruselas II”—, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental<sup>304</sup>. En ambos textos, el criterio de competencia internacional principal es el de la *residencia habitual del menor* en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional<sup>305</sup>.

Por consiguiente, tales previsiones legislativas *deberían* conducir a *desplazar la competencia de las autoridades de la nacionalidad* del menor venido en *kafala* (y de su ley) en favor de la competencia de las autoridades de la *residencia habitual* (y de su ley). La cuestión es relevante para el menor venido en *kafala*, ya sea para asegurar o para optimizar su protección internacional en el país de la residencia habitual.

## **2. OPTIMIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL MENOR *MAKFOUL*: SITUACIÓN DE DESAMPARO EN CASO DE FALLECIMIENTO DEL *KAFIL***

Los convenios internacionales sobre los derechos fundamentales del menor y sobre su protección jurídica internacional consideran a la *kafala* y a la adopción como medidas válidas y distintas de protección del menor constituidas por la autoridad pública. Ni la *kafala* ni la adopción plantean un problema de orden público internacional a la luz de los textos internacionales.

---

303 Normas internacionalmente imperativas o leyes de naturaleza positiva rigurosamente obligatoria de las que ya hablaba F. C. Savigny (*Sistema del derecho romano actual*, 1879, t. VI, p. 138).

304 DO L 338, de 23 de diciembre de 2003. Ha reemplazado al Reglamento CE n° 1347/2000, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, y ha sido objeto de una leve modificación a través del Reglamento del Consejo n° 2116/2004, de 2 de diciembre de 2004, que tiene por objeto salvar la vigencia del acuerdo existente entre la Santa Sede y Malta (DO L367, de 14 de diciembre de 2004).

305 Artículo 8 del Reglamento que se inspira en el artículo 5 del Convenio de La Haya de 1996 que refuerza el criterio de la residencia para superar los problemas de concurrencia con las autoridades nacionales del Convenio de La Haya de 1961.

Sin embargo, existen no pocas dificultades prácticas en el reconocimiento de tales medidas por parte de los Estados: de una parte, en el encaje de la *kafala* en los países que no conocen la institución y, de otra, en la admisibilidad de la adopción en el mundo musulmán, al estar prohibida en la mayor parte de los países de religión musulmana sobre la base común de los versículos 33:4 y 33:5 del Corán. Así, el artículo 149 del Código de la Familia marroquí (2004) establece que la adopción (*tabanni*) es “nula” y el artículo 46 del Código de Familia argelino —de 1984, y reformado, aunque no en este punto, en el año 2005— que la adopción “está prohibida por la *charía* y la ley”<sup>306</sup>.

La referencia a la *charía* (en el derecho argelino) recuerda, de manera formal, el fundamento religioso de la prohibición. Si bien, la prohibición de la adopción no está generalizada en todos los países de religión musulmana: Túnez, Turquía e Indonesia hacen excepción. Indonesia —país musulmán, pero no árabe— contempla la adopción en su legislación. El Código Civil turco la regula en los artículos 305-320, introducidos por la Ley 4721 de 22 de noviembre de 2001. Y Túnez, a través de la Ley 1958-0027, de 4 de marzo de 1958, regula tanto la tutela pública y la tutela oficiosa (equivalente a la *kafala*) como la adopción (incluida la plena)<sup>307</sup>.

Es interesante destacar que el legislador tunecino introduce la adopción en el respeto a las disposiciones religiosas —de hecho, la pertenencia a la confesión musulmana es exigida tanto para la *kafala* como para la adopción— por cuanto es un imperativo del Corán el socorrer a los menores abandonados<sup>308</sup>. Lejos de ver en la adopción una ofensa a la religión, se considera la adopción de menores abandonados como una obra piadosa. Se une a lo anterior razones de índole práctica. Notablemente, la de poner freno a las prácticas fraudulentas en materia de Estado Civil (falsedad de datos relativos a los nacimientos) que, para burlar la prohibición, era la vía seguida por los padres deseosos de tener hijos propios con un resultado equivalente al de la adopción o, incluso, a la filiación legítima<sup>309</sup>. El legislador tunecino pensó que con la adopción aminoraría el fraude, en alguna medida, pues crea un vínculo de filiación y permite la transmisión del apellido.

---

306 Ningún vínculo de filiación es creado entre el *makfoul* y el *kafil*. El menor *makfoul* conserva su filiación de origen y en consecuencia los derechos que se derivan (derechos sucesorios, obligación de alimentos, impedimentos al matrimonio). El que se permita donar un legado al menor *makfoul* por vía testamentaria no implica el establecimiento de un vínculo de filiación (paterna) y sigue las leyes del testamento. Es decir, el límite de la tercera parte de los bienes aplicable a la libertad de disponer en el derecho musulmán.

307 La ley prevé que un tunecino pueda adoptar a un niño extranjero, pero no a la inversa (artículo 10). Ello da a pensar que se trata principalmente de una adopción interna. Lo que podría ser lógico teniendo en cuenta el carácter subsidiario que ha de tener la adopción internacional. La internacional no es excluida, pero parece que los adoptantes han de ser musulmanes al menos cuando el adoptado es musulmán (tunecino). Lo cierto es que la ley no especifica el supuesto de la adopción de un menor tunecino por parte de extranjeros.

308 F. Mechri, *L'adoption en droit tunisien et dans les pays musulmans*, 2004, p. 225.

309 N. Ait-Zai, “L'enfant illégitime dans la société musulmane”, *R.T.D.*, 1990, p. 19, y E. de Gaudin de Lagrange, “L'adoption: une ancienne pratique tunisienne devenue loi”, *Rev. Alg. des Sc. Jur. Ec. Et poli.*, 1968, p. 1143.

Antes incluso de promulgarse la ley, en el año 1937, un jurista y un sociólogo habían alertado sobre esta práctica en Túnez<sup>310</sup>, que podía venir acompañada de problemas de corrupción de los funcionarios. Cabe, también, traer a colación, por ser un dato poco conocido, el que en Argelia, tras la independencia, cuando pasó a ser una república socialista, al prestarse mayor atención a las preocupaciones sociales, la cuestión de la adopción fue puesta sobre la mesa. Los certificados por los que se otorgaba el cuidado de un menor decían que: “Este niño es confiado en vistas a su adopción”, y que: “La adopción definitiva será realizada tras la aparición del Código de Familia”<sup>311</sup>. En este dato encontramos una explicación a la existencia de decisiones de exequátur favorables al reconocimiento de adopciones extranjeras (francesas) antes del año 1965<sup>312</sup>.

Es plausible pensar en una reforma al respecto que, sin abandonar la *kafala*, permitiera optimizar la situación del menor *makfoul* a fin de evitarle la presión social que se deriva de su estatus de “menor abandonado o de menor sin filiación conocida”, y más en un ámbito jurídico y social donde la filiación natural es considerada ilegítima. Es más, en el día a día de la realidad social, la *kafala* supone una “adopción de facto” para los interesados (si bien no tiene los mismos efectos jurídicos), por cuanto el *kafil* tiene que cuidar al menor *makfoul* “como lo haría un padre por un hijo” (como dice el artículo 2 de la Ley de *kafala* de niños abandonados o el artículo 116 del Código de la Familia argelino). Y cierta evolución se ha producido en los países que mantienen la prohibición, al permitirse la *concordancia* de los apellidos entre el *kafil* y el *makfoul*, mientras esté vigente la *kafala* (hasta la mayoría de edad)<sup>313</sup>. No se trata, empero, de una transmisión del apellido, pues la prohibición de la adopción, al reposar en la necesidad de eliminar el impedimento matrimonial entre la familia del *kafil* y la del *makfoul*, ha de evitar que la relación pudiera parecer incestuosa. Pero es posible el concordar los apellidos del menor abandonado sujeto a *kafala* con los apellidos del *kafil* (en Marruecos y en Argelia)<sup>314</sup>. Si bien, la previsión ofrece dificultades cuando el

---

310 G. H. Bousquet y A. Demeerseman, “L’adoption dans la famille tunisienne”, *Rev. Alg.*, 1937, p. 137, cit. por F. Mechri, *op. cit.*, p. 137.

311 F. Mechri, *op. cit.*, p. 224.

312 Si bien se trata de supuestos en los que tanto los adoptantes como el adoptado son extranjeros (franceses) que residen en Argelia. Fue en 1965 cuando se decidió suspender los certificados de adopción.

313 Puede prolongarse en el caso de un menor *makfoul* con discapacidad o en el caso de que se trate de una niña (hasta el matrimonio), aunque el *kafil* (tutor) siempre puede revocar la *kafala*. Vid. artículo 25 de la Ley de *kafala* de niños abandonados. La mayoría de edad es fijada a los 18 años en Marruecos (artículo 19 del Código de Familia). Sin embargo, cuando se trata de una niña se prolonga hasta el matrimonio. Esto se deduce del artículo 20 de la Ley de *kafala* de niños abandonados. Si bien el *kafil* que quisiera revocar la *kafala* estaría facultado para ello.

314 En Argelia tras el Real Decreto nº 92-24, de 13 de enero de 1992, por el que se modifica el Decreto nº 71-157 relativo al cambio de apellido, y en Marruecos tras la Ley 97-99 relativa al estado civil de 3 de octubre de 2002. Ambas leyes prevén la concordancia de los apellidos, pero la subordinan al cumplimiento de dos condiciones: la ausencia de padre conocido y el consentimiento de la madre, si es conocida. La demanda debe efectuarla el *kafil*, que podrá ver su apellido registrado en el acta y extractos del acta de nacimiento con la mención marginal del “niño *makfoul*”.

*kafil* es extranjero y no sólo registrales (actos inscribibles) sino vinculadas a la necesidad de que *kafil* y *makfoul* lleven apellidos árabo-musulmanes.

En todo caso, aunque sea difícil la evolución del derecho interno (que es cosa de cada Estado), sí podría darse el reconocimiento mutuo en el ámbito internacional de ambas medidas (tanto de la *kafala* como de la adopción) manteniendo el que no fuera posible la constitución de cualquiera de ellas en cualquier país. Lo que sería ajustado a la visión metodológica actual en derecho internacional privado atenta a la distinción entre la creación de situaciones jurídicas (método de los conflictos de leyes o de derecho aplicable para el establecimiento de la filiación o de una medida de protección del menor) y el reconocimiento de actos públicos, decisiones o situaciones jurídicas válidamente creadas en el extranjero sobre las que las partes han fundado sus legítimas expectativas al solicitar el reconocimiento<sup>315</sup>.

Podría suceder aquí lo mismo que sucede con el matrimonio poligámico, que no sería posible el celebrarlo en todos los países, pero sí el reconocer sus efectos. Es decir, que se reconociera la medida adoptada por la autoridad internacionalmente competente en cada país (sea la *kafala* o la adopción) y *sin perjuicio de que en cada país adoptara soluciones internas distintas en la protección* de los menores que residen habitualmente en el territorio. Este modo de ver las cosas permitiría, en interés del menor, el asegurar y optimizar, en cualquier país, la más efectiva y la más óptima protección del menor atendiendo a la legislación (incluidas las normas de derecho internacional privado).

La optimización de la protección del menor en el país donde reside puede resultar conveniente, en algunos casos, al pesar sobre el menor *makfoul* el riesgo de la posible extinción de la *kafala*. Notablemente, en el supuesto de que el *kafil* fallezca y el menor *makfoul* sea huérfano o no tenga filiación conocida, pues la *kafala* no lo integra jurídicamente en la familia de acogida. La optimización no es nada desdeñable tratándose de una *kafala* internacional (de extranjeros), pues ésta afecta, por lo general, al menor declarado previamente abandonado e implica no a familiares (*kafala* obligatoria o *kafala* notarial), sino a terceros ajenos a la familia y extranjeros (españoles). Cabe recordar que el principio de subsidiariedad, que debe presidir a toda medida internacional de carácter permanente de protección del menor, presupone —o debería suponer— que se ha adoptado una *kafala* internacional porque no se ha encontrado, previamente, una solución interna adecuada para ese menor, en concreto, en el territorio.

---

315 El método del reconocimiento de situaciones, al igual que el de sentencias o actos públicos, excluye el control conflictual (sobre la ley aplicada por la autoridad extranjera). P. Lagarde, "Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures", *RabelsZ*, 2004-2, pp. 225-243; P. Mayer, "Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé", *Le Droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005 pp. 547-573, y A. Quiñones, *Uniones conyugales o de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional (actos públicos y hechos o actos jurídicos en el derecho internacional privado)*, Atelier, Barcelona, 2007, y la bibliografía citada.

Se une a lo anterior el que, si bien el menor en *kafala* tiene derecho a las mismas prestaciones sociales que un niño legítimo en Marruecos (artículo 2, apartado 5 de la Ley marroquí de 13 de junio de 2002 sobre la *kafala* de los niños abandonados) o que cualquier menor natural, adoptado o acogido en España, difícilmente va a tener las prestaciones sociales de “orfandad”, ya sea en Marruecos o en España, al no crearse con la *kafala* el vínculo necesario de filiación.

Otro factor de complicación en la posible desprotección del menor venido en *kafala* es que el *kafil*, cuando es un varón, ha de estar casado. Pero no transmite la *kafala* a su mujer en caso de que fallezca. Igualmente, si el *kafil* es una mujer (sólo están excluidos los varones solteros) existe el inconveniente de que sea una única persona, y que si fallece deje al menor *makfoul* en una situación precaria al no integrarse en la familia que lo acoge<sup>316</sup>. El resultado, a evitar, sería que el menor, que ha venido con una *kafala* internacional, pudiera verse, de nuevo, “institucionalizado” en nuestro país tras la muerte del *kafil*.

Pero incluso, sin fallecer el *kafil*, el menor *makfoul* podría verse afectado por los problemas derivados de la crisis matrimonial del *kafil*. La atribución de la responsabilidad parental sobre el menor en *kafala* resulta incierta por cuanto el *kafil* o titular de la *kafala* es propiamente el marido (no la esposa), aunque ambos asuman el ejercicio efectivo de los deberes vinculados a la *kafala*.

Junto a lo anterior, es necesario distinguir entre la *kafala* intrafamiliar (entre nacionales de la misma familia) y la *kafala* de terceros (ajenos a la familia) y de *kafil* extranjero. La primera suele ser *interna*, aunque pueda posteriormente internacionalizarse por el desplazamiento del *kafil* o el menor. Puede, incluso, ser una *kafala* obligatoria (atribución legal de la tutela a un miembro de la familia en defecto del padre) o voluntaria y equivaler a una delegación de la responsabilidad parental por parte de los padres (*kafala* notarial). En cambio, cuando la *kafala* concierne a un *kafil* extranjero (residente en el extranjero), el menor habrá sido previamente declarado abandonado y sujeto a tutela pública. Esta *kafala* —que es siempre judicial— suele ir acompañada de tutela dativa (o designada por el juez), que confiere al *kafil* la representación legal del menor (artículos 230-235 y 245 y ss. del Código de Familia marroquí).

Es importante retener que la *kafala* no es un concepto unívoco y que existen casos distintos de *kafala*, pues tendrá consecuencias en vistas a determinar la entrada en el territorio y, en su caso, si procede la adopción del menor en nuestro país. En la *kafala* del menor abandonado no habrá padres biológicos (menor sin filiación conocida, huérfano o de padres privados de la patria potestad) que deban prestar los consentimientos necesarios ni surgirá siempre la dificultad de que no puedan prestar un consentimiento informado para una adopción que está

---

316 En Argelia (artículo 125 del Código de Familia) existe la posibilidad de que los herederos devengan titulares de la *kafala*, pero es una facultad, no una obligación.



prohibida por la legislación de su ley personal. En estos casos, la representación del menor la tendrá el *kafil* o tutor extranjero, lo que facilita —en su caso— el procedimiento de adopción.

La adopción del menor venido a España en *kafala* con tutela dativa ha de ser solicitada por el *kafil* y constituida por el juez español *de acuerdo con el sistema español de derecho internacional privado*, y con las garantías de derecho material que exija el ordenamiento aplicable. Y, si las hubiere, de acuerdo con los requisitos suplementarios o las normas *materiales especiales de derecho internacional privado* que el legislador español pudiera añadir para el supuesto de la adopción del menor de estatuto personal prohibitivo. Requisitos suplementarios que irían destinados a salvar el inconveniente de que la autoridad de origen no puede, en contra de su ley, determinar que el menor es adoptable (o la adoptabilidad del menor).

Sin embargo, el que la *kafala* sea internacional (porque no se ha encontrado en el país de origen una solución interna adecuada); el que el *kafil* sea extranjero (español o no nacional de un país musulmán que prohíba la adopción), y el que tenga la tutela dativa del menor facilita las cosas. El “caso tipo” de menor venido en *kafala* con *kafil* extranjero (español) exige una *kafala* judicial (no una *kafala* acordada con los padres biológicos o notarial). Esta *kafala* es judicial y afecta a un menor que ha sido declarado previamente abandonado por la competente autoridad del país de origen. Ha de tratarse de un menor “institucionalizado” en una asociación u orfanato (puesto a tutela pública) antes de otorgarse la *kafala* al *kafil* extranjero. La declaración de abandono va precedida de una investigación (el menor suele ser de filiación desconocida) y el juez de tutelas competente —que en Marruecos de la circunscripción del lugar de residencia del menor abandonado— suele otorgar la tutela dativa, que confiere al *kafil* no sólo la *kafala* (cuidado), sino la representación legal del menor. Lejos queda el supuesto del menor venido en *kafala* de un irresponsable “secuestro humanitario de menores”, como el suscitado en el Chad —hace justo un año— por la ONG “L’Arche de Zoé”<sup>317</sup>.

La necesidad de que una autoridad competente garantice la medida de protección internacional del menor planteará problemas de reconocimiento cuando la *kafala* no sea judicial sino notarial o convenida por los padres. Notablemente cuando no existe prueba de que ha sido homologada judicialmente ni de que haya una autorización de la salida del menor del territorio por la competente autoridad de origen ni de entrada al nuestro conforme a la normativa de inmigración. La cuestión puede ilustrarse con un asunto que recientemente ha salido en la prensa francesa y argelina: el de Mohamed, un menor argelino encontrado solo, el pasado mes de agosto, en una calle de Marsella (Francia). Fue reclamado por

---

317 Artículos 11, 22 y 38 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño (1989).

Fatna, una mujer de nacionalidad argelina, que se encontraba de viaje a Argelia por enfermedad de su madre en el momento en el que se encontró el menor. Las pruebas del ADN demostraron, empero, que Fatna no era la madre biológica del menor y ésta manifestó a las autoridades francesas que el niño era hijo de una madre argelina soltera que se lo había confiado en *kafala*, y que solicitaría de las autoridades de su país los papeles que lo demostraran. La prensa se hizo eco del caso y todo tipo de especulaciones e imputaciones se cernieron sobre la joven (un delito por simulación de hijo —sancionado en Francia con tres años de prisión y una multa de 45.000 euros— la entrada irregular del menor y la sospecha de utilizarlo para percibir prestaciones sociales al encontrarse en Francia sin trabajo y con otros cuatro hijos a su cargo). La *kafala* pudo acreditarse, finalmente, con los documentos oficiales pertinentes (*kafala* judicial) de las autoridades argelinas, pudiendo retornar el menor con la *kafil* tras haber pasado cierto tiempo en los servicios sociales<sup>318</sup>.

Cabe retener de lo anterior que sólo una *kafala* judicial podría ser reconocida y tal exigencia se reforzará en nuestro país con la entrada en vigor del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección internacional de menores.

También la edad de los menores suele ser distinta según el caso-tipo de *kafala* “intra” o “extra” familiar. Cuando la *kafala* es intrafamiliar, los menores suelen ser adolescentes. En cambio, cuando concierne a extranjeros (españoles) los niños suelen ser recién nacidos o de poca edad (de pocos meses a tres años). El que haya niños en tal situación es debido —al igual que ocurría en otro tiempo en España— a la falta de métodos de contracepción disponibles y a la estigmatización que pesa sobre las madres solteras y sus hijos en países donde la filiación matrimonial es la legítima<sup>319</sup>. En este contexto, las jóvenes madres dejan a sus hijos —con la esperanza de que encuentren un futuro mejor— en hospitales (el parto anónimo está permitido en Argelia o en Marruecos) o a la vista para que la policía los encuentre y los lleve a las asociaciones de protección de menores u orfanatos.

Esta realidad es percibida, más tarde, en los países europeos, y no sólo por medio de menores que vienen en algún tipo de *kafala* intrafamiliar, sino mediante la realidad de los menores “no acompañados”<sup>320</sup>. Si bien es sabido que no todos los menores que vienen en *kafala* son menores abandonados o sin filiación conocida (*kafala* obligatoria, notarial o intrafamiliar) ni todos los menores que vienen solos

---

318 En la prensa se dice, también, que tal *kafala* judicial podría servir de base al juez de menores de Marsella para tramitar la adopción, único medio seguro de optimizar la protección del menor en Francia. La *kafala*, empero, puede ser reconocida. Y resta por ver si el derecho internacional privado francés haría posible tal adopción, en este caso, salvando la prohibición de la adopción prevista en la Ley Nacional del Menor. No lo pensamos, pues no se trata de un menor nacido en Francia, requisito que se desprende de la Ley 2001-111, de 6 de febrero de 2001, relativa a la adopción internacional, sobre la que tendremos ocasión de volver.

319 J. Bourhim Sedqi, *Les orphelins de l'Islam*, 2001 (*passim*).

320 Resolución del Consejo de la Unión Europea 97/C 221/03, de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (DOCE nº C 221, de 19 de julio de 1997).

(no acompañados) carecen de familia en el país de origen. La entrada en un país europeo forma parte, a veces, de un proyecto migratorio personal<sup>321</sup>, alentado por los padres y por los medios de comunicación y dado que las leyes de extranjería son cada vez más estrictas para los adultos.

Por último, no obviaremos la dificultad que pueda suponer el que la *kafala* sea otorgada a un *kafil* extranjero (de un país que regula la adopción), pero de “confesión musulmana”. En la práctica, el requisito entraña un acto expeditivo de conversión del *kafil* español antes de otorgársele la *kafala*. Se supone que el *kafil* extranjero, por ese acto de conversión, no va a solicitar una adopción que está prohibida por el derecho coránico común<sup>322</sup>. Pero algunos *kafils* podrán estar tentado al *forum shopping* y, otros, pensar que lo mejor para el menor es adaptar la protección al país de residencia no limitando su situación y estatuto personal al de la nacionalidad de origen o del país de nacimiento.

Veremos más adelante, al examinar las soluciones en el derecho comparado, una decisión del Tribunal de Justicia de Ginebra, de 26 de enero 2006<sup>323</sup>, de cuyos hechos se deduce la apertura de los *kafils* con respecto a la prohibición de la adopción de origen religioso. En autos, un matrimonio suizo *kafil*/adoptante (domiciliado en Suiza), que ya tienen en adopción a una niña marroquí, piden a las autoridades suizas la autorización para acoger a un niño marroquí en Marruecos, a fin de extender la familia con un hijo y un hermano. En una mesa redonda organizada por la asociación de protección del menor Ligue Marocaine pour la Protection de l’Enfance, expresan su convicción con respecto a su conversión al Islam de la siguiente manera: “Los cristianos, los judíos y los musulmanes loan a un Dios único y común, adorado simplemente bajo nombres distintos y nos esforzamos por inculcar en su hija sentimientos auténticos y en primer lugar el amor al prójimo”. En otras palabras, la sensación es la de que existe cierta tolerancia, de un lado y otro, con respecto a las diferencias, pues nadie puede pretender exportar las prohibiciones jurídicas internas, en todo tiempo y circunstancias, y menos aún las basadas en motivos religiosos.

Tampoco es posible pedir al juez español que controle un tal fraude a la ley extranjera cuando esté basado en las creencias de los *kafils* (españoles o extranjeros) que solicitan la adopción del menor venido en *kafala*. Tal control sería contrario al principio de la libertad religiosa (al derecho a tener y a cambiar de religión), que está protegido en el artículo 16 de la Constitución española.

---

321 El 44% de la población es menor de 15 años según las cifras del Banco Mundial del año 2001. El dinero de los emigrantes es decisivo para el aumento o la disminución de la pobreza, en: <http://wbln0018.worldbank.org/>

322 De ahí que Marruecos —pese a la proximidad— no sea un país priorizado (está en una doceava posición en las estadísticas) en la “búsqueda de un hijo” por parte de los “adoptantes” españoles, pues no es posible la equivalencia (o conversión) de la *kafala* en adopción internacional.

323 FamPra.ch-2006-748.

El límite posible, en las relaciones internacionales, es el que ofrecen las normas de derecho internacional privado y el ordenamiento competente a tenor de las mismas.

El carácter no unívoco de la *kafala* exige, empero, el hacer frente a problemas distintos para el derecho internacional privado español. En las *kafalas* intrafamiliares, las cuestiones de inmigración y las de reconocimiento de la *kafala* como medida de protección del menor son las que centrarán la atención. En las *kafalas* con terceros, no sólo podrá centrar la atención el reconocimiento de la *kafala* —y la cuestión de la entrada del menor en el territorio—, sino la solución que se da a una *solicitud de adopción del menor para optimizar su protección*, notablemente cuando se trate de un menor huérfano o sin filiación conocida. Sólo en algunos casos será posible el garantizarle la plena integración en la familia de acogida, mediante la adopción y la percepción de la prestación social de orfandad si el *kafil*/adoptante fallece.

### **3. PENSIÓN DE ORFANDAD DEL MENOR VENIDO EN KAFALA**

El derecho a las prestaciones familiares del *makfoul* trae causa en la noción de “menor a cargo” en la que está incluido. Donde se hace sentir la diferencia entre el menor acogido (*makfoul*) y el menor adoptado es —dentro de las prestaciones de la Seguridad Social— con respecto a la prestación de orfandad. En este ámbito, la creación jurídica de una filiación —lo que permite la adopción, pero no el acogimiento— optimiza la protección jurídica del menor que queda huérfano. La pensión de orfandad, prevista en el artículo 175 LGSS española, se reconoce a los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, siempre que, al fallecer el causante, sean menores de 18 años o estén incapacitados para el trabajo.

En el ámbito de las relaciones internas, los tribunales deniegan la condición de beneficiario de la pensión de orfandad al menor acogido. Es el caso de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de fecha 20 de julio de 1994, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 3 de mayo de 2002, y del Tribunal Supremo, de 3 de noviembre de 2004, en un recurso de unificación de doctrina, en un supuesto interno de acogimiento de un nieto por su abuelo y donde el Tribunal Supremo atendió al argumento de que el Código Civil prohíbe la adopción de descendientes (artículo 175.3.1<sup>o</sup>)<sup>324</sup>. El Tribunal Supremo señaló que la filiación (por naturaleza o adoptiva) y el acogimiento son instituciones distintas en naturaleza, constitución y efectos. De ahí que no quepa invocar el principio de igualdad. Aunque deja entender el Tribunal Supremo que la actual

---

324 Sentencia de Tribunal Supremo, Sala Cuarta de lo Social, de 3 de noviembre de 2004, Recurso nº 2345/2003, ponente Mariano Sampedro Corral.

regulación legal pudiera ser criticable, considera que no se puede por vía judicial crear prestaciones contributivas que sólo compete determinar al legislador.

También en el ámbito de las relaciones internacionales se ha planteado la cuestión, afectando a un menor marroquí venido en *kafala*. Si bien, en este caso, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el 31 de enero de 2008, ha reconocido el derecho a la pensión de orfandad por el fallecimiento del *kafil* del menor, pero basándose en que su ley personal ha impedido crear el vínculo de filiación adoptivo<sup>325</sup>. Interesa, a nuestros fines, destacar que la motivación del tribunal se basa en el derecho extranjero. El tribunal considera que no se da la misma situación que trató el Tribunal Supremo, en su ya citada sentencia de 3 de noviembre de 2004. En concreto, por la existencia de la prohibición de la adopción en la ley nacional extranjera del menor. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid considera que la adopción del menor (creadora del vínculo de filiación) no se solicitó *porque no podía constituirse a tenor de la ley personal del menor*. Es más indica que: “La ‘filiación’ deviene de imposible cumplimiento [...] por aplicación de su ley personal”. Y que, en tal caso, cabe proceder a cierta analogía con las personas que no pudieron casarse por no poderse divorciar: “Debiendo en este punto traer a colación, por analogía con el supuesto debatido, las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 11 de octubre de 1986, en recurso por infracción de ley, o sentencia, de 25 de septiembre de 1992, en Recurso nº 13/92 de unificación de doctrina, entre otras, en relación con las pensiones de orfandad y viudedad, de quienes cumpliendo el requisito de la convivencia con el causante no habían podido formalizar el vínculo familiar por impedimentos legales, al haber fallecido el causante con anterioridad a la Ley 30/1981, de 7 de julio, de reforma del Código Civil, denominada ‘Ley del Divorcio’”.

La decisión es, empero, criticable. Sin perjuicio de la falta de clarificación existente en España sobre este tema y de la confusión a que ha podido llevar el vaivén de textos en la gestación de la Ley de Adopción Internacional (como veremos más adelante) no puede afirmarse de forma rotunda que, siendo los adoptantes españoles y residiendo con el menor en España, no hubiera podido constituirse la adopción (si hubiere sido solicitada) ya sea conforme al artículo 9.5 del Código Civil anterior, o conforme a los artículos 18 y ss., de la vigente Ley 54/2007, de 28 de diciembre de 2007, relativa a la adopción internacional.

La incógnita, relativa a la aplicación de ley extranjera, ha de despejarse con las normas de derecho internacional privado. Cosa distinta es el que dada la finalidad es asistencial de la pensión de orfandad y el que la *kafala* supone, a menudo, una “adopción de facto”, pudiera incluirse al menor venido en *kafala*

---

325 Sentencia de Tribunal Superior de Justicia —Madrid— Sala de lo Social nº 58/2008, de 31 de enero de 2008, Recurso nº 2423/2007, ponente José Ramón Fernández Otero.

entre los beneficiarios de la misma en caso de muerte del *kafil*, atendiendo a su interés superior en el caso concreto (artículo 3 del citado Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño).

### **III. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y PROHIBICIÓN DE LA ADOPCIÓN**

La regulación de las cuestiones relativas a la capacidad, la protección de menores y el establecimiento de la filiación difieren de país a país. Los conflictos entre las leyes potencialmente aplicables han de solventarse a través del derecho internacional privado. Respecto a la filiación, las normas de conflicto son distintas según las categorías comprendidas (establecimiento de la filiación, constitución de la adopción, efectos de la filiación, responsabilidad parental, transmisión del apellido) pudiendo designar la norma de conflicto tanto al derecho propio como a un derecho extranjero.

#### **1. MÉTODOS Y TÉCNICAS EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: LAS LEYES DE POLICÍA**

El método conflictual de F. C. de Savigny (XIX) tiene por objetivo el coordinar los ordenamientos jurídicos estatales salvaguardando la *continuidad* en el espacio y el tiempo de las relaciones y situaciones privadas internacionales a través de las fronteras.

La idea de reconocer las situaciones privadas creadas al amparo de otro ordenamiento se ha visto renovada y fortalecida, en nuestros días, con el llamado método del reconocimiento en el foro, no sólo de decisiones judiciales y actos públicos (en los que estaría la *kafala* y la adopción), sino de *situaciones* creadas válidamente en el extranjero.

Tal método de reconocimiento tendría que facilitar tanto la eficacia de la *kafala* como el de la adopción. Si bien, todo reconocimiento exige pasar el límite del orden público internacional teniendo en el punto de mira, notablemente, la protección de los derechos individuales o los intereses *privados*.

No obstante, allí donde es mayor la disparidad jurídica el método conflictual y el del reconocimiento suelen concurrir con otro método: el de las leyes de carácter imperativo o el de las leyes de policía. En tal caso, se hace difícil el mantener el postulado universalista de la neutralidad, la cooperación o, en definitiva, la ausencia de intereses públicos o estatales en las relaciones privadas internacionales. La prohibición de la adopción parece atender a este método. No quedando clara si la vocación de aplicación de dicha prohibición podría ceñirse al territorio (Marruecos) y afectar sólo a los menores nacionales o extranjeros residentes.

Sea como fuere, las leyes de policía son de aplicación inmediata y necesaria en el foro (territorio), pero fuera del mismo su aplicación está lejos de estar garantizada. Las autoridades extranjeras pueden tenerlas en consideración si su sistema de derecho internacional privado lo permite. Y, en cualquier caso, no cabe obviar, en la práctica, la norma supranacional del artículo 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño (que vincula a nuestros dos países) y que exige a las autoridades públicas el dar una solución al caso concreto, *in casu*, que atienda al interés superior del menor.

Las leyes de policía extranjeras que no pertenecen ni al foro (juez que conoce del asunto) ni al ordenamiento competente sólo pueden ser “tenidas en consideración” sin que esta aplicación pueda verse reforzada por motivaciones de índole religiosa. Notablemente cuando la definición de quien es creyente es impuesta geográficamente a la población y son los propios particulares los que solicitan la adopción. Un derecho internacional privado secularizado o laico no puede privilegiar la extraterritorialidad de una prohibición extranjera por el motivo de que ésta tenga un contenido religioso y, por ende, universal. La “extranjería” en el derecho internacional privado la aporta la internacionalidad y no la pertenencia a una religión. La presencia de un elemento extranjero es necesaria para activar el sistema de derecho internacional privado no haciéndolo la pertenencia religiosa, y más aún en contra de la voluntad de los interesados.

Asimismo, cabe recordar —desde el ya citado asunto de *E. Böll* (1958)—, que las leyes de policía a tener en cuenta de manera necesaria e inmediata en la materia de protección de menores son las del país donde se hallen efectivamente los menores. De manera que, por razones de efectividad, la vocación extraterritorial de las prohibiciones, ley de policía o ley nacional del menor en materia de capacidad o adoptabilidad tampoco está garantizada en este ámbito.

Cabe avanzar que la respuesta general que ofrece el derecho internacional privado español al problema que nos ocupa no difiere —como veremos a continuación— de la que aportan otros sistemas jurídicos en el sentido de no cerrar la puerta, en todos los casos, a las solicitudes de adopción de los menores venidos en *kafala*.

## **2. SOLUCIONES EN EL DERECHO COMPARADO**

En algunos países el legislador establece, además de normas de conflicto, alguna norma especial de derecho internacional privado para regular ad hoc el supuesto concreto de la adopción del menor cuya ley nacional prohíbe la adopción. Se trata de requisitos complementarios destinados a asegurar una adopción internacional con todas las garantías substantivas.

En otros, la existencia de la prohibición (extranjera) es aplicada o descartada, a título de ley aplicable a algunos aspectos de la adopción (adoptabilidad) o a título de ley de policía, según los vínculos existentes con el foro. Se trata de valorar el

riesgo de una adopción claudicante o ineficaz, según los lazos que el menor y su familia mantengan con el país de origen.

Las soluciones más elaboradas las ofrecen el derecho belga y el derecho suizo. Sin embargo, la jurisprudencia inglesa aporta interesantes decisiones.

En Alemania no encontramos una jurisprudencia definitiva para los supuestos más usuales de *kafala* (seguramente al no prohibir el derecho turco la adopción).

Es curioso constatar que, en Italia, se han intentado soluciones convencionales que permitirían la conversión o la equivalencia de la *kafala* en adopción simple. Teniéndolo en cuenta, no se seguirá un orden alfabético en la relación de países, sino aquel que ofrezca una mejor comprensión global del método seguido.

### **a) Italia: un proyectado acuerdo bilateral con Marruecos sobre reconocimiento de la *kafala* como adopción simple**

La situación en Italia es algo confusa si tenemos en cuenta que la mayoría de decisiones judiciales versan sobre el encaje de la *kafala* dentro del procedimiento de la reagrupación familiar de extranjeros, al igual que las doctrinales que, en los dos últimos años, han ido publicando las revistas especializadas<sup>326</sup>.

La confusión proviene de la mezcla entre los problemas de extranjería y de derecho civil (y por ende de derecho internacional privado) que se ciñen a la calificación de la *kafala* y a la falta de equivalencia con la adopción. Si traemos a colación este país es, porque en el año 2003 se elaboró en Rabat (Marruecos) un proyecto de acuerdo entre la República italiana y el Reino de Marruecos en materia de adopción parcial o simple del menor, a los efectos de establecer una equivalencia entre la *kafala* y la adopción simple, forma de adopción recogida en dicho país.

En la exposición de motivos de dicho texto se considera que: “La adopción simple como la *kafala* no prevé la interrupción de las relaciones entre el menor y su familia de origen y mantiene el menor adoptado sus apellidos y su nacionalidad...”. Los Estados partes se comprometían a no reconocer mutuamente que las adopciones simples (artículo 3), mediante un sistema de autoridades centrales cercano al del Convenio de La Haya de 1993 (artículos 4 y 5). Los 18 artículos del acuerdo se inspiran en dicho Convenio.

Sin embargo, la equivalencia entre la adopción simple y la *kafala* no es una vía fácil, ya que la adopción simple, aunque no rompe los vínculos anteriores, crea nuevos vínculos de filiación. Se trata de una vía intermedia que excluye la adopción plena, pero que permite al menor abandonado tener una filiación.

---

326 Véanse notablemente las múltiples notas y comentarios publicados en la *Rivista di dir. internazionale privato e procesuale* y en la *Rivista de la Famiglia*.



En cualquier caso, el que se negociara este convenio bilateral es interesante tenerlo en cuenta para ver hasta qué punto la cuestión preocupa; no es de fácil solución, y la *kafala*, en la práctica, es a veces una adopción de facto o que no puede llevar su nombre.

La negociación de tal acuerdo con España, en ese momento, hubiera sido imposible por cuanto nuestro sistema eliminó la adopción simple en la reforma de la Ley de Adopción de 1987. Si bien parece que se estudia reintroducirla —al menos en el nuevo Libro II del Código Civil de Cataluña— a la luz de los nuevos problemas que plantean las familias reconstituidas o recompuestas.

## **b) Francia: la prohibición extranjera es descartada si el menor ha nacido y reside en Francia**

El legislador francés fija los vínculos que deben concurrir con el foro para que el juez descarte la prohibición de la adopción existente en la mayoría de países islámicos.

El artículo 370-3 del Código Civil francés (introducido por Ley de 6 de febrero de 2001)<sup>327</sup> indica que: “La adopción del menor no podrá ser pronunciada si la ley personal prohíbe esta institución, salvo si el menor ha nacido y reside habitualmente en Francia”. El precepto ha sido aplicado recientemente por la *Cour de Cassation* francesa en su decisión de 9 de julio de 2008<sup>328</sup>. Con anterioridad, la posibilidad de considerar la *kafala* como una adopción simple ha sido rechazada por la *Cour de Cassation* en dos fallos dictados en interés de ley<sup>329</sup>.

No afecta la prohibición al mayor de edad, momento en el que generalmente —salvo que se tratara de una niña no casada o de un niño discapacitado— cesa la *kafala*.

Gran parte de la doctrina contesta, empero, la severidad del derecho francés cuando no exista apenas el riesgo de una adopción claudicante —la familia que lo acoge es francesa y reside en Francia— o cuando lo aconseje el interés superior del menor residente en el territorio, pues la solución lo encierra en un estatuto personal originario más pensado que vivido<sup>330</sup>.

---

327 Artículos 370-3 a 370-5 del Código Civil (introducidos por la Ley de 6 de febrero de 2001). “L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France.” Vid. P. Lagarde, “La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale: une opportune clarification”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 2001, p. 275 y ss.

328 *Cour de Cassation*, 9 de julio de 2008, nº 07-20.279 (nº 800 FS-P+B), donde se indica: “L'enfant B., née le 1er septembre 2005 en Algérie, a été recueillie par Mme G. au terme d'un jugement algérien de *kafala* du 7 janvier 2006. Cette dernière a saisi, le 19 janvier 2007, le juge français d'une requête en adoption plénière de l'enfant [...] la loi algérienne interdit l'adoption, que la *kafala* n'est pas une adoption et que, par ailleurs, l'enfant n'était pas né en France, la cour d'appel a violé le texte précité”.

329 *Cour de Cassation*, los dos asuntos de fecha de 10 de octubre de 2006 (menores de Marruecos y de Argelia), *Bull. civ. I*, nº 431 y nº 432. H. Fulchiron, “Adoption sur *kafala* ne vaut”, *Dalloz*, 2007, Chron, 816.

330 H. Muiet-Watt, “Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut personnel prohibitif? A propos de la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale”, *Revue Critique de Droit International Privé*,

Con carácter general, se alude a las consecuencias que la previsión tiene en el freno de las “adopciones” de niños institucionalizados en los orfanatos de países próximos como Argelia y Marruecos.

### **c) Reino Unido: el juez puede tomar en consideración la ley de policía extranjera**

En el Reino Unido el juez aplica su propia ley cuando es internacionalmente competente para constituir una adopción internacional. El juez tiene, empero, cierto poder de moderación para tomar en consideración la prohibición extranjera basada en motivos religiosos. Ésta juega como una “ley de policía extranjera” por cuanto a la totalidad de la adopción e incluida la cuestión de la capacidad le es aplicable la Ley del Foro (Adoption and Children Act, 2002).

Una vez más, la atención prestada a la ley de policía extranjera (que prohíbe la adopción) es inseparable de las dificultades que surgen en la aplicación del derecho material propio relativas a los consentimientos a recabar para constituir la adopción. Cabe ilustrarlo con el asunto *Re J.*<sup>331</sup>, conocido por la *High Court* el 24 de abril de 2000. La disparidad existente entre el derecho inglés aplicable y el derecho jordano del país de procedencia del menor (que prohíbe la adopción por los motivos religiosos comunes a Argelia o a Marruecos) impedía recabar el consentimiento de los padres biológicos, o, en su defecto, el obtener el beneplácito de la autoridad jordana con respecto a un menor abandonado (que encontró la policía y vivía en un orfanato de Jordania antes de otorgarse la *kafala* al matrimonio inglés que solicita la adopción del menor).

Es de destacar que la responsabilidad parental sobre el menor abandonado había sido atribuida por las autoridades jordanas al matrimonio inglés mediante la *kafala* y la tutela dativa, por lo que se planteó la cuestión de si los consentimientos necesarios a recabar los podían dar los tutores. Las autoridades jordanas, que se personaron en el proceso, respondieron que el concepto de adopción era nulo en Jordania al ser incompatible con la doctrina islámica<sup>332</sup>. Un abogado jordano asesoró sobre esta cuestión manifestando que la adopción no sería reconocida en Jordania<sup>333</sup>, pero que la *kafala* permite acoger al menor, con carácter permanente,

---

1999, pp. 469-492. En España, dedica bastante atención a las disposiciones francesas el libro de F. Calvo Babio, *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Dykinson, 2003.

331 *High Court of Justice Family*, 24 de abril de 2002 [2002] EWHC 766 (Fam.). Vid. Dicey-Morris, *Conflict of Laws*, 2007, p. 1077.

332 “The response to your request is impossible because the concept of adoption is one of the matters which are not valid in Jordan because it is incompatible with the principles of Islamic doctrine. However, the matter which is effective in Jordan is the fostering of a child, rather than an adoption. The position of Jordan is clear on the issue of adoption, which is that it prevents the opportunity of registering in the conventional way the international rights of the child.”

333 N° 23: “This letter accords with the legal advice that had been obtained from a Jordanian lawyer by the CAFCASS officer for the purposes of these proceedings [...]: Let me begin by stating that adoption procedures

y con atribución total de la responsabilidad parental. De lo anterior, extrajo el tribunal inglés que los solicitantes eran los tutores del menor y que, por consiguiente, el consentimiento de las autoridades jordanas no era requerido. Cabe recordar que, tratándose de un niño abandonado y siendo sus padres desconocidos, tampoco era necesario el recabar el consentimiento de éstos<sup>334</sup>.

Reténgase del asunto, una vez más, el que la *kafala* del menor abandonado con tutela dativa no equivale a un simple acogimiento —como a veces se ha dicho—, sino que puede calificarse como una tutela (judicial) según el caso-tipo ante el que nos encontremos. Éste y otros asuntos sirven para destacar las facultades del tutor dativo cuando la *kafala* es internacional, extrafamiliar, de menor abandonado y sin filiación conocida.

Por último, con respecto a la interferencia de las leyes de policía extranjeras, cabría añadir, teniendo en cuenta la práctica de los tribunales ingleses en otro ámbito como es el contractual (baste recordar los célebres asuntos *Ralli Brothers*<sup>335</sup> y *Regazzoni*<sup>336</sup>) que la finalidad de atender a las normas de policía de Estados terceros —que no tienen un reflejo en las del foro y que no regulan ni en su totalidad ni parcialmente la relación jurídica— reside en la “cortesía internacional” (entendida como reciprocidad y buena concordia diplomática). Si bien en el ámbito contractual no existe, como en el que nos ocupa, un imperativo como el del interés superior del menor al caso concreto que pesa frente a los intereses diplomáticos.

#### **d) Luxemburgo: aplicación anticipada al futuro adoptado de la ley nacional del adoptante**

Cuando —a diferencia del Reino Unido— la norma de conflicto que regula la cuestión de la capacidad o la adoptabilidad del menor no es la misma que la ley que regula la adopción (la cuestión de fondo), el legislador puede prever la “toma en consideración” de la prohibición extranjera en la propia norma de conflicto, siempre que se cumplan determinados requisitos.

Así, la norma de conflicto luxemburguesa establece que: “Las condiciones requeridas para ser adoptado se regulan por la ley nacional del adoptado, salvo si por la adopción el adoptado adquiere la nacionalidad del adoptante, caso en el que se regirán por la ley nacional del adoptante (artículo 370 del Código Civil

---

are not recognised in Jordan as adoption is prohibited in Islam under Shari'a Law. The concept of parental responsibility means all the rights, duties, powers and responsibilities that a natural parent of a child has in relation to the child. However, this does not include the natural parent's right to agree to adoption... Therefore the Shari'a courts, which have jurisdictional authority over such matters will not recognise an order of adoption issued by an English court...".

334 N° 424: "I dispensed with the consent of the natural mother (and so far as might be necessary of the natural father) at the hearing on the main ground that they could not be found".

335 *Ralli Brothers v. Compania Naviera Sota y Aznar* [1920], 2K.B. 287 (Court of Appeal).

336 *Regazzoni v. Sethia* [1958], A.C.301.

de Luxemburgo)<sup>337</sup>. La prohibición se verá descartada si el adoptando adquiere la nacionalidad del *kafil* tras la adopción (en atención a una nacionalidad anticipada). Esta previsión guarda cierto aire de familia con la del artículo 9.5 del Código Civil español (regulación anterior a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de 2007, sobre Adopción Internacional).

Con respecto al reconocimiento de la *kafala*, la reconocida en Luxemburgo es la judicial. La *kafala* notarial plantea problemas de reconocimiento ante los tribunales. Notablemente al acordarla por el padre (en una suerte de delegación del ejercicio de la tutela o patria potestad) sin el consentimiento de la madre (que no ostenta la patria potestad o la tutela al no ser compartida)<sup>338</sup>. La cuestión no se ha planteado sólo en Luxemburgo, como veremos a continuación.

### **e) Alemania: posible sustitución de la ley extranjera –parcialmente aplicable– en el interés del menor**

El artículo 22 de la Ley de Introducción al Código Civil (EGBGB) establece que: “La adopción se rige por el derecho del Estado de la nacionalidad del adoptante en el momento de la adopción. La adopción por uno o ambos cónyuges se rige por el derecho aplicable a los efectos generales del matrimonio”. Si bien el artículo 23 establece que: “La necesidad y la prestación del consentimiento del menor y de una persona con la cual el menor mantiene una relación de derecho de familia [...] se rigen, asimismo, por el derecho del Estado de la nacionalidad del menor. Si es necesario se aplica en sustitución de aquél el derecho alemán en interés del menor”.

En la práctica judicial, en un primer momento, se trató la cuestión como un problema de orden público internacional, oponiendo la ley alemana frente a la prohibición islámica de la adopción. Es el caso del AG Hagen, de 14 de marzo de 1984<sup>339</sup>, que afecta a un matrimonio con elemento alemán (marido iraní y mujer alemana) que solicitan adoptar a un menor de Sri Lanka.

Con posterioridad, en una decisión judicial, favorablemente comentada por la doctrina, se considera a la *kafala* como una alternativa a la adopción. El Tribunal de Apelación de Karlsruhe, el 25 de noviembre de 1996<sup>340</sup>, así lo indica, en un

---

337 La disposición fue introducida por la Ley de 13 de junio de 1989 sobre reforma de la adopción. La ley del adoptante o los adoptantes regula la adopción. Si no tienen la misma nacionalidad, está a la ley de la residencia (JO del Gran Ducado, Memorial A nº 47, de 11 de julio de 1989).

338 Vid. Ana Quiñones, “La réception du nouveau Code de la famille marocain (*Moudawana*, 2004) en Europe”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004-3, pp. 893-894, en relación a una decisión luxemburguesa (8 de enero de 2004) en la que no se reconoce una *kafala* notarial acordada por el padre sin el consentimiento de la madre (la tutela o patria potestad no es compartida en Marruecos).

339 *IPRax*, 1984, p. 279.

340 B. Menhofer, “Zur kafala des marokkanischen Rechts vor deutschen Gereichten”, *IPRax*, 1997, p. 168. Asimismo, la nota de E. Jayme, *IPRax*, 1999, p. 49.

asunto que afecta a un menor venido de Marruecos. Invoca el artículo 20 del Convenio de Naciones Unidas (1989) para excluir el juego de la excepción del orden público internacional alemán. Ahora bien, se desprende de los hechos que el *kafil* era marroquí, como el menor, en el momento en que se hizo la *kafala*. Se trata, pues, de un doble nacional (en Marruecos, la nacionalidad no se pierde) que solicita la adopción, lo que pesa a la hora de valorar los riesgos de una adopción claudicante.

Por último, cabe traer a colación la decisión del Tribunal de Apelación de Fráncfort, de 24 de mayo de 1997<sup>341</sup>, en atención a la importancia que tiene la cuestión de los consentimientos necesarios a recabar en estos casos. No se trata de una adopción internacional, pero sí del reconocimiento de una *kafala* intrafamiliar marroquí causada por el fallecimiento del padre del menor. Si se tratara de una adopción la ley marroquí sería competente tanto para los consentimientos como para la adopción en general, conforme a los ya citados artículos 22 y 23 EGBGB, pues el adoptante (en realidad, el *kafil*-abuelo) es de nacionalidad marroquí. Sin embargo, tratándose de una medida de protección del menor (*kafala*), la ley alemana de su residencia hubiera sido la aplicable. La *kafala* corresponde al abuelo por parte del padre tras fallecer este último (entendemos que es una *kafala* legal u obligatoria), pero se opone a la misma la madre en Alemania. La cuestión, aquí, reside en el problema de calificaciones. Es decir, en si cabe aplicar la norma de conflicto aplicable a los consentimientos de la adopción en tal caso (que es lo que hace el tribunal) o la norma de conflicto aplicable a la tutela y otras medidas de protección del menor, pues la *kafala* no es una adopción.

El problema añadido, pero fundamental, es el del “consentimiento” de la madre. Se deduce de los hechos que consta una prueba escrita en Marruecos. Pero que solicita, ahora, retirar su autorización para una *kafala* que es, de hecho, una medida revocable, amparándose en la ley alemana que es la competente para adoptar las medidas de protección del menor. El tribunal al aplicar la ley marroquí a los consentimientos califica, al contrario, a la *kafala* como una adopción. Calificar funcionalmente a la *kafala* como una suerte de “adopción débil” para subsumirla en la norma de conflicto relativa a la adopción. La solución es respetuosa con el reconocimiento de la *kafala* intrafamiliar venida de Marruecos (aunque la calificación funcional de dicha institución desconocida se haga *lex fori*).

Cabe retener de las decisiones alemanas los problemas de consentimiento y de revocabilidad de la *kafala* (cuando no estamos ante un menor abandonado o institucionalizado y sin filiación conocida). No son, empero, ilustrativas, de los casos tipo de *kafalas* de menores abandonados con *kafils* extranjeros. Quizá sea debido a que el conflicto no se plantea con respecto a una población extranjera mayoritaria originaria de Turquía, país que regula la adopción.

---

341 IPRax, 1997, p. 252.

## **f) Suiza: normas de conflicto y normas materiales especiales**

En Suiza la cuestión que nos ocupa se encuentra regulada no sólo por la LDIP, sino también por el Código Civil (artículos 264 y ss.) y, notablemente, por la ley por la que se regula la colocación de menores a los fines del acogimiento y en vista a la adopción (OPEE), de 19 de octubre 1977, particularmente los artículos 11b y 11c introducidos por la Ley de 29 de noviembre de 2002<sup>342</sup>, en vigor desde el 1 de enero de 2003, que establece requisitos suplementarios sustantivos para la adopción del menor de estatuto personal prohibitivo (o cuya ley personal prohíbe la adopción).

Con respecto a los requisitos conflictuales, el artículo 77 de la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado (LFDIP, en adelante) es el que regula la ley aplicable a la adopción internacional. A su tenor, las condiciones de la adopción pronunciada en Suiza se regulan, en principio, por el derecho suizo.

No se atiende a la nacionalidad del menor cuando un adoptante suizo, domiciliado en Suiza, adopta un menor extranjero. Sólo el derecho suizo (incluyendo sus normas de conflicto) regula la adopción. Sin embargo, si los adoptantes son extranjeros domiciliados en Suiza (artículo 75 LFDIP) o suizos domiciliados en el extranjero (artículo 76 LFDIP) y quieren adoptar a un menor en Suiza, se tiene en cuenta lo dispuesto por sus leyes personales. Pero para que sea así, el artículo 77 impone dos condiciones cumulativas:

1. Que la adopción no vaya a ser reconocida en el Estado del domicilio o en el Estado de la nacionalidad del adoptante o de los esposos adoptantes.
2. Que resulte de ello un grave perjuicio para el menor.

Si la eficacia de la adopción no parece asegurada (carácter claudicante) y ello causa un grave perjuicio al menor, la adopción no ha de ser pronunciada en tal hipótesis.

Con respecto a las normas materiales ad hoc o especiales de DIP —o a las garantías de derecho material para la *kafala* internacional y para la adopción—, es notablemente el artículo 11e de la citada OPEE el que va a centrar nuestra atención, pues se trata de requisitos suplementarios para el supuesto que nos ocupa del menor extranjero venido a Suiza en *kafala*.

Básicamente, entre los requisitos y documentos de prueba requeridos, destaca el que ha de aportarse prueba del “consentimiento de los padres para la adopción del menor o una declaración del país de origen que indique las razones por las cuales ese consentimiento no puede ser dado” y “la declaración de una autoridad competente del país de origen del menor que certifique que el menor ha sido confiado a los futuros padres adoptivos en Suiza”. Es decir, la declaración de

---

342 RO 2002 4167.

abandono del menor (indicando las circunstancias) y la decisión de otorgamiento de la *kafala* (con tutela dativa).

El Tribunal de Justicia de Ginebra, en su ya citada decisión de 26 de enero de 2006<sup>343</sup>, relativa a la adopción de un niño venido de Marruecos, nos ilustra acerca de tales disposiciones. La decisión sienta el principio, contenido en las normas de la LFDIP, de que cabe autorizar a un matrimonio suizo a acoger a un menor extranjero (marroquí) en el extranjero (Marruecos) en vistas a su posterior adopción en Suiza. Ahora bien, puesto que el derecho marroquí no conoce la adopción (de hecho, la prohíbe) y que, por consiguiente, existe el riesgo de que la *kafala* fuera no ya claudicante, sino revocada, la autorización de acoger un niño marroquí en vistas a su adopción está sujeta en Suiza a condiciones suplementarias, que son las contenidas en la citada OPEE.

El Tribunal tuvo en cuenta, así, que el artículo 11b, apartado 1, letra b de la OPEE autoriza el que se pueda acoger a un menor extranjero en vistas a su adopción en Suiza en el caso de que no exista ningún impedimento legal (conforme a las normas de derecho internacional privado suizas) y que la adopción sea pronunciada en el interés superior del menor. Para lograrlo, además de atenderse a lo dispuesto en el artículo 77 de la LFDIP (el derecho suizo es competente) se exige atender a los requisitos materiales suplementarios de la OPEE (de hecho, al derecho suizo competente) pensados ad hoc para el supuesto que nos ocupa. Estas normas materiales especial de DIP se destinan a verificar que el menor haya sido declarado abandonado y que de los motivos de tal abandono se deduzca el que no tenga filiación conocida o sea huérfano, de manera que la *kafala* no sea revocada por los padres biológicos.

### **g) Bélgica: normas de conflicto y normas materiales especiales**

Hemos de atender a las condiciones fijadas por la norma de conflicto del artículo 67 del Código belga de Derecho Internacional Privado<sup>344</sup> y a los requisitos materiales específicos, establecidos por el derecho belga para la venida de menores en *kafala* a Bélgica. Aspectos que se regulan, notablemente, en el artículo 361-5 del Código Civil, modificado por la Ley de 6 de diciembre de 2005, que cambia algunas disposiciones relativas a la adopción<sup>345</sup>. Esta reforma introduce normas materiales especiales de derecho internacional privado pensadas para tales supuestos (menores de países cuya ley desconoce o prohíbe la adopción). Con

---

343 FamPra.ch-2006-748.

344 *Moniteur belge*, 27 de julio de 2004.

345 *Moniteur belge*, 16 de diciembre de 2005. Los trabajos parlamentarios se encuentran básicamente en el documento 51-2021/004. Con carácter general, respecto a la reforma de la adopción en Bélgica, véase el número especial "La réforme du droit de l'adoption", *Revue trimestrielle de droit familial*, publicado por Larcier (año 2006/1).

ello, una vez más, se añaden garantías materiales suplementarias a la adopción internacional de los menores cuya ley nacional prohíbe la adopción.

Con respecto a la norma de conflicto belga, la que regula la adopción internacional —al igual que ocurre en otros países europeos— parte de la competencia de la ley nacional común del (o los) adoptante(s) (artículo 67 del Código belga de Derecho Internacional Privado). En su defecto, se aplica el derecho de la residencia habitual común (si no tienen la misma nacionalidad) y, a falta de residencia habitual común, el derecho del foro (belga).

De manera que, en el caso de que los adoptantes fueran de nacionalidad marroquí (por ejemplo una mujer marroquí que quisiera adoptar al menor abandonado que tiene confiado en *kafala* judicial), el juez belga aplicaría el derecho marroquí y no procedería a la adopción. Sin embargo, al igual que sucede en otros países europeos que excluyen, en principio, el que los adoptantes de países cuya ley nacional prohíba la adopción puedan adoptar cualquier menor (sea de un país prohibitivo o no), admite algunas excepciones. En el caso belga por la vía del artículo 67, párrafo 3 del Código de DIP, que dispone —a continuación— que: “Si el juez considera que la aplicación del derecho extranjero perjudica manifiestamente el interés superior del menor del ‘adoptado’, y que el adoptante o los adoptantes tiene vínculos manifiestamente estrechos con Bélgica, aplicará el derecho belga” a las condiciones del establecimiento de la adopción.

Con respecto a las normas materiales especiales de derecho internacional privado, la Ley de 6 de diciembre de 2005 por la que se modifican algunas disposiciones relativas a la adopción permite —bajo ciertas condiciones— la adopción de niños venidos en *kafala* cuya ley nacional prohíba la adopción. Nos interesa especialmente la modificación que opera en el artículo 361-5 del Código Civil belga. A su tenor, en el supuesto de que el derecho aplicable del país de origen del menor no conozca la adopción, la venida del menor a Bélgica, en vistas a su adopción, y el pronunciamiento de ésta, sólo tendrán lugar si se cumplen una serie de condiciones: la idoneidad previa de los adoptantes, que se trate de un menor abandonado y bajo tutela pública, que no haya habido contacto directo ni transacción con personas que lo tuvieran bajo custodia y que el menor haya sido asignado por parte de la autoridad de origen como de acogida. Una vez que se reúnen tales condiciones, los adoptantes pueden viajar a Marruecos para hacerse cargo del niño mediante el procedimiento de la *kafala*. Las autoridades marroquíes autorizan la salida del menor con el *kafil* para residir con éste en el extranjero y las autoridades consulares belgas otorgan el visado para su entrada en Bélgica. Y, una vez que el menor está en Bélgica, puede iniciarse el procedimiento para la constitución de la adopción. Ha de tratarse de un menor “institucionalizado” y que esté acogido en un centro que ofrezca las garantías suficientes de que el menor no haya sido objeto de una transacción ni haya sido sustraído ni pueda ser objeto de una *kafala* revocable.



Nótese que al igual que en Suiza, estamos ante condiciones ad hoc pensadas y exigidas para el caso de que el menor proceda de un país que prohíbe la adopción. Se exige la prueba de que el menor es huérfano o ha sido abandonado (el parto anónimo es admitido en Argelia o en Marruecos), y de que el menor ha sido confiado por la autoridad de origen a las personas que solicitan la adopción autorizándoles a salir con el menor del territorio para residir (con los tutores a los que se ha confiado mediante la *kafala* y tutela dativa) en el extranjero (Bélgica). Estos requisitos y documentos suplementarios —y particularmente la exigencia de que el menor haya sido declarado abandonado e institucionalizado— se destinan a remplazar el requisito de que la autoridad de origen se pronuncie acerca la “adoptabilidad” del menor. Pronunciamiento que no es posible obtenerlo de las autoridades extranjeras, pues iría en contra de la prohibición religiosa.

### **3. NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL: LEY 54/2007, DE 28 DE DICIEMBRE DE 2007, SOBRE ADOPCIÓN INTERNACIONAL**

La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de 2007, sobre la Adopción Internacional<sup>346</sup>, anticipándose al régimen que introducirá el citado Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores, incluye normas de reconocimiento para la institución extranjera de la *kafala*. La adopción y la *kafala* son contempladas como distintas, pero ambas son susceptibles de reconocimiento, siempre que las constituya la autoridad pública competente, como medidas de protección internacional del menor. El reconocimiento mutuo de ambas medidas se aviene con el marco general que ofrece el Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989. Este texto contempla a la *kafala* y a la adopción como medidas de protección internacional del menor. Y, si bien son distintas y alternativas en un ámbito interno, no excluye el Convenio el reconocimiento internacional (de ambas) en los países que las desconocen.

En España, el optimizar la protección del menor venido en *kafala* (con tutela dativa) exige no cerrar completamente la posibilidad —si es solicitada— de la adopción, pues permite la plena integración en la familia que lo acoge. Ahora bien, la plena integración del menor en la familia de acogida —si es solicitada— depende de que se cumplan varios requisitos. Nuestro sistema no ha previsto

---

346 Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (BOE nº 312, de 29 de diciembre de 2007, pp. 53676-53686). Véase el libro de A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre Adopción Internacional (reflexiones y comentarios)*, Ed. Comares, Granada, 2008. Una visión crítica al texto en S. Álvarez González, “La Ley de Adopción Internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, 2007, pp. 39-69, y la bibliografía allí citada. Cerrado este trabajo, J. M<sup>a</sup> Espinar Vicente, “Reflexiones sobre algunas de las perplejidades que suscita la nueva regulación de la adopción internacional”, *Actualidad Civil*, 2008, nº 18, quincena del 16 al 31 de octubre de 2008.

requisitos ad hoc de derecho internacional privado para este supuesto específico (como hemos visto que ocurre en Bélgica o Suiza). La regulación general la encontramos en las normas de derecho internacional privado que regulan la adopción. Y, también, en el derecho material español competente, sobre el que tienen competencias las comunidades autónomas.

Con todo, aunque no dispongamos de legislación ad hoc, no estaremos ante la misma situación si se trata de una *kafala* de menor declarado en situación de abandono y puesto bajo tutela pública en el país de origen (que sea huérfano o que no tenga filiación conocida) que si se trata de una *kafala* familiar de un menor que deja en Marruecos su familia biológica para residir en España con su abuelo, tío u otro pariente. La distinción, ya vista, entre los distintos tipos de *kafala* (y situaciones del menor) es relevante por la necesidad, en su caso, de recabar un consentimiento informado (y válido) por parte de los progenitores cuando el menor no ha sido declarado por las autoridades marroquíes en situación de abandono. Vimos que se unían a lo anterior los problemas relativos a las personas que deben aportar tales consentimientos, pues la madre no tiene la tutela o patria potestad sobre el menor (no es compartida), lo que puede plantear problemas en las *kafalas* intrafamiliares.

Las normas de derecho internacional privado, pese a su carácter general, tienen en cuenta, de alguna manera, esta variedad de supuestos. Por ejemplo, cuando ofrecen soluciones distintas a tenor de los vínculos afectivos del menor (y, por ende, su tutor) con cada país, a fin de sopesar el riesgo de una adopción claudicante. No es tan descabellado (ni es discriminatorio) el que las solicitudes de adopción de un menor declarado abandonado y dado en *kafala* con tutela dativa por parte de españoles residentes tengan más posibilidades de ser aceptadas que la solicitudes de adopción de un menor marroquí por parte de nacionales marroquíes que vivan a caballo de los dos países. Más aún si la *kafala* es intrafamiliar o de un menor que tiene familia en el país de origen.

Ahora bien, tal afirmación no impide el que puede haber menores en *kafala* reconocida en España, y tanto si son tutelados por extranjeros (marroquíes) como si son tutelados por nacionales (españoles). La adopción requiere el concurso de la voluntad del tutor. Ha de ser solicitada, lo que no siempre será el caso por razones diversas (e incluidas las de índole cultural o religiosa), y puede ser denegada si no se cumplen los requisitos y garantías legales (normas de derecho internacional privado y materiales) y si no supone un beneficio para el menor.

#### **a) Competencia de autoridades y ley aplicable: la ley española para el menor venido en *kafala* que reside o va a residir habitualmente en España**

Los criterios de competencia judicial de las autoridades españolas para constituir una adopción internacional, aunque no son exclusivos, son muy amplios (artículo 14.1 de la Ley 54/2007).

Una vez que las autoridades españolas se declaran competentes para constituir la adopción aplicarán su propia ley siempre que ésta sea la de la residencia actual o futura del adoptando. Cabe deducirlo del artículo 18.1 de la Ley 54/2007 de Adopción Internacional. El supuesto más común, una vez determinada la competencia, es que la autoridad decida conforme a su ley tratándose de un menor que reside habitualmente o va a residir de forma habitual en el territorio (hipótesis más común). El derecho español es, con tal parámetro de la residencia actual o proyectada del menor, el ordenamiento aplicable en los supuestos que nos ocupan<sup>347</sup>.

Ahora bien, las autoridades españolas pueden tomar otras leyes en consideración, de manera parcial, para determinados aspectos o para decidir sobre si procede la adopción o si será en el interés “internacional” del menor. Esto significa no el que tales leyes extranjeras regulen la constitución de la adopción internacional en España, sino que cabe tenerlas en consideración para evitar una adopción claudicante. Tal caso sucederá, notablemente, cuando no se descarte que el menor vaya a vivir en España o en Marruecos, dado que las personas que lo tienen a su cargo son nacionales (o dobles nacionales) que tienen y mantendrán lazos familiares con Marruecos. Ha de valorarse, en tal caso, la falta de interés de las autoridades españolas de pronunciar una adopción *ineficaz* en un país al que está vinculado estrechamente el menor y su familia cuando se encuentra protegido mediante la *kafala*, es decir, la medida máxima de protección posible en el país al que está vinculado. Y siempre, claro está, que tal medida de adopción llegara a ser solicitada, lo que por motivos culturales, nacionales, sociales o religiosos puede no ser el caso en tales supuestos.

La autonomía de la voluntad (solicitud de la adopción) juega un papel esencial, y no pueden coartarla las autoridades españolas, en ninguno de los sentidos (*kafala* o adopción) sobre la base de las creencias de los adoptantes, pues se conculcaría el derecho a la libertad religiosa (derecho a tener y a cambiar de religión) protegida en el ya citado artículo 16 de la Constitución española.

## **b) Leyes extranjeras a tener en cuenta**

Los artículos 19 y 20 de la Ley 54/2007 contienen dos excepciones al principio básico de la aplicación de la ley española (de la residencia) destinadas a evitar la constitución en España de una adopción claudicante (nula en el país de

---

347 Si no fuera el caso, la adopción se regulará por la ley extranjera de la residencia del menor. Pensamos que no es ajena a la previsión la amplitud excesiva de los criterios de competencia judicial internacional (artículo 21) o las funciones de los cónsules (si no contravienen las del país donde ejercen las funciones). Respecto a la importancia de la conexión de la residencia habitual del menor en la nueva Ley de Adopción Internacional nos remitimos al libro citado en la nota anterior de A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *op.cit.*, especialmente a sus páginas 105-110.

origen del menor). Interesa destacar, particularmente, la del artículo 19 de la Ley 54/2007<sup>348</sup>. A su tenor, la capacidad del adoptando y los consentimientos necesarios de los sujetos que intervienen en la adopción se regirán por la ley nacional del adoptando y no por la ley sustantiva española, en los siguientes casos:

- a. Si el adoptando tuviera su residencia habitual *fuera* de España en el momento de la constitución de la adopción.
- b. Si el adoptando *no* adquiere, en virtud de la adopción, la nacionalidad española, aunque resida en España.

La Ley 54/2007 —descartando la prohibición que, a título de ley de policía extranjera, se imponía en todos los casos en el anteproyecto y, en casi todos los casos, en el proyecto de ley— ha mantenido finalmente, tras la tramitación parlamentaria, lo que ya estaba previsto en el artículo 9.5 del Código Civil anterior<sup>349</sup>, que permitía atender a la *nacionalidad española anticipada del menor* para descartar su ley nacional (y la norma que prohíbe su adoptabilidad) cuando al menos uno de los futuros padres adoptivos del menor fuera español. Es decir, cuando el menor adquiere la nacionalidad española con la adopción<sup>350</sup>.

---

348 El artículo 20 contiene excepciones facultativas en interés del adoptando. Prescribe con respecto a los consentimientos, audiencias y autorizaciones: "Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 18, la autoridad española competente para la constitución de la adopción podrá exigir, además, los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridas por la ley nacional o por la ley de la residencia habitual del adoptante o del adoptando, siempre que concurren estas circunstancias:

- a) Que la exigencia de tales consentimientos, audiencias o autorizaciones repercuta en interés del adoptando. Se entenderá que concurre "interés del adoptando", particularmente si la toma en consideración de las leyes extranjeras facilita, según criterio judicial, la validez de la adopción en otros países conectados con el supuesto y sólo en la medida en que ello sea así.
- b) Que la exigencia de tales consentimientos, audiencias o autorizaciones sea solicitada por el adoptante o por el Ministerio Fiscal".

349 En la anterior redacción, el artículo 9.5 del Código Civil: "La adopción constituida por juez español se regirá, en cuanto a los requisitos, por lo dispuesto en la ley española. No obstante, deberá observarse la ley nacional del adoptando en lo que se refiere a su capacidad y consentimiento necesarios:

1. Si tuviera su residencia habitual fuera de España.
2. Aunque resida en España, si no adquiere, en virtud de la adopción, la nacionalidad española".

La nueva redacción de esta norma remite simplemente a la Ley 54/2007 de Adopción (artículo 9.5 del Código Civil: "La adopción internacional se regirá por las normas contenidas en la Ley de Adopción Internacional).

350 Cabe recordar que el artículo 19.1 de Código Civil establece la posibilidad de que el adoptado adquiera la nacionalidad española del adoptante español. Y, asimismo, que el artículo 20.1 del Código Civil contempla la posibilidad de adquisición de la nacionalidad española en el supuesto de que el niño esté sujeto a la patria potestad de un español (artículo 20.1: "Tienen derecho a optar por la nacionalidad española: a) las personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español [...]". La *kafala* por sí sola no confiere la patria potestad. Cuando es intrafamiliar o notarial puede suponer sólo una delegación de la patria potestad por parte de los padres. Ahora bien, cuando el menor es abandonado, no hay padres y el *kafil* tiene la tutela dativa y, con ello, la representación legal del menor, es éste el que tiene las facultades correspondientes a la tutela o la patria potestad, concepto que no existe en derecho islámico. Se habla en este sistema de "tutela" (*wilaya*).

Para algunos resulta discriminatorio el atender, de hecho, a la nacionalidad española del adoptante, de manera que a un nacional marroquí le resulta más difícil adoptar a un menor marroquí que a un nacional español que viniera con un menor en *kafala*. Sin embargo, estamos ante una solución legislativa que sopesa el interés del menor en un contexto internacional y le evita el riesgo de una adopción claudicante como ineficaz. Nada impide el reconocimiento de la *kafala* del menor marroquí. Nótese, además, que bastaría con que uno de los adoptantes (no sólo el *kafil*) transmitiera la nacionalidad española para que fuera posible la adopción, lo que conduce a no descartar la adopción en el supuesto de matrimonios mixtos y en supuesto de doble nacionalidad.

Las normas españolas no aportan una regulación específica para este supuesto, que será cada vez más frecuente, pero atienden a la proximidad y a la flexibilidad, evitando que la situación del menor venido en *kafala* pueda cristalizar en un estatuto personal de origen o de nacimiento y en “la ley nacional” correspondiente cuando todos sus vínculos familiares se sitúan en nuestro territorio.

Es importante tener en cuenta, además, que si el adoptante es español, los eventuales conflictos de leyes que vayan surgiendo con respecto al menor podrán ir desapareciendo, tras la adopción, hasta configurarse sus relaciones jurídicas con la familia adoptiva como internas. En caso de fallecimiento del *kafil*/adoptante español, la ley sucesoria será la española. En cambio será la ley marroquí la sucesoria si el *kafil* fuera marroquí (artículo 9.8 del Código Civil)<sup>351</sup>. La vocación de la ley española para regular los distintos aspectos del estatuto personal del menor dependerá de si se atiende a la ley personal o a la ley de la residencia habitual (según la norma de conflicto), pero también dependerá de la nacionalidad y residencia de la familia que lo tiene acogido y de que sea posible su adopción.

La posibilidad de adoptar niños venidos en *kafala* por parte de un tutor de nacionalidad marroquí residente —aunque no sea imposible— no parece tan oportuna. El riesgo real de una adopción claudicante podrá ser mayor en este caso, y el supuesto puede cubrir una adopción intrafamiliar o de un menor que no carece de familia biológica<sup>352</sup>. La posibilidad de recabar los consentimientos necesarios de la familia biológica resulta ilusoria, pues ésta no puede, en principio, dar un consentimiento “informado” para una adopción que no sólo no existe, sino que está prohibida por su ley personal.

En otras palabras, los tribunales no pueden indagar los motivos religiosos ni de los extranjeros ni de sus nacionales ni imponerles a unos u a otros prohibiciones de origen religioso, salvo cuando éstas estén en ley estatal aplicable según las normas de derecho internacional privado. La prohibición marroquí de la adopción no es contraria al orden

---

351 Artículo 9.8 del Código Civil: “La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren”.

352 Por el riesgo de la revocación.

público español y la medida de sustitución, la *kafala*, puede reconocerse en España. Ahora bien, la extraterritorialidad de la prohibición está sólo garantizada en España dentro de los límites que ofrece el derecho internacional privado español, la ley material competente y de la interpretación que de los mismos haga la práctica judicial.

#### **4. PRÁCTICA JUDICIAL ESPAÑOLA RELATIVA A LA ADOPCIÓN DE MENORES VENIDOS EN KAFALA**

La más nutrida jurisprudencia relativa a la *kafala* con que contamos no se encuentra en el orden civil, respecto a las solicitudes de adopción, sino en el ámbito de lo contencioso-administrativo, respecto a la reagrupación familiar o a la exención del visado por causas extraordinarias. El análisis de estas decisiones no es desdeñable en lo que concierne al encaje de la figura de la *kafala* en el derecho español. Sin embargo, cabe huir de la contaminación que sufren las cuestiones de derecho civil (adopción) con respecto al “orden público interno” propio a las normas de extranjería. Interferencia que ha confundido, más que clarificado, el tema que nos ocupa, al pivotar sobre la idea de que al no ser la *kafala* una adopción sino un acogimiento (la calificación va del acogimiento simple hasta, como máximo, la tutela) no entra el *makfoul* en la lista de beneficiarios de la reagrupación familiar, y sin perjuicio de que se atienda a causas extraordinarias para la exención de visado.

Tal consecuencia no significa, empero, que la *kafala* no pueda ser reconocida en nuestro territorio aun en el supuesto de que se trate sólo de un acogimiento o de una delegación de la patria potestad. De hecho, tendría que ser a la inversa: la calificación y el reconocimiento en el ámbito civil, anclado en los citados textos internacionales y en el derecho internacional privado autónomo (artículo 34 de la Ley 54/2007 de Adopción Internacional) debería incidir en la normativa de extranjería (y no al contrario como sucede). Nos centraremos, primero, en las decisiones relativas a la estimación o desestimación de la constitución de la adopción en el ámbito civil.

La mayoría de las decisiones sobre las que hemos trabajado son inauditas. Nos han llegado por vías diversas y, sobre todo, gracias a la transparencia de los jueces, a la generosidad de muchas familias y a las asociaciones dedicadas a la protección del menor. Sirvan estas palabras de agradecimiento.

##### **a) Autos que otorgan la adopción: especial referencia al Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 8 de julio de 2008**

Entre las decisiones judiciales españolas de las audiencias provinciales que se pronuncian sobre la adopción del menor venido en *kafala*, la de fecha más reciente es el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de julio de 2008<sup>353</sup>. Se

---

353 Rollo nº 230/2008.

pronuncia favorablemente a la solicitud de adopción de un menor marroquí residente en España. El menor fue declarado abandonado en Marruecos y puesto bajo tutela pública antes de ser dado en *kafala* judicial con tutela dativa a una *kafil* española. En aplicación de la nueva Ley 54/2007 sobre Adopción Internacional, la Audiencia Provincial de Barcelona deduce la competencia de los tribunales españoles para constituir la adopción en tal caso (artículo 14) y la ley aplicable, refundiendo las soluciones que ofrecen los artículos 18 y 19 de dicha ley y dando como resultado la aplicación de la ley española, atendiendo a la residencia del adoptando en España y a que, por adopción, adquirirá la nacionalidad española tras la adopción (al ser la adoptante española):

“Son los artículos 18 y 19 de la referida ley los que determinan la legislación aplicable al presente supuesto, que es la ley española, en tanto el adoptando tiene su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción (artículo 18a) y adquirirá, en virtud de la adopción, la nacionalidad española” (artículo 19.1b).

Con anterioridad, y en este mismo sentido, la Audiencia Provincial de Barcelona, en su Auto de 28 de marzo de 2006, pronunció la adopción de un menor marroquí dado en *kafala* con tutela dativa a los adoptantes españoles y que residen con el menor en Cataluña:

“... Entiende la Sala que la denominada *kafala* bien puede entenderse equiparable ya a la tutela a los efectos del artículo 117 del Código de Familia, y a fin de poder dar lugar a una adopción nacional”.

Sin embargo, la decisión parece olvidar las normas de derecho internacional privado cuando afirma: “... entendiendo aplicable el artículo 124 del Código de Familia y la legislación marroquí (respecto a la *kafala*)”.

Estas decisiones de la Audiencia Provincial de Barcelona confirman la práctica seguida en los juzgados de primera instancia de Cataluña, siempre en el supuesto de un menor venido a España en *kafala* con tutela dativa y que han sido previamente declarados en situación de abandono por parte de la competente autoridad marroquí, y que es adoptado por españoles (que lo tienen confiado en *kafala* judicial) que residen en España con el menor.

Es, por ejemplo, el caso del Auto, de 15 de abril de 2008, del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, que indica:

“No pudiéndose considerar la *kafala* o tutela dativa como una adopción... la solicitante solicita la constitución *ex novo* de la adopción del menor y para ello deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en el

Código de Familia (Cataluña), pues en el presente caso, el menor está en España y por la adopción adquirirá (la nacionalidad) la ley española, fue declarado judicialmente abandonado en Marruecos y está bajo la tutela (dativa) de quien quiere adoptarlo, si bien esta tutela les ha sido dada por las autoridades judiciales marroquíes y por tanto no hay cuenta final a aprobar, y esta tutela es equivalente un acogimiento, (y) es imposible el regreso a su familia biológica por carecer de ella, y el menor reside en Barcelona desde que se le autorizó al instante, convertido al Islam, a viajar fuera del territorio de Marruecos, a España” (teniendo en cuenta que) “... queda acreditado que se han cumplido los requisitos establecidos legalmente y que la adopción responde al interés primordial del menor, procede acceder a lo solicitado y constituir la adopción...”.

Y, con anterioridad a la Ley 54/2007 de Adopción Internacional, es el caso del Auto del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, de 1 de marzo de 2004, de la misma ponente, en el que se otorga a un matrimonio mixto (con elemento español y originario de otro EM de la UE) la adopción de sus dos hijos, que acogieron en *kafala* y tutela dativa en Marruecos. Supuesto que es interesante traer a colación al afectar a un matrimonio mixto residente sin elemento marroquí (entre mujer española y marido de otro Estado miembro de la Unión Europea). El *kafil* no es español (el marido), pero la esposa es española (transmitirá la nacionalidad al hijo en caso de adopción) no siendo, tampoco, la ley nacional del marido prohibitiva de la adopción.

También, es el caso del Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Rubí, de 1 de marzo de 2006, que presta atención a las soluciones que ofrece el derecho internacional privado. Si bien, tales normas se basan —en ese momento— en el artículo 9.5 del Código Civil, que coincidirían, hoy, con las soluciones que aporta el artículo 19 de la Ley 54/2007 sobre Adopción Internacional.

Empieza dicho Auto destacando que:

“... No dándose las condiciones de aplicación del Convenio de la Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993 del que el Reino de Marruecos no es parte”.

Y continúa indicando que: “Procede sin embargo observar la ley nacional del adoptando en lo que se refiere a su capacidad y consentimientos necesarios si tuviera su residencia habitual fuera de España o, aunque resida en España, si no adquiere en virtud de la adopción la nacionalidad española”.



Sin embargo: “No concurriendo en el presente caso ninguno de los dos últimos supuestos, procede dar aplicación a lo dispuesto en los artículos 115 a 131 del Código de Familia...”<sup>354</sup>.

En otras comunidades autónomas contamos con el Auto de la Audiencia Provincial de Málaga, de 20 de marzo de 2007, que confirma el Auto del Juzgado de Primera Instancia —desestimando el recurso del fiscal y la Junta de Andalucía— y por el que se otorga la adopción de dos menores marroquíes a un matrimonio español que reside en España con dichos menores y otros dos menores adoptados de China y Rusia. Destaca la Audiencia Provincial de Málaga que el menor es hijo de padres desconocidos y que ha sido tutelado por la Administración Pública marroquí hasta ser confiado a los adoptantes.

El respeto a las normas de derecho internacional privado parece estar presente en el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Oviedo, de 21 de julio de 2008, que acuerda archivo del expediente invitando a los solicitantes a promover un procedimiento en forma de adopción internacional de menor extranjero fundamentándolo en las normas de conflicto (antes los artículos 9.5 del Código Civil) y, hoy, del artículo 18 de la Ley 54/2007 sobre Adopción Internacional. Sin embargo, cabe deducir del informe del fiscal, de 2 de mayo de 2008, que había problemas en la solicitud, relacionados con el *petitum*, basado en la conversión o inscripción de la de la *kafala* en adopción cuando procedía la solicitud de una adopción ex novo. En cualquier caso, las normas de conflicto son derecho español (no derecho extranjero) y ha de aplicarlas el juez de oficio para la constitución de la adopción internacional sin que deba aportarse prueba. A mayor abundamiento, se deduce, también, de la documentación del caso cierta confusión en torno a la interpretación de los preceptos de la nueva Ley de Adopción Internacional en relación al artículo 19.4 del texto inicial que, de prosperar, hubiera cerrado el paso a la adopción en tal supuesto<sup>355</sup>.

Por el contrario, el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Irún (Guipúzcoa), de 26 de julio de 2006, otorga la adopción invocando la aplicación,

---

354 Por ejemplo, el Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Terrassa (Barcelona), de 28 de marzo de 2006. Con idénticos razonamientos y, por tanto, haciendo, también, mención a la norma de conflicto, se pronuncia el Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Hospitalet de Llobregat, de septiembre de 2007, otorgando la adopción. En cambio, un Auto posterior del Juzgado de Primera Instancia (esta vez nº 2), de la misma localidad de Rubí, el 18 de septiembre de 2007, si bien otorga la adopción lo hace sólo aplicando el derecho autonómico sin hacer referencia a las normas de derecho internacional privado, salvo que llegara a considerarse a éstas comprendidas en la escueta alusión a que se cumplen los requisitos del Código Civil o que no incurrir en prohibición legal. Más escueto aún es el Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Mataró, de 6 de mayo de 2005 que, sobre la base de los fundamentos expuestos en el informe favorable del fiscal, añade que existe una relación filial (de padre a hijo) entre los solicitantes y el menor. La ausencia de razonamiento conflictual se aprecia igualmente en los Autos del Juzgado de 1ª Instancia nº 18 de Barcelona, de 21 de abril de 2005, e, igualmente, en el del Juzgado de 1ª Instancia nº 17 de Barcelona, de 1 de junio de 2007, que proceden a constituir la adopción, entre otros.

355 Fundamento de derecho III del Informe de la Letrada del Menor de la Consejería de Bienestar Social del Gobierno del Principado de Asturias.

con carácter general, de la ley española (sin entrar en la cuestión de la aplicación de la ley extranjera al tema de la capacidad, consentimientos o a la adaptabilidad del menor).

Y el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de San Lorenzo del Escorial (Madrid) aplica directamente las normas materiales del derecho español (Código Civil) prescindiendo de la norma de conflicto vigente (artículo 9.5) para la adopción internacional.

### **b) Autos que desestiman la adopción: especial referencia al Auto del Juzgado de Primera Instancia de La Coruña, de 13 de febrero de 2008**

La Audiencia Provincial de Cádiz (en Ceuta), en un auto de 30 de marzo de 2006, invoca el artículo 9.5 del Código Civil para aplicar a toda la adopción la ley española al adquirir el menor la nacionalidad española de los adoptantes. Pero, en este caso, la falta de asentimiento de los padres biológicos impide pronunciar la adopción.

El Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de La Coruña, de 13 de febrero de 2008, deniega, empero, la adopción de un niño marroquí de dos años y medio de edad residente en dicha localidad y que se encontraba antes de pronunciarse la *kafala* con tutela dativa, en favor de su tutora española, en un orfanato (hospital) de Marruecos. Motivo por el que se le declaró, previamente a la *kafala*, abandonado (sin filiación conocida) por los tribunales de primera instancia de Marruecos.

En España, con anterioridad a la *kafala*, la tutora española y solicitante de la adopción fue considerada *idónea para la kafala* por la Administración autonómica. Pero en un informe de la Xunta, las providencias y el auto al que da lugar el asunto, se pone en evidencia la confusión generada, en esa época, con respecto a la redacción inicial del artículo 19.4 del “Anteproyecto” de Ley de Adopción Internacional (modificada en el proyecto y en el texto definitivo de la ley).

Así indica en este Auto del Juzgado de la Coruña que: “... Solicitó la rápida resolución del expediente entendiendo que podía perjudicarle la inminente publicación de la Ley de Adopción Internacional, que según decía en su recurso de reposición *previsiblemente establecerá la exclusión de la adopción de menores que provienen de países islámicos*”.

Efectivamente, el artículo 19.4 del Anteproyecto de Ley indicaba que en “ningún caso” sería posible la adopción; el proyecto de junio de 2007 estableció una salvedad (excepto cuando el menor se encuentre en desamparo y tutelado por la entidad pública española de protección de menores y no sea posible su repatriación, después de haberse puesto la situación del menor en conocimiento de las autoridades competentes de su país. Ello se entiende sin perjuicio, en su caso, de la constitución de otras medidas de protección del menor)<sup>356</sup>, y la ley

---

356 BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, nº 143-1, de 29 de junio de 2007.

suprimió el apartado. El artículo fue objeto de varias enmiendas en la tramitación parlamentaria, lo que recondujo el tema fortaleciendo, también, la idea de que la *kafala* es algo más que un mero acogimiento (una tutela)<sup>357</sup> y dejando la cuestión de la adopción en los mismos términos que ya estaba con el genérico artículo 9.5 del Código Civil (atender a la nacionalidad anticipada del menor y a su residencia en España), que es lo que hace ahora el artículo 19 de la Ley 54/2007 de Adopción Internacional.

En el caso de La Coruña, que ahora nos ocupa, parece, empero, resistirse el tribunal al abandono del texto originario de la ley, aunque reconozca que la Ley 54/2007: “No marca la imposibilidad de la adopción de menores de países islámicos”. Hace una interpretación severa de la necesidad de que intervenga una autoridad competente específica para garantizar (la adopción) en el sentido de que ésta ha de aportar la adoptabilidad del menor (o su ley).

A tal confusión contribuyó, igualmente, un auto anterior de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 3 de marzo de 2006<sup>358</sup>, del que parece olvidarse que cubre un supuesto distinto al que nos ocupa. De ahí que merezca la pena traerlo a colación. Este auto aplica correctamente el artículo 9.5 del Código Civil anterior. Sin embargo, la aplicación de esta norma de derecho internacional privado conduce a la Audiencia Provincial a denegar a los adoptantes *marroquíes* la adopción de un marroquí que reside en España al ser éste *mayor de edad*. Es decir, al no adquirir por adopción la nacionalidad española. No estamos ante el supuesto de menor abandonado ni de menor venido en *kafala*, sino en un caso de adopción intrafamiliar por parte del “padrastro” del hijo de la esposa (no habiendo fallecido el padre biológico) al que conoce, al hilo de dicha convivencia, cuando el hijo de su cónyuge tiene ya los 17 años. No hay alternativas claras a esta situación, cada vez menos infrecuente, y que requiere facilitar a los que conviven con el menor los actos de la vida en común. No la podemos solventar con una medida de adopción simple, pues nuestro sistema carece de ella —aunque se estudia su reintroducción en Cataluña para solventar algunos casos de familias reconstituidas— y que chocaría igualmente con el problema de la prohibición de la adopción por la ley marroquí. Si bien, cabe recordar que se ha intentado dar curso a un convenio bilateral entre Italia y Marruecos en este sentido<sup>359</sup>.

---

357 “Se soluciona un problema especialmente relevante, como es el de la *kafala* o adopción en Marruecos, que hasta ahora había quedado fuera de este texto legislativo, con los consiguientes perjuicios que suponía a los padres que adoptaran menores de esta procedencia. Hasta ahora se entendía que los efectos de la *kafala* o adopción en Marruecos eran equiparables a los del acogimiento permanente, aunque en realidad van más allá y son equiparables a los de una tutela. De hecho, el certificado de idoneidad que otorgan las comunidades autónomas a los solicitantes españoles es para una tutela dativa, no para un acogimiento.”

358 JUR\2006\24\241802.

359 Como vimos al ver este páis letra “A)” en el apartado de derecho comparado.

### **c) Cuestiones de extranjería relativas a la entrada de los menores: visado de reagrupación familiar (tutela) y exención de visado por motivos extraordinarios**

El menor en *kafala* no es, en principio, un beneficiario del procedimiento de la reagrupación familiar. Ahora bien, cuando la *kafala* es judicial y va acompañada de una *tutela* dativa suele concederse el visado.

Ha de tenerse en cuenta que la *kafala* está incluida en el Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño (1989) y en el citado Convenio de La Haya en el ámbito de la protección internacional del menor del que pronto España será parte. Pero ha de tratarse de una *kafala* judicial y ha de probarse documentalmente. Así, el TSJA (Sala Contencioso) en Sevilla, en fecha de 14 de enero de 2005, denegó la reagrupación familiar de dos menores de Marruecos a su hermana (hispano-marroquí) que invoca que los tiene en *kafala*, pero que no la prueba por documento judicial alguno, sino por una simple autorización paterna.

La *kafala* ha de ser judicial y el menor tiene que haber sido declarado previamente abandonado. Se atiende, en definitiva, a si tiene posibilidad de vivir en el país de origen con sus familiares para considerar el derecho a una vida familiar normal, consagrado en el artículo 8 del Convenio Europeo sobre Derechos Fundamentales. La inexistencia de lazos familiares efectivos (menor sin filiación) o la preexistencia de éstos (*kafala* intrafamiliar) limitan o aumenta la sospecha de “*kafalas* blancas”<sup>360</sup> destinadas a defraudar las normas de reagrupación familiar.

En definitiva, el visado para la entrada en España de un menor extranjero con *kafala* exige que esta medida sea judicial y que no haya sido acordada con los padres biológicos del niño (*kafala* convencional). Ha de tratarse de una *kafala* judicial, de un menor previamente declarado abandonado según la legislación interna del país de origen. La *kafala* judicial ha de venir acompañada de tutela dativa (representación) del menor y de la autorización de salida del territorio, tal como se contempla en la Ley marroquí 15/01 sobre la *kafala* de menores abandonados, de 13 de junio de 2002. En tal caso, cabe —conforme al artículo 17.1.c) de la Ley Orgánica 4/2000— la reagrupación familiar del menor o incapaz en tanto en cuanto el solicitante es su representante legal<sup>361</sup>.

Cuando el menor tiene cierta edad y familia en Marruecos está ante un posible desamparo sui generis alejado del supuesto de desamparo regulado por nuestra legislación civil (imposibilidad del ejercicio, maltrato, abusos o incumplimiento de los deberes correspondientes a la patria potestad) o en Marruecos, y que, por tanto, da lugar a una actuación diferenciada en la que pesa la normativa de la

---

360 De las que se viene haciendo eco alguna legislación extranjera (Austria).

361 Se le aplica al español el régimen común al no estar el menor nacional de un tercer país en tutela comprendido en el artículo 2 del RD 178/2003, de 14 de febrero.

inmigración, aunque el interés superior del menor deba ser el principal criterio a tener en cuenta en las decisiones que le afecten, por encima del interés del Estado a que su política inmigratoria sea eficaz. Esto significa que habrá que actuar “caso por caso” rechazando las prácticas administrativas que pudieren encerrar un rechazo del visado o un retorno automático del menor al país de origen sin antes haber comprobado que, en el caso de los menores acompañados por un tutor, existe una *kafala* judicial y una decisión previa de abandono de la competente autoridad marroquí; y, en el caso de los menores no acompañados o cuando no existe tal *kafala* y se encuentran en el territorio, que el retorno con la familia es posible y en su propio beneficio<sup>362</sup>. El retorno del menor con su familia —inapropiadamente llamado “reagrupación familiar”— ha de ser la medida prioritaria, siempre que concurren *in casu* las ya citadas garantías.

La Instrucción de la Dirección General de Inmigración<sup>363</sup>, de 27 de septiembre de 2007, sobre *kafala*, distingue dos supuestos, que guardan similitud con los que ya hemos establecido al hablar, por una parte, de la *kafala* intrafamiliar, notarial o interna (en su origen), que es convenida entre familiares, y la *kafala* judicial con tutela dativa de un niño declarado previamente abandonado por la autoridad pública marroquí, conforme a la Ley 15/01 marroquí, relativa a la *kafala* de menores abandonados, de 13 de junio de 2002. En el supuesto de que de los documentos aportados no se deduzca que se esté ante una *kafala* judicial otorgada por el juez de tutelas marroquí, acompañada de la tutela dativa del menor, que confiere la representación de éste a sus tutores, y que el menor no ha sido previamente declarado abandonado por los tribunales de primera instancia de su domicilio, la *kafala* suele ser intrafamiliar, convenida con los padres biológicos, que puede ser notarial y de un menor que no ha sido declarado abandonado. En este caso, los *kafils* tienen acogido al menor en una suerte de “delegación de la patria potestad”. A este supuesto parece referirse, en primer lugar, la citada instrucción, cuando indica: “En base a un documento *kafala*, constituido por los padres biológicos del niño, y con independencia de que haya intervenido o no en el proceso una autoridad pública”. En tal caso, no estamos ante una “tutela” dativa, que confiera la representación del menor (“... No pudiendo considerarse al ciudadano español o al extranjero residente en España representante legal del menor extranjero”). La consecuencia, a los efectos de su entrada en el territorio español, es que: “La acogida habrá de tener en todo caso carácter temporal”. Sin perjuicio de la exención de visado y autorización de residencia temporal por razones humanitarias, comprendido en el artículo 17.1 letra e) LO 4/2000.

---

362 J. Egea; J. Ferret y A. Quiñones, *Informe sobre la protecció de menors estrangers no acompanyats en situació de desemparament a Catalunya, Generalitat de Catalunya*, 2002.

363 DGI/SGRJ/06/2007.

Por el contrario, y siguiendo la instrucción: “Cuando se solicite un visado para la entrada en España de un menor extranjero procedente de un país de tradición jurídica coránica, en base a un documento *kafala* no constituido por los padres biológicos del niño (por no estar éstos determinados, ser huérfano el menor o haber sido éste declarado abandonado por la autoridad competente de acuerdo con la legislación interna del país de origen) y habiendo intervenido en el procedimiento una autoridad pública, ya sea administrativa o judicial, en orden a la protección del interés del menor, se considerará que el citado documento al establecer entre el ciudadano español o el extranjero residente en nuestro país y el menor extranjero un régimen jurídico equiparable a la tutela dativa (tal como se contempla, por ejemplo, en la Ley 15/01 marroquí, de guarda de menores abandonados, de 13 de junio de 2002”. En tal caso, “se considerará al ciudadano español o al extranjero residente en España representante legal del menor extranjero, razón por la que la acogida podrá tener carácter permanente”.

En unos casos estamos ante una tutela y, en otros, ante una delegación de la responsabilidad parental por parte de los padres.

Con respecto a la nacionalidad española, los extranjeros tutelados por españoles no se convierten automáticamente en españoles. La diferencia entre la adopción y la *kafala* no permite ejercer la opción a la nacionalidad española (RDGRN, 21 de marzo de 2006). De manera que sólo en los supuestos en los que fuere posible la adopción, conforme a las normas de derecho internacional privado, el menor que fuera adoptado por españoles podría adquirir la nacionalidad española.

#### **IV. REFLEXIÓN FINAL**

El método conflictual elaborado en el siglo XIX por F. C. de Savigny tiene por objetivo el coordinar los ordenamientos jurídicos estatales a fin de salvaguardar la *continuidad* en el espacio y el tiempo de las relaciones y situaciones privadas internacionales.

La idea de reconocer las situaciones privadas creadas al amparo de otro ordenamiento se ha visto renovada y fortalecida, en nuestros días, con el llamado método del reconocimiento de decisiones judiciales, actos públicos y *situaciones* creadas válidamente en el extranjero. Tal método del reconocimiento debería facilitar tanto la eficacia de la *kafala* como de la adopción.

No obstante, allí donde existe una notable disparidad jurídica los citados métodos suelen concurrir con el método de las leyes de policía. En tal caso, se hace difícil el mantener el postulado universalista de la neutralidad, la cooperación o, en definitiva, la ausencia de intereses públicos o estatales en las relaciones privadas internacionales. La prohibición de la *kafala* parece atender a este método.

Ahora bien, las leyes de policía son de aplicación inmediata y necesaria en el foro, pero su aplicación no está garantizada fuera del territorio. Las autoridades extranjeras pueden tenerlas en consideración sólo si el sistema de derecho internacional privado lo permite y atendiendo a las consecuencias de su aplicación o de su no aplicación.

No cabe olvidar aquí, en la práctica, la norma supranacional del artículo 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño (que vincula a nuestros dos países) que exige a nuestras autoridades públicas el dar una solución al caso concreto que atienda al interés superior del menor.

En la práctica, cabe relativizar, empero, las consecuencias del carácter claudicante de la *kafala* musulmana o del carácter claudicante de la adopción española en uno u otro país. Si el menor abandonado continúa sujeto a *kafala* con tutela dativa en Marruecos mientras que en España tiene el estatus de adoptado, estará protegido con el máximo que permite cada legislación en nuestros dos países. No estamos, aquí, ante las consecuencia drásticas de la nulidad del matrimonio de la musulmana que se casa con un no musulmán o de la nulidad del matrimonio poligámico.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- BLÁZQUEZ RODRIGUEZ, I. y ADAM MUÑOZ, M<sup>a</sup> D., *Inmigración magrebí y derecho de familia*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2005.
- CALVO BABIO, F., *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Dykinson, 2003.
- CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre Adopción Internacional (reflexiones y comentarios)*, Comares, Granada, 2008.
- CARLIER, J.-Y. y FOBLETS, M<sup>a</sup> C., *Le Code marocain*, Bruylant, 2005.
- ESTEBAN DE LA ROSA, G. (coord.), *Regulación de la adopción internacional*, Aranzadi, 2007, esp. pp. 84-113, cap. I-IV (K. Ouald Ali y Tijaniya Saghir, “Acercamiento a la adopción en los países del Magreb”).
- MINISTERIO DE JUSTICIA EN MARRUECOS, *Guide pratique du Code de la Famille*, 2006.
- PÉREZ VERA, E., “El menor en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado”, *REDI*, n<sup>o</sup> 1, 1993, p. 104.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Impedimentos matrimoniales, leyes de policía e internacionalidad. Alcance de las prohibiciones propias (bigamia) y las ajenas (adopción del menor venido en *kafala*)”, en S. Álvarez González; M<sup>a</sup> P. García Rubio y M. Requejo Isidro (coords.), *Estudios de derecho de familia y sucesiones*, De Conflictu Legum, Santiago de Compostela, 2009, p. 247.

- RIVERO HERNÁNDEZ, F., “La filiación en el umbral del siglo XXI”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 4, 2001, p. 103.
- RODRÍGUEZ BENOT, A., “El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural: (un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la kafala)”, *Revista General de Derecho*, 2000, p. 4419.
- RODRÍGUEZ MATEOS, P., “La protección jurídica del menor en la Convención sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989”, *REDI*, nº 2, 1992, p. 466.
- VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., *La reagrupación familiar de los extranjeros en España: normas de extranjería y problemas de derecho aplicable*, Aranzadi, Navarra, 2006.



- F. RIVERO HERNÁNDEZ, “La filiación en el umbral del siglo XXI”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, nº 4, 2001. p. 103.
- A. RODRÍGUEZ BENOT, “El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural: (un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la "Kafala")” Revista general de derecho, 2000, pp. 4419-4448.
- P. RODRÍGUEZ MATEOS, “La protección jurídica del menor en la Convención sobre derechos del niño de 20 de noviembre de 1989”, REDI, nº 2, 1992, pp. 466-467.
- M. VARGAS GOMEZ-URRUTIA, La reagrupación familiar de los extranjeros en España: normas de extranjería y problemas de Derecho aplicable, Aranzadi, Navarra, 2006.

إذن في بعض الحالات نكون إزاء كفالة قضائية تامة تستتبع النيابة الشرعية للكافل عن المكفول بحكم تعيين الأول مقدما على الثاني؛ وفي حالات أخرى، يقتصر الأمر على تفويض المسؤولية الأبوية من طرف الأبوين للغير. وفيما يتصل بالجنسية الإسبانية، فإن الأجنبي المكفول من طرف إسباني لا يكتسب هذه الجنسية تلقائيا. فالفرق بين التبني والكفالة لا يسمح بممارسة خيار اكتساب الجنسية الإسبانية (توصية المديرية العامة للسجلات والتوثيق، 2006/03/21). وهذا يعني أنه فقط في الحالات التي يكون فيها التبني ممكنا، طبقا لقواعد القانون الدولي الخاص، قد يجوز للطفل الذي يتبناه من يحمل الجنسية الإسبانية أن يكتسب بدوره هذه الجنسية.

وختاما، يمكن التأكيد على أن كل ما تقدم يبرهن على انعدام حلول وحيدة أو مثالية لكل أنواع الكفالات في هذا المجال. إلا أن حماية الطفل المهمل بفضل الكفالة يمكن أن تتكامل مع حمايته بواسطة التبني. ومهما كانت الحلول الجاهزة في قاعدة التنازع، ولو افترضنا لها القدرة على ضمان الأمن القانوني، فإنها لا تشمل كل الجوانب التي تخر بها مختلف القضايا المعروضة بتنوعها وتعقيدها. وليس من النافع دائما تقييد قدرة القاضي على التصرف ولو خيف من السلطة التقديرية للقضاء. لهذا السبب اعتمدت بعض الأنظمة القضائية صيغا مرنة من شأنها أن تحول القاضي مراعاة القانون الأجنبي (التحريم الأجنبي) تبعا للحالة العائلية للطفل والمصلحة في كل حالة بعينها. الكفالة والتبني لا يتعارضان مع النظام العام الدولي الإسباني. تحريم التبني قاعدة داخلية، ولو اكتسبت ذلك البعد الكوني الذي يطبع الأحكام ذات الطابع الديني، ويمكن إعمالها بمقتضى قاعدة التنازع أو أخذها بعين الاعتبار في ضوء غياب ارتباطها بالقانون الإقليمي (قانون القاضي). هناك خطر تأسيس التبني على نحو "مزعزع" (صحيح في إحدى الدولتين وباطل في الأخرى)، ومن ثمة اهتمام القانون الدولي الخاص الإسباني بتقييمه من منظور الروابط القائمة مع إسبانيا (سابقا، بمقتضى المادة 9.5 من المدونة المدنية؛ وحاليا، بمقتضى المادتين 18 و19 من القانون رقم 54/2007 المتعلق بالتبني بين الدول). ولكن لا بد أيضا من تقييم عواقب الطابع "المزعزع" للكفالة الإسلامية أو للتبني الإسباني ومدى هشاشة أو متانة الحماية المتوفرة للطفل في هذا البلد أو ذاك (معاش الأيتام) حفظا لمصلحته العليا. وذلك أن الطفل الذي يستمر تحت الكفالة المسندة قضائيا (أو يُعتبر كذلك) من منظور السلطات المغربية؛ بينما يُعتبر تحت التبني في إسبانيا، سيستمتع في البلدين بأسمى درجات الحماية التي تسمح بها تشريعات كل دولة. نحن إذن إزاء وضعية تعدد كل البعد عن العواقب الخطرة المترتبة عن بطلان زواج المسلمة المتزوجة بغير المسلم أو بطلان الزواج المتعدد. أن يكون الطفل مكفولا أو متبني، تبعا لمكان إقامته في هذا البلد أو ذاك، لا يؤدي إلى تبعات سلبية أو خطيرة، من حيث إن الطفل سيستمتع بأعلى مستويات الرعاية التي تضمنها تشريعات كل واحدة من الدولتين في نطاق سيادتها.

## مراجع

- I. BLAZQUEZ RODRIGUEZ y M<sup>a</sup>.D. ADAM MUÑOZ, Inmigración magrebí y Derecho de familia, Junta de Andalucía, Sevilla, 2005.
- F. CALVO BABIO, Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero, Dykinson, 2003
- J-Y. CARLIER y M<sup>a</sup>CL. FOLETS, Le Code marocain, Bruylant, 2005. – ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria (coord.), Regulación de la adopción internacional, Aranzadi, 2007, esp. pp. 84-113 Cap. I-IV, (K. OUALD ALI y TIJANIYA SAGHIR, (Acercamiento a la adopción en los países del Magreb).
- MINISTÈRE DE LA JUSTICIA DU MAROC, Guide pratique du Code de la Famille, 2006
- E. PÉREZ VERA, "El menor en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado", REDI, n° 1, 1993, p. 104.

أما عندما يكون الطفل قد بلغ سنا معينة وله أسرة في المغرب فعندئذ نكون إزاء وضعية إهمال محتمل "من نوع خاص"، يختلف عن حالات الإهمال كما تحددها التشريعات المدنية الإسبانية (استحالة ممارسة الحضانة، أو سوء المعاملة، أو التعسف أو الإخلال بواجبات السلطة الأبوية) أو كما تنظمها التشريعات المغربية؛ ومن ثمة يقع تصرف مغاير يكون لقوانين الهجرة وزن فيه، ولو أن المصلحة العليا للطفل تبقى هي المعيار الأساسي الذي يجب أن يراعى في القرارات التي تهمة، وذلك فوق مصلحة الدولة في أن تكون سياستها فعالة في موضوع الهجرة. وهذا يعني لزوم فحص "كل حالة علي حدة" واستبعاد الممارسات الإدارية التي قد تنطوي على رفض التأشيرة أو على عودة الطفل إلى بلده الأصلي تلقائياً من دون التحقق من أنه فيما يخص الطفل المرفوق بولييه تكون قد أسندت الكفالة وحصل التصريح بالإهمال من طرف السلطة المختصة؛ وبالنسبة إلى الأطفال غير المرفوقين أو في حال انعدام الكفالة المذكورة ووجود الطفل فوق التراب الإسباني، يكون إرجاع الطفل إلى كنف أسرته ممكناً ويخدم مصلحته الخاصة<sup>370</sup>. يجب أن تعطى الأولوية لعودة الطفل إلى أهله عند وجود الضمانات المذكورة.

منشور المديرية العامة للهجرة، المؤرخ في 2007/09/27، بشأن الكفالة، يحدد الفرق بين افتراضين على غرار ما فعلناه عندما أشرنا، من جهة، إلى الكفالة داخل العائلة الواحدة، وتقع بواسطة الإشهاد العدلي، بالاتفاق بين الأقارب؛ ومن جهة أخرى إلى الكفالة القضائية المرفوقة بإسناد النيابة الشرعية (التقديم) عن المكفول بعد أن تكون السلطة المغربية المختصة قد صرحت بإهماله، طبقاً للقانون المغربي رقم 01-15 الصادر في 2002/06/13 والمتعلق بكفالة الأطفال المهملين. وإذا تبين من المستندات المدلى بها أن الأمر لا يتعلق بكفالة قضائية صادرة عن القاضي المغربي المكلف بشؤون القاصرين ومرفوقة بالتقديم الذي يخول الكافل النيابة الشرعية عن المكفول، وأن المحكمة التي يوجد في دائرة نفوذها مقر إقامة الطفل لم تصرح بأنه مهمل، فالغالب أننا إزاء كفالة عدلية (إشهاد) تمت داخل العائلة الواحدة بالاتفاق مع أبوي الطفل، أي أنها لا تتعلق بطفل مهمل. في هذه الحالة يكون الكافل بمثابة شخص يحتضن المكفول بواسطة نوع من "التفويض للولاية". إلى هذا الافتراض يشير المنشور المذكور، حسبما يبدو، في المقام الأول، حيث يذكر ما يلي: "بمقتضى وثيقة "كفالة" مسندة من طرف الأبوين الأصليين (البيولوجيين) للطفل، وبصرف النظر عما إذا كانت قد تدخلت في العملية سلطة عامة أم لم تتدخل". في هذه الحالة لا يتوفر شرط الولاية (التقديم) الذي يخول الكافل النيابة الشرعية عن الطفل ("... ولا يجوز اعتبار المواطن الإسباني أو الأجنبي المقيم بإسبانيا نائباً شرعياً عن القاصر الأجنبي"). والنتيجة، فيما يتصل بدخوله إلى إسبانيا، هي أن "احتضانه يجب أن يكتسي في كل الأحوال طابعاً وقتياً". مع عدم الإخلال بالإعفاء من التأشيرة وخصوصة الإقامة المؤقتة لأسباب إنسانية، طبقاً لمقتضيات المادة 17.1 e) من القانون الأساسي رقم 4/2000.

وعلى العكس من ذلك، وتبعاً للمنشور المذكور، "إذا طُلبت تأشيرة الدخول إلى إسبانيا لصالح قاصر أجنبي قادم من بلد يستمد تقاليده القانونية من الشريعة الإسلامية، وذلك على أساس وثيقة كفالة غير مسندة من قبل الأبوين الأصليين (البيولوجيين) للطفل (إما لأنه يتيم أو مجهول النسب أو مصرح بإهماله من طرف السلطة المختصة طبقاً للتشريعات الداخلية للبلد الأصلي) وأنجزت إجراءات الكفالة تحت مراقبة سلطة عامة، إدارية كانت أم قضائية، لأجل حماية مصلحة الطفل، يراعى في ذلك أنه يترتب عن الوثيقة المذكورة قيام علاقة بين المواطن الإسباني، أو الأجنبي المقيم بإسبانيا، والقاصر الأجنبي، تكون بمثابة نظام قانوني مساو للولاية (كما حددها القانون المغربي المتعلق بكفالة الأطفال المهملين)". في هذه الحالة، "يعتبر المواطن الإسباني أو الأجنبي المقيم بإسبانيا نائباً شرعياً عن القاصر الأجنبي، وعندئذ يجوز أن يكتسي احتضانه إياه طابع الديمومة".

370 راجع:

J. EGEA, J. FERRET y A. QUIÑONES, Informe sobre la protecció de menors estrangers no acompanyats en situació de desemparament a Catalunya, Generalitat de Catalunya, 2002.

(اعتبار عنصر الجنسية الإسبانية التي سيكتسبها الطفل بحكم التبني، وعنصر الإقامة بإسبانيا)، وذلك ما فعلته المادة 19 من القانون رقم 54/2007 المتعلق بالتبني بين الدول.

وبخصوص القضية المطروحة على محكمة لاكورونيا، يبدو أن المحكمة تمسكت بنص المسودة رغم اعتراضها بأن القانون رقم 54/2007 "لا ينص على استحالة تبني الأطفال المستقدمين من بلدان إسلامية". وقامت أيضا بتفسير صارم لوجوب تدخل سلطة معينة مختصة قصد ضمان (التبني)، باعتبار أن ذلك التدخل من شأنه أن يضمن قابلية تبني الطفل.

وساهم في إذكاء ذلك الخلط أيضا قرار سابق صدر عن محكمة محافظة قانس بتاريخ 03/03/2006<sup>366</sup>، وهو يهتم بافتراض معايير للذي نحن بصده (وهذا جانب متغافل عنه فيما يبدو)، ومن ثمة، يجدر استحضاره في هذه النقطة. هذا القرار يطبق المادة 9.5 من المدونة المدنية السابقة على نحو صحيح. لكن أعمال هذه القاعدة المنتمية للقانون الدولي الخاص قاد المحكمة إلى رفض طلب تبني مغربي مقيم بإسبانيا من طرف زوجين مغربيين نظرا لأن الولد بالغ سن الرشد. أي أنه لا يكتسب الجنسية الإسبانية بحكم التبني. الأمر هنا لا يتعلق بطفل مهمل ولا بقاصر مستقدم تحت الكفالة. نحن هنا إزاء افتراض معايير يهتم التبني داخل الأسرة الواحدة: تبني الريب (وأبوه على قيد الحياة) من طرف زوج الأم الذي تعرّف عليه في إطار العلاقة الزوجية مع أم الطفل وعمره 17 سنة. ليس هناك بديل واضح بشأن مثل هذه الوضعية، التي تبدو غير نادرة مع مرور الوقت، وتستوجب فعل ما من شأنه أن يسهل شؤون الحياة المشتركة لمثل هؤلاء الأشخاص. إلا أنها تستعصي على الحل بواسطة تديير من نوع التبني البسيط، إذ أنه غير وارد في النظام القانوني الإسباني - يجري التفكير في إعادة اعتماده على مستوى إقليم كتالونيا لحل بعض مشاكل الأسر المعاد تأسيسها - كما أنه سيصطدم لا محالة مع مشكلة تحريم التبني في التشريع المغربي. ومع ذلك، ينبغي التذكير بمحاولة إنجاز اتفاقية ثنائية بين إيطاليا والمغرب في هذا المنحى<sup>367</sup>.

## ج) مسائل من منظور قانون الإجنبية بشأن دخول القاصرين إلى إسبانيا: الناشئة إجل النجم العائلي (ولاية) والإعفاء من الناشئة لأسباب استثنائية

مبدئيا، لا يندرج القاصر المكفول في لائحة المستفيدين من التجمع العائلي (لم شمل الأسرة). ولكن إذا تعلق الأمر بكفالة قضائية مرفوعة بالولاية على المكفول (التقديم)، تمنح التأشيرة عادة. يتعين أن تكون الكفالة قضائية؛ وقبل إسنادها، يجب أن يكون قد حصل التصريح بأن الطفل مهمل. وفي مجمل الأمر، يراعى ما إذا كانت هناك إمكانية عيش الطفل في بلده الأصلي مع أقاربه لحظة اعتبار الحق في حياة عائلية طبيعية، طبقا للمادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية. فانعدام أوامر الرقابة الفعلية (طفل مجهول النسب) أو وجود روابط سابقة (كفالة عائلية داخلية) من شأنه أن يقلص أو يعزز (بحسب الأحوال) شبهة "الكفالة البيضاء"<sup>368</sup> التي إنما تهدف للاحتيال على القواعد القانونية التي تضبط التجمع العائلي.

وخلاصة القول أن دخول القاصر الأجنبي إلى إسبانيا مكفولا يستوجب أن يكون هذا الإجراء قضائيا وألا يكون قد حصل بالاتفاق مع أسرة الطفل الأصلية. ويتعين أن تتعلق الكفالة القضائية بطفل مصرح بإهماله طبقا للتشريعات الداخلية للبلد الأصلي. ويجب أن تكون الكفالة مرفوعة بتعيين الكافل مقدما (نائبا شرعيا) عن المكفول وكذلك بالإذن له بالسفر إلى الخارج، بحسب مقتضى القانون المغربي رقم 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين الصادر في 13/16/2002. في مثل هذه الحالة يتعين - طبقا للمادة (17.1.c) من القانون الأساسي 4/2000 - إنجاز التجمع العائلي للقاصر أو المحجور بحكم أن مقدم الطلب هو نائبه الشرعي<sup>369</sup>.

JUR\2006\24\241802 366

367 تطرقنا للموضوع في البحث المتعلق بالقانون المغربي، حرف أ).

368 كان لها صدى في بعض التشريعات الأجنبية (النمسا).

369 يطبق على المواطن الإسباني النظام العام لأن الطفل القادم من خارج الاتحاد الأوروبي تحت الولاية لا تسري عليه أحكام المادة 2 من المرسوم الملكي رقم 178/2003 المؤرخ في 14/02/2003.

قانون إسباني (ليس قانوناً أجنبياً) ويتعين على القاضي أن يطبقها تلقائياً لتأسيس التبني من دون الحاجة إلى تقديم الدليل. ويستفاد أيضاً من مستندات القضية أن هناك بعض الخلط حول تفسير أحكام القانون الجديد المتعلق بالتبني بين الدول، وذلك فيما يتصل بالمادة 19.4 من النص الأصلي، وكان من شأنه لو نجح أن يغلق الباب أمام التبني في مثل هذه الحالة<sup>363</sup>.

وعلى العكس من ذلك، قررت المحكمة الابتدائية رقم 2 بمدينة إيرون (محافظة غيبوثوكوا/ إقليم الباسك) بتاريخ 2006/07/26 قبول طلب التبني بناءً على تطبيق القانون الإسباني بصفة عامة (من دون الخوض في مسألة إعمال القانون الأجنبي في موضوع الأهلية أو الموافقات أو قابلية الطفل للتبني). ومن جهتها قررت المحكمة الابتدائية رقم 1 بمدينة سان لورينثو دل إسكوريال (مديرة) التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية للقانون الإسباني (المدونة المدنية) من دون الاكتراف بقاعدة التنازع المعمول بها (المادة 9.5) في مجال التبني بين الدول.

### ب) قرارات قضائية نرفض التبني: إشارة خاصة إلى قرار المحكمة الابتدائية في مدينة لاكورونا المؤرخ في 03/02/2008

استشهدت محكمة محافظة قادس (في سبتة)، في قرار مؤرخ في 2006/03/30، بالمادة 9.5 من المدونة المدنية في تطبيق القانون الإسباني على التبني بحكم اكتساب الطفل الجنسية الإسبانية التي يحملها المتبني. إلا أن عدم موافقة الأبوين الأصليين (البيولوجيين) يحول في هذه الحالة دون الحكم بقبول طلب التبني.

وفي المقابل، رفضت المحكمة الابتدائية رقم 10 في مدينة لاكورونا (إقليم غاليسيا) في قرار بتاريخ 2008/02/13 طلب امرأة إسبانية بتبني طفل مغربي عمره عامان ونصف ويقيم في المدينة المذكورة، وكانت المحكمة الابتدائية المغربية المختصة قد صرحت بأنه طفل مهممل (مجهول النسب) وأودعته في ميتم (مستشفى) بالمغرب، ثم أسندت كفالته لاحقاً للمرأة الإسبانية.

وقبل إسناد تلك الكفالة، كانت المرأة الإسبانية طالبة التبني قد حصلت في إسبانيا على شهادة الأهلية لكفالة الصبي من الإدارة الإقليمية المختصة. إلا أن التقرير الصادر في الموضوع عن الحكومة الإقليمية، والوارد ضمن مستندات القضية وفي قرار المحكمة، أظهر إلى أي حد كان الغموض يكتنف المسألة في تلك الفترة بخصوص الصيغة الأولية التي حررت بها المادة 19.4 من "مسودة مشروع" قانون التبني بين الدول (عُدلت في "مشروع القانون" وفي النص النهائي). وهكذا أشارت المحكمة في هذا القرار إلى أن المعارضة "طلبت التعجيل بإصدار الحكم باعتبار أنها قد تتضرر من جراء الصدور الوشيك لقانون التبني بين الدول، حيث ذكرت في ملتمس إعادة النظر أن من المتوقع أن ينص القانون المذكور على إلغاء إمكانية تبني الأطفال القادمين من بلدان إسلامية".

الواقع أن المادة 19.4 من "مسودة مشروع القانون" كانت تشير إلى أن التبني لا يجوز "في أي من الأحوال". أما "مشروع القانون" (يونيو 2007) فقد أقر استثناء واحداً (إلا إذا كان الطفل مهملاً وتحت ولاية المؤسسة العمومية الإسبانية المعنية برعاية الأطفال، وتعذر إعادته إلى وطنه الأصلي بعد إشعار السلطات المختصة في بلاده بوضعيته؛ مع عدم الإخلال، عند الاقتضاء، باتخاذ تدابير أخرى كفيلة بحماية القاصر).<sup>364</sup> وقد ألغيت هذه الفقرة من قانون التبني في صيغته النهائية. وتعرضت المادة المذكورة للعديد من التعديلات أثناء المناقشات البرلمانية، حيث تعززت فكرة مفادها أن مفهوم الكفالة أكبر من أن يقتصر على "الاحتضان" (الولاية)<sup>365</sup>، وتقرر في النهاية ترك مسألة التبني كما كانت في المادة 9.5 من المدونة المدنية

363 النقطة الثالثة بين الحشيات القانونية في تقرير محامية مصلحة شؤون الطفل لدى مستشارة الفراه الاجتماعي بحكومة إقليم أستورياس.

364 الجريدة الرسمية للبرلمان الإسباني (الكورتيس). مجلس النواب، السلسلة A عدد 1-143، بتاريخ 2007/06/29.

365 "نحلت مشكلة ذات أهمية بارزة تتعلق بالكفالة المسندة في المغرب، التي ظلت حتى الآن خارج هذا النص التشريعي، مع ما كان يترتب عن ذلك من ضرر للأب (بالتبني) بشأن تبني الأطفال المستقدمين من ذلك البلد. وحتى هذه اللحظة كان يُنظر إلى آثار الكفالة المسندة في المغرب كما لو كانت مساوية لآثار الاحتضان الدائم، والحال أنها تذهب إلى أبعد من ذلك وتقبل المقارنة بآثار الولاية. والواقع أن شهادات الأهلية التي تسلمها سلطات الأقاليم الذاتية للمواطنين الإسبان الذين يطلبونها تخص الولاية (النيابة الشرعية بحكم التقديم) لا الاحتضان".

الجنسية الإسبانية بحكم التبني، وكان قد حصل التصريح قضائياً في المغرب بأنه مهمل؛ وبناء على أنه تحت ولاية (تقديم) السيدة التي طلبت التبني، وقد ولتها (أقدمتها) عليه السلطات القضائية المغربية؛ وبناء على أن هذه الولاية مساوية للاحتضان؛ وبناء على أن عودة الطفل إلى أسرته الأصلية مستحيلة لأنه يفتقر إليها؛ وبناء على أنه يقيم برشلونة منذ أن حصلت العارضة، التي اعتنقت الإسلام، على الإذن بالسفر به إلى خارج المغرب، أي إلى إسبانيا" وحيث ثبت "استيفاء الشروط المقررة قانوناً وأن التبني يخدم المصلحة الفضلى للطفل، لزم قبول الطلب وتأسيس التبني (...)" . وقبل صدور القانون 54/2007 المتعلق بالتبني بين الدول، كانت المحكمة الابتدائية برشلونة قد أصدرت قراراً بتاريخ 2004/03/01 حولت بمقتضاه التبني لصالح زوجين أحدهما إسباني والآخر من بلد عضو في الاتحاد الأوروبي على طفلين استقداً من المغرب تحت الكفالة القضائية. وهذه حالة مهمة بالنسبة إلى موضوعنا لأنها تهم زوجين مقيمين بإسبانيا ولا يحمل أي منهما الجنسية المغربية (الزوجة إسبانية والزوج من بلد آخر عضو في الاتحاد الأوروبي). الكافل في هذه الحالة ليس إسبانيا (الزوج) بخلاف الزوجة الإسبانية (التي ستنتقل جنسيتها للابن بالتبني) وقانون جنسية الزوج لا يمنع التبني.

ويندرج في السياق ذاته قرار المحكمة الابتدائية رقم 1 في مدينة روبي (محافظة برشلونة) المؤرخ في 2006/03/01 والذي يهتم بالحلول المستمدة من القانون الدولي الخاص. إلا أن تلك القواعد استندت - في ذلك الحين- على المادة 9.5 من المدونة المدنية الإسبانية، ومن شأنها أن تتطابق اليوم مع الحلول التي تقدمها المادة 19 من القانون 54/2007 المتعلق بالتبني بين الدول. وأشار القرار منذ الوهلة الأولى إلى عدم توفر الشروط المؤدية إلى تطبيق اتفاقية لاهاي لـ29 مايو 1993 المتعلقة بحماية الأطفال والتعاون في مجال التبني على الصعيد الدولي، علماً بأن المملكة المغربية ليست طرفاً في هذه الاتفاقية. وأضافت المحكمة: "إلا أنه يتعين الرجوع إلى القانون الوطني للطفل موضوع التبني فيما يتصل بأهليته والموافقات اللازمة إذا كان مقر إقامته خارج إسبانيا، أو حتى ولو كان مقيماً بإسبانيا ولكنه لا يكتسب الجنسية الإسبانية بحكم التبني". ولكن "لما كان أي من الافتراضين الأخيرين غير وارد في الحالة التي نحن بصددنا، تعين تطبيق مقتضيات المادتين 115 و131 من مدونة الأسرة (...)"<sup>362</sup>.

ذلك عن إقليم كتالونيا، أما بخصوص الأقاليم الذاتية الأخرى، فيمكن أن نشير إلى قرار محكمة محافظة مالقة (إقليم أندلسيا) المؤرخ في 2007/03/20 الذي ثبت قرار المحكمة الابتدائية - برفض طعن النيابة العامة والحكومة الإقليمية- وقضى بقبول طلب تبني طفلين مغربيين لصالح زوجين إسبانيين يقيمان في إسبانيا مع القاصرين المذكورين ومع ابنين آخرين بالتبني من الصين وروسيا. وأبرزت محكمة محافظة مالقة أن القاصر طفل مهمل مجهول النسب وأنه كان تحت ولاية الإدارية العمومية المغربية إلى أن عهد به للمواطنين الإسبان المذكورين.

ويبدو أن المحكمة الابتدائية رقم 7 بمدينة أوبيادو (إقليم أستورياس) قد راعت قواعد القانون الدولي الخاص في قرارها المؤرخ في 2008/07/21 حيث قضت بحفظ الدعوى ودعت العارضين إلى تحريك المسطرة الخاصة بالتبني الدولي لطفل أجنبي على أساس قواعد النزاع الواردة في (المادة 9.5 من المدونة المدنية سابقاً) المادة 18 من القانون رقم 54/2007 المتعلق بالتبني بين الدول. إلا أنه يستخلص من تقرير النيابة العامة المؤرخ في 2008/05/02 أن المقال الافتتاحي كان يحتوي على مشاكل مرتبطة بطلب تحويل الكفالة إلى تبني بينما كان يتعين طلب تأسيس التبني من جديد. وفي كل الأحوال، فإن قواعد النزاع هي

362 مثلاً، قرار المحكمة الابتدائية رقم 3 بمدينة ترأسا (محافظة برشلونة) المؤرخ في 2006/03/28. ولجأت المحكمة الابتدائية رقم 1 بمدينة أوسبيتابت دي ليوريجات (محافظة برشلونة) في قرار بتاريخ 2007/09/09 إلى استعمال التعليقات ذاتها، ومن ثمة إحالتها على قاعدة النزاع، وقضت بقبول طلب التبني. وفي المقابل، قضت المحكمة الابتدائية رقم 2 في مدينة روبي (محافظة برشلونة) في قرار لاحق مؤرخ في 2007/09/18 بقبول طلب التبني ولكن فقط على أساس تطبيق قانون الإقليم الذاتي (الكتالوني) ومن دون الإحالة على قواعد القانون الدولي الخاص، باستثناء إشارة وجيزة إلى استيفاء شروط المدونة المدنية وانعدام الموانع القانونية. وجاء قرار المحكمة الابتدائية رقم 4 بمدينة منارو (محافظة برشلونة) وجيزاً للغاية في هذا الصدد حيث اعترف، بناءً على التقرير الإيجابي للنيابة العامة، بوجود علاقة البنية بين العارضين والطفل. ويلاحظ غياب التعليق النزاعي أيضاً في قرارات أخرى قضت بقبول طلبات التبني، مثل قرار المحكمة الابتدائية رقم 18 في برشلونة المؤرخ في 2005/04/21 وقرار المحكمة الابتدائية رقم 17 في برشلونة المؤرخ في 2007/06/01.

الكفالة في سلك القانون الإسباني. ولكن ينبغي تفادي التلوث الذي يمتد إلى قضايا القانون المدني (التبني) انطلاقاً من "النظام العام الداخلي" الخاص بقانون الأجنبية. هذا التداخل أدى إلى إضافة المزيد من الغموض على الموضوع الذي نحن بصدده؛ فنظراً لكونه يدور حول فكرة مفادها أن الكفالة ليس تبنيًا بل احتضاناً (التكييف يتراوح ما بين الاحتضان البسيط والولاية كأقصى حد)، لذلك لا يندرج المكفول ضمن لائحة المستفيدين من التجمع العائلي، مع عدم الإخلال بإمكانية إعفائه من التأشيرة لأسباب استثنائية. ولكن هذه النتيجة لا تعني استحالة الاعتراف بالكفالة في إسبانيا حتى على فرض أن الأمر يتعلق بمجرد احتضان أو بتفويض الولاية (السلطة الأبوية). والواقع أن المسألة كان ينبغي أن تكون عكس ما هي عليه: فالتكييف والاعتراف في المجال المدني استناداً على النصوص الدولية المذكورة وعلى القانون الدولي الخاص الإسباني (المادة 34 من القانون رقم 54/2007 المتعلق بالتبني بين الدول)، كان ينبغي أن يؤثر في التشريعات التي تنظم وضعية الأجانب (وليس العكس كما يجري الآن). وسنركز على القرارات المتعلقة بقبول أو رفض تأسيس التبني في المجال المدني.

غالبية القرارات التي درسناها غير منشورة وقد حصلنا عليها بطرق مختلفة ولا سيما بفضل شفافية القضاة وسخاء العديد من الأسر والجمعيات المهتمة برعاية الطفولة.

### **أ) قرارات قضائية نخول التبني: إشارة خاصة لقرار محكمة محافظة برشلونة المؤرخ في 08/07/2008**

من بين القرارات القضائية الإسبانية الصادرة عن محاكم المحافظات بشأن تبني طفل مستقدم تحت الكفالة قرار حديث صدر عن محكمة محافظة برشلونة بتاريخ 08/07/2008<sup>361</sup>، حيث قبلت المحكمة طلب تبني قاصر مغربي مقيم بإسبانيا. وكانت السلطات المغربية قد صرحت بأن الطفل مهمل وضعته تحت الولاية العامة قبل إسناد كفالته قضائياً لكافلة إسبانية مع تقديمها عليه. وبناء على القانون الجديد رقم 54/2007 المتعلق بالتبني بين الدول، استنتجت المحكمة أن القضاء الإسباني مختص بتأسيس التبني في هذه الحالة (المادة 14) وأن القانون المنطبق هو القانون الإسباني (المادتان 18 و19 مجتمعتين) باعتبار محل إقامة الطفل موضوع التبني وكونه سيكتسب الجنسية الإسبانية بحكم التبني (المتبنية تحمل الجنسية الإسبانية): "المادتان 18 و19 من القانون المذكور هما اللتان تحددان التشريع المنطبق على الحالة التي بين أيدينا، وهو القانون الإسباني من حيث إن الطفل موضوع التبني يقيم بإسبانيا على نحو اعتيادي لحظة تأسيس التبني (المادة 18) وسيكتسب الجنسية الإسبانية بحكم التبني (المادة 19، البند 1، حرف ب)".

وكانت محكمة محافظة برشلونة قد أصدرت في مناسبة سابقة، وفي السياق ذاته، قراراً بتاريخ 28/03/2006 نطقت فيه لصالح تبني طفل مغربي مكفول لدى إسبانيين ومقيم معهم في كتالونيا ويمارسان الولاية عليه (التقديم) بمقتضى الكفالة: "تري الغرفة أن ما يسمى بالكفالة يمكن أن يؤخذ كمساو للولاية لغرض المادة 117 من قانون الأسرة حتى يتسنى إنشاء التبني محلياً (في إسبانيا)". ولكن المحكمة تجاهلت قواعد القانون الدولي الخاص عندما أكدت "... قابلية تطبيق المادة 124 من مدونة الأسرة والتشريع المغربي (المتعلق بالكفالة)".

وتأتي هذه القرارات الصادرة عن محكمة محافظة برشلونة لتثبيت الممارسة القضائية المتبعة على مستوى المحاكم الابتدائية في كتالونيا، في شأن الأطفال المستقدمين تحت الكفالة والذين سبق التصريح بإهمالهم من طرف السلطة المغربية المختصة ثم تبناهم المواطنون الإسبان الذين يتولون كفالتهم ويقومون معهم بإسبانيا. وكيشال على ذلك، نورد قرار المحكمة الابتدائية برشلونة المؤرخ في 15/04/2008 والذي جاء فيه ما يلي: "ولما كان متعزراً اعتبار الكفالة كالتبني (...). طلبت العارضة تأسيس تبنيها للطفل من جديد، ولهذا الغرض وجب الرجوع إلى مقتضيات مدونة الأسرة (الكتالونية)"، بناء على أن "الطفل يقيم بإسبانيا وسيكتسب

ويرى البعض أن إعمال الجنسية الإسبانية للمتبني ينطوي عمليا على نوع من التمييز، بحيث ينتج عن ذلك أن المواطن المغربي الذي يرغب في تبني طفل مغربي بإسبانيا يجد صعوبات أكثر من تلك التي تواجه المواطن الإسباني الذي يستقدم طفلا مغربيا تحت الكفالة. والواقع أننا إزاء حل تشريعي يهدف إلى حفظ مصلحة القاصر في سياق دولي، ويغنيه عن مخاطر التبني المزعزع وعدم الجدوى. ولا بد من الإشارة أيضا في هذا الصدد إلى أنه يكفي أن يكون أحد المتبنيين (لا الكافل وحده) من جنسية إسبانية ليصير التبني ممكنا. وبناء على ذلك يكون التبني غير مستبعد بالنسبة إلى الزوجات المختلطة (أحد الزوجين مغربي والآخر إسباني) مثلما هو الشأن كذلك بالنسبة إلى ذوي الجنسية المزدوجة.

ولا تخصص التشريعات الإسبانية قواعد معينة للتعامل مع هذا الافتراض، الذي يتوقع أن يتكاثر مستقبلا، إلا أنها تستجيب لمقتضيات القرب والمرونة، بسعيها في ألا تبقى وضعية الطفل المستقدم تحت الكفالة متحجرة في إطار قانون موطنه الأصلي، والحالة أن كل أواصره العائلية مستقرة في إسبانيا. ومن المهم التركيز كذلك على أنه إذا كان المتبني من جنسية إسبانية فإن التنازعات المحتملة بين القوانين والتي ستثار بشأن الطفل ستسير باتجاه الاضمحلال على إثر التبني إلى أن تصير علاقاته القانونية مع أسرته بالتبني من صميم العلاقات الداخلية. فمثلا في حال وفاة الكافل / المتبني الإسباني فإن القانون الذي سينظم مسألة الميراث هو القانون الإسباني. وفي المقابل، إذا كان الكافل مغربيا، طبقت قواعد الميراث المعمول بها في التشريع المغربي (المادة 9.8 من المدونة المدنية الإسبانية<sup>360</sup>). وسيتوقف استحضر القانون الإسباني في تنظيم مختلف جوانب الحالة الشخصية للطفل على ما إذا كان سيطبق القانون الشخصي أم قانون محل الإقامة الاعتيادية (بحسب قاعدة التنازع)، ولكنه سيتوقف أيضا على جنسية ومحل إقامة الأسرة التي تحتضن الطفل وعلى مدى إمكانية تبنيه.

أما إمكانية تبني طفل مستقدم تحت الكفالة من طرف كافل يحمل الجنسية المغربية ويقوم بإسبانيا فلا تبدو مناسبة وإن كانت غير مستحيلة؛ وذلك لأن خطر إنشاء وضعية مزعزعة قد يكون أكبر في هذه الحالة، التي قد تدخل في إطار الكفالة داخل العائلة الواحدة أو قد تهم طفلا معلوم النسب وله أهل. ويكون الحصول على الموافقات اللازمة من طرف الأسرة الأصلية (البيولوجية) مستحيلا بحكم أنه ما كان لأولياء الطفل أن يوافقوا على التبني والحال أنه منعدم بل محرم بمقتضى قانونهم الشخصي.

وبعبارة أخرى، ما كان للمحاكم أن تستقصي الأسباب الدينية سواء تعلق الأمر بالأجانب أو بمن يحملون جنسية الدولة، وما كان لها أن تفرض على أي منهم موانع ذات مصدر ديني إلا إذا كانت تلك الموانع واردة في قانون سيادي منطبق بحسب قواعد القانون الدولي الخاص. ولا يتعارض تحريم التبني طبقا للتشريعات المغربية مع النظام العام الإسباني حيث يمكن الاعتراف في إسبانيا بالكفالة باعتبارها وسيلة لحماية الطفل بديلة عن التبني. ولكن امتداد ذلك التحريم إلى خارج مجال السيادة الإقليمية للمغرب غير مضمون إلا في حدود ما يسمح به القانون الدولي الخاص الإسباني وتطبيقاته القضائية.

### المطلب 3. الممارسة القضائية الإسبانية بشأن تبني الأطفال المستقدمين نحو الكفالة

الجزء الأكبر من الاجتهادات الفقهية بشأن الكفالة في إسبانيا لا ينتمي إلى النظام القضائي المدني فيما يخص طلبات التبني بل إلى مجال المنازعات الإدارية ويهم طلبات التجمع العائلي (لّم شمل الأسرة) أو الإعفاء من التأشيرة لأسباب استثنائية. تحليل هذه القرارات لا يستهان به فيما يتصل بانتظام مؤسسة

فعندما يتعلق الأمر بكفالة داخل العائلة الواحدة (الإشهاد العدلي) فقد يقتصر مضمونها على تفويض الولاية من الأبوين للكافل. أما عندما يكون المكفول طفلا مهملًا ويكون الكافل مقدما على القاصر ونائبًا شرعيا عنه فعندئذ لا مجال للشك في أنه صاحب الولاية الشرعية أو السلطة الأبوية، علما أن هذا المصطلح الأخير لا يوجد في الشريعة الإسلامية وتقوم الولاية مقامه.

360 المادة 9.8 من المدونة المدنية الإسبانية: "يُرجع في تنظيم الميراث بسبب موت المورث إلى القانون الوطني للهلك في لحظة وفاته كيفما كانت طبيعة التركة وفي أي بلد كانت".



ولكن يجوز للسلطات الإسبانية أن تأخذ في اعتبارها بصورة جزئية قوانين أخرى بشأن جوانب معينة، وكذلك عندما يتعين عليها اتخاذ قرار حول ورود التبني أو حول ما إذا كان ذلك سيخدم مصلحة الطفل من وجهة النظر "الدولية". وهذا لا يعني أن تلك القوانين الأجنبية تنظم التبني بين الدول في إسبانيا وإنما يتعين أخذها بالاعتبار تفادياً لتأسيس وضعية مزعومة (صحيحة في إحدى الدولتين وباطلة في الأخرى). وتنصرف السلطات الإسبانية على هذا النحو عندما يتبين لها أنه من غير المستبعد أن يعيش الطفل في إسبانيا وكذلك المغرب بما أن الشخص (أو الشخصين) الذي يتولى شؤونه إما مواطن إسباني وإما مزدوج الجنسية وتشده إلى المغرب روابط عائلية. في هذه الحالة، لا بد من تقييم عدم اهتمام السلطات الإسبانية بالنطق بقرار (التبني) سيكون عديم الجدوى في البلد الذي يرتبط فيه الطفل وأسرته بوشائج وثيقة، لا سيما وأن الطفل محمي بواسطة الكفالة، وهي أسنى وسيلة ممكنة لتوفير الرعاية للطفل في المغرب. ثم يجب أن يكون طلب التبني قد رفع، طبعاً، إلى السلطة المختصة وهذا أمر لا يتحقق دائماً في مثل هذه الحالات لأسباب ثقافية وقومية واجتماعية ودينية. علاوة على ذلك، تؤدي استقلالية الإدارة دوراً جوهرياً في المسألة، ولا يجوز للسلطات الإسبانية أن تقيدها في أي اتجاه (الكفالة أو التبني) على أساس معتقدات المتبني، إذ سيكون ذلك بمثابة انتهاك للحرية الدينية (حق الانتماء إلى ديانة معينة وحق استبدالها) التي يحميها الدستور الإسباني بنص المادة 16.

### ب) قوانين أجنبية مأخوذة بعين الاعتبار

تحتوي المادتان 19 و20 من القانون 54/2007 على استثناءين للمبدأ الأساسي المتمثل في إنفاذ القانون الإسباني (قانون محل الإقامة) وذلك من أجل تفادي تأسيس التبني على نحو مزعزع (باطل في البلد الأصلي للطفل). ويتعين أن نبرز على الأخص الاستثناء الوارد في المادة 19 من القانون رقم 54<sup>357</sup>/2007. وبناءً على نص هذه المادة، يسري على أهلية المتبني، وعلى موافقات الأشخاص المعنيين، قانون جنسية الطفل المرشح للتبني بدل القانون الموضوعي الإسباني، وذلك في الحالتين التاليتين:

- أ- إذا كان مقر الإقامة الاعتيادية للطفل المرشح للتبني خارج إسبانيا لحظة تأسيس التبني.
- ب- إذا لم يكتسب الطفل المرشح للتبني الجنسية الإسبانية بحكم التبني رغم إقامته بإسبانيا.

وقد أبقى القانون 54/2007 بعد اجتياز الإجراءات البرلمانية - واستبعاد المنع الوارد في مشروع القانون - على المقتضى الوارد في المادة 9.5 من المدونة المدنية السابقة<sup>358</sup>، والذي كان يجيز اعتماد الجنسية الإسبانية للقاصر على نحو مسبق (قبل اكتسابه إياها) لاستبعاد أعمال قانون موطنه الأصلي (قاعدة تحريم التبني)، وذلك في الحالة التي يكون فيها أحد الأبوين المتبنيين على الأقل من جنسية إسبانية. أي عندما يكتسب الطفل الجنسية الإسبانية بحكم التبني<sup>359</sup>.

357 تتضمن المادة 19 استثناءات اختيارية لمصلحة الطفل المرشح للتبني. وتنص بشأن الموافقات والجلسات والتراخيص على ما يلي: "مع عدم الإخلال بمقتضى المادة 18، للسلطة الإسبانية المختصة بتأسيس التبني أن تطالب، زيادة على ما تقدم، بالموافقات والجلسات والتراخيص الواجبة بحكم القانون الوطني أو قانون محل الإقامة الاعتيادية للمتبني أو التبني إذا توردت المعطيات التالية:

أ) أن يكون للمطالبة بتلك الموافقات والجلسات والتراخيص أثر إيجابي على مصلحة الطفل المرشح للتبني. وتكون "مصلحة الطفل المرشح للتبني" قد حصلت بالأخص إذا كان أخذ القوانين الأجنبية بالاعتبار سيسهل، بحسب المعيار القضائي، صحة التبني في بلدان أخرى معنية بهذا الافتراض.

ب) أن تكون المطالبة بتلك الموافقات والجلسات والتراخيص قد قُدمت من طرف المتبني أو النيابة العامة".

358 الصيغة السابقة للمادة 9.5 من المدونة المدنية: "يرجع في التبني الذي يؤسسه القاضي الإسباني، فيما يخص الشروط، إلى مقتضيات القانون الإسباني. ولكن يجب إعمال القانون الوطني للطفل المرشح للتبني فيما يتصل بأهليته والموافقات اللازمة في الحالتين التاليتين:

1. إذا كان محل إقامته الاعتيادية خارج إسبانيا
2. إذا لم يكتسب الجنسية الإسبانية بحكم التبني حتى ولو كان محل إقامته داخل إسبانيا.

359 يجدر التذكير بأن المادة 19.1 من المدونة المدنية نصت على إمكانية اكتساب المتبني جنسية المتبني الإسبانية؛ وبأن المادة 20.1 من المدونة المدنية أوردت إمكانية اكتساب الجنسية الإسبانية إذا كان الطفل تحت السلطة الأبوية (الولاية) لشخص يحمل هذه الجنسية. إلا أن الكفالة في حد ذاتها لا تحول هذه الولاية.

وسويسرا). ونجد التنظيم العام في قواعد القانون الدولي الخاص التي تُعنى بالتبني، وكذلك في القانون الموضوعي الإسباني المختص (والذي يعود الاختصاص بشأنه لسلطات الأقاليم الذاتية). ومع ذلك، ورغم انعدام تشريعات موضوعة خصيصا لمعالجة هذا الموضوع، فإن الفرق واضح بين حالة كفالة الطفل المهمل والموضوع تحت الولاية العامة في بلده الأصلي (إما يتيم أو مجهول النسب) وحالة الكفالة العائلية التي تهم مثلا الطفل المغربي الذي يترك أسرته في المغرب ويأتي إلى إسبانيا للإقامة مع جده أو عمه أو أي قريب آخر. هذا الفرق الذي تطرقنا إليه سابقا بين نوعين مختلفين من الكفالة (ووضعيتين مختلفتين للناصر) يكتسي أهمية بارزة من حيث ضرورة الحصول، عند الاقتضاء، على الموافقة الصحيحة (المعبر عنها بعد تلقي المعلومات الكافية والمناسبة) من طرف الأبوين عندما لا يوجد تصريح من السلطات المغربية بأن الطفل مهمل. وقد رأينا كيف أنه، علاوة على ما تقدم، تطرح أيضا مشاكل مرتبطة بالأشخاص الذين تتعين موافقتهم، فالأم لا تمارس الولاية أو السلطة الأبوية على الطفل (الولاية غير مشتركة)؛ ومن شأن ذلك أن يطرح مشاكل بالنسبة إلى الكفالات المسندة بين أفراد العائلة الواحدة (بالمفهوم العريض).

وعلى رغم طابعها العام، فإن قواعد القانون الدولي الخاص تأخذ في اعتبارها، نوعا ما، تعددية الافتراضات؛ مثلا عندما تقدم حولا متباينة على أساس الروابط الفعلية للناصر (ومن ثمة، لوليه) مع كل واحد من البلدان المعنية، وذلك لأجل تقييم المخاطر التي قد تنجم عن هشاشة التبني. وليس من باب التناقض (ولا من باب التمييز) أن تكون طلبات تبني طفل مصرح بإهماله ومكفول من طرف زوجين إسبانيين مقيمين بإسبانيا تملك من حظوظ النجاح أكثر مما تملكه طلبات تبني طفل مغربي من قبل مواطنين مغربيين يعيشان في حالة تنقل مستمرة بين بلدين، ولا سيما إذا كانت الكفالة قد تمت داخل العائلة الواحدة أو كان للطفل أسرة في بلده الأصلي.

إلا أن ذلك لا يحول دون وجود أطفال معترف بكفالتهم في إسبانيا سواء كان الكافل أجنبيا (مغربيا) أو مواطنا إسبانيا. ويتوقف التبني على موافقة الولي، ويجب تقديم طلب بشأنه، وهو ما لا يتحقق دائما لأسباب مختلفة (بما في ذلك الأسباب ذات الطابع الديني أو الثقافي)، ويمكن رفض الطلب في حال عدم استيفاء الشروط والضمانات القانونية (قواعد القانون الدولي الخاص وقواعد موضوعية) أو إذا كان ذلك في غير مصلحة الطفل.

## أ) إختصاص السلطان والقانون المنطبق: إعمال القانون الإسباني بشأن الطفل المستنقح نحث كفالة والمقيم في إسبانيا على نحو إعتيادي حاليا أو مستقبلا.

تتمتع السلطات الإسبانية بمعايير اختصاص قضائي واسعة، وإن لم تكن حصرية، فيما يتصل بتأسيس التبني بين الدول (المادة 14.1 من القانون رقم 54/2007). فعندما تعلن السلطات الإسبانية اختصاصها في تأسيس التبني تعتمد إلى تطبيق قانونها الخاص إذا كان في الوقت ذاته هو قانون مقر الإقامة الحالي أو المستقبل للطفل المرشح للتبني. ذلك ما يستنتج من المادة 18.1 من القانون 54/2007 المتعلق بالتبني بين الدول. الافتراض الأكثر شيوعا في هذا المجال هو أنه بعد تحديد الاختصاص تعتمد السلطة إلى اتخاذ القرار طبقا لقانونها بما أن الأمر يتعلق بطفل يقيم حاليا أو سيقوم مستقبلًا بصفة اعتيادية فوق التراب الإسباني (الفرضية الأكثر شيوعا). ويكون القانون الإسباني، انطلاقًا من معيار الإقامة الفعلية أو المؤملة للناصر، هو القانون المنطبق في الحالات التي تهمنها<sup>356</sup>.

356 في الحالات المغيرة يسري على التبني القانون الأجنبي (قانون جنسية الطفل). نعتقد أن هذا النص أخذ في اعتباره الشاعرة المفردة لمعايير الاختصاص القضائي الدولي (المادة 21) ووظائف القناصل (في حال عدم تدخل سلطات البلد الذي يمارسون فيه وظائفهم). بخصوص أهمية ارتباط مقر الإقامة الاعتيادية للناصر في القانون الجديد المتعلق بالتبني بين الدول، انظر:

A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZALEZ, op.cit. pp 105- 110.

على أن استخدام القاصر إلى بلجيكا على أمل تبنيه، والنطق بالتبني لا يقعان إلا إذا استوفيت مجموعة من الشروط: ثبوت أهلية المتبني، وأن يكون الطفل مهملاً وتحت ولاية عامة، وانعدام أي اتصال مباشر أو صفقة مع حاضن الطفل، وأن تكون قد وافقت على إسناده سلطات موطنه الأصلي ومقره الجديد. وبعد استيفاء هذه الشروط، يمكن للراغب في التبني أن يسافر إلى المغرب لأجل تولي شؤون الطفل بواسطة استكمال إجراءات الكفالة. وتأذن السلطات المغربية بسفر الطفل لأجل الإقامة مع كافله بالخارج، في حين تقوم السلطات القنصلية البلجيكية بمنحه تأشيرة الدخول إلى بلجيكا. وبعد استقرار الطفل في موطنه الجديد، يمكن البدء في اجتياز إجراءات تأسيس التبني. ويجب أن يكون الطفل قد استقدم من أحد مراكز الرعاية، وبضمانات كافية على أنه لم يكن موضوعاً لآلية صفقة، وبأن كفالته لن تتعرض للإلغاء.

وتجد الإشارة إلى أننا إذاً شروط وضعت، كما هو الشأن في سويسرا، خصيصاً للحالات التي يكون فيها الطفل من أحد البلدان التي تحرم التبني. فهذه الشروط تستوجب تقديم الدليل على أن الطفل إما يتيم أو مهممل (وضع الحمل المجهول النسب مقبول في المغرب والجزائر) وعلى أن سلطات بلاده قد عهدت به إلى الشخص الذي طلب كفالته وأذنت بسفره وإقامته في الخارج (بلجيكا) مع وليه (المقدم عليه بمقتضى الكفالة). هذه الشروط والمستندات التكميلية - وخصوصاً وجوب التصريح بأن الطفل مهممل وبأنه كان مودعاً بإحدى مؤسسات الرعاية- تهدف إلى تعويض الشرط المتعلق بتصريح سلطة البلد الأصلي بـ"قابلية تبني" الطفل، علماً بأن تصريحاً من هذا النوع مستحيل في موطن القاصر بمقتضى التحريم الديني للتبني.

## المطلب 2. قواعد القانون الدولي الخاص الإسباني طبقاً للقانون رقم 28/12/2007 المؤرخ في 2007/54

جاء القانون رقم 54/2007 المؤرخ في 28/12/2007 والمتعلق بالتبني بين الدول<sup>355</sup> مستيقاً للنظام الذي سيصبح ساري المفعول بعد بدء العمل في إسبانيا باتفاقية حقوق الطفل (لاهاي 1996) المذكورة، حيث أورد قواعد لضبط الاعتراف بمؤسسة الكفالة الأجنبية. ويعتبر القانون التبني والكفالة مؤسستين متباينتين ولكن يمكن الاعتراف بهما كوسيلتين لحماية الطفل على الصعيد الدولي بشرط أن تكونا قد تأسستا على يد السلطة العامة المختصة. ويأتي تبادل الاعتراف بالمؤسستين منسجماً مع الإطار العام الذي حددته اتفاقية الأمم المتحدة حول حقوق الطفل المعتمدة بتاريخ 1989/11/20. وينظر هذا النص إلى الكفالة والتبني كوسيلتين لتوفير الحماية للطفل على الصعيد الدولي؛ وعلى الرغم من أنهما مختلفتان وتكون إحدهما بديلاً للآخرى في المجال الداخلي، إلا أن الاتفاقية لا تستبعد الاعتراف الدولي (بهما معاً) في الدول التي لا تعرفهما.

وفي إسبانيا، يتطلب تحقيق الرعاية المثلى للطفل المستقدم تحت الكفالة عدم إغلاق الباب كلياً أمام إمكانية التبني -إن طلب- لأنه يتيح الاندماج الكامل داخل الأسرة المحتضنة. إلا أن هذا الاندماج الكلي -في حال طلبه- يتوقف على استيفاء مجموعة من الشروط. ولم تحدد المنظومة القانونية الإسبانية شروطاً معينة في مجال القانون الدولي الخاص للتعامل مع هذا الافتراض النوعي (كما هو الشأن في بلجيكا

355 القانون رقم 54/2007 المؤرخ في 28/12/2007 والمتعلق بالتبني بين الدول (المريدة الرسمية للدولة الإسبانية، عدد 312 بتاريخ 29-12-2007، ص. 53676-53686). انظر:

A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZALEZ, La Ley 542007/ de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios), Ed. Comares, Granada, 2008.

رؤية نقدية للنص في:

S. ALVAREZ GONZALEZ, "La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la Comunidad entre ambos", AEDIPr, 2007, pp. 39-69-

انظر أيضاً المقال التالي المنشور بعد إنهاء هذا البحث:

J.Mª ESPINAR VICENTE, "Reflexiones sobre algunas de las perplejidades que suscita la nueva regulación de la adopción internacional", Actualidad Civil, 2008, núm. 18, quincena del 16 al 31 Oct. 2008.

الإذن باحتضان الطفل المغربي تحسبا لتبنيه يخضع في سويسرا لشروط تكميلية هي التي وردت في القانون المذكور الذي ينظم وضع الأطفال تحت الرعاية تحسبا للتبني (OPEE). وبذلك تكون المحكمة قد أخذت في اعتبارها أن المادة 11b من القانون المذكور تأذن باحتضان طفل أجنبي على أمل تبنيه في سويسرا إذا لم يكن هناك أي مانع قانوني (طبقا لقواعد القانون الدولي الخاص السويسري) وبشرط أن يكون ذلك التبني قد أملتته المصلحة الفضلى للطفل. ولتحقيق ذلك، علاوة على العمل بمقتضى المادة 77 من القانون الدولي الخاص الفدرالي السويسري (الاختصاص للقانون السويسري)، لا بد من استيفاء الشروط المادية التكميلية للقانون الذي ينظم وضع الأطفال تحت الرعاية (القانون السويسري المختص) والتي جاءت خصيصا للرد على الافتراض الذي يهمننا. وذلك يعني ضرورة إثبات التصريح بأن الطفل مهممل إما لأنه يتيم أو مجهول النسب، بمعنى أنه لن يكون موضوع مطالبة من طرف أبويه الأصليين بعد إسناد الكفالة.

### (ز) بلجيكا: قواعد النزاع والقانون الموضوعي

يتعين أن نرجع إلى الشروط المحددة بواسطة قاعدة النزاع الواردة في المادة 67 من مدونة القانون الدولي الخاص البلجيكية<sup>353</sup> وإلى الشروط الموضوعية الخاصة التي أقرها القانون البلجيكي بشأن الأطفال المستقدمين إلى بلجيكا تحت الكفالة. هذه الجوانب تضيئها المادة 5-361 من المدونة المدنية، المعدلة بمقتضى القانون المؤرخ في 2005/12/06 والقاضي بتعديل بعض الأحكام المتعلقة بالتبني<sup>354</sup>. وأدخل هذا الإصلاح قواعد موضوعية معينة في ميدان القانون الدولي الخاص وضعت خصيصا لافتراضات من هذا النوع (أطفال من بلدان أجنبية لا تعترف قوانينها بالتبني أو تحرمه). وبذلك تضاف ضمانات موضوعية تكميلية للتبني بين الدول للأطفال الذين تحرم بلادهم التبني.

ويخصوص قاعدة النزاع البلجيكية، وهي التي تنظم التبني بين الدول - كما هو الشأن في أقطار أوروبية أخرى-، المنطلق هو اختصاص القانون الوطني المشترك للمتبنين -أو المتبنين- (المادة 67 من مدونة القانون الدولي الخاص البلجيكية). وفي غيابها، يطبق قانون محل الإقامة الاعتيادية المشتركة (إذا كانا لا يحملان نفس الجنسية)؛ وفي حال انعدام محل إقامة اعتيادية مشتركة، يطبق قانون اختصاص القاضي (البلجيكي).

ويترتب عن ذلك أنه في حالة ما إذا كان المتبني من جنسية مغربية (امرأة مغربية، مثلا، ترغب في تبني طفل مهممل عهد إليها بكفالتها)، فإن القاضي يلجأ عندئذ إلى تطبيق القانون المغربي، أي أنه لا مجال للتبني في هذه الحالة. ولكن، وكما هو الشأن في بلدان أوروبية أخرى ترفض، مبدئيا، السماح للأشخاص الذين تحرم قوانين بلدانهم تلك المؤسسة بتبني أي طفل (سواء كان من بلد يمنع التبني أو يجيزه)، توجد حالات استثنائية مقبولة. فبالنسبة إلى بلجيكا، يجوز ذلك عن طريق المادة 67، الفقرة 3، من مدونة القانون الدولي الخاص، التي تنص - فيما يلي- على أنه: "إذا اعتبر القاضي أن تطبيق القانون الأجنبي يضر على نحو واضح بالمصلحة العليا للطفل "المتبني" وأن هناك روابط وثيقة واضحة تشد المتبني، أو المتبنين، إلى بلجيكا، طبق القانون البلجيكي" على شروط تأسيس التبني.

وفيما يتصل بالقواعد الموضوعية الخاصة للقانون الدولي الخاص، يسمح القانون المؤرخ في 2005/12/06 والقاضي بتعديل بعض الأحكام المتعلقة بالتبني، -تحت شروط موضوعية- بتبني أطفال سبق استقدامهم تحت الكفالة على رغم أن قانون جنسيتهم يحرم التبني. ويهمننا بصفة خاصة التعديل الوارد في المادة 5-361 من المدونة المدنية البلجيكية. تنص هذه المادة في حال ما إذا كان قانون البلد الأصلي للطفل لا يعترف بالتبني،

Moniteur belge, 27/07/2004. 353

Moniteur belge, 16/12/2005. 354 . الأعمال البرلمانية متوفرة أساسا في الوثيقة 004-2021-51. يمكن الرجوع فيما يخص إصلاح التبني بصفة عامة إلى العدد الخاص:

« La réforme du droit de l'adoption » de la Revue trimestrielle de droit familial, publié par Larcier (année 2006/1).

والذي نستفيد منه من القرارات الألمانية بالنسبة لموضوعنا هو الحلول المقدمة لمشاكل الموافقة ورجعية الكفالة (عندما لا يكون الطفل مهملًا أو مجهول النسب). إلا أنها لا تصلح لتوضيح الحالات النموذجية وهي المتعلقة بكفالة الأطفال المهملين من طرف كافلين أجنب. وربما لأن هذا النوع من النزاعات لا يطرح في ألمانيا بخصوص السكان الأتراك، علما أن تركيا تعترف بالتبني وتنظمه بنصوص قانونية.

### 9) سويسرا: قواعد النزاع وقواعد موضوعية خاصة

لا يقتصر الموضوع في سويسرا على القانون الدولي الخاص بل تنظمه كذلك المدونة المدنية (المادة 264 وما يليها)، والقانون الصادر في 1977/10/19 والذي ينظم وضع الأطفال تحت الرعاية تحسبا للتبني (OPEE)، ولا سيما المادتين 11b و 11c اللتين أدخلتا بمقتضى قانون 2002/11/29<sup>351</sup> الساري المفعول منذ 2003/01/01 والذي أقر شروطا تكميلية موضوعية لتبني الطفل الذي يحرم قانونه الشخصي التبني.

أما الشروط التنازعية المنطبقة على التبني بين الدول فتتضمنها المادة 77 من القانون الدولي الخاص الفدرالي السويسري. وهي تنص على أن شروط التبني المسند في سويسرا ينظمها مبدئيا القانون السويسري. ولا يُرجع إلى قانون جنسية الطفل عندما يقوم شخص سويسري مقيم في سويسرا بتبني طفل أجنبي. ويختص القانون السويسري وحده (بما في ذلك قواعد التنازع) بتنظيم التبني في سويسرا. أما إذا كان المتبني أجنبيا مقيما في سويسرا (المادة 75 من القانون الدولي الخاص الفدرالي السويسري) أو سويسريا مقيما بالخارج (المادة 76) وأراد أن يتبنى طفلا في سويسرا، فعندئذ تؤخذ بعين الاعتبار مقتضيات القانون الشخصي للقاصر. ولكن حتى يكون الأمر كذلك، تفرض المادة 77 شرطين إضافيين:

- 1) إذا كان التبني لن يحظى بالاعتراف في دولة الإقامة أو دولة الجنسية للزوج المتبني أو الزوجين المتبنين، و
- 2) كان سيترتب عن ذلك ضرر كبير يلحق الطفل.

وإذا تبين أن جدوى التبني غير مضمونة وأن من شأن ذلك أن يسبب للقاصر ضررا فادحا، فتلك حالة تستوجب الحكم برفض التبني.

وفيما يتصل بالقواعد الموضوعية الخاصة في مجال القانون الدولي الخاص - أو بضمانات القانون الموضوعي لكل من الكفالة الدولية والتبني - سنركز اهتمامنا على المادة 11.e من القانون المذكور الذي ينظم وضع الأطفال تحت الرعاية تحسبا للتبني (OPEE). يتعلق الأمر بشروط تكميلية بالنسبة إلى الافتراض الذي يهمننا وهو حالة الطفل الأجنبي المتقدم إلى سويسرا تحت الكفالة.

ومن بين الشروط ومستندات الإثبات المطلوبة، يبرز أساسا شرط الإدلاء بما يشبه "موافقة الأبوين على تبني القاصر أو بيان من البلد الأصلي يشير إلى الأسباب التي حالت دون تقديم تلك الموافقة"، و"تصريح من السلطة المختصة في البلد الأصلي للطفل يشهد بأنه قد عهد به إلى من سيصيرون والديه بالتبني في سويسرا". أي التصريح بأن الطفل مهمل (مع توضيح الظروف) وقرار إسناد الكفالة (مع التقديم).

وتقدم محكمة جنيف في قرارها المذكور المؤرخ في 2006<sup>352</sup>/01/26 بشأن طفل مغربي مستقدم تحت الكفالة نموذجا توضيحيًا لتلك المقتضيات. وجاء القرار ليكرس المبدأ الثابت في قواعد القانون الدولي الخاص الفدرالي السويسري والذي يجيز الإذن لزوجين سويسريين باحتضان طفل أجنبي (مغربي) في الخارج (المغرب) على أمل تبنيه لاحقا في سويسرا. ولكن لما كان القانون المغربي لا يعترف بالتبني (بل يحرمه)، ومن ثمة يحتمل أن تكون الكفالة مزعومة (أي صحيحة في إحدى الدولتين وباطلة في الأخرى) أو حتى ملغاة، فإن

## ٥ ألمانيا: جواز استبدال القانون الإجنبي - المنطبق جزئيا- لمصلحة الطفل

نصت المادة 22 من قانون مقدمة المدونة المدنية الألمانية (EGBGB) على ما يلي: "يسري على التبني قانون الجنسية التي يحملها المتبني لحظة تأسيس التبني. ويسري على التبني إذا قام به أحد الزوجين أو كلاهما أحكام القوانين التي تنظم الآثار العامة للزواج". إلا أن المادة 23 أقرت ما يلي: "يرجع أيضا في تحديد وجوب الموافقة وتقديمها من طرف الطفل وشخص يرتبط معه الطفل بعلاقة محكمة بالحق العائلي (...) إلى قانون الدولة التي يحمل القاصر جنسيتها. ويطبق القانون الألماني بدله إذا استوجبت ذلك مصلحة الطفل".

ومن حيث الممارسة القضائية، عولجت القضية في البداية من منظور النظام العام الدولي في إطار التعارض بين القانون الألماني والتحرير الإسلامي للتبني. ومثال ذلك قضية AG Hagen المؤرخة في 1984<sup>347</sup>/03/14 والمتعلقة بزواج (رجل إيراني وامرأة ألمانية) طلبا تبني طفلة سري لنكية. وفي مناسبة لاحقة، اعتبر القضاء الألماني، في قرار لقي الترحيب في الأوساط الفقهية، أن الكفالة بمثابة دليل للتبني. ذلك ما أشارت إليه محكمة الاستئناف في كارلسروه بتاريخ 1996<sup>348</sup>/11/27 في قضية طفل من المغرب، حيث استشهدت المحكمة بالمادة 20 من اتفاقية الأمم المتحدة (1989) في إقصائها دور الاستثنائية من النظام العام الدولي الألماني. لكن أعتقد أنه لا مجال للذهاب إلى حد بعيد بهذا القرار، إذ يُستشف من وقائع القضية أن الكافل كان يحمل الجنسية المغربية مثل المكفول لحظة إسناد الكفالة. يتعلق الأمر إذن بشخص مزدوج الجنسية (الجنسية لا تسقط في المغرب) ويطلب التبني، وهذا شأن له وزنه عند تقييم مخاطر هشاشة التبني.

أخيرا، يجدر استحضار قرار محكمة الاستئناف في فرانكفورت بتاريخ 1997/05/24<sup>349</sup> نظرا للأهمية التي تكتسبها مسألة الموافقات الواجب الحصول عليها في مثل هذه الحالات. ولا يتعلق الأمر بالتبني بين الدول ولكن بالاعتراف بكفالة عائلية استوجبتها وفاة والد القاصر. فلو تعلق الأمر بالتبني لكان القانون المغربي مختصا سواء من حيث الموافقات الواجبة أو فيما يتصل بالتبني بصفة عامة، طبقا للمادتين 22 و23 المذكورتين من قانون مقدمة المدونة المدنية الألمانية (EGBGB)، علما أن المتبني (في الحقيقة الجد الكافل) من جنسية مغربية. ولكن بما أن الأمر يخص الكفالة بصفقتها وسيلة لرعاية القاصر، فيتعين تطبيق قانون محل الإقامة وهو القانون الألماني. وأسندت كفالة الطفل لجدّه (أبي أبيه) بعد وفاة والد الطفل (كفالة شرعية واجبة) لكن اعترضت على ذلك أم القاصر في ألمانيا. المسألة التي تهمنا في هذا الصدد تكمن في مشكلة التكييف. أي هل هناك مجال لإعمال قاعدة التنازع المنطبقة على الموافقات الواجبة للتبني في هذه الحالة (وهو ما فعلته المحكمة) أو قاعدة التنازع المنطبقة على الولاية والتدابير الأخرى المتعلقة بحماية الطفل إذ أن الكفالة ليست تبنيًا. هناك مشكلة إضافية، ولكنها أساسية، تتعلق بـ"موافقة" الأم<sup>350</sup>. ويستنتج من وقائع القضية أن الكفالة أسندت بموجب وثيقة محررة في المغرب ولكن ذلك التصرف قد يكون معيبا من حيث الإسناد القانوني. وفي كل الأحوال طلبت الأم سحب موافقتها على تلك الكفالة باعتبارها قرارا رجعيًا بمقتضى القانون الألماني الذي يعود إليه الاختصاص في حماية الطفل. وتطبيق القانون المغربي على مسألة الموافقة تكون المحكمة قد أعطت للكفالة التكييف الخاص بالتبني. بمعنى أن المحكمة كيفت الكفالة وظيفيا كنوع من "التبني الضعيف" حتى يتسنى لها إدراجها تحت قاعدة التنازع المتعلقة بالتبني. ويبدو أن الحل لم يحترم بما فيه الكفاية القانون المنطبق (القانون المغربي المختص بحكم العلاقة *lex causae*) ولو أنه احترم الاعتراف بالكفالة العائلية المسندة في المغرب.

IPRax, 1984, pp. 279-280. 347

348 انظر:

B.MENHOFER, « Zur kafala des marokkanischen Rechts vor deutschen Gerichten », IPRax, 1997, p. 168 ss

وكذلك ملاحظة E. JAYME في IPRax, 1999, p. 49.

349 IPRax, 1997, pp. 252-255.

350 انظر الهامش 39 أعلاه.

على نحو دائم مع إسناد النيابة الشرعية للكافلين على المكفول بصفة كاملة. ومن ثمة استنتجت المحكمة الإنجليزية أن الكافلين (مقدمي الطلب) هما وليا الطفل، وأنه يترتب عن ذلك عدم وجوب الحصول على موافقة السلطات الأردنية. ويجدر التذكير أيضا بأنه لما كان الأمر يتعلق بطفل مهممل ومن أبوين مجهولين، فليس من الضروري استقصاء موافقتهما<sup>342</sup>.

ويتعين التشديد انطلاقا من هذه القضية على أن كفالة الطفل المهممل تحت النيابة الشرعية المؤسسة على التقديم ليست مجرد احتضان للطفل - كما يقال أحيانا - بل يمكن وصفها بأنها ولاية (قضائية) تبعا للحالة النموذجية التي نحن بصدها. وتصلح هذه القضية، على غرار قضايا أخرى مماثلة، لإبراز صلاحيات المقدم الذي يضطلع بكفالة دولية (ولي أجنبي مقيم بالخارج) بعيدا عن الوسط العائلي الأصلي لمكفول مهممل مجهول النسب.

وأخيرا، فيما يتعلق بتدخل قوانين التطبيق الفوري الأجنبية، يمكن أن نضيف، اعتمادا على أداء المحاكم الإنجليزية في مجال آخر هو المجال التعاقدى (يكفي التذكير في هذا الصدد بقضية *Ralli Brothers*<sup>343</sup> وبقضية *Regazzoni*<sup>344</sup>) أن الغاية من أعمال قوانين التطبيق المباشر الأجنبية - التي لا أثر لها في قوانين اختصاص القاضي ولا تحكم العلاقة القانونية لا كليا ولا جزئيا - إنما هي من باب "المعاملة بين الدول" (من منطلق المعاملة بالمثل وحسن التوافق الدبلوماسي)، وهو أمر من شأنه أن يكبح اللجوء إلى "البحث عن المحفل الأنسب" (*forum shopping*). إلا أن المجال التعاقدى، بخلاف مجال الكفالة والتبني، يفتقر إلى مقولة مثل المصلحة الفضلى للطفل في قضية معينة والتي ترجح على المصالح الدبلوماسية.

**د) لوكسمبورغ: التطبيق المسبق لقانون جنسية المنبني على الطفل المرشح للتبني**  
بخلاف الوضع في المملكة المتحدة، إذا كانت قاعدة التنازع التي تنظم مسألة الأهلية أو قابلية التبني مختلفة عن القانون الذي ينظم التبني (أساس القضية)، أجاز المشرع أن "يؤخذ بالاعتبار" المنع الأجنبي في قاعدة التنازع الذاتية. وهكذا تنص قاعدة التنازع اللوكسمبورغية على أن "الشروط المطلوبة لتبني طفل ينظمها قانون جنسية المنبني، إلا إذا كان التبني سيكسب الطفل جنسية المنبني وفسري عليها في هذه الحالة قانون جنسية المنبني (المادة 370 من المدونة المدنية اللوكسمبورغية<sup>345</sup>). ويذكر هذا النص بالمادة 9.5 من المدونة المدنية الإسبانية (السابقة للقانون رقم 54/2007 المتعلق بالتبني بين الدول). ولا بد من الإشارة مرة أخرى إلى الفرق القائم بين أنواع الكفالة. الكفالة المعترف بها في لوكسمبورغ هي الكفالة القضائية. أما عقود الكفالة العدلية (الإشهاد العدلي) فقد أثارت مشاكل حول إمكان الاعتراف بها لدى المحاكم. لا سيما إذا أسندها الأب (على سبيل تفويض ممارسة الولاية أو السلطة الأبوية) من دون موافقة الأم (هذه الأخيرة لا تمارس السلطة الأبوية لأن الولاية غير مشتركة<sup>346</sup>). وقد أثبتت هذه المسألة في دول أخرى كما سنرى فيما يلي.

342 تابع:

N° 424: "I dispensed with the consent of the natural mother (and so far as might be necessary of the natural father) at the hearing on the main ground that they could not be found".

343 قضية رالي برادرز:

*Ralli Brothers v. Compañía Naviera Sota y Aznar* . (1920), 2K.B. 287 (Court of Appeal).

*Regazzoni v. Sethia* (1958), A.C.301.

344 قضية راغازوني:

345 أدخلت هذه المادة بمقتضى القانون المؤرخ في 1989/06/13 المتعلق بإصلاح التبني. قانون المنبني أو المنبني هو الذي ينظم التبني. وإذا كانا لا يحلان نفس الجنسية يُرجع إلى قانون الإقامة (الجريدة الرسمية اللوكسمبورغية، عدد 47 بتاريخ 11/11/1989).

346 بخصوص قرار محكمة لوكسمبورغ المؤرخ في 2004/01/08 حول رفض الاعتراف بكفالة عدلية سلمها الأب دون موافقة الأم (الولاية أو السلطة الأبوية غير مشتركة في المغرب)، أنظر:

ANA QUIÑONES, "La réception du nouveau Code de la famille marocain (Moudawana, 2004) en Europe", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004-3, pp. 893-894.

داخل وضعيته الشخصية الأصلية<sup>338</sup>. وبصفة عامة، يشار إلى العواقب المترتبة عن هذه الأحكام فيما يخص كبح الإقبال على "تبني" أطفال قد تطول إقامتهم في المؤسسات الخيرية ودور الأيتام في بلدان قريبة مثل الجزائر والمغرب.

**ج) المملكة المتحدة: للقاضي أن يعتبر قواعد التطبيق الفوري للقانون الإجنبي**  
في المملكة المتحدة يطبق القاضي قانونه الإقليمي عندما يكون له الاختصاص الدولي لتأسيس التبني. ولكن القاضي يملك نوعاً من السلطة التقديرية التي تخوله أن يأخذ في اعتباره المنع الأجنبي المستند على أسباب دينية.

ويكون لهذا المنع مفعول يضاھي "قواعد التطبيق الفوري للقانون الأجنبي" من حيث إن موضوع التبني أكمله، بما في ذلك مسألة الأهلية، يسري عليه قانون اختصاص القاضي (Adoption and Children act 2002). إلا أن مراعاة المقتضيات الأجنبية لا تنفصل عن الصعوبات التي تثار لدى إعمال القانون الموضوعي لمحل الاختصاص فيما يتعلق بالموافقات الواجبة لتأسيس التبني. وقد طرحت هذه المسألة في قضية<sup>339</sup> نظرت فيها المحكمة العليا High Court بتاريخ 2000/04/24. ونظراً للاختلاف الموجود بين القانون الانجليزي المنطبق وقانون الأردن، البلد الذي ينتمي إليه الطفل والذي يمنع التبني (لنفس الأسباب الدينية المشتركة مع المغرب والجزائر) كان يتعذر الحصول على موافقة أبوي الطفل، أو في غياب ذلك، الحصول على موافقة السلطات الأردنية بشأن الطفل المهمل (الذي عثرت عليه الشرطة وأودعته في إحدى دور الأيتام بالأردن قبل إسناد كفالته).

وتجدر الإشارة إلى أن النيابة الشرعية عن الطفل كانت قد أسندتها السلطات الأردنية بواسطة الكفالة والتقديم إلى الزوجين الانجليزيين اللذين طلبا التبني، لذلك طرحت مسألة ما إذا كان لهما بصفتهم وليين إعطاء الموافقات اللازمة قانوناً. وأجابت السلطات الأردنية التي مثلت في الدعوى بأن التبني غير جائز في الأردن لأنه يتعارض مع العقيدة الإسلامية<sup>340</sup>. وتولى محام أردني تقديم المشورة في القضية حيث أوضح أن التبني ولو تحقق في إنجلترا فلن يحظى بالاعتراف في الأردن<sup>341</sup>، ولكن الكفالة تخول احتضان الطفل

338 انظر:

H. MUIT-WATT, "Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut personnel prohibitif? A propos de la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale", Revue Critique de droit international privé, 1999, pp. 469-492.

وفي إسبانيا، يولي الكتاب المذكور أدناه اهتماماً كافياً للمقتضيات الفرنسية:

F. CALVO BABIO, Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero, Dykinson, 2003.

339 قضية Re J.

High Court of Justice Family, 24/04/2002, [2002] EWHC 766 (Fam.). Vid., DICEY-MORRIS, Conflict of Laws, 2007, p. 1077.

340 الرد الأردني باللغة الإنجليزية:

"The response to your request is impossible because the concept of adoption is one of the matters which are not valid in Jordan because it is incompatible with the principles of Islamic doctrine. However, the matter which is effective in Jordan is the fostering of a child, rather than an adoption. The position of Jordan is clear on the issue of adoption, which is that it prevents the opportunity of registering in the conventional way the international rights of the child".

341 جواب المحامي باللغة الإنجليزية:

N° 23: "This letter accords with the legal advice that had been obtained from a Jordanian lawyer by the CAFCCASS officer for the purposes of these proceedings (...): Let me begin by stating that adoption procedures are not recognised in Jordan as adoption is prohibited in Islam under Shari'a Law. The concept of parental responsibility means all the rights, duties, powers and responsibilities that a natural parent of a child has in relation to the child. However, this does not include the natural parent's right to agree to adoption ... Therefore the Shari'a courts, which have jurisdictional authority over such matters will not recognise an order of adoption issued by an English court ...".



الإيطالي فذلك لأنه كان قد تم في عام 2003 بالرباط إعداد مشروع اتفاق بين الجمهورية الإيطالية والمملكة المغربية لغرض إقرار المعادلة بين الكفالة والتبني البسيط كما تنظمه التشريعات الإيطالية. وتضمنت ديباجة النص المذكور الإشارة إلى أن التبني البسيط، مثل الكفالة، لا يؤدي إلى انقطاع الروابط بين الطفل وأسرته الأصلية ويحفظ للطفل المتبني اسمه العائلي وجنسيته. والتزم الطرفان بعدم تبادل الاعتراف بإمكان تحويل التبني البسيط إلى تبين كامل بواسطة نظام سلطات مركزية قريب من النظام الذي أقرته اتفاقية لاهاي لعام 1993 (المادتان 4 و 5)، والتي استلهم منها مشروع الاتفاق المغربي الإيطالي مواد الثماني عشرة. إلا أن المعادلة بين التبني البسيط والكفالة ليست طريقتا سهلا من حيث إن التبني البسيط ولو أنه لا يقطع الأواصر السابقة فهو ينشئ روابط بنوة جديدة. ويبدو أن هناك رغبة في البحث عن حل وسط يستبعد التبني الكامل ولكنه يسمح في الوقت ذاته بأن يكون للطفل المهمل نسب. وفي كل الأحوال، يجدر أن يؤخذ بعين الاعتبار هذا التفاوض حول اتفاقية ثنائية لمعرفة مدى الانشغال بالقضية، وبصعوبة حلها، وبأنه من الناحية العملية، يبدو أن الأمر يتعلق "بالتبني الفعلي" إلا أنه لا يحمل اسم التبني.

وفيما يخص المغرب وإسبانيا، لا يمكن في الوقت الحالي الخوض في مفاوضات من هذا النوع لأن إسبانيا ألغت التبني البسيط بعد إصلاح قانون التبني لعام 1987. ولكن يبدو أن هناك استعدادا للنظر في العودة إلى إدماج التبني البسيط - على الأقل في الكتاب الثاني الجديد من المدونة المدنية لإقليم كتالونيا - في ضوء المشاكل الجديدة التي تطرحها الأسر المعاد بناؤها أو المعاد تأليفها.

### ب) فرنسا: يُسبَّع المنع الأجنبي إذا كان ميلاد الطفل وإقامته في فرنسا

يحدد المشرع الفرنسي الروابط التي يجب أن تترادف مع مجال الاختصاص ليكون للقاضي استبعاد منع التبني المعمول به في غالبية الدول الإسلامية. وتنص المادة 3-370 من المدونة المدنية الفرنسية (أدخلت بمقتضى القانون المؤرخ في 06/02/2001<sup>335</sup>) على أنه: "لا يجوز النطق بتبني الطفل الذي يمنع قانونه الشخصي مؤسسة التبني إلا إذا كان الطفل قد ولد في فرنسا ويقيم بها اعتياديا". ولا يشمل المنع أيضا الشخص الذي بلغ سن الرشد، الذي يترتب عنه انتهاء الكفالة ما عدا في حالة البنت غير المتزوجة والولد المعاق أو العاجز عن الكسب. وقد طبقت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ حديثا في قرار مؤرخ في 09/07/2008<sup>336</sup>. وكانت محكمة النقض قد رفضت سابقا إمكان اعتبار الكفالة بمثابة التبني البسيط، وذلك في حكمين بشأن طعنين بالنقض لمصلحة القانون<sup>337</sup>.

وتنتقد غالبية الفقه صرامة القانون الفرنسي بهذا الخصوص لا سيما في حالات انعدام مخاطر تأسيس تبين مزعوع (صحيح في بلد المتبني وباطل في بلد المتبني) - الأسرة التي تحتضن الطفل فرنسية ومقيمة بفرنسا- أو عندما تستوجب ذلك المصلحة الفضلى للطفل المقيم بالتراب الفرنسي، فالحل المطروح يحبسه

335 المادتان 3-370 و 5-370 من المدونة المدنية الفرنسية (أدخلنا بمقتضى قانون 06/02/2001):

« L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France ». Vid., P. LAGARDE, "La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale: une opportune clarification », Revue Critique de droit international privé, 2001, p. 275 y ss.

336 محكمة النقض، القرار رقم 07-20.279 (n° 800 FS-P+B) بتاريخ 09/07/2008، حيث ورد ما يلي:

« L'enfant B., née le 1er septembre 2005 en Algérie, a été recueillie par Mme G. au terme d'un jugement algérien de kafala du 7 janvier 2006. Cette dernière a saisi, le 19 janvier 2007, le juge français d'une requête en adoption plénière de l'enfant (...) la loi algérienne interdit l'adoption, que la kafala n'est pas une adoption et que, par ailleurs, l'enfant n'était pas né en France, la cour d'appel a violé le texte précité ».

337 محكمة النقض، حكمان بتاريخ 10/10/2006 (بشأن قاصرين من المغرب والجزائر)،

Bull. civ. I, n° 431 y n° 432. H. FULCHIRON, « Adoption sur kafala ne vaut », Dalloz, 2007. Chron. 816

قواعد التطبيق الفوري التي لا تنتمي للمنظومة القانونية ذات الاختصاص يمكن "أخذها بعين الاعتبار" ولكن من دون أن يؤدي ذلك - بحسب رأينا - إلى تعزيز هذه الرؤية لأسباب ذات طبيعة دينية، ولا سيما إذا كان ذلك سيؤدي إلى فرض مفهوم ديني داخل نطاق جغرافي آخر. لا يليق بقانون دولي خاص علماني أن يمنح الامتياز لامتداد قانون أجنبي مانع إلى خارج إقليمه الأصلي، بدعوى أن ذلك الحظر قائم على أساس ديني، ومن ثمة يكتسب بعدا كونيا. "الأجنبية" في القانون الدولي الخاص تكتسب مشروعيتها من طابعها الدولي لا من الانتماء إلى ديانة معينة. إن حضور العنصر الأجنبي ضروري لإعمال نظام القانون الدولي الخاص بخلاف الانتماء الديني، الذي لا يؤدي إلى تفعيل ذلك النظام.

ويجدر التذكير بأنه - منذ قضية Böll المشار إليها سابقا - صارت القوانين الأجنبية التي تجب مراعاتها لزوما وفورا في مجال حماية القاصرين هي القوانين المباشرة للبلد الذي يتواجدون فيه فعلا. والنتيجة هي أنه من حيث نفاذ المفعول، يبقى هذا النزوع نحو اكتساب الفعالية خارج حدود الإقليم الأصلي لمحظورات قانون جنسية الطفل غير مضمون في هذا المجال كذلك.

ونستيق التحليل لنشير إلى أن الكيفية التي يتعامل بها القانون الدولي الخاص الإسباني بصفة عامة إزاء المشكلة التي نحن بصدد حلها لا تختلف - كما سنرى لاحقا - عن الحلول التي تقدمها أنظمة قانونية أخرى من حيث أنها لا تغلق الباب أمام إمكانية تبني أطفال مستقدمين تحت الكفالة.

## المطلب 1 . حلول من القانون المقارن

أقر المشرع في بعض الدول، علاوة على قواعد التنازع، بعض القواعد الخاصة في ميدان القانون الدولي الخاص لإيجاد نظام خاص بتبني الطفل الذي يمنع قانون جنسيته التبني. ويتعلق الأمر في هذا الصدد بشروط تكميلية تهدف إلى تأمين التبني بين الدول بكل الضمانات الموضوعية.

وفي حالات أخرى، يُعمد إلى إعمال المنع (الأجنبي) أو استبعاده على أساس القانون المنطبق أو قواعد التطبيق الفوري، تبعا للروابط القائمة مع مجال الاختصاص، وذلك بعد تقييم المخاطر التي قد تنجم عن التبني المزعزع أو عديم الجدوى.

وأكثر الحلول إتقانا في هذا المجال هي التي يقدمها القانون البلجيكي والقانون السويسري. ويقدم الفقه الانجليزي من جهته قرارات مهمة. أما في ألمانيا فلا توجد اجتهادات فقهية نهائية بخصوص الحالات الاعتيادية للكفالة (ربما، على الأرجح، لكون القانون التركي لا يمنع التبني). وفي إيطاليا قدمت حلول تقليدية من شأنها أن تسمح بتحويل الكفالة أو معادلتها بالتبني البسيط.

وسنسرده تجارب مختلف الدول من دون اعتماد الترتيب الأبجدي لأسماء البلدان، بل سندرجها على نحو يساعد على فهم المنهجية المتبعة.

### (أ) إيطاليا: مشروع إنفاق ثنائي مع المغرب حول الاعتراف بالكفالة كئبب بسيط .

يتميز الوضع في إيطاليا ببعض الغموض كما تدل على ذلك القرارات القضائية - تهتم غالبيتها بمدى اندماج الكفالة داخل إجراءات التجمع العائلي - والتعليقات الفقهية المنشورة خلال العامين الأخيرين في المجالات المتخصصة<sup>334</sup>. ويرجع هذا الغموض إلى الخلط بين مشاكل الأجنبية والقانون المدني (ومن ثمة القانون الدولي الخاص) والتي تدور حول طبيعة الكفالة ومدى معادلتها أو عدم معادلتها بالتبني. وإذا أردنا النموذج

334 أنظر الملاحظات والتعليقات العديدة الواردة في:

- Rivista di dir. internazionale privato e procesuale  
- Rivista de la Famiglia

المساواة. وعلى الرغم من تلميحه إلى إن التشريع الحالي في هذا الميدان قد يكون قابلاً للانتقاد، فإن المجلس الأعلى اعتبر أنه لا يمكن إنشاء تعويضات معاشية عن طريق القضاء في شأن من اختصاص المشرع وحده. وفي مجال العلاقات الدولية أيضاً طرحت القضية بشأن طفل مغربي استقدم تحت الكفالة. وفي هذا الصدد، اعترفت المحكمة العليا في إقليم مدريد في 31/01/2008 بحق المكفول في معاش اليتيم بعد وفاة كافله على أساس أن القانون الشخصي للطفل حال دون نشوء رابطة البنوة بالتبني<sup>333</sup>. ومن المهم بالنسبة إلى أغراض بحثنا أن نبرز أن تحليل المحكمة استند على القانون الأجنبي، وبالضبط على وجود منع التبني في قانون جنسية الطفل. واعتبرت المحكمة أن الأمر يختلف في هذه القضية عن مثيلتها التي تطرق إليها المجلس الأعلى للقضاء الإسباني في حكمه المذكور الصادر بتاريخ 03/11/2004 على إثر الطعن بالنقض لأجل توحيد الفقه، في قضية داخلية كانت تهم حالة كفالة شخص لحفيده، حيث ثبتت المجلس الأعلى القرار المستند على أن المدونة المدنية الإسبانية تمنع على الأصول تبني الفروع (المادة 175.3.1). واعتبرت المحكمة العليا بمدريد في حكمها المذكور المؤرخ في 31/01/2008 أن التبني (الذي كان من شأنه أن ينتج رابطة البنوة) لم يُطلب بسبب استحالة تأسيسه بنص القانون الشخصي للمقاصر. وذهبت المحكمة إلى أبعد من ذلك حيث أشارت إلى أنه "يستحيل تطبيق آثار البنوة في هذا الشأن (...). بسبب إعمال القانون الشخصي" للطفل. ويقتضي الأمر، والحالة هذه، القياس على مسألة الأشخاص الذين لم يثبت لهم الزواج لأنه لم يثبت لهم الطلاق: "يتعين في هذه النقطة أن نستحضر، من باب التماثل مع الحالة المعروضة للنقاش، الحكم الصادر عن المجلس الأعلى للقضاء، الغرفة الرابعة، بتاريخ 11/10/1986 بشأن الطعن في مخالفة القانون، والحكم المؤرخ في 25/09/1992 في شأن الطعن رقم 13/92 بتوحيد الفقه، وغيرهما من الأحكام المتعلقة بمعاشات اليتيم والترمل لأشخاص استوفوا شرط المساكنة مع الهالك إلا أنهم لم يتمكنوا من إضفاء الطابع القانوني على علاقاتهم العائلية بسبب موانع قانونية لأن الهالك توفي قبل سريان مفعول القانون رقم 30/1981 المؤرخ في 07/07/1981 والمتعلق بإصلاح المدونة المدنية والمسمى "قانون الطلاق"<sup>334</sup>. إلا أن هذا القرار يقبل الانتقاد. فعلى الرغم من عدم الوضوح الذي يكتنف هذا الموضوع في إسبانيا ومن الخلط الناتج عن تقلبات النصوص المرتبطة بقانون التبني بين الدول (كما سنرى لاحقاً)، لا يمكن الجزم بأن ذلك يمكن، والحالة أن الأمر يتعلق بكافلين إسبانيين مقيمين مع الطفل في إسبانيا، تأسيس التبني (لو كان طلب) إما بناء على المادة 9.5 من المدونة المدنية السابقة أو طبقاً للمادة 18 وما يليها من القانون 54/2007 المتعلق بالتبني بين الدول. ويمكن توضيح الغموض بالرجوع إلى قواعد القانون الدولي الخاص. إلا أن الأمر يختلف إذا نظرنا إليه من منطلق آخر هو أن الغاية من معاش اليتيم تأتي من باب الإسعاف الاجتماعي، وأن الكفالة تكون في غالبية الأحوال بمثابة "التبني فعلاً" (لا قانوناً)، وبناء عليه قد يكون هناك مجال لإدماج الطفل المستقدم تحت الكفالة ضمن المستفيدين من تلك المساعدة في حال موت الكافل.

## المبحث الثاني: قانون الدولي الخاص ومنع التبني

يختلف تنظيم المسائل المتعلقة بالأهلية وحماية الأطفال ونشوء رابطة البنوة من دولة إلى أخرى. ويهتم القانون الدولي الخاص بحل النزاعات بين القوانين الممكنة التطبيق. وفيما يخص البنوة، تختلف قوانين التنافس باختلاف العناصر المدرجة تحت هذا المفهوم (نشوء البنوة، تأسيس التبني، آثار البنوة، المسؤولية الأبوية، انتقال الاسم العائلي) وقد تسند إما للقانون الشخصي أو لقانون أجنبي.

333 حكم صادر عن المحكمة العليا بإقليم مدريد - الغرفة الاجتماعية- عدد 58/2008 بتاريخ 31/01/2008 الطعن رقم 2423/2007، المقرر: خوسي رامون فرنانديز أوتيرو.

واقع البلد الذي يقيم فيه وعدم تقييد وضعيته وحالته الشخصية بقانون الدولة التي يحمل القاصر جنسيتها أو التي ولد فيها. ومن ثمة فإن المغرب - على رغم القرب الجغرافي - ليس من البلدان التي تغطي بالأولوية (يحتل المرتبة الثانية عشرة إحصائياً) لدى "البحث عن ولد" من قِبَل المرشحين الإسبان "للتبني"، نظراً لعدم المساواة بين الكفالة والتبني وعدم إمكان تحويل الأولى إلى الثانية.

سنرى لاحقاً عند فحص الحلول المطروحة على صعيد القانون المقارن، قراراً أصدرته محكمة العدل في جنيف بتاريخ 2006/01/26<sup>331</sup>، يستخلص من وقائعه تقبل الكافلين لمبدأ منع التبني على أساس التحريم الديني. ويستفاد من مستندات القضية أن زوجين سويسريين (ومجل إقامتهما في سويسرا) ولهما طفلة مغربية تحت كفالتهم، طلبا من السلطات السويسرية الإذن لهما بالتكفل بطفل مغربي في المغرب حتى تكبر أسترتهما ويكون لبيتهما أخ. وفي مائدة مستديرة نظمتها الرابطة المغربية لحماية الطفولة، أعربت الجمعية عن اقتناعها بصحة إسلام الكافلين المعنيين، مشيرة إلى أن "المسيحيين واليهود والمسلمين يعبدون إلهاً واحداً وإن اختلفت الأسماء. وأنهما قد حرصا على غرس المشاعر النبيلة في بنتهما وأولها محبة الناس". وبعبارة أخرى، هناك انطباق بوجود نوع من التسامح من كلا الجانبين بخصوص عناصر الاختلاف، إذ ليس بوسع أحد تصدير الموانع القانونية الداخلية ولا سيما إن كانت قائمة على أسباب دينية.

وليس بالإمكان كذلك مطالبة القاضي الإسباني بمراقبة تزوير مبني على معتقدات الكافل (الإسباني أو الأجنبي) الذي يطلب تبني الطفل المتقدم تحت الكفالة. إن هذا النوع من المراقبة يتعارض مع حرية العبادة (حق الانتساب إلى دين معين وحق استبداله بدين آخر) التي يكفلها الدستور الإسباني بمقتضى المادة 16. الحدود الممكنة في إطار العلاقات الدولية هي التي ترسمها قواعد القانون الدولي الخاص وتحددها المنظومة الحقوقية ذات الاختصاص بمقتضى تلك القواعد.

ولما كانت الكفالة غير أحادية المعنى، فإن ذلك يطرح مشاكل مختلفة من وجهة نظر القانون الدولي الخاص الإسباني. في بعض الحالات، يتعين تركيز الاهتمام على مسائل الهجرة والاعتراف بالكفالة كوسيلة لحماية الطفل. وفي حالات أخرى، لا يمكن الاكتفاء بالتركيز على قضية الاعتراف بالكفالة - ومسائل دخول الطفل إلى التراب الوطني - بل يجب التطرق إلى الحل الممكن تقديمه في حال طلب التبني من أجل تحقيق الحماية المثلى للطفل، لا سيما عندما يتعلق الأمر بقاصر مجهول النسب أو يتيم. في بعض الحالات، يمكن أن يُضمن له الاندماج الكامل داخل الأسرة التي تحتضنه وأن يتلقى التعويضات الاجتماعية عن اليتم في حال موت الكافل/المتبني.

### المطلب 3 . معاش يُنج المكفول

يجد حق الاستفادة المكفول من التعويضات العائلية مبرراته في مفهوم "القاصر تحت النفقة". ويتضح الفرق بين المكفول والمتبني من حيث تعويضات الضمان الاجتماعي فيما يتعلق بمعاش اليتم. في هذا المجال، يكون لإنشاء رابطة البنوة بقوة القانون - هذا أمر ممكن في حال التبني بخلاف الكفالة - أثر في تحقيق الحماية القانونية المثلى للقاصر. تنص المادة 175 من قانون الضمان الاجتماعي الإسباني على أن معاش اليتم يكون لأولاد الهالك كيفما كانت طبيعة بنوتهم بشرط أن تقل أعمارهم عن 18 سنة أو يكونوا عاجزين عن الكسب عند وفاته. وفي مجال العلاقات الداخلية، عُرضت على المحاكم الإسبانية قضايا تتعلق بطلب الاستفادة من معاش اليتم لفائدة المكفول المتوفى عنه كإفله فقولبت بالرفض. ويمكن التذكير في هذا الصدد بالأحكام الصادرة عن كل من المحكمة العليا بإقليم أراغون بتاريخ 1994/07/20، والمحكمة العليا بإقليم مدريد بتاريخ 2002/05/03، والمجلس الأعلى للقضاء الإسباني بتاريخ 2004/11/03 رداً على طعن بتوحيد الفقه<sup>332</sup>. وقضى المجلس الأعلى بأن البنوة (سواء كانت طبيعية أو بالتبني) تختلف عن الاحتضان العائلي (الكفالة) إذ هما مؤسستان متباينتان من حيث طبيعة كل منهما وتأسيسها والآثار المترتبة عنها. ومن ثمة، لا مجال للاستنجاذ بمبدأ

الماضي: فقد عُثر على طفل جزائري يدعى محمد في شهر غشت (أغسطس/آب) الماضي وحيدا في أحد شوارع مدينة مرسيليا الفرنسية. وطالبت به امرأة جزائرية تدعى فاطنة كانت في رحلة إلى الجزائر لحظة العثور على الطفل لزيارة أمها المريضة، ولكن ثبت بواسطة فحص الحمض النووي أنها ليست أم الطفل. وصرحت المرأة بأن أمه مواطنة جزائرية عازبة وأنها سلمتها الولد لتتكفل به، وأنها كانت تنوي استصدار الوثائق التي تثبت ذلك من سلطات بلادها. وتناقلت الصحافة الخبر وأثارت الكثير من التهم والمجازفات بحق المرأة (جريمة ادعاء أمومة طفل بغير حق - يعاقب عليها القانون الفرنسي بالسجن ثلاث سنوات وغرامة مالية قدرها 45.000 يورو - دخول الطفل إلى فرنسا على نحو غير قانوني، وشبهة استغلاله في الحصول على تعويضات اجتماعية لكونها عاطلة في فرنسا ولها أربعة أبناء آخرين تحت نفقتها). وفي الأخير، أمكن إثبات الكفالة بواسطة الوثائق اللازمة (كفالة قضائية) الصادرة عن السلطات الجزائرية واستعادت المرأة الطفل بعد أن أمضى فترة لدى المصالح الاجتماعية<sup>327</sup>.

والخلاصة التي يمكن استنتاجها مما تقدم هي أن "الكفالة القضائية" هي وحدها التي قد تحظى بالاعتراف، وسيكتسب هذا الشرط مزيدا من القوة في إسبانيا عندما سيبدأ سريان مفعول اتفاقية لاهاي لعام 1996 بشأن حماية الأطفال على الصعيد الدولي.

كذلك تتفاوت أعمار الأطفال المكفولين تبعا للحالة النموذجية للكفالة إما داخل الوسط العائلي بالمفهوم العريض أو خارجه. فالكفالة داخل العائلة تهم عادة الأطفال المراهقين، أما عندما يتعلق الأمر بكافلين أجانب (إسبان) فيكون الطفل إما حديث الولادة أو صغير السن (من بضعة أشهر إلى ثلاثة أعوام). ويعزى سبب وجود أطفال في هذا الوضع - مثلما كان عليه الأمر في إسبانيا سابقا - إلى عدم توفر وسائل منع الحمل وإلى الضغط المسلط على الأمهات العازبات في المجتمعات التي لا تعترف بشرعية النسب إلا إذا جاء عن طريق الزواج<sup>328</sup>. في هذا السياق، تضطر الأمهات الشابات، أملا في مستقبل أفضل لأبنائهن، إلى تركهم في المستشفيات (يسمح للأمهات العازبات بوضع حملهن في مستشفيات المغرب والجزائر) أو على مرأى من الناس حتى تعثر عليهم الشرطة وتأخذهم إلى إحدى جمعيات رعاية الأطفال أو إلى الميتم.

ولهذا الواقع امتدادات ملحوظة في البلدان الأوروبية، ليس فقط عن طريق القاصرين المستقدمين تحت الكفالة ولكن أيضا عن طريق واقع القاصرين "غير المصحوبين براشدين"<sup>329</sup>. ولكن من المعروف أن القاصرين المستقدمين تحت الكفالة ليسوا أطفالا مهملين أو مجهولي النسب وأن الأطفال الذين يأتون غير مصحوبين براشدين ليسوا كلهم من عديمي الأسرة في بلدهم الأصلي. كثيرا ما يكون الدخول إلى أحد الأقطار الأوروبية جزء من مشروع شخصي للمهجرة<sup>330</sup>. يلقى التشجيع من الآباء ومن وسائل الإعلام، ويستجيب للصعوبات القانونية المتزايدة لمنع هجرة الكبار.

وفي الأخير، ينبغي ألا نغفل الصعوبة التي ينطوي عليها إسناد الكفالة لشخص أجنبي (من بلد يقطن التيني) ولكنه "اعتنق الإسلام". فمن الناحية العملية، يتمثل هذا الشرط في إشهاد عاجل بأن الكافل الإسباني اعتنق الإسلام قبل أن تسند إليه الكفالة. ويفترض أن الكافل الأجنبي، بفعل اعتناقه الإسلام على هذا النحو، لن يطلب التيني لأنه محرم شرعا. ولكن بعض الكافلين قد يستهويه البحث عن المحفل الأنسب (forum shopping)، وبعضهم الآخر قد يفكر في أن مصلحة الطفل تستدعي تكليف حماية الطفل مع

327 أشارت الصحافة كذلك إلى أن الكفالة القضائية قد تصلح أساسا يعتمد قاضي القاصرين في مرسيليا لترخيص إجراءات التيني بصفته الوسيلة الوحيدة المضمونة لتحقيق الحماية المثلى للقاصر في فرنسا. إلا أن الكفالة تحظى أيضا بالاعتراف. ويبقى الأمر مرهونا بما إذا كان القانون الدولي الخاص الفرنسي سيسمح بتأسيس التيني في هذه الحالة واجتياز عقبة المنع الواردة في قانون جنسية القاصر. لا نعتقد أن ذلك ممكن إذ أن الأمر لا يتعلق بطفل مولود في فرنسا، وهذا شرط يستفاد من القانون رقم 111-2001 المؤرخ في 2001/02/06 والمتعلق بالتيني بين الدول، كما سترى في موضع آخر من هذا البحث.

328 انظر: (passim) 2001, Les orphelins de l'Islam, J. BOURHIM SEDQI.

329 قرار مجلس الاتحاد الأوروبي رقم 221 03/97/C المؤرخ في 1997/06/26 والمتعلق بالقاصرين غير المصحوبين القادمين من خارج الاتحاد الأوروبي (الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي، عدد 221، بيانات، بتاريخ 19/07/1997).

330 44 330 % من السكان تقل أعمارهم عن 15 عاما حسب معطيات البنك العالمي لعام 2001. أموال المهاجرين حاسمة فيما يتعلق بتزايد الفقر أو تقلص حده (http://wbln0018.wordbank.org/)

ولكن حتى في حال وفاة الكافل، فإن المكفول قد يتأثر بالمشاكل المترتبة عن الأزمة الزوجية التي قد تكون نشأت في حياة الكافل. فمسألة إسناد المسؤولية الأبوية (الولاية) عن المكفول غير واضحة إذا كان الكافل هو الزوج (لا الزوجة) ولو أن الاثنين يظطلعان بالممارسة الفعلية للواجبات المترتبة عن الكفالة. وإلى جانب ما تقدم، يتعين إبراز الفرق بين الكفالة العائلية الداخلية (بين مواطنين من عائلة واحدة) وكفالة الأغيار (من خارج العائلة) والأجانب. في الحالة الأولى تكون الكفالة داخلية وإن كان من الوارد أن تتخذ بعدا دوليا بانتقال الكافل و/أو المكفول إلى الخارج. وقد تكون الكفالة إلزامية (إسناد الولاية الشرعية إلى أعد أعضاء العائلة في غياب الأب) أو اختيارية أي تفويض المسؤولية الأبوية من طرف الوالدين (عقد الكفالة بواسطة إسهاد عدلي). أما في ما يخص إسناد الكفالة إلى شخص أجنبي، فيكون قد وقع التصريح بأن الطفل مهممل ووضع تحت ولاية القاضي. هذا النوع من الكفالة -القضائية دائما- يكون مقرونا بالتقديم (تعيين ولي عن المكفول مقدم من طرف القاضي) ويحول الكافل النيابة الشرعية عن القاصر (المواد 230 إلى 235 والمادة 245 وما يليها من مدونة الأسرة).

ويجدر التنويه بوجود حالات متباينة للكفالة وبأن ذلك الاختلاف تكون له نتائج متفاوتة فيما يتعلق بإجراءات الدخول إلى التراب الإسباني، وكذلك بخصوص إمكانية تحويل الكفالة إلى تبني في إسبانيا عند الاقتضاء. بالنسبة إلى كفالة الطفل المهممل، لا تطرح مسألة الموافقة اللازمة من قبل الأبوين الأصليين (إما لأنهما غير معروفين، أو لأن الطفل يتيم أو لسقوط ولايتهما الشرعية) ولا توجد الصعوبة المتمثلة في استحالة موافقة الأبوين على التبني لكونه محرما بمقتضى قانون جنسيتيهما. وتكون النيابة الشرعية في هذه الحالة للكافل أو الولي الأجنبي.

ولأجل تبني القاصر المستقدم إلى إسبانيا تحت الكفالة (والتقديم) يتعين توجيه طلب في الموضوع إلى القاضي، وهو الذي يقوم بتأسيس التبني طبقا لنظام القانون الدولي الخاص الإسباني، وبناء على ضمانات القانون الموضوعي التي تتطلبها التشريعات المنطبقة، وعملا بالشروط التكميلية، إن وجدت، أو القواعد الموضوعية الخاصة للقانون الدولي الخاص والتي قد يضيفها المشرع الإسباني عندما يتعلق الأمر بتبني قاصر ذي قانون أحوال شخصية مانع. هذه الشروط التكميلية من شأنها أن تساعد على اجتياز العقبة المتمثلة في أن سلطات الوطن الأصلي لا تستطيع التصريح بقبالية تبني طفل معين على رغم تشريعاتها.

إلا أن كون الكفالة دولية (نظرا لتعدد العتور على حل داخلي مناسب في البلد الأصلي) وكون الكافل أجنبيا (إما من إسبانيا أو من خارج الدول الإسلامية التي تمنع التبني) يسهل الأمور. "الحالة النموذجية" للطفل المستقدم إلى إسبانيا تحت كفالة شخص أجنبي (إسباني) تستوجب إسناد الكفالة على يد القاضي (وليس فقط بواسطة الإسهاد العدلي). ويتعلق موضوع هذه الكفالة القضائية بقاصر سبق أن وقع التصريح من طرف السلطة المختصة في موطنه الأصلي بأنه طفل مهممل. وهو أيضا طفل كان مودعا لدى إحدى مؤسسات الرعاية أو دور الأيتام (تحت ولاية عامة) قبل إسناد كفالته إلى شخص أجنبي. علاوة على ذلك، وقبل التصريح بالإهمال تكون السلطات المختصة قد أجرت البحث المنصوص عليه قانونا (يكون القاصر عادة مجهول النسب) ويكون قاضي شؤون القاصرين المختص - وهو الذي يقع في دائرة نفوذه محل إقامة الطفل المهممل- قد أصدر الأمر بتقديم الكافل على المكفول وخوله النيابة الشرعية عليه. نحن إذن بصدد واقع يبعد كل البعد عن وضعية أولئك الأطفال المستقدمين على نحو غير مسؤول يكاد يكون بمثابة "اختطاف قاصرين بذريعة إنسانية" مثلما وقع في تشاد عام 2007 في قضية المنظمة غير الحكومية "لارش دو زوي"<sup>326</sup>. ويترتب عن وجود قيام السلطة المختصة بضمان تدبير الحماية الدولية للقاصر طرح مشكلة الاعتراف بجدوى الكفالة عندما تكون أنجزت من دون إجراء قضائي بل بواسطة إسهاد عدلي أو عن طريق الاتفاق بين الكافل وأبوي الطفل، ولا سيما إذا لم يكن هناك دليل على تدخل السلطة القضائية المختصة في إجراءات إسناد الكفالة، أو على إذنها بسفر الطفل إلى خارج الوطن أو على دخوله إلى إسبانيا بطريقة صحيحة طبقا لقوانين الهجرة. ويمكن توضيح المشكلة بواسطة واقعة تناقلتها الصحافة في فرنسا والجزائر في الصيف

326 المواد 11 و 22 و 38 من اتفاقية حقوق الطفل (1989).

(بحسب المادة 2 من القانون المغربي المتعلق بكفالة الأطفال الممهلين، والمادة 116 من قانون الأسرة الجزائري). وقد شهدت الأقطار التي ما زالت متمسكة بمنع التبني بعض التطور في هذا الميدان، حيث سمحت بمطابقة الاسم العائلي بين المكفول والكافل ما دامت الكفالة قائمة (حتى بلوغ سن الرشد<sup>323</sup>). إلا أن الأمر لا يتعلق بالحق المكفول بنسب كافله، إذ لما كان تحريم التبني قائما على انتفاء موانع الزواج بين أسرة الكافل وأسرة المكفول، لزم أن لا تظهر العلاقة كما لو كانت من قبيل زواج المحارم. ولكن يجوز أن يتطابق لقب الطفل المكفول مع لقب الكافل (في المغرب والجزائر<sup>324</sup>). إلا أن المسألة تطرح صعوبات عندما يكون الكافل أجنبيا سواء من حيث إثبات القيد في سجلات الأحوال المدنية أو فيما يتعلق بضرورة أن يحمل الكافل والمكفول أسماء عربية إسلامية.

وفي كل الأحوال، وعلى الرغم من صعوبة تطور القانون الداخلي (هذه مسألة سيادية لكل دولة) فرما يمكن تبادل الاعتراف على الصعيد الدولي بالمؤسستين معا (الكفالة والتبني) مع الإبقاء على عدم إمكانية إنشاء أي منهما في كل الدول. وقد تكون النتيجة شبيهة بما يجري في موضوع تعدد الزوجات، إذ لا يمكن إبرام زواج من هذا النوع في كل البلدان ولكن بالإمكان الاعتراف بآثاره. فإذا حصل تبادل الاعتراف بالتدبير الذي تتخذه السلطة المختصة دوليا في كل قطر (سواء تعلق الأمر بالكفالة أو بالتبني)، ومع عدم الإخلال بصلاحيات كل دولة لاتخاذ ما تراه مناسبا على الصعيد الداخلي من حلول متباينة في ميدان حماية الأطفال المقيمين بصورة اعتيادية فوق ترابها. إن طرح المسألة من هذا المنظور من شأنه أن يقود إلى تحسين شروط الحماية للقاصر حرصا على مصلحته الفضلى بوسائل تشريعية (بما في ذلك قواعد القانون الدولي الخاص). إن استمثال حماية الطفل (توفير الحماية المثلى) في بلد إقامته قد يكون مؤثما في بعض الحالات وذلك عندما يكون الطفل مهيدا بإمكانية انتهاء كفالته، لا سيما في حال موت الكافل وكون المكفول يتيما أو مجهول النسب، علما بأن الكفالة لا تحقق اندماجه قانونيا داخل الأسرة الكافلة. هذا الاستمثال مسألة لا يستهان بها إذا تعلق الأمر بكفالة على الصعيد الدولي (كفالة أجنب) لأن المعنى بالأمر يكون في غالبية الأحوال طفلا سبق التصريح بإهماله في حين يكون الكافل شخصا أجنبيا (إسبانيا) بعيدا عن البيئة العائلية للطفل. ويجدر التذكير في هذا الصدد بأن المعيار الاستطادي الواجب إعماله عند اتخاذ أي تدبير حمائي دائم على الصعيد الدولي إنما يدل - أو ينبغي أن يدل - على أن إسناد الكفالة الدولية جاء بعد أن تعذر إيجاد حل داخلي مناسب للطفل في موطنه الأصلي.

علاوة على ما تقدم، إذا كان الطفل المكفول يتمتع بحق الاستفادة من التعويضات الاجتماعية على قدم المساواة مع الابن الشرعي في المغرب (المادة 22، الفقرة 5 من قانون 13 يونيو 2002 المتعلق بكفالة الأطفال الممهلين) ومع أي ولد طبيعي تحت التبني أو الاحتضان العائلي في إسبانيا، فمن الصعب أن يتمتع بالتعويضات الاجتماعية المخصصة للطفل "اليتيم" سواء في المغرب أو في إسبانيا، علما أن الكفالة لا تنشئ أصرة البنوة اللازمة في هذه الحالة.

هناك عامل آخر يساهم في تعقيد الوضع ويهدد بحرمان الطفل المستقدم إلى إسبانيا تحت الكفالة من الحماية اللازمة وهو أن الكافل الذكر يجب أن يكون متزوجا ولكن هذه الكفالة لا تنتقل إلى زوجته في حال وفاته. وكذلك الأمر إذا كانت الكفالة ملقاة على عاتق امرأة غير متزوجة (القانون لا يستثنى إلا الرجل غير المتزوج)، فإذا توفيت بقي المكفول في وضع هش لأن الكفالة لا تسمح باندماجه قانونيا في الأسرة الكافلة<sup>325</sup>. والنتيجة، التي يجب تفاديها، هي أن الطفل المستقدم إلى إسبانيا تحت الكفالة يجد نفسه من جديد تحت رحمة المؤسسات الخيرية بعد موت الكافل.

323 تمتد الكفالة إلى ما بعد بلوغ سن الرشد بالنسبة إلى البنت غير المتزوجة والولد المعاق أو العاجز عن الكسب. إلا أن بإمكان الكافل التنازل عن الكفالة (المادة 25 من القانون المغربي المتعلق بكفالة الأطفال الممهلين). ويحدد سن الرشد في 18 سنة بالمغرب (المادة 19 من مدونة الأسرة).

324 في الجزائر، على إثر المرسوم رقم 24-92 المؤرخ في 13/01/1992 بتعديل المرسوم رقم 157-71 المتعلق بتغيير الاسم العائلي؛ وفي المغرب، على إثر القانون رقم 99-97 المتعلق بالحالة المدنية المؤرخ في 03/10/2002. وينص كلا القانونين على إمكانية مطابقة الاسم العائلي ولكن بشرطين هما أن يكون الطفل مجهول الأب وأن توافق أم الطفل إن كانت معروفة. يقدم الكافل طلبا في الموضوع ويقوم ضابط الحالة المدنية بإثبات اسمه العائلي في رسم ولادة المكفول والنسخ المستخرجة منه مع الإشارة في طرة الرسم إلى أن الطفل مكفول.

325 ينص قانون الأسرة الجزائري (المادة 125) على إمكانية انتقال الكفالة إلى ورثة الكافل بعد موته ولكن على سبيل الجواز لا الوجوب.

الإسلامية عملاً بأحكام القرآن، ولا سيما الآيتين 4 و5 من سورة الأحزاب. وهكذا نصت المادة 149 من مدونة الأسرة المغربية (2004) على بطلان التبني، وكذلك فعل قانون الأسرة الجزائري - صدر في 1984 و عدل في 2005- حيث نص في المادة 46 على أن التبني ممنوع شرعاً وقانوناً<sup>316</sup>.

هذه الإحالة على الشريعة في القانون الجزائري تأتي على سبيل التذكير بتحريم التبني في الشريعة الإسلامية. إلا أن هناك أقطاراً في العالم الإسلامي لا تمنع التبني، كما هو الشأن في تونس وتركياً وإندونيسياً. فهناك مجال في التشريعات الإندونيسية للتبني؛ والملونة المدنية التركية تنظمه كذلك بمقتضى المواد 350 إلى 320 التي أقرها القانون رقم 4721 الصادر بتاريخ 2001/11/22. وفي تونس، نظم المشرع بمقتضى القانون رقم 1958-0027 الصادر بتاريخ 1958/03/04 كلا من الولاية العمومية والكفالة والتبني<sup>317</sup>. ومن المهم في هذا المجال إبراز أن المشرع التونسي يدرج التبني في إطار احترام الأحكام الدينية - الواقع أن شرط الإسلام مفروض سواء بالنسبة إلى الكفالة أو إلى التبني - إذ أن إغاثة الطفل المهمل واجب ديني<sup>318</sup>. وبدلاً من النظر إلى تبني الأطفال المهملين كمخالفة للتعاليم الدينية، يعتبر عملاً من أعمال البر. وتضاف إلى ذلك مبررات عملية، أهمها وضع حد للاحتيال على القانون، علماً بأن بعض الآباء الراغبين في التبني كانوا يلجئون إلى تزوير معطيات الحالة المدنية للوصول إلى نتيجة شبيهة بما يترتب عن التبني أو حتى عن النسب الشرعي<sup>319</sup>. وقد راهن المشرع التونسي على تقليص فرص الاحتيال على القانون لأن التبني ينشئ رابطة النسب ويتيح للمتبني إمكانية إعطاء اسمه العائلي للطفل. وحتى قبل صدور القانون المذكور، كان هناك من نبّه عام 1937 (رجل قانون وعالم اجتماع) إلى تلك الممارسة في تونس<sup>320</sup> والتي تكون مرفوقة بمشاكل الفساد الإداري. وتجدر الإشارة في هذا المجال كذلك إلى حقيقة غير مشهورة هي أن الجزائر عقب الاستقلال، ويعد أن صارت جمهورية اشتراكية، وانطلاقاً من تزايد الاهتمام بالشؤون الاجتماعية، وضعت مسألة التبني على مائدة النقاش. وكان يشار في الشهادة التي تخول شخصاً ما رعاية أحد القاصرين إلى أن ذلك الشخص سيكون "مستأماً على الطفل في انتظار تبنيه" وأن "التبني النهائي سيتحقق بعد صدور قانون الأسرة"<sup>321</sup>. ولعل هذا المعطى يفسر وجود براءات تنفيذ لصالح الاعتراف بحالات تبني أجنبية (فرنسية) قبل عام 1965<sup>322</sup>.

ولعل من المعقول التفكير في إصلاح بهذا الصدد يكون من شأنه، ودون التخلي عن الكفالة، السماح بتحسين وضعية الطفل المكفول باتجاه تخليصه من الضغط الاجتماعي الناجم عن وضعيته "كطفل مهمل أو مجهول النسب" لا سيما في بيئة قانونية واجتماعية تعتبر البنية الطبيعية غير شرعية. وأكثر من ذلك، فالواقع الاجتماعي اليومي للكفالة يجعلها بمثابة "التبني بالفعل" من وجهة نظر المعنيين (على الرغم من اختلاف الآثار القانونية لكل منهما) وذلك لأن الكافل مطالب برعاية المكفول "كما يفعل الأب مع ولده"

316 لا تنشأ عن الكفالة أية رابطة للنسب بين المكفول وكافله. يحتفظ المكفول بنسبه الأصلي وبالحقوق التي تترتب عنه (الميراث والنفقة وموانع الزواج). وإذا كان للمكفول الحق في الوصية والتزويج فإن ذلك لا يعني إلحاقه بنسب الكافل بأية حال.

317 ينص القانون التونسي على إمكانية تبني طفل أجنبي من طرف مواطن تونسي ولكن العكس غير صحيح. ولعل ذلك يسمح بالتفكير في أن الأمر يخص أساساً التبني الداخلي. وهذه مسألة منطقية باعتبار الطابع الاستفرادي للتبني بين الدول. فالتبني الدولي وارد ولكن يبدو أن من شروطه أن يكون الكافل مسلماً إذا كان المكفول مسلماً (تونسياً). والحقيقة أن القانون لا يحدد افتراض التبني لطفل تونسي من قبل شخص أجنبي.  
318 انظر: 318

F. MECHRI, L'adoption en droit tunisien et dans les pays musulmans, 2004, p. 225.

319 انظر:

N. AIT-ZAI, « L'enfant illégitime dans la société musulmane », R.T.D., 1990, p. 19.

وكذلك:

E de GAUDIN de LAGRANGE, « L'adoption: une ancienne pratique tunisienne devenue loi », Rev. Alg. des Sc. Jur. Ec. Et poli., 1968, p. 1143.

320 انظر:

G. H. BOUSQUET & A. DEMEERSEMAN, « L'adoption dans la famille tunisienne », Rev. Alg., 1937, p. 137., cit. por F. MECHRI, op. cit., p. 137.

321 F. MECHRI المرجع المذكور، ص 224

322 يتعلق الأمر بحالات يكون فيها كل من المتبني والمتبني (فرنسيين) مقيمين بالجزائر. وفي عام 1965 تقرر إلغاء شهادات التبني.



الهدف منهما يجب أن يكون هو الحؤول دون إيداع الطفل داخل مؤسسات الرعاية العمومية أو الاجتماعية خلال فترات طويلة قد تتحول إلى نهائية مع مرور الوقت.

## ب) الترابط بين الإختصاص والقانون المنطبق

قضية Böll الشهيرة - التي نظرت فيها محكمة العدل الدولية بتاريخ 28/01/1958<sup>312</sup> - دفعت مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص إلى اعتماد منظور جديد في الحماية الدولية للقاصر مغاير لاتفاقية لاهاي لعام 1902 ويذهب إلى أبعد من المجال التقليدي للقانون الخاص (المدني) والأحوال الشخصية (القانون الوطني). هذا المنظور الجديد أدى إلى اتفاقية لاهاي لعام 1961 التي رجحت تدخل السلطات العامة وقانون الوطن الاعتيادي للقاصر. وإلى جانب ذلك، أقرت الاعتراف بقواعد التطبيق الفوري أو الإلزامي للمكان الذي يتواجد أو يقيم فيه القاصر<sup>313</sup>. وقد تعزز هذا التوجه فيما بعد على إثر اتفاقية مؤتمر لاهاي لـ19 أكتوبر 1996، المتعلقة بالاختصاص والقانون المنطبق والاعتراف بالأحكام وتنفيذها والتعاون في مجال مسؤولية الوالدين والتدابير الخاصة بحماية الأطفال. ويجدر التنويه بأن المغرب طرف في هذه الاتفاقية (وعضو فعال في إدراج الكفالة ضمن مواد الاتفاقية) وستنضم إليها إسبانيا قريبا ضمن دول أخرى أعضاء في الاتحاد الأوروبي. والواقع أن الاتحاد الأوروبي استلهم من مقتضيات الاتفاقية أحكام اللائحة التنظيمية عدد 2210/2003 (للمجلس الأوروبي) المعروفة أيضا باسم "بروكسيل 2" الصادرة بتاريخ 27/11/2003 والمتعلقة بالاختصاص والاعتراف وإنفاذ المقررات القضائية في مجال الزواج والمسؤولية الأبوية<sup>314</sup>. والمعيار الأساسي للاختصاص الدولي في كلا النصين هو معيار محل الإقامة الاعتيادية للطفل في اللحظة التي تطرح فيها المسألة على نظر الهيئة القضائية<sup>315</sup>.

ومن ثمة، يجب أن تقود تلك المقتضيات التشريعية إلى نقل مجال الاختصاص من سلطات (وقانون) الدولة التي يحمل جنسيتها الطفل المستقدم تحت الكفالة إلى سلطات (وقانون) محل الإقامة الاعتيادية. وتكتسي هذه المسألة أهمية بارزة بالنسبة إلى القاصر المعني سواء تعلق الأمر بتأمين حمايته أو بتحسين شروطها في بلد الإقامة.

## المطلب 2. تحقيق الحماية المثلى للمكفول: وضعية الإهمال في حال وفاة الكافل

الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالحقوق الأساسية للطفل وحمايته القانونية على الصعيد الدولي تعتبر كلا من الكفالة والتبني وسيلتين صالحتين ومتباينتين لحماية القاصر تؤسسهما سلطة عامة. ولا تطرح أي من هاتين المؤسستين مشاكل على النظام العام الدولي في ضوء النصوص الدولية.

ولكن لا يخلو الأمر من صعوبات عملية تهتم الاعتراف بتلك التدابير من قبل الدول: منها ما يخص عدم استساعة الكفالة في البلدان التي تجهل هذه المؤسسة، ومنها ما يتعلق بتحريم التبني في غالبية الأقطار

312 انظر بهذا الخصوص:

J.A. CARRILLO SALCEDO, Derecho internacional privado, Tecnos, pp. 101107-.

313 هي القواعد الدولية الحتمية أو القوانين ذات الطبيعة الوضعية الإلزامية التي تحدث عنها سافينييه:

F.C. SAVIGNY (Sistema del derecho Romano actual, 1879, t. VI, p. 138).

314 الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي، تشريع، 338، بتاريخ 23/12/2003. حلت مكان اللائحة التنظيمية رقم 1347/2000 للمجلس الأوروبي الصادرة في 27/11/2003 وتعرضت لتعديل طفيف بمقتضى اللائحة التنظيمية للمجلس رقم 2116/2004 الصادرة في 02/12/2004، والهادفة إلى الحفاظ على سريان مفعول الاتفاقية مع الفانيكان ومالطا (الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي، تشريع، 367، بتاريخ 14/12/2004).

315 المادة 8 من اللائحة التنظيمية مستلهمة من المادة 5 من اتفاقية لاهاي لعام 1996 التي تعزز معيار محل الإقامة لتجاوز المشاكل التي كانت مطروحة في اتفاقية لاهاي لعام 1961 بشأن المنافسة مع سلطة الوطن الأصلي.

في هذه الاتفاقية التي ستلتحق بها إسبانيا ضمن دول أخرى من الاتحاد الأوروبي<sup>310</sup>. ومن المتوقع بعد دخول اتفاقية 1996 حيز التنفيذ إلى جانب اللاتحة التنظيمية رقم 2210/2003 (للمجلس الأوروبي) المعروفة أيضا باسم "بروكسيل 2" الصادرة بتاريخ 27/11/2003 والمتعلقة بالاختصاص والاعتراف وإنفاذ المقررات القضائية في مجال الزواج والمسؤولية الأبوية<sup>311</sup>، أن يحصل تكامل وظيفي بين النصين، ومن شأن ذلك أن يرسى إطارا دوليا لحماية القاصرين.

### (أ) الطابع الاستطراذي لحماية القاصر على الصعيد الدولي

إعلان الأمم المتحدة بشأن المبادئ الاجتماعية والقانونية الخاصة بحماية الأطفال ورعايتهم مع الاهتمام الخاص بالحضانة والتبني على الصعيدين الوطني والدولي (1986) ينص على أنه إذا تعذر إيجاد أسرة حاضنة أو متبينة للطفل أو توفير رعاية له على أي نحو ملائم في بلده الأصلي، يجوز النظر في التبني خارج البلد كوسيلة بديلة لتوفير أسرة للطفل (المادة 17). وفي السياق ذاته، نصت اتفاقية حقوق الطفل (1989) المذكورة على أن اللجوء إلى التبني بين الدول - ونعتقد أن الحكم ذاته يسري على الكفالة - يجب أن يقتصر على الحالات التي يتعذر فيها توفير أسرة بديلة للطفل في بلده الأصلي.

ويأتي هذا المبدأ الاستطراذي منسجما مع "حق الطفل المحروم بصفة مؤقتة أو دائمة من بيئته العائلية أو الذي لا يسمح له، حفاظا على مصالحه الفضلى، بالبقاء في تلك البيئة، في حماية ومساعدة خاصتين توفرهما الدولة"، أي أن البلد الأصلي للطفل حيث ولد وحيث يعيش مسؤول في المقام الأول عن توفير الرعاية البديلة لمثل هذا الطفل (المادتان 20 و 21). إلا أن المصلحة الفضلى للطفل قد تقتضي أحيانا اتخاذ تدابير ذات طابع دولي لتوفير الحماية للقاصر، وذلك حتى لا يبقى بعض الأطفال الذين تودعهم السلطات المختصة في مؤسسات الرعاية أو الحماية أو العلاج "منسيين" في دور الأيتام رغم وجود من يرغب في التكفل بهم أو تبنيهم خارج بلدتهم الأصلي (المادة 25).

ومن هذا المنظور المعياري الاستطراذي، تكون حماية الطفل عن طريق اللجوء إلى بديل دولي - إما بالكفالة أو بالتبني أو بأية وسيلة أخرى - واردة فقط إذا انعدمت إمكانية توفير الرعاية المناسبة له في بلده الأصلي وتبين أنه سيكون في وضع أفضل من حيث الرعاية إذا أسند إلى أسرة مقبمة بالخارج. ونظرا لكون الحماية الدولية تأتي كإجراء استطراذي بالنسبة إلى حماية الطفل في بلده الأصلي، فإن ذلك يفرض على سلطات البلد الأصلي أن تعطي الأولوية لوضع الطفل داخل عائلته بالمفهوم العريض (إذا كان له أقارب بهذا المفهوم) أو لدى الأعيان المقيمين في موطنه الأصلي (المادة 4 أ. و ب). قبل اللجوء إلى اتخاذ إجراء دولي في مجال حماية القاصر لتوفير بيئة عائلية ينعم الطفل داخلها بالحنان والاستقرار. يتعين تفادي انتقال القاصر إلى خارج بلاده ولا سيما إذا كان رحيله سيمثل قطيعة، فعلا أو قانونا، بينه وبين أسرته الأصلية (إن وجدت). وضمن الحلول الداخلية، يمكن إدراج الدعم الواجب للأمهات العازبات ورفع المعاناة عن الأبناء الطبيعيين والعمل على تخليصهم من هذه الوصمة، والاهتمام بالأمهات لأن إهمالهن لا ينتج إلى أطفالا مهملين.

يستفاد، إذن، من الفلسفة والتشريعات الدولية المتعلقة بحماية الطفل على الصعيد الدولي أن كلا من الكفالة والتبني بين الدول حلان مقبولان للأطفال الذين يفتقرون إلى الرعاية والعناية في موطنهم الأصلي وأن

310 رخص الاتحاد الأوروبي لبعض الدول الأعضاء (بينها إسبانيا)، بناء على قرار المجلس الأوروبي الصادر في 05/06/2008 (الجزيدة الرسمية للاتحاد الأوروبي، تشريع، 151/36 بتاريخ 11/06/2008) بالتصديق أو الانضمام، انطلاقا من مصلحة الرابطة الأوروبية، لاتفاقية لاهي ل19/10/1996 المتعلقة بالاختصاص والقانون المنطبق والاعتراف بالأحكام وتنفيذها والتعاون في مجال مسؤولية الوالدين والتدابير الخاصة بحماية الأطفال.

311 الجزيدة الرسمية للاتحاد الأوروبي، تشريع، 338، بتاريخ 23/12/2003. حلت مكان اللاتحة التنظيمية رقم 1347/2000 للمجلس الأوروبي الصادرة في 27/11/2003 وتعرضت لتعديل طفيف بمقتضى اللاتحة التنظيمية للمجلس رقم 2116/2004 الصادرة في 02/12/2004، والهادفة إلى الحفاظ على سريان مفعول الاتفاقية مع الفاتيكان ومالطا (الجزيدة الرسمية للاتحاد الأوروبي، تشريع، 367 بتاريخ 14/12/2004) الجاري بها العمل في الدول الأعضاء منذ 01/03/2005 والتي تخضع في الوقت الحالي للمراجعة بواسطة مشروع اللاتحة التنظيمية للمجلس، الرامية إلى تعديل اللاتحة رقم 2210/2003 الصادرة عن المجلس الأوروبي في موضوع الاختصاص وإقرار قواعد متعلقة بالقانون المنطبق في مجال الزواج، والمعروفة باسم "روما 3" (2006/07/17).

الهدف العام من هذه الاستشارة، التي أنجزت في إطار فعاليات "مشروع عدل"، هو تبادل الخبرات التشريعية والقضائية الإسبانية-المغربية في مجال حماية القاصر سواء عن طريق الكفالة والاعتراف بها أو بواسطة التبني.

وإذا كانت البحوث السابقة قد ركزت على الكفالة في التشريعات المغربية ومدى الاعتراف بها وإدماجها في المنظومة الحقوقية الإسبانية، فإن هذا البحث ينكب على تحديد الإطار القانوني الإسباني لحماية القاصر المستقدم إلى إسبانيا تحت الكفالة.

لأجل ذلك، سنتعمق في النصوص القانونية وتطبيقاتها القضائية مع التركيز على قضايا القانون الدولي الخاص التي يثيرها أي تدبير يتعلق بحماية الطفل بواسطة آلية دولية. وسنقدم من خلال العرض بعض الحلول الملموسة الهادفة إلى تأمين الحماية للقاصر على أفضل وجه في المغرب وإسبانيا على حد سواء.

## المبحث الأول: مصادر دولية

منذ القرن العشرين شهدت الوضعية القانونية للقاصر تطوراً تدريجياً على الصعيدين الداخلي والدولي وصولاً إلى اعتبار الطفل ذاتاً مستقلة تتمتع بحقوق أساسية، وتقع مسؤولية حماية مصلحته الفضلى على عاتق السلطات العامة التي يجب عليها أن تقوم بهذا الواجب عن طريق اتخاذ التدابير المناسبة لشخصه.

التدخل من طرف السلطة المختصة ضروري لأن حماية الطفل لم تعد شأنًا قانونيًا خاصًا (مدنياً) بين الكافل أو المتبني والأسرة. في المجال الدولي، تتطلب الحماية تدخل السلطة المختصة دولياً، والتعاون، عند الاقتضاء أو عند الإمكان، بين سلطات البلد الأصلي وبلد المقصد في حال انتقال الطفل من دولة إلى أخرى. لكن التعاون، وإن كان مرغوباً فيه، إلا أنه لا يفترض وجود انسجام قانوني بين المنظومتين الحقوقيتين. ومن حق سلطات كل بلد أن تعترف بتدابير الحماية الأجنبية أو تتخذ، عند الاقتضاء، تدابير الحماية المطلوبة إذا كانت مطابقة لتشريعاتها (بما في ذلك قواعد القانون الدولي الخاص). بهذه الطريقة سيكون الطفل محمياً على أفضل وجه ممكن في البلدين.

### المطلب 1. إنفاقية الأمم المتحدة حول حقوق الطفل: الكفالة والتبني

الإطار العام المشترك في إطار النصوص الدولية المتعلقة بالحقوق الأساسية للقاصر هو الذي تقدمه اتفاقية الأمم المتحدة حول حقوق الطفل التي أقرتها الجمعية العامة في 20/11/1989، علماً أن المغرب وإسبانيا من الدول الأطراف في الاتفاقية.

وبناءً على نص الاتفاقية، فإن تدخل سلطة عامة مستقلة عن مصالح الأطراف ضرورية لضمان الموضوعية في اتخاذ تدابير الحماية التي من شأنها أن تحفظ المصلحة الفضلى للطفل. ولكن، لما كان حق حماية القاصر مختلفاً من دولة إلى أخرى، ولما كانت أوضاع الأطفال متفاوتة كذلك (لا سيما من حيث وجود أسرة للطفل أم لا)، فإن تدابير الحماية التي نصت عليها الاتفاقية المذكورة للأمم المتحدة (1989) جاءت متعددة، ومن بينها الكفالة والتبني، المنصوص عليهما معاً ضمن مواد الاتفاقية.

وعلاوة على ذلك، أفرد لموضوع الكفالة نص خاص متعلق بحماية القاصر صدر عن مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص: اتفاقية مؤتمر لاهاي 19 أكتوبر 1996، المتعلقة بالاختصاص والقانون المنطبق والاعتراف بالأحكام وتنفيذها والتعاون في مجال مسؤولية الوالدين والتدابير الخاصة بحماية الأطفال. والمغرب<sup>309</sup> طرف

309 تدخل الكفالة في المجال الموضوعي لتطبيق الاتفاقية (المادة 3) وقد ساهم الوفد المغربي في إدراجها حسبما يستفاد من التقرير التوضيحي للأستاذ ب. لاغارد الملحق بالاتفاقية.



## الفصل الثالث. حماية القاصر المسنقدم إلى إسبانيا نحث الكفالة: من الكفالة إلى النبي عند الاقضاء

آنه كينيونيس إسكاميث<sup>308</sup>

---

308 أستاذة للقانون الدولي الخاص في جامعة بومباو فايرا (برشلونة) أستاذة كرسي معتمدة من طرف الوكالة من أجل جودة النظام الجامعي بإقليم كتالونيا (AQU) والوكالة الوطنية لتقييم الجودة (ANECA).



- الحكم الصادر عن المحكمة العليا بإقليم مدريد، غرفة المنازعات الإدارية، (شعبة 5) بتاريخ 16/03/2006 (Aranzadi Westlaw 2006/148921).
- الحكم الصادر عن المحكمة العليا بإقليم مدريد، غرفة المنازعات الإدارية، (شعبة 4) بتاريخ 20/09/2006 (Aranzadi Westlaw 2008/54022).
- الحكم الصادر عن المحكمة العليا بإقليم أندلسيا، إشبيلية، غرفة المنازعات الإدارية، (شعبة 2) بتاريخ 19/06/2007 (Aranzadi Westlaw 2008/52873).
- الحكم الصادر عن المحكمة العليا بإقليم مدريد، غرفة المنازعات الإدارية، (شعبة 1) بتاريخ 11/10/2007 (Aranzadi Westlaw 2008/47910).
- الحكم الصادر عن المحكمة العليا بإقليم مدريد، الغرفة الاجتماعية، (شعبة 1) بتاريخ 31/01/2008 (Aranzadi Westlaw 2008/959).
- الحكم الصادر عن المحكمة العليا بإقليم مدريد، غرفة المنازعات الإدارية، (شعبة 1) بتاريخ 03/04/2008 (Aranzadi Westlaw 2008/189480).
- الحكم الصادر عن المحكمة العليا بإقليم مدريد، غرفة المنازعات الإدارية، (شعبة 1) بتاريخ 14/03/2008 (Aranzadi Westlaw 2008/217100).
- الحكم الصادر عن المحكمة العليا بإقليم مدريد، غرفة المنازعات الإدارية، (شعبة 1) بتاريخ 05/06/2008 (Aranzadi Westlaw 2008/294252).
- الحكم الصادر عن المحكمة العليا بإقليم مدريد، غرفة المنازعات الإدارية، (شعبة 1) بتاريخ 11/06/2008 (Aranzadi Westlaw 2008/294138).
- الحكم الصادر عن المحكمة العليا بإقليم مدريد، غرفة المنازعات الإدارية، (شعبة 1) بتاريخ 10/07/2008 (Aranzadi Westlaw 2008/315217).

### 3. إجهادات فقهية

#### 1.3. إجهادات المديرية العامة للسجلات والنوثق

- قرار المديرية العامة للسجلات والنوثق، الصادر بتاريخ 14/05/1992، الجريدة الإخبارية لوزارة العدل، عدد 1642، ص. 4420.
- قرار المديرية العامة للسجلات والنوثق، الصادر بتاريخ 18/10/1993، الجريدة الإخبارية لوزارة العدل، عدد 1691، ص 5652 وما يليها.
- قرار المديرية العامة للسجلات والنوثق، الصادر بتاريخ 13/10/1995، الجريدة الإخبارية لوزارة العدل، عدد 1766، ص 145 وما يليها.
- قرار المديرية العامة للسجلات والنوثق، الصادر بتاريخ 01/02/1996، الجريدة الإخبارية لوزارة العدل، عدد 1773، ص 2154 وما يليها.
- قرار المديرية العامة للسجلات والنوثق، الصادر بتاريخ 27/02/2006 (Aranzadi Westlaw 2007/108921).
- قرار المديرية العامة للسجلات والنوثق، الصادر بتاريخ 21/03/2006، الجريدة الرسمية، عدد 128، بتاريخ 30/05/2006.

#### 2.3 إجهادات القضاء العادي

- قرار محكمة محافظة قادس (شعبة 6) بتاريخ 27/01/2006 (Aranzadi Westlaw 2006/203663)
- قرار محكمة محافظة قادس (شعبة 6) بتاريخ 03/03/2006 (Aranzadi Westlaw 2006/241802)
- قرار محكمة محافظة برشلونة (شعبة 18) بتاريخ 28/03/2006 (Aranzadi Westlaw 2008/149354)
- قرار محكمة محافظة إشبيلية (شعبة 2) بتاريخ 16/01/2007 (Aranzadi Westlaw 2007/178227)
- قرار محكمة محافظة قادس (شعبة 5) بتاريخ 15/09/2007 (Aranzadi Westlaw 2006/203663)
- الحكم الصادر عن المحكمة العليا بإقليم أندلسيا، إشبيلية، غرفة المنازعات الإدارية (شعبة 1)، بتاريخ 14/09/2004 (Aranzadi Westlaw 2006/94014).
- الحكم الصادر عن المحكمة العليا بإقليم أندلسيا، إشبيلية، غرفة المنازعات الإدارية (شعبة 4)، بتاريخ 14/01/2005 (Aranzadi Westlaw 2007/51157)
- الحكم الصادر عن المحكمة العليا بإقليم لاريوخا، غرفة المنازعات الإدارية (شعبة 1) بتاريخ 21/02/2005 (Aranzadi Westlaw 2006/291265)
- الحكم الصادر عن المحكمة العليا بإقليم مدريد، غرفة المنازعات الإدارية، (شعبة 7) بتاريخ 23/05/2005 (Aranzadi Westlaw 2006/214863).
- الحكم الصادر عن المحكمة العليا بإقليم أراغون، غرفة المنازعات الإدارية، (شعبة 1) بتاريخ 21/06/2005 (Aranzadi Westlaw 2006/137207).
- الحكم الصادر عن المحكمة العليا بإقليم أندلسيا، إشبيلية، غرفة المنازعات الإدارية، (شعبة 2) بتاريخ 21/10/2005 (Aranzadi Westlaw 2006/716443).



## 2. نصوص شرعية

- الظهير الشريف رقم 1.02.172 الصادر في فاتح ربيع الآخر 1423 (13/06/2002) بتنفيذ القانون رقم 15-01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5031 بتاريخ 19/08/2002 (الطبعة العربية) وفي الجريدة الرسمية عدد 5036 بتاريخ 15/09/2002 (الطبعة الفرنسية).
- التوجيه رقم 38/2004 الصادر عن البرلمان الأوروبي والمجلس الأوروبي بتاريخ 29/04/2004، والمتعلق بحقوق مواطني الاتحاد الأوروبي وأفراد عائلاتهم في حرية التنقل والإقامة بأراضي الدول الأعضاء (الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي، تشريع، 158، بتاريخ 30/04/2004).
- المنشور DGI/SGRJ/07/2007 الصادر عن المديرية العامة لشؤون الهجرة بوزارة الشغل والشؤون الاجتماعية، الإسبانية، بتاريخ 27/09/2007 في موضوع تكفل المواطنين الإسبان بأطفال اجانب.
- ([http://extranjeros.mtas.es/es/NormativaJurisprudencia/Nacional/RegimenExtranjeria/InstruccionesDGI/documentos/2007/Instruccion\\_DGI\\_06-2007.pdf](http://extranjeros.mtas.es/es/NormativaJurisprudencia/Nacional/RegimenExtranjeria/InstruccionesDGI/documentos/2007/Instruccion_DGI_06-2007.pdf)).
- المنشور DGI/SGRJ/01/2008 الصادر عن المديرية العامة لشؤون الهجرة بوزارة الشغل والشؤون الاجتماعية، الإسبانية، بتاريخ 17/01/2008 حول التجمع العائلي للقاصرين والمحاجير الموضوعين تحت النياية الشرعية لطالب التجمع. ويتضمن هذا المنشور تفصيل المادة 17 البندا حرف c من القانون الأساسي 2000/4 والمادة 39 حرف c من اللائحة التنفيذية للقانون ذاته.
- ([http://extranjeros.mtas.es/es/NormativaJurisprudencia/Nacional/RegimenExtranjeria/InstruccionesDGI/documentos/2008/Instruccion\\_DGI\\_01-2008.pdf](http://extranjeros.mtas.es/es/NormativaJurisprudencia/Nacional/RegimenExtranjeria/InstruccionesDGI/documentos/2008/Instruccion_DGI_01-2008.pdf)).
- القانون الأساسي 2000/4 الصادر في 11/01/2004 والمتعلق بحقوق الأجانب في إسبانيا وحريةاتهم وإدماجهم الاجتماعي (قانون الأجنبية)، الجريدة الرسمية للدولة الإسبانية عدد 10 بتاريخ 12/01/2001. خضع هذا القانون لتعديلات لاحقة بمقتضى القوانين الأساسية 2000/8 بتاريخ 22/12/2000 (الجريدة الرسمية للدولة الإسبانية، عدد 307 بتاريخ 23/12/2000)؛ و2003/11، بتاريخ 29/09/2003 (الجريدة الرسمية للدولة الإسبانية، عدد 234 بتاريخ 30/09/2003)؛ و2003/14، بتاريخ 20/11/2003 (الجريدة الرسمية للدولة الإسبانية، عدد 279 بتاريخ 21/11/2003).
- القانون 2007/54 الصادر في 28/12/2007 والمتعلق بالتبني بين الدول، الجريدة الرسمية للدولة الإسبانية، عدد 312 بتاريخ 29/12/2007.
- المرسوم الملكي رقم 2004/2393 الصادر في 30/12/2004، بتنفيذ قانون الأجنبية (الجريدة الرسمية للدولة الإسبانية، عدد 6 بتاريخ 07/01/2005).
- المرسوم الملكي 2007/240 الصادر في 16/02/2007 حول الدخول وحرية التنقل والإقامة بإسبانيا لمواطني الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي والدول الأخرى الأطراف في اتفاقية المجال الاقتصادي الأوروبي (الجريدة الرسمية للدولة الإسبانية، عدد 51 بتاريخ 28/02/2007).
- منشور المديرية العامة للسجلات والتوثيق الصادر بتاريخ 31/10/2005 في موضوع التبني بين الدول (الجريدة الرسمية للدولة الإسبانية، عدد 308، بتاريخ 26/12/2005).
- منشور المديرية العامة للسجلات والتوثيق الصادر بتاريخ 15/07/2006 في موضوع الاعتراف بحالات التبني بين الدول وتقييدها في سجل الأحوال المدنية الإسباني (الجريدة الرسمية للدولة الإسبانية، عدد 207 بتاريخ 30/08/2006).

- C. ESPLUGUES MOTA, "Reconocimiento en España de adopciones simples constituidas en el extranjero", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 250, 13 de junio de 1996, pp. 1 ss.
- L. ESTEVE GONZALEZ, "Nota a los autos de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de junio y de 4 de septiembre de 1996", *Revista Española de Derecho Internacional*, 1997, nº 1, pp. 261 ss.
- G. ESTEBAN DE LA ROSA, *El acogimiento internacional de menores: régimen jurídico*, Comares, Granada, 2000
- E. FERNANDEZ MASIA, "Nota a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de octubre de 1993", *Revista Española de Derecho Internacional*, 1994, nº 1, pp. 360 ss.
- H. FULCHIRON, "Adoption sur kafala ne vaut (à propos des arrêts Civ. 1re 10 octobre 2006)" *Recueil Dalloz*, nº 12, pp. 816 ss.
- "La kafala", Servicio Social Internacional (Centro internacional de referencia para los derechos del niño privado de familia), diciembre de 2007, [http://www.iss-ssi.org/Resource\\_Centre/Tronc\\_DI/documents/FichaNo51ESP.pdf](http://www.iss-ssi.org/Resource_Centre/Tronc_DI/documents/FichaNo51ESP.pdf)
- J. LONG, "Kafala e ricongiungimento familiare", *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2008, nº 1, pp. 73 ss.
- J. LONG, "Ordinamenti giuridici occidentali, kafala e divieto di adozione: un'occasione per riflettere sull'adozione legittimante", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2003, nº 2 (marzo-abril), pp. 33 ss.
- A. LOPEZ AZCONA, "La institución de la kafala y el Derecho de extranjería: breve noticia de algunas resoluciones judiciales", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 11 (marzo de 2006), pp. 223 ss.
- B. MENHOFER, "Zur kafala des marokkanischen Rechts vor deutschen Gerichten (Zu AG Frankfurt a.M., 24.5.1995)", *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1997, nº 4, pp. 168 ss.
- A. RODRIGUEZ BENOT, "Adopción y kafala: un análisis de su alcance respectivo en los ordenamientos islámicos y occidentales", en *Derecho internacional y Relaciones internacionales en el mundo mediterráneo*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 195 ss.
- A. RODRIGUEZ BENOT, "El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural (Un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la kafala)", en *Revista General del Derecho*, nº 667 (abril de 2000), pp. 4419 ss.
- A. RODRIGUEZ BENOT, "La eficacia en España de las adopciones simples constituidas al amparo de un ordenamiento extranjero (una relectura del art. 9.5º Cc a la luz del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993)", en A.-L. CALVO CARAVACA y J.L. IRIARTE ANGEL (eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, Madrid, 2000, pp. 181 ss.
- P. RODRIGUEZ MATEOS "Nota a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de mayo de 1992", *Revista Española de Derecho Internacional*, 1992, nº 2, pp. 661 ss.

ولما كان الأمر كذلك، وبعد أن ثبت التوافق بين الكفالة المسندة أمام السلطات المغربية والاحتضان العائلي كما تنظمه المادتان 173 و173 مكرر من المدونة المدنية الإسبانية، ليس هناك ما يحول دون السماح بالولوج إلى سجل الأحوال المدنية الإسباني، طبقا لمعايير التقييد المحددة في المادتين 1 و15 من قانون السجل المدني، لإثبات قيد الوثيقة المغربية التي تشهد، مثلا، بأن زوجين إسبانيين قد تكفلا بقاصر مغربي، وذلك بواسطة الصيغة التالية: ترى المديرية العامة للسجلات والتوثيق أنه في مثل هذه الحالة تكون قد نشأت وضعية شخصية (التبني أو الاحتضان) قابلة للتقييد في السجل المدني بموجب وثيقة رسمية صحيحة، طبقا للمادة 81 سابقا من اللائحة التنظيمية لسجل الأحوال المدنية؛ ويثبت القيد على هامش رسم الولادة، أو عند الاقتضاء، على هامش القيد الثانوي المنصوص عليه في المادة 154، بند 1، من اللائحة التنظيمية لسجل الأحوال المدنية (بالتوافق مع المادة 46 من قانون سجل الأحوال المدنية).

ويكتسب هذا الحل مزيدا من القوة من منظور صيغة الاحتضان العائلي السابق للتبني (المادة 173 مكرر، بند 3، والمادة 176، بند 2، حالة 3، من سجل الأحوال المدنية): من شأن وضعية التبني المؤسسة في الخارج والمعترف بها في إسبانيا أن تسمح بتقييم فترة التعايش للقاصر المغربي في كنف الأسرة التي تحتضنه في إسبانيا، وذلك كله بهدف الوصول في النهاية إلى تأسيس التبني من جديد وإقامة أسرة البنوة على نحو نهائي لا رجعة فيه<sup>307</sup>. وهذه مسألة تشكل كما أشرنا من قبل محور فصل آخر من فصول هذا المؤلف.

## ملاحق

### 1. مراجع

- H. AFAILAL, "El sistema de protección de la infancia en Marruecos: debilidades y consecuencias", <http://www.humanrights-observatory.net/revista5/articulos8/HAFSA%20AFAILAL.pdf>
- E. ARCE JIMENEZ, "La kafala marroquí y la legislación de extranjería", Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, n° 13 (noviembre de 2006), pp. 265 ss.
- F. CALVO BABIO, Reconocimiento en España de adopciones simples realizadas en el extranjero, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2003
- A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZALEZ, La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios), Comares, Granada, 2008
- X. CAMPA DE FERRER, "Las adopciones internacionales y su reconocimiento en España", Actualidad Jurídica Aranzadi, n° 351 (16 de julio de 1998), pp. 1 ss.
- J.Mª. ESPINAR VICENTE, "La adopción de menores constituida en el extranjero y el reconocimiento de la patria potestad en España (Algunas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado)", Actualidad Civil, 1997, n° 32, margs. 757 ss.

307 طبقا للمواد القانونية المشار إليها، ليس من الضروري الخضوع للمرحلة الإدارية التمهيدية أو لمقترح التبني التمهيدي في حالة ما إذا كان القاصر قد أمضى أكثر من عام كامل في ظل الوضعية القانونية المحددة بصيغة الاحتضان السابق للتبني، أو تحت صيغة الولاية خلال الفترة ذاتها.

ب) من وجهة النظر الموضوعية، تسري أحكام مدونة الأسرة لعام 2004 على العلاقات التي يكون فيها أحد الطرفين مغربيا، وكذلك على العلاقات التي تكون بين مغربيين أحدهما مسلم. هذه الإحالة الأخيرة جعلت النظام القانون الدولي الخاص المغربي يتمسك بالامتياز للدين الإسلامي<sup>301</sup> - مثلما كان عليه الأمر في التشريع السابق - إلى درجة أنه أسند للعقيدة الدينية قيمة معيارية تبعية تعلق على جنسية الزوجين أو مقرهما أو محل سكنهما الاعتيادي. هذا التقدير المؤسس على النظام العام المغربي قد يشكل، في نظر غالبية الفقه، عائقا مهما أمام المعاملات القانونية بين المغرب والبلدان الأوروبية<sup>302</sup>.

4. شروط ذات طبيعة شكلية: يجب أن تستوفي الوثيقة التي تثبت إنشاء المؤسسة أمام السلطة الأجنبية الشروط الشكلية مثل التصديق من طرف السلطات المختصة أو بواسطة ختم معاهدة لاهاي، وترجمة الوثيقة إلى اللغة الإسبانية الرسمية، إلا إذا وجدت قوانين أخرى سارية المفعول تقتضي الإعفاء من التصديق أو الترجمة<sup>303</sup>.

5. شروط ذات طبيعة سياسية: تشدد المادة 34، في ختام البند 2، من قانون التيني بين الدول (2007/12/28) في هذا الحقل النوعي على حماية القيم الأساسية للمنظمة الحقوقية الإسبانية بصفتها مضمونا للنظام العام الإسباني فيما يخص الوضعيات الدولية: "لا مجال في أي من الأحوال للاعتراف بقرار أجنبي متعلق بهذه المؤسسات إذا نتجت عنه آثار تتعارض صراحة مع النظام العام الدولي الإسباني"، وذلك ما أبرزته أيضا المديرية العامة للسجلات والتوثيق في منشورها بتاريخ 2006/07/15 بخصوص الاعتراف في إسبانيا بالكفالة المسندة أمام السلطات الأجنبية. ولما كان النظام العام الذي نحن بصددنا نابعاً، فيما يتصل بحماية القاصر، من المادتين 14 و 39 من الدستور الإسباني لعام 1978، تعيين التسليم بأن القرار الأجنبي الذي تنشأ الكفالة بمقتضاه إذا تعارض مع هذا النظام العام فلن يكون له أي مفعول في إسبانيا<sup>304</sup>.

من جهة أخرى، هناك سابقة مهمة فيما يخص مساواة الكفالة المغربية بالاحتضان العائلي الإسباني المنصوص عليه في المادة 34 من القانون 54/2007 الخاص بالتيني بين الدول: اتفاقية لاهاي لـ 19 أكتوبر 1996، المتعلقة بالاختصاص والقانون المنطبق والاعتراف بالأحكام وتنفيذها والتعاون في مجال مسؤولية الوالدين والتدابير الخاصة بحماية الأطفال، والتي حلت مكان اتفاقية 5 أكتوبر 1961 المتعلقة باختصاص السلطات والقانون المنطبق في مجال حماية القاصرين، التي ما زالت سارية المفعول في إسبانيا<sup>305</sup>، تنص صراحة، ضمن تدابير حماية القاصرين، على الاحتضان بواسطة الكفالة، وذلك في كل من المادة 3، حرف e)، والمادة 33، بند 1، حيث وردت إجراءات خاصة بهذه الحالة وبحالات أخرى شبيهة<sup>306</sup>.

301 انظر بهذا الخصوص:

، "Environnement social et Droit international privé. Le Droit international privé marocain entre la fidélité à l'Umma et l'appartenance à la communauté internationale"، en Droit et environnement social au Maghreb, CNRS, Casablanca, 1989, p. 281 ss.

302 يرى ف. سرحان أن المسألة ما زالت مفتوحة باعتبار أن على الفقه المغربي أن يحدد ما إذا كان سيحافظ أم لا في ظل المدونة الجديدة على الامتياز الذي يحظى به الدين كاستثناء لتطبيق القانون الوطني في ميدان الأحوال الشخصية. انظر:

F. SAREHANE ("Le nouveau Code de la famille"، Gazette du Palais (Chronique Judiciaire), n° 247-248 [3-4 septembre 2004], p. 3)

303 إسبانيا طرف في معاهدة لاهاي (1961/10/05) التي تعفي من التصديق على الوثائق العامة الأجنبية (الجريدة الرسمية للدولة الإسبانية 1978/09/25). أما المغرب فليس طرفاً في المعاهدة.

304 انظر:

A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZALEZ, La Ley 542007/, de 28 de diciembre, sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios), cit., p. 315.

305 الجريدة الرسمية للدولة الإسبانية، عدد 199 (1987/08/20). إسبانيا وقعت اتفاقية 1996 في 2003/04/01 ولكنها لم تصادق عليها.  
306 المغرب هو الدولة الإسلامية الوحيدة التي صادقت على الاتفاقية (سارية المفعول بالملكة المغربية منذ 2003/12/01)، إلا أن هذه الاتفاقية لم تدخل حيز التنفيذ في إسبانيا التي وقعت فيها في 2003/04/01، وذلك نظراً لتأخر التصديق الجماعي من طرف دول الاتحاد الأوروبي بسبب النزاع الإسباني - البريطاني حول جبل طارق.

المكلف بشؤون القاصرين الواقع بدائرة نفوذه مقر الطفل المهمل، أما تنفيذ الأمر الصادر بالكفالة فيكون من اختصاص المحكمة الابتدائية التابع لها القاضي المصدر لأمر الكفالة.

ومع عدم الإخلال بمقتضى القاعدة السابقة، فإن البند 2 من المادة 34 من قانون التبني بين الدول يفرض مراقبة القرب إذ ينص على أنه في حالة ما إذا كانت مؤسسة الحماية تفتقر إلى روابط معقولة، من حيث الأصل أو السوابق العائلية أو من طبيعة ماثلة، مع البلد الذي قامت سلطته بإنشاء المؤسسة، فيعتبر أن السلطة الأجنبية لا تملك الصلاحية الدولية.

3. شروط ذات طبيعة تنازعية: يجب أن تكون مؤسسة الحماية الأجنبية قد تأسست طبقا للنظام أو الأنظمة التي تعينها قواعد التنازع المعمول بها في بلد السلطة الأجنبية التي أنشأت المؤسسة، وبذلك يتحقق ضمان صلاحية الكفالة في البلد الأصلي ("صيغة المراقبة الدولية المزدوجة")<sup>297</sup>. ويعد أن تكون السلطة المغربية ذات الاختصاص قد أسندت الكفالة التي ينتظر منها أن تؤدي مفعولها في إسبانيا، فإن هذا الشرط يقودنا إلى تحليل نظام التنازع المغربي في مجال الأحوال الشخصية، والذي يتميز بخصائص معينة.

في بادئ الأمر، ومن منظور القانون المقارن، تجدر الإشارة إلى أن نظام القانون الدولي الخاص المغربي يشاطر نظيره الإسباني خاصية مزدوجة: تكريس مجال تطبيقي واسع للأحوال الشخصية، واعتماد جنسية الفرد معيارا لتحديد القانون الشخصي<sup>298</sup>. وبالفعل، فإن ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب الصادر في 09 رمضان 1331 (1913/08/12) - الذي يتضمن النظام المغربي لقواعد التنازع في الموضوع- قد نص على قابلية تطبيق نظام الدولة التي يحمل شخص معين جنسيتها على جوانب من بينها حالته المدنية وأهليته (المادة 3). ثم إن مدونة الأسرة المغربية لعام 2004 كرس نفس الرؤية باعتبار ما يلي:

أ) من وجهة النظر الشخصية، يعترف المغرب بتعددية الحلول في ميدان قانون الأسرة تبعا للمعتقد الديني، وبذلك يمتلك نظاما تعددي التشريع وقائما على أساس شخصي<sup>299</sup>: إذ أن اليهود المغاربة تسري عليهم قواعد الأحوال الشخصية العبرية المغربية (المادة 2، الفقرة 2، من مدونة الأسرة)، وبالنسبة إلى بقية المغاربة، تكرر الفقرة 1 من المادة المذكورة قاعدة تنازع أحادية وواسعة ومعقدة تقتضي تطبيق المتن القانوني المذكور، من وجهة النظر الشخصية، على كل المغاربة (حتى ولو كانوا يحملون جنسية دولة أخرى)، وكذلك على اللاجئ وبينهم عديمو الجنسية، طبقا لاتفاقية جنيف المؤرخة في 1951/07/28 والمتعلقة بوضعية اللاجئ<sup>300</sup>.

297 انظر:

A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZALEZ, La Ley 542007/, de 28 de diciembre, sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios), cit., p. 314.

298 انظر: س. بلمبر، "تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص المغربي والقانون الدولي الخاص الإسباني، وتطبيقه على الروابط العائلية والزواج المختلط والجنسية" في الملتقى القضائي الأول المغربي الإسباني الذي نظمه كل من المجلس الأعلى للقضاء المغربي والمجلس العام للسلطة القضائية الإسباني، مركز النشر والتوثيق القضائي الرباط، 2002. (النسخة الإسبانية ص 11).

299 انظر:

J. DEPRESZ, "Maroc (Pluralisme des statuts personnels. Conflits interpersonnels)", Juris-Classeur de Droit comparé, Fasc. 1, 1975.

300 لوحظ أن الإشارة إلى اتفاقية جنيف تنطوي على التباس إذ أن تلك الاتفاقية لا تنظم وضعية عديمي الجنسية، بل إن هذه الوضعية تنظمها اتفاقية نيويورك ل1954/09/28، انظر في هذا الصدد:

A. QUINONES ESCAMEZ, "La réception du nouveau Code de la famille marocain (Moudawana, 2004) en Europe", Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, 2004, n° 3, p. 877.

وعلى الرغم من أن المغرب ليس طرفا في اتفاقية نيويورك المذكورة، فإن ذلك لا يحول دون أخذ المبادئ الواردة في اتفاقية 1954 بعين الاعتبار من أجل حماية مصالح عديمي الجنسية، حسبما أوضحه المرجع التالي:

Guide pratique du Code de la famille (3ème édition de l'Association de Diffusion de l'Information Juridique et Judiciaire, Rabat, 2005, p. 27.

في بادئ الأمر، ينص البند 1 من المادة 34 على أن مؤسسات حماية القاصرين التي تنشئها سلطات أجنبية والتي تقضي قوانين إنشائها بأنه لا تترتب عنها أضرار البنية، تكتسب نفس الطابع الذي تصفيه التشريعات الإسبانية على الاحتضان العائلي أو الولاية، عند الاقتضاء<sup>295</sup>. وحتى يتحقق ذلك، يتعين استيفاء شروط معينة:

1. شروط ذات طابع مادي: يجب أن تكون الآثار المادية للمؤسسة الأجنبية مساوية للآثار المترتبة عن الاحتضان العائلي، أو عند الاقتضاء - حسب العنصر الجديد المعروض-، لآثار الولاية كما تنظمها التشريعات الإسبانية. في إطار المنظومة الحقوقية الإسبانية، يتحدد الاحتضان العائلي - الذي اكتسب مضمونه الخاص في المدونة المدنية على إثر تعديلها بمقتضى القانون 21/1987 بتاريخ 11/11/1987- بأنه مؤسسة لحماية القاصر وجعله يشارك على نحو كامل في الحياة العائلية، وإلزام محتضنه برعايته ومرافقته وتغذيته وتربيته والعمل على إعطائه تكويناً شاملاً؛ ويكون إما ذا طابع مؤقت -الاحتضان العائلي البسيط- أو على وجه الدوام -الاحتضان العائلي الدائم-، ولكنه لا ينشئ روابط بنية جديدة، ولا يقطع الأواصر السابقة، ولا يحرم الوالدين البيولوجيين للقاصر من سلطتهما الأبوية (المادة 173 و173 مكرر). ويتطابق مضمون هذه المؤسسة في جوهره مع فحوى الكفالة؛ وهكذا، فالمبدأ الأساسي في هذا المجال -مصلحة القاصر- من شأنه أن يدفع السلطة الإسبانية المختصة التي يتعين عليها البت في مسألة الكفالة إلى اعتبارها ماثلة للاحتضان العائلي، وذلك ما أكدته المديرية العامة للسجلات والتوثيق في منشورها بتاريخ 15/07/2006 عندما عمدت إلى إعمال تقنية "التكييف بالوظيفة"، المستمدة من القانون الدولي الخاص، لبلوغ النتيجة المذكورة؛ وزيادة على ذلك، منذ دخول القانون 54/2007، المتعلق بالتبني بين الدول، حيز التنفيذ، صار بإمكان الهيئة القضائية التي تنظر في طلب تفعيل الكفالة المسندة أمام سلطة أجنبية أن تقدر في هذه الحالة أن المؤسسة التي تناسب الكفالة وظيفياً هي الولاية كما تنظمها المدونة المدنية الإسبانية<sup>296</sup>.

2. شروط إجرائية: يجب أن تكون مؤسسة الحماية الأجنبية المعنية قد أسندت من لدن السلطة الأجنبية المختصة -قضائية كانت أم إدارية-، ويعتبر أن تلك السلطة التي أنشأت التدبير الحمائي تتمتع بالصلاحية دولياً إذا كان تصرفها منسجماً مع مقتضيات الاختصاص التي تحددها تشريعات بلادها. ويتعين التذكير في هذا المجال بأن القانون المغربي رقم 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين يحتوي على أحكام صريحة في الموضوع تنص على أن إسناد الكفالة يكون من اختصاص القاضي

295 تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن البند المذكور لم يقتصر على تكريس الحل الذي دأبت على تقديمه الاجتهادات الفقهية المديرية العامة للسجلات والتوثيق (مقارنة الكفالة بالاحتضان العائلي)، بل ذهب إلى أبعد من ذلك حيث سمح بمقارنتها بالولاية كما تنظمها التشريعات الإسبانية.  
296 انظر بهذا الخصوص:

A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZALEZ, La Ley 542007/, de 28 de diciembre, sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios), cit., pp. 312 y 316

يبرر المؤلفان السلطة التقديرية للقاضي في هذا الميدان اعتماداً على الأهمية التي يحظى بها "العمل القضائي" على طول مواد القانون الجديد المتعلق بالتبني بين الدول.

تحتوي الاجتهادات الفقهية محاكم المحافظات والمحاكم العليا للأقاليم الذاتية على سوابق متناقضة بهذا الخصوص: يجدر التذكير في هذا الصدد بالحكم المشار إليه أعلاه الصادر عن المحكمة العليا لإقليم أندلسيا بتاريخ 14/09/2004 برفض اعتبار الكفالة مساوية للولاية كما تنظمها التشريعات الإسبانية على اعتبار أن السلطة الأبوية (الولاية) ما زالت بيد الأبوين البيولوجيين للمكفول (راجع المادة 172 من المدونة المدنية)؛ وعقب بدء العمل بالقانون 54/2007 المتعلق بالتبني بين الدول، قضت المحكمة العليا بمبريد، قسم المنازعات الإدارية (شعبة 1)، في حكمها الصادر بتاريخ 03/04/2008 (Aranzadi Westlaw) بأنه ما كل المؤسسات الحمائية الواردة في المادة 172 وما يليها من المدونة المدنية تحمل في طياتها النية الشرعية عن القاصر، وبأن البند 2 من المادة 173 مكرر من المتن القانوني ذاته هو وحده الذي ينص على أن بإمكان القاضي أن يسند لمن يتولى الاحتضان العائلي على وجه الدوام ممارسة صلاحيات الولاية التي من شأنها أن تسهل عليه القيام بمسؤولياته. وفي المقابل، اعتبرت محكمة محافظة برشلونة (شعبة 18) في القرار المشار إليه أعلاه الصادر بتاريخ 28/03/2006 أنه لغرض الإذن بتأسيس التبني في إسبانيا على قاصر مكفول تكون الكفالة مساوية للولاية طبقاً لمقتضيات المادة 117 من مدونة الأسرة الكتابية.

لكن التحليل الذي قدمناه للمضمون القانوني لوضعية القاصر الخاضع للكفالة يكتسي صبغة قاطعة من حيث إن ذلك المضمون لا يقبل المقارنة بفحوى آثار البنية في التشريعات الإسبانية (يجدر التذكير في هذا الصدد بأمور من بينها أن المكفول لا يكتسب الاسم العائلي لكافله ولا يرثه). والخلاصة هي أنه لا يمكن أن تسري على الكفالة آلية التحويل إلى التبني الكامل المنصوص عليها في قانون التبني بين الدول، إذ أن مدى الكفالة يقصر حتى عن أن يقارن بالتبني البسيط<sup>292</sup>.

لهذه الأسباب، فإن الكفالة المسندة أمام السلطات المغربية، مثلاً، والتي بمقتضاها يتكفل زوجان إسبانيان مسلمان بقاصر مغربي، لا يمكن أن يعترف بها كشكل من أشكال التبني كما أنها لا تقبل التحول إلى ذلك. ولكي تؤدي الحالات من هذا النوع إزاء التشريعات الإسبانية نفس الآثار الناجمة عن التبني، سيكون من اللازم تأسيس وضعية التبني من جديد أمام السلطة القضائية الإسبانية. هذه هي الخلاصة التي وصل إليها الفقه الإسباني بناء على قواعد المدونة المدنية وأكدها اجتهادات المديرية العامة للسجلات والتوثيق بخصوص الكفالة المسندة أمام السلطات المغربية (أعلاه). وستكون هذه الخلاصة موضوع فصل آخر من فصول هذا المؤلف، علماً بأن حالات من هذا النوع من شأنها أن تؤدي إلى وضعية قانونية مزعومة - بمعنى أنها تكون صحيحة داخل المنظومة الحقوقية الإسبانية لكنها باطلة أو منعدمة في نظر التشريعات المغربية، التي تحرم التبني-، لذلك يجب أن يكون المعيار الرئيسي الذي يؤخذ به لغرض إنشاء التبني في إسبانيا لطفل مغربي هو مصلحة القاصر نفسه، والتي يمكن تقييمها في ضوء خطورة الوضع الناجم عن وضعيته الجديدة<sup>293</sup>.

### المطلب 3. محدودية الآثار المترتبة في المنظومة الحقوقية الإسبانية عن الكفالة بصفنها مؤسسة لحماية القاصر.

بعد تقرير ما سبق، يتعين طرح السؤالين التاليين: هل يمكن أن تترتب عن الكفالة آثار أخرى في المنظومة الحقوقية الإسبانية؟ وما هي وضعية المكفول في إسبانيا من وجهة نظر الافتراض المعروض في المطلب 2 أعلاه؟. تقدم المادة 34 المذكورة من قانون 54/2007 حول التبني بين الدول حلاً خاصاً للقرارات الصادرة عن السلطات الأجنبية بخصوص مؤسسات حماية القاصرين التي لا تنشأ عنها أوامر البنية، ومن بينها، بحسب رأينا، الكفالة كما تنظمها تشريعات الدول الإسلامية<sup>294</sup>.

292 ذلك ما كرسته الاجتهادات الفقهية للمديرية العامة للسجلات والتوثيق من خلال قراراتها الأربعة حول الكفالة (أعوام 1992 و1993 و1995) المشار إليها في الهامش رقم 44 من هذا البحث بخصوص آلية التحويل الواردة سابقاً في الفقرة 4 من البند 5 من المادة 9 من المدونة المدنية، وهي الآلية التي باتت ملغاة.

293 لتتصور، مثلاً، أن الزوجين الإسبانيتين اللذين تبنيان الطفل المغربي سافرا إلى المغرب وأخذوا القاصر معها، وأن الأسرة الأصلية للطفل طالبت بحقوقها عليه.

هذه المطالبة من شأنها أن تسبب مشكلة خطيرة ومعقدة سيكون الطفل هو ضحيتها الأولى.

كان مكتب العدل الفدرالي السويسري قد أصدر رأياً في حالة مماثلة بتاريخ 1988/02/25 أشار فيه إلى أن احتمال حصول ضرر كبير للطفل يمكن أن يكون سبباً لرفض طلب مواطن سويسري بتبني قاصر ينتهي لبلد إسلامي.

أما الاجتهادات الفقهية لمحاكم المحافظات والمحاكم العليا للأقاليم الذاتية في إسبانيا، فتبدو متناقضة إزاء هذه النقطة: فإذا كانت محكمة محافظة برشلونة (شعبة 18) قد قبلت في قرار بتاريخ 2006/03/28 (149354/Aranzadi Westlaw) إنشاء التبني أمام قاض إسباني لقاصر مغربي من طرف الزوجين الإسبانيتين اللذين كانا يكفلاه، فإن محكمة محافظة قانس (شعبة 6) رفضت في قرار بتاريخ 2006/03/03 (Aranzadi Westlaw) هذه الإمكانية على اعتبار أنها تتعارض مع النظام العام الإسباني.

294 المرجع التالي يتضمن نفس الرؤية:

A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZALEZ, La Ley 542007/, de 28 de diciembre, sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios), cit., p. 312.

وذلك على الرغم من أن القانون الذي أقره البرلمان الإسباني أسقط من ديباجته العبارة التالية: "في السياق المذكور، تُقدم حلول خاصة تنظم الآثار الممكنة في إسبانيا المؤسسة للكفالة المعمول بها في قوانين بعض البلدان التي تستمد تشريعاتها من المبادئ الإسلامية". وكانت هذه العبارة قد وردت في مسودة مشروع قانون التبني بين الدول (فبراير 2007) وكذلك في نص مشروع القانون 121/000143 المتعلق بالتبني بين الدول (منشور في الجريدة الرسمية للبرلمان، عدد 143-1 بتاريخ 2007/06/29).

لنتصور، مثلا، أن الأمر يتعلق بالتمييز في سجل الأحوال المدنية الإسباني لكفالة طفل قاصر أسندت أمام السلطة المغربية لزوجين مسلمين من جنسية إسبانية.

للجواب على هذا السؤال، تجب الإشارة أولا إلى أن آلية التحويل التي كرسها المتن القانوني المذكور، قد وضعها المشرع على خلفية ما يسمى بالتبني البسيط أو غير الكامل، المحمول به في بعض التشريعات الأجنبية<sup>289</sup>. يتعلق الأمر في هذا الصدد بمؤسسة تتميز بأنها تمنح المتبني وضعه قانونية تبدو في مضمونها شبيهة بروابط الأبوة والبنوة التي تنظمها التشريعات الإسبانية بالنسبة للأبناء البيولوجيين والمتبنين على حد سواء، إلا أن تلك المؤسسة تتميز بكونها تشمل على إحدى الخصائص التالية أو بعضها: إمكانية إلغاء التبني (من طرف المتبني أو المتبني أو كليهما)؛ احتفاظ المتبني بالأوصاف القانونية مع أسرته البيولوجية؛ كون المتبني بالصيغة البسيطة لا يتمتع بنفس الحقوق التي تعود للمتبني بالصيغة الكاملة (فيما يخص الميراث، مثلا)؛ وكون التبني البسيط قابلا للإسناد لدى سلطة أجنبية غير قضائية<sup>290</sup>.

قلنا إن التبني البسيط قابل للتحويل إلى تبين كامل -الصيغة الوحيدة المقبولة في التشريعات الإسبانية- بواسطة الآلية المحددة في البند 4 من المادة 30 من قانون التبني بين الدول، بعد تقديم الموافقات اللازمة لهذا الغرض أمام السلطة الإسبانية (القضائية أو القنصلية) المختصة: القبول بأن التبني يقع نهائيا لا رجعة فيه، وبالانتهاج الكلي للروابط القانونية بين الابن بالتبني وأسرته الأصلية؛ وكان قد حصل الاعتراف بذلك، حتى قبل صدور القانون الجديد، وذلك في قرار للمديرية العامة للسجلات والتوثيق بتاريخ 2005/11/19 بخصوص قضية تبين بسيط أسند في ظل تشريعات دولة هايتي<sup>291</sup>.

(أ) أن تكون الأطراف الواجب الحصول على موافقتها لغرض التبني، سواء تعلق الأمر بأشخاص أو مؤسسات أو سلطات، قد تلقت المشورة والإرشادات حول النتائج التي ستترتب عن موافقتها، وحول آثار التبني، ولا سيما حول انتهاج الروابط القانونية بين الطفل وأسرته الأصلية.

(ب) أن يكون هؤلاء الأشخاص قد عبروا عن موافقتهم بمحض إرادتهم بالطريقة المحددة قانونيا، وأن تكون هذه الموافقة قد أعطيت كتابيا.

(ج) أن تكون الموافقة قد أعطيت من دون أي مقابل مالي أو من أي نوع آخر، وأن تكون سارية المفعول غير مترافع عنها.

(د) أن تكون موافقة الأم، عند وجوبها، قد أعطيت بعد ولادة الطفل.

(هـ) أن يكون الطفل، إذا ناسب ذلك سنه ومستوى نضجه، قد تلقى المشورة والإرشادات بالصورة المناسبة حول آثار التبني، وأعطى موافقته عند وجوبها.

(و) أن يكون الطفل، إذا ناسب ذلك سنه ومستوى نضجه، قد أدلى بقوله.

(ز) إذا تعين استقصاء موافقة الطفل على التبني، يجب التحقق مما إذا كان قد عبر عنها بمحض إرادته وحسب الطريقة والشكل المحددة قانونيا، ومن دون مقابل مالي أو من أي نوع آخر.

زيادة على ما تقدم، أشارت المادة 31 من القانون ذاته إلى أنه لا مجال في أي من الأحوال للاعتراف بقرار أجنبي بالتبني البسيط أو غير الكامل إذا كانت ستترتب عليه آثار مضادة بشكل واضح للنظام العام الدولي الإسباني، ولهذا الغرض، تراعى المصلحة العليا للقاصر.

289 التبني البسيط أو غير الكامل (أدخل في المذونة المدنية الإسبانية بمقتضى قانون 1958/04/24 ثم ألغى بمقتضى القانون 21/1987 بتاريخ 1987/11/11 باستثناء ما نص عليه الحكم الانتقالي) لا يؤدي عادة في الأنظمة التي تحتفظ به نفس الآثار التي للتبني الكامل فيما يخص مضمون البنوة؛ ولما كان اعتبار المساواة بين الأبناء أمام القانون بمثابة نظام عام دستوري داخل المنظمة الحقوقية الإسبانية (المادتان 14 و39، بند 2، من دستور 1978، والمادة 108، بند 2، من المذونة المدنية)، فلا يُقبل أن يكون للتصرف الذي تنشأ بمقتضاه مؤسسة من شأنها أن تخرق هذه المساواة أثر أمام التشريعات الإسبانية. وجاء الإلغاء المشار إليه استجابة لسببين أساسيين، حسب ديباجة القانون ذاته: فمن جهة، لأن تطبيقه تقلص عمليا بحيث اقتصر على صيغة نادرة ذات أهمية قانونية ضئيلة تستعمل في غالب الأحيان لأغراض هامشية لا تستحق الحماية الاجتماعية؛ ومن جهة ثانية، لأنه يتجاهل مصلحة القاصر كقيمة عليا فوق كل اعتبار.

لهذه الأسباب كلها، يبعث على الاشماع أن تكون المادة 30 من قانون التبني الجديد بين الدول لعام 2007 قد نصت في البند الأول على أن التبني البسيط أو غير الكامل المؤسس لدى سلطة أجنبية "يؤدي آثاره في إسبانيا بصفته تبينا بسيطا أو غير كامل إذا انسجم مع القانون الوطني للمتبني طبقا للمادة 9.4 من المذونة المدنية"، ونصت في البند الثاني على أن "القانون الوطني للمتبني على نحو بسيط أو غير كامل يحدد وجوده وصلاحيته وآثار هذا النوع من التبني، وكذلك إسناد السلطة الأبوية". وعلى الرغم من أن البند 3 من المادة المذكورة يوضح أن التبني البسيط أو غير الكامل لا يخضع للتمييز بسجل الأحوال المدنية الإسباني مثل التبني الكامل ولا يترتب عنه اكتساب الجنسية الإسبانية طبقا للمادة 19 من المذونة المدنية، يوجد الانطباع بأن المشرع لم يكن واعيا بأنه فتح باب المنظمة الحقوقية الإسبانية من جديد أمام التبني البسيط، وإن كان قصر ذلك على التبني البسيط المؤسس أمام السلطات الأجنبية. وزيادة على ذلك، وما دام التبني البسيط يتحول إلى تبين كامل بحكم البند 4 من المادة 30 المشار إليها، ليست هناك أية إشارة إلى الصيغة التي سيلجأ بها هذا النوع من التبني إلى سجل الأحوال المدنية الإسباني، وإن كان المنطق يدعو إلى التفكير في أن هذا الولوج سيتخذ شكل الاحتضان العائلي أو الولاية، عند الاقتضاء، حتى لا يكون صاحب الحق معرضا لانتفاص حقه بالمقارنة مع القرارات المتعلقة بمؤسسات حماية القاصرين الصادرة عن السلطات الأجنبية والتي لا تنشئ، طبقا للتشريعات التي تأمست الحماية في ظلها، أوصاف البنوة (التي تشير إليها المادة 34 من قانون التبني بين الدول، المذكورة أدناه). ويعبارة أخرى، نرى أن البندين 1 و2 من المادة 30 من القانون المذكور، لا ينسجمان بسهولة داخل المنظمة الحقوقية الإسبانية الجاري بها العمل.

222./Aranzadi Westlaw 2006 290

291 هذه الخاصية الأخيرة أُلغيت بمقتضى القانون 54/2007 المتعلق بالتبني بين الدول، بحكم أنه ينص في المادة 26، بند 1، فقرة 1، عدد ترتيبي 1، على إمكانية الاعتراف في إسبانيا بالتبني الكامل المسند أمام سلطة عامة أجنبية "سواء كانت قضائية أم لم تكن".



## المطلب 2. إسئالة نءول الكفالة إلى نبن بواسطة الآلية النج أقرها قانون النبنج بين الءول لعام 2007

إذا كان من المؤكء أن الكفالة لا تقبل المقارنة بالنبن كما هو منظم في التشرلعات الإسبانية، فلا مجال للاعتراف بها مباشرة في إسبانيا كشكل من أشكال النبن عن طريق الآلية المقررة في المادة 25 وما يليها من القانون رقم 54/2007 الصادر في 2007/12/28 والمتعلق بالنبن بين الءول، وإلى تاريخ ءءول هذا القانون ءلز التنفيذ (وهو ما حصل في 2007/12/30)، في الفقرة 4 من البند 5 من المادة 9 من المءونة المءنية<sup>285</sup>. وقد أءءت المءيرية العامة للسجلات والتوثيق في مناسبات عءيدة، منذ قرارها الصادر في 1992/05/14، وبصورة قاطعة، على أن الكفالة التي تسند أمام السلطات المغربية "لا تمت بصلة للنبن كما هو معترف به في المنظمة الءوقفية الإسبانية: إذ لا تنشأ عنها أواصر البنة أو القراية للمعنيين، ولا يترتب عنها أي ءغيير في ءالتهن المءنية؛ وأقصى ما تفضي إليه الكفالة هو الواجب الشءصي الءي يتءمله الكافل في القيام برعاية المكفول وسء اءتياجاته"<sup>286</sup>. هذه الأءنهاءات الفءهية للمءيرية العامة للسجلات والتوثيق لءى وزارة العءل الإسبانية ءكرت وءكرست نهائياً بواسطة المنشور الصادر في 2006/07/15 ءول الاعتراف بءالات النبن بين الءول وءقيءدها في سجل الأءوال المءنية الإسباني<sup>287</sup>. أما الآن، وبعء أن ءءمنا التوضلءات السابقة، يتعفن أن نطرح السؤال الءالي: هل يمكن ءءول الكفالة الإسلامية إلى نبن بواسطة الآلية التي كرسها المادة 30، البند 4، من قانون النبن بين الءول لعام 2007، فلما فءص النبن البسلف أو ءبر الءامل؟<sup>288</sup>.

B. MENHOFER, "Zur kafala des marokkanischen Rechts vor deutschen Gerichten (Zu AG Frankfurt a.M., 24.5.1995)", Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts, 1997, n° 4, pp. 168 ss.

وفي فرنسا:

H. FULCHIRON, "Adoption sur kafala ne vaut (à propos des arrêts Civ. 1re 10 octobre 2006)" Recueil Dalloz, n° 12, pp. 816 ss.

285 انظر:

A. RODRIGUEZ BENOT, "Adopción y kafala: un análisis respectivo en los ordenamientos islámicos y occidentales", en Derecho internacional y Relaciones internacionales en el mundo mediterráneo, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 195 ss. y "El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural (Un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la kafala)", en Revista General del Derecho, n° 667 (abril de 2000), pp. 4419 ss.

286 المءرية الإءبارية لوزارة العءل (Boletín de Información del Ministerio de Justicia)، عءء 1642، ص. 4420؛ وقرارات المءيرية العامة للسجلات والتوثيق (Dirección General de los Registros y del Notariado) الصاءرة بتاريخ 1993/10/18 (المءرية الإءبارية لوزارة العءل، عءء 1691، ص 5652 وما يليها)، وبتاريخ 1995/10/13 (المءرية الإءبارية لوزارة العءل، عءء 1766، ص 145 وما يليها)، وبتاريخ 1996/02/01 (المءرية الإءبارية لوزارة العءل، عءء 1773، ص 2154 وما يليها). في الفقرة الأءيرة، ولأسباب مائلة، رفضت المءيرية العامة للسجلات والتوثيق في قرار بتاريخ 2004/01/23 (40037/El Derecho Internet, EDD 2004) الاعتراف بصفة النبن لكفالة أسءءت في ظل التشرلعات اللبنانية طبقاً لنظام الأءوال الشءصية الإسلامي. وفي قرار بتاريخ 2006/03/21 (المءرية الرسمية، عءء 128، بتاريخ 2006/05/30) في شأن قاصر مغربي ءكفله مواطنة مغربية الأءل اءنسبت الجنسية الإسبانية لاءقاً بءكم الإقامة، رفضت المءيرية إمكانية ءصول المكفول على ءق الجنسية الإسبانية بمقتضى المادة 20، البند 1، من المءونة المءنية، إذ أن هذا الءق مقصور على من بءق ءء السلطة الأبوية (ولاية) لمواطن إسباني. وفي قرار بتاريخ 2006/02/27 (Aranzadi Westlaw 108921/2007) ءكرت المءيرية العامة للسجلات والتوثيق بأنه لا مجال كذلك في هذه الءالات لا ءسباب الجنسية الإسبانية بأعمال المادة 19، البند 1، من المءونة المءنية لأن هذا المسلك مءصص للمشمولين بالنبن.

287 المءرية الرسمية للءولة الإسبانية، عءء 207 (2006/08/30).

288 "بءءول النبن البسلف أو ءبر الءامل الءي فئشاً أمام السلطات الأءنبية إلى النبن كما هو منظم في التشرلعات الإسبانية إذا اسءوفى الشروء المءءة لذلك. وبعض النءول للنشرلعات المعفنة طبقاً لمقتضيات هذا القانون. وبعسني النبن البسلف أو ءبر الءامل طابع الإءءضان العائلي. ولأءل ءءريك الملف القءضاني بهذا الشأن فئس من الضروء استءصار مقترح أولي من الهيئة العامة ذات الصلاءية.

وفي كل الأءوال، لأءل ءءول النبن البسلف أو ءبر الءامل إلى النبن الءامل، يتعفن على السلطة الإسبانية ذات الإءءصاص أن ءءقق من ءوافر الشروء الءالية:

في المغرب بالتبني المؤسس أمام السلطة الإسبانية يبدو قائما، كما هو الشأن، ولكن بدرجة أقل، لمسألة الاعتراف في إسبانيا بالكفالة المسندة في المغرب (لن ترقى أبدا إلى مستوى الاعتراف بالتبني).

ب) وفي غياب مستند قانوني ذي طبيعة فوق دولية يكون قابلا للتنفيذ في هذا الإطار، يلزم الاحتكام إلى التشريعات الإسبانية في مجال القانون الدولي الخاص، المعمول بها في غياب تنظيمات قانونية فوق دولية: أي المواد 25 إلى 31 من القانون 54/2007 الصادر في 2007/12/28 حول التبني بين الدول<sup>283</sup>.

2. من حيث المضمون، قد يكون لتأسيس كفالة ما وفق التشريعات المغربية امتداد يهم المنظومة القانونية الإسبانية من زاوية الآثار التي قد يحدثها فيها، وذلك بواسطة التحقق من مجال الاختصاص القضائي الدولي الذي استندت إليه السلطة الأجنبية (هذه مشكلة تنتمي لميدان قانون المرافعات المدنية الدولي)، و/أو عن طريق مراقبة التشريعات المطبقة على شروط إنشاء المؤسسة (هذه قضية مرتبطة أكثر بالقانون الدولي المدني). وفي غياب مستند ذي طبيعة فوق دولية يكون ملزما لإسبانيا إزاء المغرب في هذا الصدد، فإن النقطة مع تجدان حيزا لهما في المادة 34 من قانون التبني بين الدول، تحت عنوان "الآثار القانونية في إسبانيا لقرارات السلطات الأجنبية المتعلقة بمؤسسات حماية القاصرين التي لا تترتب عنها أواصر البنوة". وستوقف عند هذه المادة لاحقا<sup>284</sup>.

283 الجريدة الرسمية للدولة الإسبانية، عدد 312 بتاريخ 2007/12/29. في موضوع التبني بين الدول، انظر:

S. ADROHER BIOSCA, "La Ley 542007/ de 28 de diciembre de adopción internacional o la ley de los 'santos inocentes': observaciones preliminares", en D. MARRE (coord.), Adopción internacional y cambios sociales. Miradas diversas, Graó, Barcelona, 2008; E. ALONSO CRESPO, "Ley de adopción internacional: formas de dejar sin efecto -o variar- una adopción de este tipo (nulidad, modificación o revisión, conversión) y sus consecuencias en la adopción nacional", La Ley, n° 6925 (15 de abril de 2008), pp. 1 ss.; S. ALVAREZ GONZALEZ, "El proyecto de Ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente", Actualidad Civil, 2007, n° 22, pp. 2597 ss.; id., "Reflexiones sobre la Ley 542007/, de adopción internacional", La Ley, n° 6908 (25 de marzo de 2008), pp. 1 ss.; A. BORRAS RODRIGUEZ, "Espagne. nouvelle loi sur l'adoption internationale", www.slc-dip.com/spip.php?article164; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZALEZ, "Constitución de la adopción internacional en la Ley 542007/ de 28 de diciembre: aplicación de la Ley española", La Ley, n° 6953 (26 de mayo de 2008), pp. 1 ss.; id., "Constitución de la adopción internacional en la Ley 542007/ de 28 de diciembre: aplicación de la Ley extranjera", La Ley, n° 6997 (25 de julio de 2008), pp. 1 ss.; e id. La Ley 542007/ de 28 de diciembre sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios), Comares, Granada, 2008.

284 في محيطنا القانوني، تجدر الإشارة إلى أنه على إثر الانشغال الذي أثير في إيطاليا داخل لجنة التبني بين الدول، عمدت المديرية العامة للشؤون الإيطاليين في الخارج وسياسة الهجرة، التابعة لوزارة الشؤون الخارجية الإيطالية، إلى تحريك مبادرة من أجل الوصول إلى اتفاق ثنائي مع المغرب للاعتراف في إيطاليا بالكفالة المؤسسة في المملكة. انظر في هذا الصدد الجواب الكتابي على السؤال الذي طرحه RIVOLTA D. في البرلمان الإيطالي (2005/09/22) على وزرا الشؤون الخارجية، وتكافؤ الفرص، والعدل، والشغل والشؤون الاجتماعية؛ وكذلك المقالين التاليين:

A. T. PACIOTTI, 'Adozione di minori di diversa religione'

منشور على (www.studiodilegalelaw.it/new.asp?id=2431)، ويتضمن الإشارة إلى الوضع الذي أثير عقب السؤال البرلماني المذكور الذي تلا الحكم الصادر عن محكمة النقض (Corte di Cassazione 21395/2007).

P. MOROZZO DELLA ROCCA, "Il limes dell'adozione internazionale e l'ingresso in Italia del minore non adottabile"

منشور على (www.uniurb.it/cura/Documenti/28\_11\_03/PaoloMorozzodellaRocca.doc)

لمزيد من التفاصيل حول جدوى الكفالة في إيطاليا، انظر:

J. LONG, "Kafala e ricongiungimento familiare", Diritto, Immigrazione e Cittadinanza, 2008, n° 1, pp. 73 ss., y "Ordinamenti giuridici occidentali, kafala e divieto di adozione: un'occasione per riflettere sull'adozione legittimante", La nuova giurisprudenza civile commentata, 2003, n° 2 (marzo-abril), pp. 33 ss.;

وحول نفس الموضوع في ألمانيا:

# المبحث الثالث: المنظور الموضوعي: وظيفية القاصر المكفول بقرار من السلطة المغربية أمام المنظومة الحقوقية الإسبانية

## المطلب 1. الاعتراف بالكفالة أمام المنظومة الحقوقية الإسبانية

لغرض إكساب الكفالة المسندة في المغرب مفعولها إزاء المنظومة الحقوقية الإسبانية، يتعين أن نستحضر، من وجهة النظر الإجرائية (المسطرية)، أن تأسيس تلك الكفالة وفقا للتشريعات المغربية يكون بمثابة تصرف قضائي رجائي. والنتيجة هي أنه ليس من الضروري حصوله على الاعتراف عن طريق براءة التنفيذ حتى يؤدي مفعوله أمام القانون الإسباني، إذ لا مجال للمطالبة بإكساب ذلك التصرف القيمة التنفيذية أو قوة الشيء المقضي به في إسبانيا<sup>279</sup>.

1. من حيث الشكل، تتوقف فعالية كفالة ما على التقييم الذي تخضع له في إسبانيا الوثيقة المغربية التي تشهد بأنه، بناء على أحكام معينة تنتمي للمنظومة الحقوقية في المغرب، يتأسس حق معين يراد تفعيله في إسبانيا<sup>280</sup>. ويمارس هذا التقييم طبقا للمقتضيات الواردة في الفضاءين التطبيقيين للمنظومة الإسبانية للقانون الدولي الخاص.

أ) في المقام الأول، على مستوى العلاقات فوق الدولية، لا توجد اتفاقيات متعددة الأطراف تلزم إسبانيا إزاء إحدى الدول الإسلامية بخصوص الاعتراف بالقرارات المتعلقة بالتبني، علما بأن الأقطار الإسلامية لم تنضم إلى اتفاقية لاهاي (1993/05/29) بشأن حماية الأطفال والتعاون في مجال التبني على الصعيد الدولي<sup>281</sup>. وفي المقابل، تجدر الإشارة، على مستوى العلاقات الثنائية، إلى الاتفاقية الثنائية بين إسبانيا والمملكة المغربية بشأن التعاون القضائي في المواد المدنية والتجارية والإدارية، المبرمة بتاريخ 1997/05/30 بمدريد<sup>282</sup>، والتي تنظم في المواد 22 إلى 32 الاعتراف وتنفيذ الأحكام القضائية والمقررات التحكيمية والعقود الرسمية. ولكن، لما كانت المادة 23 تجعل من بين أسباب انتفاء القوة التنفيذية عن المقررات القضائية أن يتضمن المقرر ما يخالف النظام العام للبلد الذي طلب فيه التنفيذ، فإن مستقبل الاعتراف

279 يستفاد ذلك من المادتين 83 و 84 من اللائحة التنفيذية لسجل الأحوال المدنية: ليس من الضروري أن يكون لقرارات الترخيص والموافقة والإثبات الصادرة عن السلطات الأجنبية والمتوفرة على الشروط والشكليات اللازمة لرسميتها قوة تنفيذية مباشرة في إسبانيا، إلا إذا اقتضى النظام العام خلاف ذلك.  
280 رفضت محكمة محافظة أشبيلية (شعبة 2) في قرار بتاريخ 2007/01/16 (178227/Aranzadi Westlaw 2007)، طعنا بالاستئناف ضد حكم كان قد صدر عن محكمة ابتدائية وقضى بأنه لا مجال للاعتراف بالفعالية في إسبانيا لحكم صادر عن محكمة ابتدائية بالدار البيضاء أسندت بمقتضاها كفالة قاصر مغربي. ولعل قضاة الاستئناف رفضهم يكون الكفالة تصرفا قضائيا رجائيا؛ وبناء عليه، لا مجال لبراءة التنفيذ.  
كمرجع عام في هذا الموضوع، انظر:

J.M<sup>a</sup>. ESPINAR VICENTE, Curso de Derecho internacional privado español. Derecho procesal civil internacional (competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de actos y decisiones extranjeros), Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1993, p. 232.

وكمراجع خاص، انظر:

I. MILANS DEL BOSCH PORTOLES, "La eficacia extraterritorial de las decisiones de jurisdicción voluntaria", Revista General del Derecho, 1988, n° 522, pp. 1181 ss., y P.A. DE MIGUEL ASENSIO, Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria, Eurolex, Madrid, 1997.

281 المجريدة الرسمية للدولة الإسبانية، عدد 182 بتاريخ 1995/08/01.

282 المجريدة الرسمية للدولة الإسبانية، عدد 151 بتاريخ 1997/06/25.

ذاتها - المعمول بهما إذا كان طالب التجمع مقيما من خارج الاتحاد الأوروبي - يجب استبدالها وفقا لما يلي:

- إذا كان طالب التجمع مواطنا إسبانيا، يتعين عليه الإدلاء بنسخة من وثيقة الهوية الوطنية (بطاقة التعريف الوطنية / بطاقة تحقيق الشخصية)؛
- إذا كان طالب التجمع من مواطني الاتحاد الأوروبي مقيما بإسبانيا، يتعين عليه الإدلاء بنسخة من جواز السفر أو بطاقة الهوية الوطنية (التعريف) مرفقة بنسخة من شهادة التسجيل؛
- إذا كان طالب التجمع من أقرباء أحد مواطني الاتحاد الأوروبي، يتعين عليه الإدلاء برخصة الإقامة الخاصة بأقرباء المواطنين الاتحاديين.

وفيما يتصل بالافتراضات المشار إليها - النائب الشرعي إما من جنسية إسبانية، أو من إحدى دول الاتحاد الأوروبي ومقيم بإسبانيا، أو من خارج الاتحاد الأوروبي ومقيم بإسبانيا - يتعين التذكير بإمكانية الحصول، في الحالات التي يكون فيها القاصر المغربي متواجدا بالأراضي الإسبانية لحظة تقديم طلب الإقامة مرفقا بوثيقة الكفالة، على رخصة الإقامة المؤقتة لفائدة الطفل عند استيفاء الشروط الواردة في المادة 94، البند 2، من اللائحة التنفيذية لقانون الأجنبية<sup>276</sup>، وذلك بصرف النظر عن الحالات التي تستوفي فيها الشروط القانونية والتنظيمية للحصول على رخصة إقامة مؤقتة في ظروف استثنائية لأسباب إنسانية<sup>277</sup>.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن الحكم الصادر عن المحكمة العليا بإقليم أندلسيا، إشبيلية، غرفة المنازعات الإدارية (شعبة 1)، بتاريخ 2004<sup>278</sup>/09/14 بخصوص قاصر مغربي مكفول، قد ذكر بأنه، بناء على مقتضيات المادة 27، البند 4، من القانون الأساسي 4/2000، يجب أن تخضع ممارسة سلطة منح التأشيرات أو رفضها للالتزامات الدولية الجاري بها العمل في هذا المجال؛ ولما كانت الكفالة الإسلامية تحظى بالاعتراف بمقتضى المادة 20، البند 3، من اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989، فإنه لا يجوز "الحؤول دون الاعتراف بالإعفاء من التأشيرة لفائدة القاصر الذي يعيش بإسبانيا في كنف خالته المقيمة على نحو قانوني، وذلك بقوة مؤسسة قانونية هي الكفالة (...). إذ أن هناك ظروف استثنائية إنسانية مبينة حسب الأصول تستوجب منح الإعفاء من التأشيرة مع الترخيص بالإقامة المؤقتة، حسبما ورد في التقرير الإيجابي للسلطة الأمنية، نظرا لوجود حق الحماية (بواسطة الكفالة) للقاصر والذي يعلو فوق الشروط التنظيمية المتناقضة مع اتفاقية حقوق الطفل ومع المدونة المدنية وبمقتضى التطبيق السليم للمادة 27، البند 4، من القانون الأساسي 4/2000.

276 "يجوز للأجانب القاصرين أو المهاجرين غير المولودين بإسبانيا، إذا كانوا أبنا - لمواطنين إسبان أو لأجانب ذوي إقامة قانونية بإسبانيا، أو خاضعين قانونيا لولاية مواطن إسباني أو مؤسسة إسبانية أو شخص أجنبي مقيم قانونيا بإسبانيا، الحصول على رخصة الإقامة إذا ثبت مكوثهم بصورة مستمرة في إسبانيا طوال عامين على الأقل، على أن يكون أبائهم أو أولياؤهم مستوفين لشروط وسائل العيش والسكن اللازمة لممارسة حق التجمع العائلي بمقتضى هذه اللائحة التنفيذية. إذا كان القاصرون في سن التمدرس الإلزامي، يجب الإدلاء، زيادة على ما ذكر، بما يثبت أنهم كانوا مسجلين بأحد مراكز التعليم وأنهم تابعوا الدراسة بصورة منتظمة، باستثناء الغياب المبرر، طوال مدة تواجدهم بإسبانيا. وتكون صلاحية الرخص الممنوحة لهذا السبب مرتبطة، عند الاقتضاء، برخصة إقامة الأب أو الأم أو الولي".

277 انظر: E. ARCE JIMENEZ, "La kafala marroquí y la legislación de extranjería", pp. 272.

278 الحكم المشار إليه أعلاه الصادر عن المحكمة العليا بإقليم مدريد، غرفة المنازعات الإدارية (شعبة 7)، بتاريخ 2005/05/23، أورد كذلك الاعتبارات الإنسانية للتخصيص بالتجمع العائلي بين الحالة الكافلة وابن أختها المكفول الذي توفيت أمه، حتى لا يبقى عرضة للضياع. أما الحكم الصادر عن نفس المحكمة والغرفة (شعبة 1) بتاريخ 2007/10/11 (47910/Aranzadi Westlaw 2008)، فبعد أن ثبت الحكم برفض منح التأشيرة لأجل التجمع العائلي بين قاصرين مغربيين مع خالتهما المقيمة بإسبانيا والتي تسلمت الكفالة من الأبوين البيولوجيين للطفلين القاصرين، قضى من جهة أخرى بأن هناك مجالا "لطلب تأشيرة جديدة أو لطلب الإعفاء من التأشيرة أو لأي إجراء آخر يكون مناسباً".

94014./Aranzadi Westlaw 2006 278

والمتعلق بحقوق الأجنبي في إسبانيا وحرابتهم وإدماجهم الاجتماعي (يشار إليه لاحقاً بقانون الأجنبي)<sup>272</sup>، حيث ينص على حق التجمع العائلي لمن تقل أعمارهم عن 18 عاماً وللمهاجرين عندما يكون الأجنبي المقيم في إسبانيا هو النائب الشرعي لأحد هؤلاء الأشخاص<sup>273</sup>.

ب) إذا كان النائب الشرعي للقاصر المغربي المكفول مواطناً إسبانياً أو مقيماً اتحادياً ولكن لا يسري عليه النظام المنصوص عليه في المرسوم الملكي 240/2007 الصادر في 16/02/2007 حول الدخول وحرية التنقل والإقامة بإسبانيا لمواطني الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي والدول الأخرى الأطراف في اتفاقية المجال الاقتصادي الأوروبي<sup>274</sup>، إذ أن القاصر المغربي المذكور لا يسري عليه الحكم الإضافي التاسع، البند 1، حرف C) من اللائحة التنفيذية لقانون الأجنبي (أدخلت بمقتضى المرسوم الملكي 240/2007)، يتعين عندئذ تطبيق قانون الأجنبي. وفي هذه الحال، يجب على طالب التجمع أن يقدم الوثائق المشار إليها في المادة 42، البند 2، من اللائحة التنفيذية لقانون الأجنبي<sup>275</sup>، مع استحضار أن الوثائق المذكورة في الفقرتين ب) و ج) من المادة

272 الجريدة الرسمية للدولة الإسبانية عدد 10 بتاريخ 10/01/2001. خضع هذا القانون لتعديلات لاحقة بمقتضى القوانين الأساسية 8/2000 بتاريخ 2000/12/22، الجريدة الرسمية للدولة الإسبانية، عدد 307 بتاريخ 2000/12/23، و 11، بتاريخ 2003/09/29، الجريدة الرسمية للدولة الإسبانية عدد 234 بتاريخ 2003/09/30؛ و 14 بتاريخ 2003/11/20، الجريدة الرسمية للدولة الإسبانية عدد 279 بتاريخ 2003/11/21. لهذا الغرض يتعين أيضاً استحضار المنشور 01/SGRJ/DGI/2008 الصادر عن المديرية العامة لشؤون الهجرة بوزارة الشغل والشؤون الاجتماعية، الإسبانية، بتاريخ 17/01/2008 حول التجمع العائلي للقاصرين والمهاجرين الموضوعين تحت النيابة الشرعية لطلاب التجمع. ويتضمن هذا المنشور تفصيل المادة 17 البند 1 حرف C من القانون الأساسي 4/2000 والمادة 39 حرف C من اللائحة التنفيذية للقانون ذاته. انظر:

[http://extranjeros.mtas.es/es/NormativaJurisprudencia/Nacional/RegimenExtranjeria/InstruccionesDGI/documentos/2008/Instruccion\\_DGI\\_012008-.pdf](http://extranjeros.mtas.es/es/NormativaJurisprudencia/Nacional/RegimenExtranjeria/InstruccionesDGI/documentos/2008/Instruccion_DGI_012008-.pdf)

273 الحكم الصادر عن المحكمة العليا بإقليم أرغون، غرفة المنازعات الإدارية (شعبة 1) بتاريخ 2005/06/21 (Aranzadi Westlaw) 137207/2006، رفض إمكانية التجمع العائلي لقاصر مكفول، طبقاً لمقتضيات قانون الأجنبي ولائحته التنفيذية، وذلك لأن الطلب قدمه هو نفسه، وهذا أمر غير جائز. وعلى العكس من ذلك، قضت المحكمة العليا بإقليم مدريد، غرفة المنازعات الإدارية (شعبة 7) بتاريخ 2005/05/23 (Aranzadi Westlaw) 214863/2006، بقبول التجمع العائلي بين طفل قاصر وخالته بعد وفاة أم الطفل، على اعتبار أن طالبة التجمع (أخت المتوفاة) المقيمة بإسبانيا تمتلك المورد اللازمة لرعاية الطفل وتربيته، وذلك بمقتضى البند 1 حرف C من المادة 17 أعلاه، على اعتبار أن الحالة تتمتع بصفة الثابتة الشرعية عن ابن أختها بقوة عقد الكفالة. وعلى منواله جاء الحكم الصادر عن المحكمة العليا بإقليم أندلسيا، إشبيلية، غرفة المنازعات الإدارية (شعبة 2) بتاريخ 2005/10/21 (Aranzadi Westlaw) 71643/2006 حيث اعتبر الكفالة كافية لمنح رخصة الإقامة والإعفاء من التأشيرة لفخيد مغربي حتى يتمكن من العيش مع جده المقيم في إسبانيا، وذلك بمقتضى كفالة الجد لفخيد القاصر. بيد أن الحكم الصادر عن نفس الغرفة والمحكمة (شعبة 4) بتاريخ 2005/01/14 (Aranzadi Westlaw) 51157/2007، وإن سلك التوجه ذاته، غير أنه ثبت في النهاية رفض رخصة الإقامة والإعفاء من التأشيرة باعتبار انعدام الدليل على إسناد الكفالة واستحقاق تطبيق القانون المغربي ذي الصلة.

وعلى العكس من ذلك، أصدرت المحكمة العليا بإقليم مدريد، غرفة المنازعات الإدارية، (شعبة 7) بتاريخ 2006/03/16 (Aranzadi Westlaw) 148921/2006 حكماً بتثبيت رفض التأشيرة لغرض التجمع العائلي لفائدة طفلين مغربيين مكفولين مع كافلتهما المقيم بإسبانيا، على اعتبار أن الكفالة لا تخوله النيابة الشرعية عن القاصرين. وعلى منواله جاء الحكم الصادر عن كل من المحكمة العليا بإقليم لاريوخا، غرفة المنازعات الإدارية (شعبة 1) بتاريخ 2005/02/21 (Aranzadi Westlaw) 291265/2006 والمحكمة العليا بإقليم مدريد، غرفة المنازعات الإدارية، (شعبة 4) بتاريخ 2006/09/16 (Aranzadi Westlaw) 54022/2008.

274 الجريدة الرسمية للدولة الإسبانية، عدد 51 بتاريخ 2007/02/28.

275 الوثائق المطلوبة هي: أ) نسخة من وثائق إثبات أوضاع القرابة العائلية، وعند الاقتضاء، إثبات السن والتبعية القانونية والاقتصادية. ب) نسخة من جواز السفر أو وثيقة السفر أو بطاقة التسجيل لطالب التجمع سارية المفعول. ج) نسخة من رخصة الإقامة أو الإقامة والعمل، إذا كانت ممددة، أو نسخة من الرخصة الأولى مصحوبة بإيصال طلب تجديددها. د) شهادة العمل و/ أو إثبات امتلاك موارد اقتصادية كافية لتغطية احتياجات الأسرة، بما في ذلك الرعاية الصحية في حال انعدام التغطية من طرف الضمان الاجتماعي. يحدد بمقتضى أمر من وزير الرئاسة، تحت طلب كل من وزير الداخلية ووزير الشغل والشؤون الاجتماعية، مقدار وسائل العيش المطلوبة لهذا الغرض، وكيفية إثبات امتلاكها، باعتبار عدد الأشخاص الذين سيتوقفون على طالب التجمع بعد إجازة طلبه. ه) شهادة كتابية تثبت أن طالب التجمع يتصرف بمسكن مناسب لتأمين احتياجاته وعائلته. يتحقق هذا الشرط بواسطة تقرير تصدره السلطات البلدية لمحل إقامة طالب التجمع. وفي أجل أقصاه خمسة عشر يوماً، يجب إصدار التقرير وتبليغه إلى المعنى بالأمر، وفي الوقت ذاته يبلغ بإحدى وسائل الاتصال مع بعد، عند الإمكان، إلى السلطة المختصة بالبت في طلب التجمع العائلي. ويمكن، استناداً، تحقيق هذا الشرط بواسطة تقديم إشهاد المعاينة محرر من طرف الموقر (كاتب العدل)، وذلك إذا لم تقم السلطة البلدية داخل الأجل المحدد بتقديم التقرير حول توفر المسكن، الأمر الذي يثبت بواسطة الإذلاء بنسخة من الطلب المقدم أصلاً. وفي كل الأحوال، يجب أن يشير التقرير أو إشهاد المعاينة إلى الجوانب التالية: العقد أو الصك الذي يخول التصرف بالمسكن، عدد الغرف، الاستعمال المخصص لكل واحد من مرافق المسكن، عدد الأشخاص الساكنين وظروف السكنى والتنظيف. و) في حال طلب التجمع لفائدة الزوج أو الزوجة، يجب الإذلاء بتصريح بالشرع يشهد فيه طالب التجمع بأنه لا يقيم مع زوج آخر أو زوجة في إسبانيا.

النيابة الشرعية عن المكفول<sup>268</sup>. وبناء عليه، فإن تأشيرة الإقامة المؤقتة التي تُمنح للقاصر المغربي إما للدراسة في إسبانيا أو لتلقي العلاج أو لقضاء العطلة، عندما لا يكون المسؤول عن هذه الإقامة هو الشخص الذي يمارس السلطة الأبوية أو الولاية، تتطلب الحصول على إذن صريح من يمارسها، بالإضافة إلى تقرير إيجابي من نائب مندوب الحكومة في المحافظة التي يوجد بها مقر الإقامة - أو من نائب الحكومة إذا تعلق الأمر بإقليم ذاتي أحادي المحافظة-؛ ويجب على الشخص (أو الأسرة) الذي سيتكفل بالقاصر أن يصرح كتابيا بأنه يعلم أن هذا التكفل ليس الغرض منه التبنى وأنه يلتزم بتسهيل عودة القاصر إلى بلده الأصلي أو البلد الذي قدم منه<sup>269</sup>.

2.- الفرضية الثانية هي أن تكون الكفالة قد أسندت من دون تدخل الوالدين البيولوجيين للقاصر (إما لأنهما غير معروفين أو لأن الطفل يتيم أو لأن السلطة المختصة قد صرحت بأن الطفل مهممل)؛ وعليه، لا بد في هذه الحالة من أن تكون الوكالة قد تمت بتدخل السلطة القضائية أو الإدارية صاحبة الصلاحية، ويتعلق الأمر بالحالة التي سنوليها القدر الأكبر من الاهتمام، نظرا لأنها الأكثر شيوعا في الممارسة المغربية - الإسبانية، ولأن الإدارة الإسبانية تعتبر في هذا المجال، وحرصا على مصلحة القاصر، أن الكفالة تخول الكافل الإسباني أو الأجنبي المقيم بإسبانيا وضعية قانونية موزانة للتقديم المنصوص عليه في التشريعات المغربية؛ ومن ثمة، تجعل الكافل نائبا شرعيا عن القاصر المغربي<sup>270</sup>؛ وبناء على ذلك، تكون إقامة الطفل فوق التراب الإسباني ذات طابع دائم. ويعد هذا العرض، يتعين استحضار الاعتبارات التالية عند اجتناب إجراءات ملف الأجنبية<sup>271</sup>.

أ) يتعين اجتناب الإجراءات المتعلقة بتأشيرة الإقامة لغرض التجمع العائلي، طبقا لمقتضيات المادة 17، البند 1، حرف (c)، من القانون الأساسي 4/2000 الصادر في 2004/01/11

268 في إطار الاعتراض على هذا الموقف، كتب المشار إليه أدناه معلقا على منشور 2004/12/01: "إن جوهر المسألة يكمن في تحديد ما إذا كانت النيابة الشرعية من منظور قانون الأجنبية حاصلة بقوة المقرر القضائي الصادر عن قاضي شؤون القاصرين الذي أسند الكفالة. أعتقد أن الإجابة ينبغي أن تكون بنعم. إن ما يسعى إليه الشخص الأجنبي المقيم بصورة قانونية في إسبانيا والذي يستوفي شروط التجمع العائلي هو لمّ الشمل في بلدان مع قاصر يوجد تحت حضنته، مع العلم أنه ملزم طبقا لتشريعات بلاده بمعاملته كما لو كان ابنه. وبالطبع لن يكون بوسع القيام بهذا الواجب في ظل استحالة استقدامه للعيش معه في بلد إقامته الدائمة". انظر: E. ARCE JIMENEZ, "La kafala marroquí y la legislación de extranjería", Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, nº 13 (noviembre de 2006), p. 272.

269 أصدرت المحكمة العليا بإقليم مدريد، غرفة المنازعات الإدارية (الشعبة 1) حكما بتاريخ 2008/06/05 (315217/Aranzadi Westlaw 2008) وآخر بتاريخ 2008/07/10 (294252/Aranzadi Westlaw 2008) بخصوص قضيتين متشابهتين تتعلقان كلاهما بطلب التجمع العائلي بعد إسناد الكفالة لمواطني إسبانيا من قبل الآباء البيولوجيين للقاصرين من دون تدخل قضائي أو إداري ولكن فقط بواسطة الإشهاد الكفالي (وهو ما اعتبره القضاء غير كاف لضمان مصالح القاصرين): إذ رأت المحكمة أن الإشهاد لا يخول طالبي التجمع العائلي النيابة الشرعية عن القاصرين لتحقيق غاية لمّ الشمل، وبناء عليه، اعتبرت المحكمة أنه لا مجال لذلك. وبالطريقة ذاتها، ردت المحكمة المذكورة في حكم صادر بتاريخ 2008/06/11 (294138/Aranzadi Westlaw 2008) طلب التجمع العائلي أيضا لقاصر مغربي مقيم بالمغرب مع والده البيولوجي، وهو شخص مغربي مقيم بإسبانيا، على الرغم من أن أم القاصر التي هي في الوقت ذاته زوجة المواطن المغربي المذكور كانت قدر سلمت الكفالة لزوجها على ابنتها. وبنت المحكمة رفضها على أن الكفالة المذكورة لم يتم إسنادها بمقتضى حكم قضائي، وذلك يشير الشبهة حول وجود احتمال على القانون لغرض تسهيل دخول القاصر إلى التراب الإسباني، وهو أمر من شأنه أن يقتل الطفل من بينته الأصلية يفصله عن أمه وبقية إخوته. وعلى العكس من ذلك، قضت المحكمة العليا بإقليم مدريد، غرفة المنازعات الإدارية (الشعبة 1)، في حكم صادر يوم 2008/03/14 (Aranzadi 2008/03/14) بمنح التأشيرة لأجل التجمع العائلي لفائدة الأبناء الأربعة لزوجين مغربيين، وكان والد الأطفال قد سلم الكفالة لأهمهم لتأخذهم للإقامة معها في مليلية على الرغم من أن الكفالة المذكورة لم تتم بواسطة تدخل قضائي فيما يبدو. وقد بنى القضاة رأيهم على كون مصلحة الأطفال تستوجب ذلك. 270 تنظم مدونة الأسرة المغربية التقديم - مع الوصاية - في الفرع الثاني (الوصي والمقدم - المادة 244 إلى 264) من الباب الثاني (صلاحيات ومسؤوليات النائب) الشرعي من القسم الثاني (النيابة الشرعية) من الكتاب الرابع (الأهلية والنيابة الشرعية).

271 المنشور 2007/DGI/SGR/07 الصادر عن المديرية العامة للشؤون الهجرة بوزارة الشغل والشؤون الاجتماعية، الإسبانية، بتاريخ 2007/09/27 لا يتطرق صراحة للتجمع العائلي لفائدة المواطن الإسباني أو الأجنبي المقيم في ظل النظام الاتحادي. طبقا لمقتضيات المادة 3 من التوجيه 2004/38 الصادر عن البرلمان الأوروبي وعن المجلس الأوروبي بتاريخ 2004/04/29، والمتعلق بحق مواطني الاتحاد الأوروبي وأفراد عائلاتهم في حرية التنقل والإقامة بأراضي الدول الأعضاء (الجرميدة الرسمية للاتحاد الأوروبي عدد 158L بتاريخ 2004/04/30)، يجب على الدول الأعضاء أن تسهل الدخول إلى أراضيها لفائدة أي فرد آخر من أعضاء الأسرة، مهما كانت جنسيته، إذا كان غير مشمول بالتحديد المنصوص عليه في النقطة 2 من المادة 2، وذلك إذا كان في موطنه الأصلي يعيش مع المستفيد الرئيسي من حق الإقامة أو تحت كفالته". وبناء على ذلك، تكون الدول الأعضاء ملزمة بالدراسة المتأنية للظروف الشخصية، وتبعية أي رفض لدخول أو إقامة الأشخاص المشار إليهم. بخصوص التوصية الموجهة من محامي الشعب إلى المديرية العامة لشؤون الهجرة بوزارة الشغل والشؤون الاجتماعية لكي تدرج في مجال تطبيق النظام الاتحادي حالة القاصرين المنتمين لدول من خارج الاتحاد الأوروبي الموضوعين تحت ولاية مواطني إسبانيا أو اتحاديين عندما تكون تلك الولاية موزانة للكفالة، انظر: E. ARCE JIMENEZ, "La kafala marroquí y la legislación de extranjería", cit., p. 276.

المعنية على تأشيرة الدخول إلى إسبانيا. لأجل ذلك يتعين القيام بالإجراءات التالية<sup>264</sup>:

- أ) إرفاق شهادة الأهلية للتكفل والتقريرين النفسي والاجتماعي بشهادة من أحد مراكز رعاية الأطفال المهملين بالمغرب تثبت أن الأشخاص المعنيين (بأسمائهم الشخصية والعائلية) قد عبروا عن إرادتهم في بدء الإجراءات الرامية إلى التكفل بطفل مهمل ينتمي إلى ذلك المركز<sup>265</sup>.
- ب) في البداية يقوم المعنيون بالأمر مباشرة باجتياز إجراءات تقديم وثائقهم الشخصية، بينما يُرسل التقرير النفسي والتقرير الاجتماعي وشهادة الأهلية (وثائق تسلمها سلطات الأقاليم الذاتية) بواسطة الحقيبة الدبلوماسية انطلاقاً من وزارة التربية والسياسة الاجتماعية والرياضة إلى القنصلية الإسبانية المعنية في المغرب، التي تتولى إحالة الوثائق على مركز الرعاية الذي يوجد فيه الطفل القاصر.
- ج) يُدلى لدى القنصلية العامة الإسبانية ذات الاختصاص المكاني في المغرب بالوثائق التالية لاستصدار التأشيرة في حال الحصول على الكفالة: شهادة الأهلية؛ التقرير النفسي والاجتماعي؛ نسخة من بطاقة التعريف الوطنية (بالنسبة للمواطنين الإسبان) أو من بطاقة الإقامة الاتحادية (بالنسبة لغير الإسبان المقيمين بصفة دائمة في إسبانيا)؛ الدفتر العائلي؛ جواز سفر القاصر؛ ثلاث صور للقاصر؛ استمارة (مطبوع) طلب التأشيرة معبأة؛ شهادة طبية للقاصر؛ شهادة التصريح رسمياً بأن القاصر طفل مهمل؛ أمر الولي بتسليم القاصر؛ محضر المساعد الاجتماعي عن تسليم القاصر؛ محضر إسناد الكفالة من طرف قاضي المحكمة الابتدائية؛ محضر قبول الكفالة وإذن المحكمة الابتدائية بسفر القاصر مع كافلة؛ إذن القاضي المكلف بشؤون القاصرين بسفر القاصر إلى خارج التراب الوطني والإقامة مع الأسرة الكافلة في البلد الأجنبي؛ رسم ولادة القاصر؛ التزام كتابي من الكافل أمام القنصلية بأنه سيتكفل بشؤون القاصر من مسكن ونفقة وتغطية اقتصادية كافية ومناسبة وعناية صحية ضد المخاطر كافة؛ التصديق على كل الوثائق من طرف وزارتي العدل والشؤون الخارجية ثم من قنصلية المملكة المغربية بإسبانيا؛ ترجمة الوثائق المصدقة إلى العربية؛ تقرير إيجابي من مندوبية الحكومة بمكان إقامة الكافل؛ وأخيراً تقديم كل الوثائق الأصلية مرفوقة بنسخ مصورة.

يعد هذه التوضيحات، يتعين أن نشير إلى أن هناك مسلكين اثنين من الناحية المسطرية (الإجرائية) يمكن تتبعهما أمام قنصل إسبانيا المعتمد في المغرب<sup>266</sup>.

- 1 - الفرضية الأولى هي أن تكون الوكالة قد أسندت بتدخل الأبوين البيولوجيين للقاصر (بصرف النظر عما إذا كانت قد تدخلت أيضاً في العملية سلطة عمومية، إدارية كانت أم قضائية). في هذه الحالة، يكون دخول القاصر إلى التراب الإسباني خاضعاً لمقتضيات المادة 93 من اللائحة التنفيذية لقانون الأجنبية، التي أقرها المرسوم الملكي رقم 2393/2004 الصادر في 30/12/2004<sup>267</sup>، والمتعلقة بتنظيم الإقامة المؤقتة للقاصرين الأجانب، علماً بأن الإدارة الإسبانية تعتبر هذا النوع من الكفالة مختلفاً عن التقديم، ويترتب عن ذلك أنه لا يخول الكافل

264 انظر معلومات في الموضوع على موقع وزارة التربية والسياسة الاجتماعية والرياضة (إسبانيا):

<http://www.mepsyd.es/politica-social/familias-infancia/adopciones/adopcion-internacional/informacion-paises-origen/marruecos.html>

265 تشير المعلومات الصادرة عن قنصلية إسبانيا بالرباط إلى أن المراكز المعنية هي: المستشفى الحسن بن الناطور، قسم الأطفال؛ مركز للا مريم بالرباط؛ العصابة المغربية لحماية الطفولة، فرع مراكش. يجب أن يشار في التقريرين النفسي والاجتماعي وفي شهادة الأهلية للتكفل إلى أن الأمر يتعلق بالكفالة لا بالتبني، علماً بأن البلدان الإسلامية، وضمنها المغرب، لا تعترف بالتبني.

266 انظر بهذا الخصوص المنشور 2007/DGI/SGR1/07 الصادر عن المديرية العامة لشؤون الهجرة بوزارة الشغل والشؤون الاجتماعية، الإسبانية، بتاريخ 2007/09/27 في موضوع تكفل المواطنين الإسبان بأطفال أجنبي، والذي يتضمن تحميماً منشور سابق صادر عن الهيئة ذاتها بتاريخ 2004/12/01.

([http://extranjeros.mtas.es/es/NormativaJurisprudencia/Nacional/RegimenExtranjeria/InstruccionesDGI/documentos/2007/Instruccion\\_DGI\\_062007-.pdf](http://extranjeros.mtas.es/es/NormativaJurisprudencia/Nacional/RegimenExtranjeria/InstruccionesDGI/documentos/2007/Instruccion_DGI_062007-.pdf)).

267 المجريدة الرسمية للدولة الإسبانية، عدد 6 بتاريخ 2005/01/07.

كما في غايتها، لا تعدو كونها مؤسسة ذات طابع رسمي تهدف إلى توفير الرعاية للقاصر<sup>261</sup> ولعل ما يجعل الكفالة تقترب من مؤسسة التبني هو طابع الرعاية الواجبة من الكافل للمكفول، زيادة على أن إسنادها يتم بواسطة تصرف قانوني<sup>262</sup>.

## المبحث الثاني: المنظور الإداري: دخول القاصر المكفول أمام السلطة المغربية إلى الشراب الإسباني.

بعد إسناد كفالة طفل في المغرب، وعلى افتراض أن الكافل يرغب في السفر بالمكفول للإقامة بالتراب الإسباني، سيكون من اللازم التطرق للمسألة من المنظور الإداري لقانون الأجنبية. لأجل ذلك، تكون إحدى الخطوات الأولى الواجب القيام بها التوجه إلى القنصلية الإسبانية الواقع في دائرة نفوذها مكان إسناد الكفالة في المغرب، وذلك بغرض استصدار تأشيرة الدخول إلى التراب الإسباني<sup>263</sup>. وتطلق الإجراءات المتبعة في هذا الصدد من التسليم بأنه بواسطة الكفالة قد صدر الأمر بتعيين شخص راشد -الكافل- مقدما عن طفل مهمل -المكفول- (طبقا لمقتضى المادة 17 من القانون المغربي رقم 15.01 الصادر في 2002/06/13)، وهذه هي الصيغة الوحيدة التي ستسمح بالحصول من القنصلية الإسبانية

المدينة الإسبانية لتطور هذا المبدأ في المادة 108 البند 2 حيث نصت على أنه "يكون للبنوة الزوجية وغير الزوجية، وكذلك للبنوة الناتجة عن التبني، نفس الآثار، طبقا لمقتضيات هذه المونة".

261 المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري عرّفت الكفالة بأنها التزام على وجه التبوع بالقيام بولد قاصر (...) يتم بعقد شرعي. وأشار القانون التونسي عدد 27 لعام 1958 المؤرخ في 03/04/1958 في الفصل 3 إلى أن "الكفالة هي العقد الذي يقوم بمقتضاء شخص رشيد يتمتع بحقوقه المدنية أو هيئة بكفالة طفل قاصر". وعرّفها القانون المغربي رقم 15.01 في مادته 2 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". لكن على الرغم من ذلك، تجدر الإشارة إلى حكم مهم نطقت به محكمة العدل العليا بمطرد، الغرفة الاجتماعية، الشعبة 3، بتاريخ 2008/01/31 (959/Aranzadi Westlaw 2008) حين قضت لصالح كافل مغربي ضد الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي. وكان الشخص المغربي قد طالب الصندوق بتعويضات على البتم لفائدة مكفوليه، المغربيين كذلك، على إثر وفاة زوجته، المغربية أيضا، والتي كانت كافلة معه للطفلين المذكورين. وقد علل القضاة حكمهم بأن الكفالة، وإن كانت مختلفة عن التبني، من وجهة النظر الشكلية والمغوية، إلا أنها تؤدي، انطلاقا من منظور مادي غائي، نفس الوظيفة التي للتبني من حيث تغطية التعويضات الواجبة على صندوق الضمان الاجتماعي.

262 هكذا، نص قانون الأسرة الجزائري في المادتين 116 و117 على أن الكفالة تُمنح بحضور قاض أو موقّ (من دون تحديد الاختصاص الموضوعي أو المكاني)، بينما فرض القانون التونسي لعام 1958 في الفصل 4 مستوى أعلى من الصرامة، إذ نص على ضرورة إبرام عقد الوكالة لدى عدلين وتصديقه لدى حاكم الناحية. أما القانون المغربي المذكور (رقم 15.01) فقد نص على أنه يُعهد إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين الواقع بدائرة نفوذ مقر إقامة الطفل المهمل، بإسناد الكفالة إلى الشخص أو الجهة الراعية في الكفالة طبقا للمادة التاسعة (المادة 14)؛ ويُنفذ الأمر الصادر بالكفالة من طرف المحكمة الابتدائية التابع لها القاضي المصدر لأمر الكفالة (المادة 18). تجدر الإشارة في هذا الصدد، على سبيل المثال، إلى قرار المحكمة الإقليمية بحافظة قاس (الشعبة 5) الصادر بتاريخ 2007/09/15 (60601/Aranzadi Westlaw 2008) والذي تطرق إلى اعتراض الطرف المستأنف على الحكم الصادر عن محكمة الموضوع حيث دفع بأنها ارتكبت خطأ في تقدير الدليل عندما قبلت تقريرا لمصلحة شؤون القاصرين بمدينة سبتة أشار إلى أن الطفل القاصر المعني بالقضية يسري عليه القانون المغربي رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، وذلك في وقت لم يكن فيه القاصر مهملا أو خاضعا لأية تدابير حامية في المغرب ولم يصدر بحقه أي قرار قضائي في بلاده.

263 فيما يخص الوظيفة التي يقوم بها قنصلة إسبانيا لإصدار الشهادات التي تثبت الترخيص للقاصرين بالدخول والإقامة بإسبانيا في حالات التبني بين الدول، انظر:

M<sup>a</sup>. A. RODRIGUEZ VAZQUEZ, "Algunos aspectos del Derecho de extranjería en la adopción internacional", en N. GONZALEZ MARTIN y A. RODRIGUEZ BENOT (coords.), Estudios sobre adopción internacional, Porrúa, México, 2001, pp. 260 ss.

مرجع أعم:

M. AGUILAR BENITEZ DE LUGO, La intervención consular en Derecho internacional privado, Universidad de Sevilla, 2006 y J. JIMENEZ-UGARTE, Práctica consular e inmigración, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.



لمؤسسة الكفالة العابرة للحدود أن ينتقل المكفول المغربي مع كافلة إلى التراب الإسباني حيث سيكون محل إقامة (سنتطرق إلى هذه المسألة في المبحث الثاني)، وما يترتب عن ذلك من الولوج إلى سجلات الحالة المدنية الإسبانية لأجل تقييد الوضعية القانونية المكتسبة في ظل التشريعات المغربية، الأمر الذي سيؤدي إلى منح الطفل المكفول وضعاً معيناً في كنف المنظومة الحقوقية الإسبانية (سنحلل هذا الجانب في المبحث الثالث).

وحتى يتسنى القيام بهذه المهمة من منطلق منطقي، ريتعين أولاً التعرف على نظام الكفالة في القانون المغربي، وهو الموضوع الذي خصص له فصل من هذا المؤلف<sup>253</sup>. وفي الأساس، نظم المشرع المغربي مؤسسة الكفالة بمقتضى القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين<sup>254</sup>، والذي يشتمل على اثنتين وثلاثين (32) مادة موزعة على سبعة (7) أبواب: "أحكام عامة"، "الوضعية القانونية للطفل المهمل"، "إجراءات تسجيل الأمر الصادر بكفالة الطفل المهمل بسجلات الحالة المدنية"، "أثار الأمر المتعلق بإسناد الكفالة"، "أسباب انتهاء الكفالة"، "مقتضيات زجرية"، "مقتضيات ختامية". ومن حيث الجوانب التي تهتمنا في هذا البحث، يتعين أن نبرز خاصيتين للتشريع المغربي فيما يتصل بمؤسسة الكفالة.

(أ) من جهة، يجوز إسناد كفالة طفل مهمل لزوجين مسلمين إذا استوفيا شروط معينة (المادة 9، البند 1)<sup>255</sup>، أو لامرأة مسلمة إذا استوفت بدورها تلك الشروط (المادة 9، البند 2)؛ ولا يجوز إسناد الكفالة للرجل<sup>256</sup> طبقاً للتشريعات المغربية.

(ب) من جهة ثانية، يجوز للكافل أن يغادر التراب المغربي صحبة المكفول لغرض الإقامة في الخارج بصفة دائمة<sup>257</sup>، بعد الحصول على إذن القاضي المكلف بشؤون القاصرين، على أن يكون ذلك لمصلحة الطرفين (المادة 24)<sup>258</sup>. الخلاصة هي أن التشريعات المغربية الجاري بها العمل في شأن الكفالة تميز للمرأة، سواء كانت مغربية أو أجنبية، كما تميز للزوجين، مغربيين كانا أم أجنبيين أم مختلطين - ليس في القانون رقم 15.01 ما يحول دون ذلك - التكفل أمام السلطات المغربية بطفل قاصر - مغربياً كان أو أجنبياً - والسفر به إلى إسبانيا، مثلاً، على أن يتوفر في المرأة الكافلة، وكذلك في الزوجين الكافلين، شرط الإسلام<sup>259</sup>.

كل تحليل للموضوع انطلاقاً من هذه المعطيات يجب أن يكون مستنداً في كل الأحوال على حقيقة رسمية ومادية لا تقبل الجدل وهي أن الكفالة تختلف عن التبني بوصفه مؤسسة تهدف إلى خلق أسرة البنوة وإعطاء الطفل المتبني وضعاً مدنياً معيناً هو حالة البنوة *status filii*<sup>260</sup>. والنتيجة هي أن الكفالة، في مضمونها

253 يمكن الرجوع أيضاً في هذا الصدد إلى الصفحات المخصصة للموضوع في:

G. ESTEBAN DE LA ROSA Y OTROS, Regulación de la adopción internacional: nuevos problemas, nuevas soluciones, Thomson-Aranzadi, Elcano, 2007.

254 ينفذ بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.02.172 الصادر في فاتح ربيع الآخر 1423 (2002/06/13) والنشر بالجريدة الرسمية عدد 5031 بتاريخ 2002/08/19 (الطبعة العربية) وفي الجريدة الرسمية عدد 5036 بتاريخ 2002/09/15 (الطبعة الفرنسية).

255 في حال وفاة أحد الزوجين، يحتفظ الآخر بصفة الكافل (المادة 25). أما إذا انفصمت عرى الزوجية بين الزوجين الكافلين، فإن القاضي المكلف بشؤون القاصرين يصدر، بناءً على طلب من الزوج أو الزوجة أو من النيابة العامة أو تلقائياً، أمراً إما باستمرار الكفالة لأحدهما، أو بانحائها ما يراه مناسباً من إجراءات (المادة 26).

256 الظهير الشريف رقم 1.02.172 لا يتطرق إلى الحالة العائلية للمرأة الكافلة، لذا من الجائز أن تكون إما عزباء أو أرملة أو مطلقة. لكن لا بد أن يكون الكافل صالحاً للكفالة أخلاقياً واجتماعياً.

257 بالنسبة لهذه الحالة، هناك منشور لوزير العدل بتاريخ 2003/06/01 حول الإذن بالسفر بالطفل المكفول للإقامة خارج أرض الوطن.

258 لأجل استصدار إذن القاضي، يتعين قانونياً إرفاق الطلب بشهادة من القنصلية الإسبانية في المغرب تثبت أن تشريعات إسبانيا لا تحول دون السفر بالطفل المكفول للإقامة بالتراب الإسباني. وفي حال الحصول على إذن القاضي، يجب إرسال نسخة منه إلى المصالح القنصلية المغربية بمكان إقامة الكافل حتى يتسنى تتبع أحوال القاصر ومراقبة تنفيذ الكافل للواجبات المنصوص عليها في المادة 22 من القانون المذكور، وذلك بكل الوسائل التي تراها المصالح القنصلية مناسبة؛ ويتعين عليها أن تخبر القاضي المكلف بشؤون القاصرين حول أي إخلال بتلك الالتزامات. وهكذا، يجب على القنصل أن يحيل على القاضي تقارير بخصوص أحوال الطفل، وله أن يقترح التدابير التي يراها مناسبة، بما في ذلك إلغاء الكفالة.

يمكن للقاضي عند الضرورة وبناءً على التقارير المذكورة أن يتخذ كل الإجراءات التي يراها ملائمة لمصلحة الطفل إما تلقائياً أو بناءً على طلب من وكيل الملك أو من له مصلحة في ذلك، ويمكنه أن يستعين لهذه الغاية بالإنابة القضائية. ويرجع الاختصاص المحلي إلى القاضي الذي أصدر أمر إسناد الكفالة.

259 فيما يخص شرط الديانة، يُفترض أصلاً أن المواطنين المغاربة يستوفونه (اليهود المغاربة الذين تسري عليهم قواعد الأحوال الشخصية العربية المغربية لا تخضع لهم الكفالة)؛ أما الأجنبي من مواطني الدول غير الإسلامية فيجب أن يدلوا بشهادة اعتناق الإسلام محررة من طرف عدلين يحضرون شاهدين ومصداقاً عليها من السلطة القضائية.

260 في البلدان الغربية تنشأ البنوة بالتنسّل والتبني، وفي كلتا الحالتين تضمن تشريعات تلك الدول المساواة القانونية المطلقة، حيث تنتج عنها الآثار ذاتها. كمثل على ذلك، نص الدستور الإسباني لعام 1978 في مادته 39 البند 2 على المساواة الكاملة بين الأبناء أمام القانون من دون اعتبار طبيعة البنوة. وجاءت

أسرته الأصلية. وبالإضافة إلى ما ذكر، تجدر الإشارة إلى الأهمية البالغة التي يكتسبها العامل الديني في تشكيل مؤسسة الكفالة<sup>249</sup>: فعلى وجه العموم، لا يمكن أن يتكفل بالقاصر المسلم إلا كافل مسلم، يتولى تربيته إلزاماً على هذه المبادئ الإسلامية<sup>250</sup>؛ لكن ليست هناك نصوص في تشريعات الأقطار الإسلامية حول إمكانية تكفل شخص مسلم بقاصر غير مسلم.

التوسع المتزايد على الصعيد الدولي للعلاقات العائلية أدى عملياً إلى تكاثر حالات إسناد الكفالة من قبل السلطات في أقطار إسلامية على قاصرين محليين لفائدة راشدين من بلدان غريبة. ولعل أوضح مثال على ذلك هو الذي تقدمه العلاقات المغربية الإسبانية في هذا المجال<sup>251</sup>. ولنتأمل إحدى الحالات الأكثر شيوعاً، حسبما يتبين من الاجتهادات الفقهية لكل من "المديرية العامة للسجلات والتوثيق" (بوزارة العدل الإسبانية) ومحاكم المحافظات ومحاكم الأقاليم الذاتية، وهي تلك التي تهم بعض المواطنين الإسبان الذين يتوجهون إلى المغرب لغرض التكفل أمام السلطات المغربية بأطفال مغاربة مهمليين<sup>252</sup>. في هذه الحالات، يُفترض لأجل ضمان استمرارية الوضعية القانونية

التي أقرها الظهير الشريف رقم 22-04-1 بتاريخ 12 من ذي الحجة 1424 (2004/02/03) بمثابة قانون رقم 70-03 (الجريدة الرسمية رقم 5184 الصادرة بتاريخ 2004/02/05 بالعربية. النسخة الفرنسية صدرت في العدد 5358 بتاريخ 2005/10/06). الترجمة الإسبانية التي اعتمدها المؤلف هي المنشورة على صفحة "مشروع عدل" على الانترنت (www.proyectoadd.com).

حول ملونة الأسرة المغربية لعام 2004 يمكن الرجوع إلى المنشورات الإسبانية التالية:  
P. DIAGO DIAGO, "La nueva Mudawana marroquí y el Derecho internacional privado", Revista Española de Derecho Internacional, 2004, n° 2, pp. 1078 ss.; id., "Repercusiones de la nueva Mudawana en la inmigración marroquí", en A. VICENTE (ed.), Musulmanes en el Aragón del siglo XXI, Instituto de Estudios Islámicos y del Oriente Próximo, Zaragoza, 2004, pp. 141 ss.; A. QUINONES ESCAMEZ, "La réception du nouveau Code de la famille marocain (Moudawana, 2004) en Europe", Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, 2004, n° 3, pp. 877 ss. y A. RODRIGUEZ BENOT, "El ordenamiento aplicable al estatuto personal de los extranjeros en España: a propósito de la inmigración marroquí y el nuevo Código de Familia (Mudawana) de 2004", en M. BALADO RUIZ-GALLEGOS (dir.), Inmigración, Estado y Derecho, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 949 ss.

249 هناك دراسة مهمة ذات طابع عام حول العلاقة بين التشريعات الدينية وقوانين البولة في الأقطار الإسلامية، نشرت في:  
M. CHARFI, "L'influence de la religion dans le Droit international privé des pays musulmans", Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, t. 203 (1987-III), pp. 321 ss.

انظر كذلك:

S.A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, "Conflicts entre Droit religieux et Droit étatique chez les musulmans dans les pays musulmans et en Europe", Revue Internationale de Droit Comparé, 1997, n° 4, p. 813 ss.

حول علاقة الموضوع بالقانون الإسباني، يمكن الرجوع إلى:

P. DIAGO DIAGO, "La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho internacional privado español", Aequalitas, n° 6 (enero-abril de 2001), pp. 6 ss.

A. MOTILLA y P. LORENZO, Derecho de familia islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español, Colex, Madrid, 2002.

250 يحصل ذلك حتى بخصوص التبنّي في تونس، البلد المغربي الوحيد الذي أقر هذه المؤسسة بمقتضى القانون عدد 27 لعام 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني، وخصص لها عشر مواد (انظر: K. MEZIOU, "Tunisie", J.-Cl. Droit comparé, 1997, fasc. 1, n° 151 ss). إذا أراد شخص أجنبي تبني قاصر تونسي - القانون المذكور لا ينطبق لهذه الإمكانية - يتعين عليه أن يدلي بشهادة اعتناقه للإسلام، طبقاً لما اعتمده الفقه على إثر الحكم الصادر عن محكمة الناحية بتونس بتاريخ 1974/02/26؛ وللإشارة فإن ذلك يفسح المجال أمام الاعتناقات الزائفة للإسلام، ومن ثمة الاحتمال على القانون. لكن التأثير التزايد للتيارات الإسلامية في ذلك البلد، بالإضافة إلى صدور فتاوى تؤكد عدم شرعية التبنّي، كل ذلك قلص كثيراً من اللجوء إلى أعمال هذه المؤسسة على الرغم من وجود العديد من القاصرين المحتاجين إلى التبنّي.

251 يعد المغرب، على غرار الجزائر والأردن وباكستان، من البلدان التي تقبل إسناد الكفالة الولية (أي عندما يكون الكافل شخصاً مغربياً مقيماً بالمخارج أو شخصاً أجنبياً) لكن بشرط استيفاء بعض الشروط، مثل اعتناقه للإسلام، ضماناً لتنشئة الطفل المكفول على قيم التربية الإسلامية. وعلى العكس من ذلك، هناك بلدان إسلامية، مثل مصر وإيران وموريتانيا، لا تقبل الكفالة الدولية (أنظر الوثيقة المشار إليها تحت عنوان "La kafala", Servicio Social Internacional). من جهة أخرى، تجدر الإشارة إلى أن القانون التونسي المذكور الصادر عام 1958 قد نص صراحة في البند 2 من المادة 10 على جواز تبني المواطن التونسي لقاصر أجنبي.

252 يمكن الاطلاع على عرض حول الواقع الاجتماعي للطفولة المغربية الذي يستوجب اتخاذ تدابير من هذا النوع في المرجع التالي:

H. AFAILAL, "El sistema de protección de la infancia en Marruecos: debilidades y consecuencias", www.humanrights-observatory.net/revista5/articulos8/HAFSA%20AFAILAL.pdf.

# المبحث الأول: إفرازات نهيدية حول جدوى الكفالة المسندة من السلطان المغربية أمام المنظومة الحقوقية الإسبانية

اعترفت اتفاقية حقوق الطفل الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 11/20/1989<sup>243</sup>، في البند 3 من المادة 20، بالكفالة كأحدى الوسائل الهادفة إلى حماية الطفل المحروم من بيئته العائلية، علما أن هذه المؤسسة تحظى داخل الأنظمة الحقوقية القائمة في البلدان الإسلامية بتأصيل مستمد من الشريعة والقرآن والسنة والإجماع والقياس، وغير ذلك<sup>244</sup>. ولما كان التبنّي، في ظل هذا الفضاء الحقوقي والاجتماعي، منافيا للنظام المنطقي القائم على تحديد البنية بالتناسل<sup>245</sup> وحده، فإن مؤسسة الكفالة تسمح بتوفير حماية للأطفال المحتاجين إليها من دون أن يؤثر ذلك لا في نسبهم ولا في أواصر الدم التي تربطهم بعائلاتهم البيولوجية، علما أن هذه الجوانب تحظى بأهمية خاصة في الإسلام. وعلى سبيل المثال، فإن المادة 116 من القانون الجزائري رقم 84/11 الصادر في 09/06/1984 والمتضمن قانون الأسرة يحدد الكفالة كما يلي:

"يعتبر التبنّي الشرعي أو الكفالة التزاما تطوعيا بالتكفل برعاية طفل قاصر وتربيته و حمايته، بنفس الطريقة التي يتعامل بها أب مع ابنه"<sup>246</sup>.

فيوأسطة الكفالة، يقوم زوجان (رجل وامرأته)، أو شخص واحد (رجلا كان أو امرأة)، يدعى الكافل، يتولي أمر فرد قاصر، يدعى المكفول، لأجل رعايته وتربيته؛ من دون أن يكتسب المكفول نسب كافله<sup>247</sup> أو يحمل اسمه العائلي، ومن دون أن يكون له الحق في إرثه<sup>248</sup>، إذ أنه يظل مرتبطا بأواصره الطبيعية مع

243 المريدة الرسمية للدولة الإسبانية، عدد 313 (1989/12/01). المغرب طرف في هذه الاتفاقية.

244 على الرغم من أن العمل بنظام الكفالة مقبول على العموم في البلدان الإسلامية (باستثناء مصر وإيران)، فقليلة هي الأنظمة الحقوقية التي وضعت تشريعات خاصة بهذه المؤسسة، كما هو الشأن مثلا في الجزائر والمغرب وتونس.

La kafala", Servicio Social Internacional. 2007 ديسمبر (مركز دولي مرجعي حول حقوق الطفل)

[http://www.iss-ssi.org/Resource\\_Centre/Tronc\\_DI/documents/FichaNo5IESP.pdf](http://www.iss-ssi.org/Resource_Centre/Tronc_DI/documents/FichaNo5IESP.pdf).

245 مصدره تفسير القرآن، ولا سيما الآيتين 4 و 5 من السورة (الأحزاب). انظر بهذا الخصوص:

F. CALVO BABIO, Reconocimiento en España de adopciones simples realizadas en el extranjero, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2003, pp. 1315-.

246 المدونة المذكورة خصصت عشر مواد لتنظيم الكفالة، وقد جرى تعديلها وتتميمها بمقتضى أمر صادر بتاريخ 2005/02/27. يمكن الرجوع بهذا الصدد إلى: K. SAÏDI, "La réforme du Droit algérien de la famille: pérennité et rénovation", Revue Internationale de Droit Comparé, 2006, n° 1, pp. 119 ss.

يمكن الاطلاع على تحليل للنظام الحقوقي الانتقالي في الجزائر منذ مرحلة ما قبل الاستقلال (حيث كان القانون الفرنسي يجيز التبنّي) إلى صدور المدونة، بالرجوع إلى المصدر التالي:

A. BENCHENEB, "La formation du lien de kafala et les silences législatifs", Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Economiques et Politiques, 1991, n° 1-2, pp. 47 ss.

247 إذا كانت الكفالة لا تؤدي إلى تغيير اسم المكفول ولقبه، فإن من المعمول به في المغرب مثلا أنه يجوز للكافل، بعد أن تستند إليه الكفالة، أن يطلب من السلطة القضائية تغيير لقب الطفل ليطلق لقب الكافل، وتبت المحكمة في الطلب مع مراعاة مصلحة القاصر. وفي الجزائر، أجاز مرسوم وزاري صادر في 13/01/1992 "للشخص الذي تكفل بطفل قاصر ومولود من أب مجهول أن يطلب مطابقة الاسم العائلي للمكفول لاسمه، ولكن بشرط رضا الأم إذا كانت معروفة ولا زالت على قيد الحياة". هذا الإجراء الهادف إلى تحسين وضعية الطفل الممهل لقي معارضة قوية من قبل الأوساط الدينية المحافظة، ولم يتسن إقراره إلا بعد إعطائها ضمانات على أن ذلك لا يعني الاعتراف برابطة النسب بين الكافل والمكفول ولا بالتبنّي أو حقوق الميراث. للمزيد من التفاصيل، انظر:

N. AIT ZAI, "La kafala en Droit algérien", Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Economiques et Politiques, 1993, n° 4, pp. 793 ss.

وبخصوص أهمية النسب في البلدان الإسلامية، ولا سيما في الجزائر، يمكن الرجوع إلى:

N.R. SAADI, "Le nom, le sang ou la filiation exhortée par le Droit", Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Economiques et Politiques, 1991, n° 1-2, pp. 55 ss.

248 على الرغم من ذلك، تجدر الإشارة إلى أنه كثيرا ما يُلبأ إلى إعمال التنزيل، بصفته أحد سبل التورث؛ حيث يجوز بمقتضاه لشخص (قد يكون مكفولا) أن يرث جزءا من تركة شخص آخر (قد يكون كافلا) حتى ولو لم يكن من ورثته. ينظم هذه المؤسسة في التشريعات المغربية المادة 315 وما يليها من مدونة الأسرة



# الفصل الثاني. جدوى الكفالة أماج المنظومة الحقوقية الإسبانية

الأستاذ الدكتور أنطون رودريغيث بينوت  
جامعة بابلو دي أولابيدي (إشبيلية/ إسبانيا)

1994 من والدتها .... وأبيها ..... المتوفى بتاريخ 20 / 8 / 06 والأمر بإلغاء كفالتها وإرجاع الطفلة إلى والديها بالمغرب مع تحميلها صوائر الإرجاع من فرنسا إلى المغرب وأدليا بنسخة حكم. وبناء على مقال إدخال الغير في الدعوى مؤدى عنه بتاريخ 19 / 6 / 07 يلتزمان من خلاله الإشهاد على إدخال السيدة .... والدة الطفلة .... بعد أن تبين لها أن والدها قد توفي بتاريخ 20 / 8 / 2006. وبناء على جواب المدعى عليها أصالة عن نفسها ونيابة عن ابنتها القاصر ....، والمدلى به من طرف نائبها ذ عبد الرفيق الحوذاوي جاء فيه بأن ما جاء بمقال المدعيين لا أساس له وأن الكافلين لم يقوما بما يلزم من واجبات إزاء مكفولتهما وأخلا بالتزامتهما موضوع الكفالة، إذ لا يعقل أن تقوم طفلة لا يتجاوز عمرها 12 سنة بالقيام بما تم وصفه، وأن ذلك يدل على تقصيرهما، مما حدا بالسلطات الفرنسية أن تعتمد إلى نزعها منهما وأن الحقيقة هي أنها لم يحترما التزاماتهما وحرما الطفلة من أدنى حقوقها وإخضاعها كخادمة في البيت رغم صغر سنهما وتحول الأمر إلى السب والشتم والتعذيب الجسدي الذي خلف لدى الطفلة المذكورة اضطرابا نفسيا. وهو ما عاينته السلطات الأجنبية المكلفة بحماية الأطفال في فرنسا على الطفلة كما يبدو من تقرير النيابة العامة المدلى به. وأنهما لذلك يعتبران مسؤولين مدنيا وتطبيق في حقهما المادة 85 من ق.ل.ع ملتزمة رفض الطلب واحتياطيا الاحتفاظ بحقها في طلب التعويض وأدلت بصورة من قرار النيابة العامة، وصورة من حكم ابتدائي.

وبناء على إدراج الملف بعدة جلسات كان آخرها جلسة 8 / 10 / 07 حضرها نائب المدعى وكذا نائب المدعى عليه الذي تسلم نسخة من مذكرة والفي بالملف ملتمس النيابة العامة تقرر حجز القضية بتاريخ 22 / 10 / 07.

وتطبيقا للقانون  
لهذه الأسباب  
حكمت المحكمة بجلستها العلنية ابتدائيا حضوريا  
في الشكل: قبول الطلب  
في الموضوع: بالإشهاد على تنازل المدعيين عن كفالة البنت .... المزدادة بتاريخ 26 / 2 / 1994 وإلغاء  
كفالتهم لها.  
ويتحملهما الصائر ويرفض باقي الطلبات.

بهذا صدر في اليوم والشهر والسنة أعلاه  
وكانت المحكمة تتركب من:  
السيد: عبد الله طلال رئيسا  
السيد: فتيحة غزال مقرا  
السيد: أحمد محوش مقرا  
السيد: خالد لكريفى ممثل النيابة العامة  
السيدة: فحيلة ديرية كاتبة الضبط  
الرئيس القاضي المقرر كاتب الضبط

وحيث أفاد بحث الشرطة المنجز تحت إشراف السيد وكيل الملك أن المدعية ليس لها أي انتماء سياسي أو ثقافي ولا سوابق لها، وهو تؤكد بطاقة السوابق العدلية الخاصة بها وأنها خالية من أي مرض معد كما هو ثابت من الشهادة الطبية المدلى بها.

وحيث أن المدعية تقطن بالخارج وتتوفر على دخل مادي محترم يؤهلها لكفالة الطفل المذكور وعليه وبناء على ما ذكر ولكون المدعية تتوفر على الكفاءة المادية والأخلاقية التي تؤهلها لكفالة الطفل القاصر عبد الصمد.

وبالتالي يتعين الحكم بإسناد كفالة الطفل المذكور إلى السيدة ....  
وحيث يتعين تحميلها صائر الدعوى.

وتطبيقا للقانون.....1-4

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة بجلستها العلنية ابتدائيا حضوريا

في الشكل: قبول الطلب

في الموضوع: تصرح بأن السيدة .... هي الكافلة لابن أخيها .... الزداد بتاريخ 10 / 2 / 1999.

بهذا صدر في اليوم والشهر والسنة أعلا

وكانت المحكمة تتركب من:

السيد: عبد الله طلال رئيسا

السيد: فتيحة غزال: مقررا

السيد: أحمد محوش مقررا

السيد: خالد لكريفي ممثل النيابة العامة

السيدة: نجلة ديرية كتابة الضبط

الرئيس القاضي المقرر كاتب الضبط

## المحكمة الابتدائية بالرباط

حكم رقم 1580 بتاريخ 07 / 10 / 29 ملف رقم 07 / 576 / 10

باسم جلالة الملك

بتاريخ / 29 / 10 / 07

بناء على المقال الافتتاحي المقدم من طرف المدعين والمؤدى عنه بتاريخ 25 / 4 / 07 يعرض فيه بأنهما تقدما بتاريخ 24 / 5 / 2004 للسيد رئيس قسم الأسرة يلتزمان فيه الإذن لهما بكفالة الطفلة .... الزدادة بتاريخ 26 / 2 / 1994 من والدتها .... وأبيها المرحوم .... وبتاريخ 27 / 8 / 2004 أصدرت المحكمة حكما القاضي للعارضين بالتكفل بالطفلة ....، الآن الطفلة التي تم التكفل بها والاعتناء بها وتم نقلها معهما إلى الخارج حيث يقيمان.

إلا أنها بدأت تقوم بتصرفات غير أخلاقية تمس شرف الأسرة، و تخل بتعاليم الدين الإسلامي، إن العارضين مسلمين، والمكفولة مسلمة أيضا. وأصبحت تطالب بحرية لا محدودة ومنها التعاطي للمخدرات والدخول في وقت متأخر. وكلما ازداد نموا ازداد الأمر استفحالا. وبلغ بها الأمر إلى التبليغ عنهم لدى السلطات بكونهم يمسون بحريتها، ولأن الكافل يلزم بما يلزم به الأب من القيام بالواجبات تجاه أبنائه، ولأن المكفولة انحرفت عن الصواب، وأن استمرار الحال على ما هو عليه يشكل ضرر لها. وأن الفصل 10 من القانون المتعلق بكفالة الأطفال المهملين المؤرخ في 13 / 6 / 02 ينص على أن من بين أسباب انتهاء الكفالة، إلغائها بأمر قضائي أو التنازل عنها، وعليه يلتزمان الإشهاد على تنازلهما عن كفالة الطفلة .... الزدادة بتاريخ 26 / 2 /

المنظمة للولاية الشرعية والنفقة و الحضانة والتنزيل من مدونة الأسرة وباب النيابة القانونية من قانون المسطرة المدنية.

تأمر بتوجيه نسخة من هذا الحكم إلى السيد ضابط الحالة المدنية لجماعة العيون قصد تسجيل مقتضياته بطرة رسم ولادة الطفلة .....، وفق مقتضيات الحالة المدنية وتحميل المدعين الصائر.

بهذا صدر في اليوم والشهر والسنة أعلاه

وكانت المحكمة تتركب من:

السيد: عبد الله طلال رئيسا

السيد : فتيحة غزال مقررا

السيد: أحمد محوش عضوا

السيد: خالد لكيفي يمثل النيابة العامة

السيدة: نجلة ديرية كاتبة الضبط

الرئيس القاضي المقرر كاتب الضبط

## المحكمة الابتدائية بالرباط

حكم رقم 1482 بتاريخ 08 / 10 / 2007 ملف رقم 10 / 898 / 07

باسم جلالة الملك

بتاريخ 08 / 10 / 2007

بناء على المقال الافتتاحي المقدم من طرف المدعية بواسطة نائبها والمؤدى عنه للرسوم القضائية بتاريخ 07 / 6 / 21 يعرض فيه بأنها مقيمة بالخارج بالديار البلجيكية، وأنها التزمت وتكلفت بكفالة ابن أخيها الطفل القاصر .... المزداد بتاريخ 10 / 2 / 1999 من والدته .... ووالده .... الذي التزم بتسليم طفله .... للعارضة (عمته) قصد كفالته والقيام بجميع شؤونه ملتزمة بالإشهاد والحكم بأن السيدة .... هي الكافلة لابن أخيها الطفل .... المزداد بتاريخ 10 / 2 / 1999.

مدلية بنسخة مصادق عليها من رسم تنزيل ونسخة موجزة من رسم كفالة - نسخة موجزة من رسم ولادة الطفل .... - نسخة موجزة من رسم ولادة .... الكافلة- نسخة من بطاقة التعريف الوطنية مصادق عليها. وبناء على مذكرة الوثائق المدلى بها من طرف المدعية بواسطة نائبها ضمنها نسخة من السجل العدلي للكافلة- نسخة من إشارات من الجامعة باستفادة العارضة من تعويض عن عدم العمل- صور كشوف حسابية- شهادة عن عدم العمل- صور من السجل العدلي للمدعية من دائرة بروكسيل - شهادة حصول المدعية على الجنسية البلجيكية -وثائق صادرة عن إدارة الضرائب البلجيكية تفيد دخلها والاقطاعات الضريبية الخاضع له - شهادتين طبيتين للطفل المكفول.

وبناء على إدراج الملف بعدة جلسات كان آخرها جلسة 17 / 9 / 07 حضرها ذ ياسمين القى لها ملتمس النيابة العامة وبحث الشرطة، تقرر حجز القضية للمداولة لجلسة 1 / 10 / 07 حددت في 07 / 10 / 07.

في الشكل: حيث أن الطلب جاء مستوفيا لشروطه الشكلية فهو مقبول.

في الموضوع: حيث هدف الطلب إلى الحكم للمدعية بكفالة الطفل ..... .

وحيث تبين من الوثائق المدلى بها أن والدي الطفل المذكور .... وزوجته قد سلماه لعمته المدعية المسماة .... قصد كفالته والقيام بجميع شؤونه والعيش معها بالديار البلجيكية مع قبول من الأخيرة لكفالته المذكورة وتحمل جميع أعباء حياته وتحمل جميع المسؤوليات القانونية في بلد الإقامة كما أنها أنزلته منزلة ابن من أبنائها يرث فيها ما يرثه ابن صلبها لا فرق بينه وبين أحد من أبنائها.



وبناء على إدراج الملف بعدة جلسات التي قدم خلالها ملتمس السيد قاضي القاصرين وكذا ملتمس النيابة العامة المرفق ببحث الشرطة- كان آخرها جلسة 07 / 09 / 3 تقرر تنقح حيز القضية للمداولة لجلسة 07 / 09 / 17.

في الشكل: حيث أن الطلب جاء مستوفيا لشروطه الشكلية فهو مقبول في الموضوع: حيث يهدف الطلب إلى الحكم كما هو مسطر أعلاه.

وحيث تبين للمحكمة من خلال الاطلاع على وثائق الملف أن البنت المطلوب كفالته هي طفلة مهملة وقد صدر بشأنها حكم بالاهمال عن ابتدائية العيون والملف عدد 04 / 1 بتاريخ 04 / 3 / 15 تحت رقم 04 / 1 / 2004 قضى باعتبار الطفلة .... المزدادة بتاريخ 12 / 6 / 03 من أب مجهول وأم تخلت عنها والمزدادة بالعيون هي بنت مهملة.

وحيث أن طالبي الكفالة متزوجين حسب رسم نكاحها المضمن بعدد 30 صحيفة 42 كناش 1234 / 10 / 1987 وعديمي السوابق كما هو ثابت من بطاقة السوابق المتعلقة بهم، وفي صحة جيدة، يتوفران على سكن قار، وأن الزوج .... يتوفر على سكن قار ويتقاضى اجرا شهريا محترما باعتباره يعمل كإعلامي من درجة ممتاز حسبما هو ثابت من شهادة أجره، وشهادة عمله المدلى بها في الملف.

وحيث أنه من البحث الاجتماعي المنجز من طرف المكتب الجهوي للعصبة المغربية لحماية الطفولة بالعيون والسيدة المساعدة الاجتماعية أن طالبي الكفالة يسكنان بفيلا بمدينة كارة حالتها الاجتماعية والاقتصادية جيدة جدا ويتحلون أيضا بسمعة طيبة بين الجيران وتفاهم ووثام متبادل بينهما. وتؤكد بموجب الكفالة المنجز بتاريخ 06 / 12 / 5 كما يستفاد من شهادة التسليم المؤقت المنجز من طرف المساعدة الاجتماعية بتاريخ 03 / 11 / 03 رقم .... .

أنه تم تسليم البنت .... لطالب الكفالة ....، الشيء الذي يؤكد بحث السيد وكيل الملك المنجز بتاريخ 07 / 7 / 28 بناء على طلب السيد قاضي القاصرين والذي أكد على حسن أخلاق صاحبي الكفالة وعدم إثارتهما اشتباه المصالح المعنية في أية قضية وبأن الطفلة .... تعيش الآن في كنفهما منذ أن تسلماها من مركز العصبة المغربية للطفولة عمرها لا يتعدى ثلاثة أشهر.

وحيث أنه بالبناء على المعطيات المذكورة وعلى اعتبار كفاءة طالبي الكفالة المادية والأخلاقية لكفالة الطفلة المذكورة وعلى اعتبار أنها تعيش معهما كوالدين منذ ربيعها الأول فإن المحكمة تأمر بإسناد كفالة الطفلة .... المزدادة بتاريخ 12 / 6 / 2003 إلى السيدين ....، قصد كفالة الطفلة المهملة والالتزام برعايتها وتربيتها وحمايتها والنفقة عليها كما يفعل الوالدين مع بنتهما إلى حين بلوغها سن الرشد وتستمر النفقة عليها إلى حين توفرها على كسب أو زواجها ولا يترتب عن هذه الكفالة حق في النسب ولا في الإرث. وتعين مقدمين على الطفلة المهملة لتتولى شؤونها ولتنظر لها بنظر التقديم الشامل طبقا للمادة 246 وما يليها إلى 275 من مدونة الأسرة.

وتأمر بتوجيه نسخة من هذا الحكم إلى السيد ضابط الحالة المدنية لمدينة العيون (جماعة العيون) قصد تسجيل مقتضيات بطاقة رسم ولادة الطفلة المذكورة. وحيث يتعين تحميل المدعين الصائر نظرا لطبيعة الدعوى.

وتطبقا للقانون 1-4

لهذه الأسباب.

حكمت المحكمة بجلستها العلنية ابتدائيا حضوريا

في الشكل: قبول الطلب

في الموضوع: بإسناد كفالة الطفلة المهملة .... المزدادة بتاريخ 12 / 6 / 2003 للسيدين .... . قصد كفالته وحضانتها ورعايتها وتلبية حاجاتها إلى حين بلوغ سن الرشد مع استمرار نفقتها إلى حين توفرها على الكسب أو زواجها، وتعين الكافلين مقدمين على المكفولة تقديما شاملا مطلقا مع ضرورة التقيد بمقتضيات الظهير الشريف رقم 172. 02. 1 الصادر بتاريخ 13 / 026 والفصول

وحيث أدلت المدعية بإشهاد وبكفالة بمقتضاه سلمت المسماة .... والددة الطفل .... المراد التكفل به للمدعية .... الطفل .... قصد كفالته والاهتمام بجميع أموره، كما حضرت بجلسة الحكم وأكدت بأنها توافق على كفالة أمها المدعية لابنها .....

وحيث أن طالبة الكفالة تتوفر على دخل مادي كاف لتغطية مصاريف واحتياجات الطفل المذكور، وأنه لا سوابق لها حسبها هو ثابت من سجلها العدلي ومن البحث الاجتماعي المنجز بواسطة النيابة العامة، وخالية من الأمراض المعدية حسب الشهادة الطبية المدلى بها.  
وعليه فطالبة الكفالة تتوفر على الكفاءة الكاملة للتكفل بالطفل المذكور خاصة وأنه حفيدها، وأنه مهمل مجهول الأب كما هو ثابت من بطاقته الشخصية للحالة المدنية، مما لا يمنع من أن تكون هي الكافلة للطفل .....

حيث أن طلب النفاذ المعجل ليس له ما يبرره، وحيث يتعين تحميل المدعية الصائر.

وتطبيقا للقانون 1- 2- 3- 18- 31- 32- 40- 45 ق 80  
ومقتضيات ظهير 172 - 02 - 1 بتاريخ 13 / 6 / 02 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين .  
لهذه الأسباب

حكمت المحكمة بجلستها العلنية ابتدائيا حضوريا  
في الشكل: قبول الطلب

في الموضوع: الإشهاد على كفالة السيدة .... للطفل .... المزداد  
بتاريخ 6 / 9 / 1994 وتحميلها الصائر.

بهذا صدر في اليوم والشهر والسنة أعلاه  
وكانت المحكمة تتركب من:  
السيد: عبد الله طلال رئيسا  
السيد: فتيحة غزال مقررا  
السيد: أحمد محوش مقررا  
السيد: خالد لكريفني ممثل النيابة العامة  
السيدة: نجلية ديرية كاتبة الضبط  
الرئيس القاضي المقرر كاتب الضبط

## المحكمة الابتدائية بالرباط حكم رقم 1346 بتاريخ 17 سبتمبر 2007 ملف رقم 10 / 305 / 06

باسم جلالة الملك

بتاريخ 17 سبتمبر 2007

بناء على المقال الافتتاحي للدعوى المقدم من طرف المدعين بواسطة نائبها المؤدى عنه بتاريخ 16 / 3 / 06 يعرضان فيه بأنهما يرغبان في كفالة الطفلة .... المزدادة بتاريخ 12 / 6 / 03، والتي كان قد صدر حكما بالإهمال في حقها عن ابتدائية العيون بتاريخ 15 / 06 / 03 في الملف عدد 2004.

إن هذه الطفلة تعيش في كنفهما منذ 19 / 11 / 03 بعد تسليمها لهما من طرف رئيسة المكتب الجهوي للعصبة المغربية لحماية الطفولة بالأقاليم الجنوبية الصحراوية بالعيون ملتصقين الآن لهما بكفالة الطفلة ..... كفالة قانونية مع ترتيب الآثار القانونية على ذلك، مدلين بصورة مصادق عليها من عقد نكاح- نسخة من حكم الإهمال- شهادة بحث اجتماعي- إرسالية النيابة العامة- شهادة برسم ولادة ....- بطاقة شخصية للحالة المدنية للزوجين- شهادتين للسكنى للزوجين- نسختين من السجل العدلي للزوجين- شهادة أجر الزوج.

لهذه الأسباب  
حكمت المحكمة بجلستها العلنية ابتدائيا حضوريا للطرف المدعي بمثابة حضوري في حق المدعى عليها.  
في الشكل: قبول الطلب  
في الموضوع: بإلغاء كفالة السيدة .... للبتت .... المزدادة بتاريخ 8 / 4 / 1993، والممنوحة لها  
بمقتضى الحكم الصادر عن هذه المحكمة بتاريخ 01 / 08 / 2005 في الملف عدد 10 / 972 / 05 مع  
تحميل المدعى عليها الصائر.

بهذا صدر في اليوم والشهر والسنة أعلاه  
وكانت المحكمة تتركب من  
السيد: ذا عبد الله طلال رئيسا ومقررا  
السيد: ذا فتيحة غزال عضوة  
السيد: ذا أحمد محوش عضوة  
السيد: ذا خالد لكريفني ممثل النيابة العامة  
السيدة: نجلية ديرية كاتبة الضبط  
الرئيس والمقرر كاتب الضبط

## المحكمة الابتدائية بالرباط حكم رقم 1126 بتاريخ 9 / 7 / 2007 ملف رقم 10 / 983 / 06

باسم جلالة الملك  
بتاريخ 9 / 07 / 2007  
بناء على المقال الافتتاحي المقدم من طرف المدعية بواسطة نائبها المؤدى عنه بتاريخ 21 / 7 / 06 أو  
ضحت منه بأن ابنتها .... لها ابن يسمى .... مجهول الأب، وأنها هي الحاضنة له، ونظرا لظروفها الصحية  
والمادية فإن والدة العارضة ترغب في كفالة الطفل المذكور والذي قبلت أمه هذه الكفالة وإن العارضة تتوفر  
على جميع الشروط المادية القانونية اللازمة ملتزمة بالإشهاد على قبول السيدة .... بأن تتكفل والدتها ....  
بإبنها .... والحكم بأن السيدة .... هي الكافلة للطفل المذكور مع التنفيذ.  
وأدلت ببطاقة شخصية للحالة المدنية- شهادة الحياة الفردية- إشهاد بكفالة- شهادة طبية للمدعية-  
نسخة من بطاقة انعدام السوابق- تصريح بالدخل- نسخة كاملة من سجل الحالة المدنية للطفل ... ونسخة  
من رسم ولادة.  
وبناء على ملتمس السيد قاضي التوثيق، شؤون القاصرين بالرباط التمسنا من خلاله إجراء بحث اجتماعي  
حول طالبة الكفالة.  
وبناء على إدراج الملف بعدة جلسات أهمها جلسة 11 / 12 / 06 حضرتها المدعية، وحضر الابن المراد  
التكفل به كما حضرت والدته .... وأوضحت والدة الطفل بأنها لا تمنع في إسناد كفالة ابنها .... للمدعية.  
وبناء على تقرير السيد وكيل الملك المرفق بالبحث المنجز من طرف الشرطة حول السيدة .... طالبة الكفالة.  
وبناء على إدراج الملف بجلسة 2 / 7 / 07 حضرها نائب المدعية وأسند النظر فتقرر حجز الملف للمداولة  
بجلسة 9 / 7 / 07.

الغرفة  
في الشكل: حيث أن الطلب جاء مستوفيا لشروطه الشكلية فهو مقبول.  
في الموضوع: حيث هدف الطلب إلى الحكم بما هو مسطر أعلاه

في الظلين الفرعين المضادين: بالتصريح بأن الالتزام المضمن بالرسم الخلعي 3957 كناش الطلاق رقم 6 والمنجز بتاريخ فاتح نونبر 1990 (توثيق الرباط) هو التزام باطل في جزئه المتعلق بنفقة البنت .... بصفتها بنتا شرعية للطرفين، وبصلاحية الجزء الباطل المذكور للبقاء كالتزام عادي بالنفقة من قبل الملتزم المدعى عليه الأصلي عملا بالمقتضيات القانونية المسطرة أعلاه.

• بالتشطيب على البنت المذكورة من كناش الحالة المدنية للمدعى عليه....، حيث سجلت برقم 5 أ 1584 الرباط حسان، وكذا من السجلات المسوكة لدى ضابط الحالة المدنية لكونها ليست من صلبه ولا من صلب مفارقتة.

في الطلب الأصلي: على المدعى عليه .... بأدائه للمدعية مبلغ ألف درهم شهريا كنفقة ملتزم بها لفائدة الطفلة المكفولة للطرفين بداية من تاريخ الطلب 8 / 10 / 1991 إلى تاريخ هذا الحكم، مع النفاذ المعجل فيما يخص هذا الطلب بجعل صائر طلبات كل طرف على الطرف الآخر، برفض باقي الطلبات والدفعات. بهذا صدر الحكم في اليوم والشهر والسنة أعلاه وكانت المحكمة تتركب من السيد بومزوغ رئيسا ومقررا، السيد محجوبي قاضيا، السيد زحاف قاضيا وبمساعدة السيدة فوزية.

## المحكمة الابتدائية بالرباط حكم رقم 1445 بتاريخ 08 / 10 / 2007 ملف رقم 10 / 867 / 07

باسم جلالة الملك

بتاريخ 08 / 10 / 2007

بناء على المقال الافتتاحي للدعوى الذي تقدم به المدعيان إلى كتابة ضبط هذه المحكمة بواسطة محاميها والمؤداة عنه الرسوم القضائية بتاريخ 15 / 06 / 07 يعرضان فيه أنه سبق للمحكمة الشرعية أن أصدرت حكما قضى باعتبار المدعى عليها .... هي الكفيلة بائنتهما .... المزدادة بتاريخ 8 / 4 / 1993. وأخذت معها البنت إلى الديار الفرنسية، ونظرا لظروف عائلية خاصة بها عمدت إلى إلغاء الكفالة الخاصة بالبنت .... والتمس قبول الطلب شكلا وموضوعا بإلغاء الكفالة الممنوحة للسيدة البيضاء زينة للبنت المسيلي نرجس وأدليا بوثائق.

وبناء على ملتتمس النيابة العامة الكتابي الرامي إلى تطبيق القانون وبناء على إدراج القضية بعدة جلسات كانت آخرها جلسة 17 / 9 / 07 حضرتها ذة رؤوف وأكدت الطلب وبناء على إدراج القضية بعدة جلسات كانت آخرها جلسة 17 / 9 / 07 حضرتها ذة رؤوف وأكدت الطلب فتم حجز القضية للمداولة لجلسة 1 / 10 / 07، تنفيذ 08 / 10 / 07.

ويعد المداولة طبقا للقانون

في الشكل: حيث قدمت الدعوى وفق الشكليات المتطلبية قانونا ومن ثم فهي مقبولة من هذه الناحية. في الموضوع: حيث يهدف الطرف المدعي من دعواه إلى الحكم بإلغاء الكفالة الممنوحة للسيدة .... للبنت

.....  
وحيث أدلى الطرف المدعي بإلغاء كفالة صادر عن الكافلة المدعى عليها والمصادق عليه بتاريخ 09 / 04 / 2007. كما تخلفت هذه الأخيرة ولم تدلي بأي جواب رغم لتوصل بصفة قانونية. وحيث صرحت القاصرة بجلسة المحكمة أنها ترغب في العيش مع والديها بالمغرب. وحيث إنه استنادا لما ذكر أعلاه قررت المحكمة الاستجابة للطلب لجديته وحيث ينبغي تحميل الطرف المدعى عليه الصائر.

وتطبيقا لقانون

مجرد خطأ من الطرفين أو أحدهما على الأقل لذلك ينبغي إلغاء ذلك التسجيل والتشطيب على طفلة من سجلات الحالة المدنية المتعلقة بالمسمى أحمد النجار.

وحيث من جهة أخرى، فإن التنصيص في رسم الخلع المسجل بعدد 3957 كناش رقم 6 والمنجز بتاريخ فاتح نونبر 1990 (توثيق الرباط) على اتفاق الطرفين لتحديد مبلغ ألف درهم شهريا كنفقة للبنات المذكورة بهذه الصفة أي بصفتها ابنة شرعية للمتطالين - يعكس ما هو ثابت مما سبق - يجعل الالتزام الوارد بالرسم الخلعي المذكور معيبا ما دام سببه غير حقيقي وغير مشروع بالكيفية المتفق عليها بين الطرفين المتنازعين الآن إذ التبني حرام شرعا ومحضور قانونا بنص الفقرة الثالثة من الفصل 83 من مدونة الأحوال الشخصية.

وحيث إن الالتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب غير مشروع يعد كأن لم يكن كما نص عليه الفصل 62 من قانون الالتزامات والعقود.

لكن حيث إن مثل هذا الالتزام الباطل باعتبار أنه به من الشروط ما يصح به التزام آخر (أي الالتزام بالإنفاق للغير وفقا للفصل 131 من مدونة الأحوال الشخصية) فذلك تجري عليه القواعد المقررة لهذا الالتزام الآخر وفقا ما يسمح به الفصل 309 من قانون الالتزامات والعقود وهو ما يعرف لدى الفقهاء بنظرية "تحول التصرف".

وحيث إن المحكمة إذن ترى أن الالتزام المعيب أعلاه صالح ليقوم كالالتزام عادي بالإنفاق من طرف المدعى عليه لفائدة الطفلة المكفولة وفقا للمبلغ الوارد به استنادا إلى الفصل 131 و116 من مدونة الأحوال الشخصية، أي باعتبارها من الأغيار ومتكفلا بها من قبله باتفاق مع مفارقتها التي تتولى حاليا تربية رعاية تلك الطفلة.

وحيث إن الطلب المتعلق بتسليم الطفلة المذكورة للمدعي الفرعي باعتباره كافلا لها لا يركز على سند لإقرار هذا الأخير في جوابه على المقال الأصلي بأن كفالة الطفلة كانت مشتركة بينه وبين مفارقتها وباتفاق بينهما.

## 2 - فيما يخص الطلب الإطلي للمدعية

حيث إنه وبالنظر للتعليقات السابق ذكرها فالمدعى عليه ملتزم بنفقة البنت بكيفية قانونية وبالمبلغ المذكور سلفا ولذلك يتعين الحكم عليه بأدائه للمدعية باعتبارها القائمة عمليا بشؤون الملتزم لها بالإنفاق من رعاية وتربية وباتفاق مع الملتزم كما سبق.

وحيث لا ترى المحكمة من مبرر للرفع من المبلغ المتفق عليه بالنظر لطبيعة الالتزام الموما إليه أعلاه. وحيث إن باقي المصاريف الطبية والدراسية المطلوبة في المقال الأصلي لا يمكن إلزام المدعى عليه بها بعد انتفاء نسب الطفلة عنه، إذ إنها تكون مثل تلك النفقات واجبة لأبناء الأصحاب.

وحيث إن التعويضات العائلية بدورها لا يمكن مناقشتها بالنظر لكل ما سلف ولا وجه لتوصل أي واحد من الطرفين بها فضلا عن الحق في استردادها أن ثبت تقاضيتها بالفعل من قبل المدعى عليه عن الطفلة المنفي نسبها عنه.

وحيث إن للنفذ المعجل مرتكزه القانوني لتعلق الموضوع بنفقة. وحيث ينبغي تحميل المحكوم عليه الحالي صائر الطلب الأصلي وجعل صائر الطلبين المضادين على المدعية الأصلية.

وتطبقا للفصول 1، 2، 3، 18، 31 وما يليها و45، 50، 124، 179 من ق.م.م وظهيري 10 / 9 / 1993 المعدلين لبعض مقتضيات كل من التنظيم القضائي وقانون م.م.

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة بجلستها العلنية وهي تبت في قضية الأحوال الشخصية والميراث ابتدائيا حضوريا.

في الشكل: بقبول الطلبات.

في الموضوع:

المدعية إلى خارج التراب الوطني دون إذن من العارض (الكافل) مسجلا استعداده للتنازل للمدعية عن المكفولة إذا أفصحت عن إرادتها كقالتها هي بنفسها وعلى نفقتها ومنذ تاريخ رسم الخلع في أن تلتزم بذلك في طلب إضافي تقدمه للمحكمة، مؤكدا كل طلباته السالفة.

وحيث أدلى كذلك دفاع المدعى عليها بمذكرة تأكيدية يشرح فيها أسباب البطلان والإبطال في مقاله السابق مستندا بشروح فقهية ونصوص من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

وعقب دفاع المدعية بأن الغلط المتحدث عنه يمكن افتراضه في شخص أمي وإن هدف المدعى عليه هو التملص من التزاماته الثابتة مؤكدا كل طلباته ومذكراته السالفة.

وعقب دفاع المدعى عليه بمذكرة مناسبة جوابا على المذكرة التعقيببة الأخيرة (السالفة) شارحا مدفوعاته السابقة ومستندا بنصوص من ق.ل.ع وشروح فقهية للقانون المذكور للأستاذ الكبري لتوضيح مدفوعاته السالفة ومقالاته التي التمس الحكم وفقها.

وبناء على المستنتجات الكتابية للسيد وكيل الملك والرامية إلى تطبيق القانون في النازلة. وحيث أدرج الملف بعدة جلسات علنية اقتضتها ضرورة سير مسطرة الترافع بين الطرفين المتداعيين إلى أن أدرج باخر جلسة 19 / 1 / 1994 حضرها نائب المدعية وأكد المذكرات السالفة وتخلف دفاع المدعى عليه والمتدخل رغم الإعلام فتقرر حجز القضية للمداولة.

وبعد المداول وفقا للقانون

من حيث الشكل: حيث إن الطلب الأصلي وكذا الطلبين الفرعين المضادين وكذا مقال التدخل هذه الطلبات كلها رفعت مستوفية للشكليات المتطلبية قانونا فجاءت بذلك نظامية ووجب القول بقبولها.

من حيث الجوهر: حيث إن الطلب الأصلي للمدعية يهدف إلى تمكينها من نفقة البنت... كما التزم بذلك المدعى عليه إضافة إلى المصاريف الطبية والمدرسية والتعويضات العائلية مع رفع المبلغ الأصلي الملتزم به وفقا لما فصل أعلاه، بينما يرمي الطلبان المضادان إلى إلغاء تسجيل البنت المذكورة في سجلات الحالة المدنية للمدعى عليه لكونها ليست من صلبه مع إبطال وبطلان عقد الطلاق الخلعي للعيوب التي شابتها ولعدم مشروعية سببه إذا التزم المفارق آنذاك نتيجة الخطأ والغلط والتدليس الذي شاب إرادته كما تم بسطه أعلاه كذلك.

وحيث ترى المحكمة بالنظر إلى توقف البت في الطلب الأصلي على الجواب والحسم في الطلبين الفرعيين المضادين وضمنهما مقال التدخل البدء في مناقشة هذين الأخيرين والفصل فيهما أولا.

## 1- في طلبين المضادين الفرعيين للمدعى عليه

حيث إن الثابت من وثائق الملف وخاصة الشهادة الصادرة عن مستشفى للا مريم للولادة والمؤرخة في 16 / 5 / 1991 أن السيد... قد تسلم مولودا أنثى من المستشفى المذكور وهي من مواليد 29 / 7 / 1985.

وحيث ثبت لنا من الاطلاع على كناش التعريف والحالة المدنية للشخص المذكور قبلا أن قيد البنت المزدادة بنفس التاريخ (أي 29 / 7 / 1985) بكناشه المذكور على أنها من صلبه أنجبها من مفارقتها... (المدعية الأصلية) وقد سجل كل ذلك برقم 5 / 1584 للحالة المدنية بالرباط - حسان (الدائرة الخامسة).

وحيث أن المدعى عليها فرعيا والتي استنكفت عن حضور جلسة البحث الذي أجرته المحكمة بعللة كونها خارج التراب المغربي تكون قد أقرت ضمنا بكون الطفلة... ليست بنتا شرعية لها ومفارقتها حين تمسكت في شخص دفاعها بأن النفقة المطلوبة إن لم تجد أساسها في القرابة فهي تؤسس على الالتزام بالإنفاق وفقا للفصل 131 من مدونة الأحوال الشخصية<sup>242</sup>.

وحيث تبين إذن من الوسيلة الإثباتية غير المقدوح فيها أعلاه ومن موقف المدعية الأصلية أن الطفلة ليست بنتا شرعية للطرفين وإنما هي مربية ومكفولة من قبلهما بعد تسلمها من المستشفى على النحو الذي سلف، وأن تسجيلها إذن بكناش الحالة المدنية للمدعى الفرعي على أنها من صلبه هو مجاف للحقيقة الثابتة وهو

242 حاليا المادة 205 من مدونة الأسرة.

- يقبول الطلب شكلا بارتكازه جوهرًا على أساس؛
- بأدائه للعارضه مبلغ البنت عن مدة 12 شهرا بداية من تاريخ الطلاق فاتح نونبر 1990 إلى فاتح نونبر 1991 ومستمره إلى سقوطها شرعا بمعدل ألف درهم شهريا، بأدائه أيضا مبلغ 9768 درهم عن مصاريف التمدرس ومبلغ 65. 1650 درهم مصاريف التطبيب؛
- برفع مبلغ النفقة إلى 2000 درهم شهريا؛
- بأدائه للعارضه كذلك مبلغ التعويضات العائلية التي يتوصل بها من الدولة لفائدة الطفلة....؛
- بشمول الحكم بالنفاذ المعجل وتحميل المدعى عليه المصاريف.

وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها من قبل نائب المدعى عليه والمشفوعة بمقال تدخل إرادي في الدعوى ومقال فرعي مضاد مؤدى عنها بتاريخ 23 / 12 / 1991 يدفع في جوابه بعدم قبول المدعية شكلا لعدم إدلائها بما يثبت صفتها في الادعاء من الحجج الواجبة، منكرًا أن يكون له أي مولود من المدعية كما تزعم بل أنه لم يسبق أن رزق بأي مولود ذكر أو أنثى.

وفي مقال التدخل والمقال المضاد يعرض بأنه كان قد اتفق مع المدعية أثناء زواجها تطيبًا لخاظرها لكونهما لا ينجبان فأخذ بنية من مستشفى للامريم للولادة بالرباط وسميها.... وطلبت منه تسجيلها بدفتر الحالة المدنية باسمه وهذا ما سبب له في مشاكل مع أسرته وهذا أيضا ما حدا بوالده السيد.... إلى التدخل في الدعوى الحالية لأن الاسم العائلي هو ملك لكافة أفراد الأسرة والعائلة لطلب التشطيب على تلك البنت من دفتر الحالة المدنية طالبين عدم قبول المقال الأصلي وقبول المقال المضاد والحكم بالغاء عقد الازدياد رقم 5 / 1584 المسجل بتاريخ 28 ذو القعدة عام 1405 هـ الموافق 16 غشت 1985 والمتعلق بالبنت المولودة بتاريخ 29 / 7 / 1985 والمجهولة الأبوين التي سمتها المدعية الأصلية.... وذلك بالتشطيب على التسجيل بالحالة المدنية للعارض.... ومن كافة الدفاتر المتعلقة بعقد ازديادها وتسجيل الحكم بطرة كل ذلك مع تحميل المدعية الأصلية الصائر.

وحيث أقرت المحكمة جلسة بحث بتاريخ 4 / 6 / 1992 حضرها دفاع الطرفين كما حضر المدعى عليه ولم تحضر المدعية لكونها خارج التراب الوطني واستمعت المحكمة إلى الطرف الحاضر الذي أكد ما جاء في جوابه ومقاله المضاد وفقا للتفصيل المدون بمحضر تلك الجلسة.

وحيث أدلى نائب المدعية بمذكرة مستنتجات أكد فيها أنه أدلى بكافة الوثائق المثبتة للدعوى من عقد النكاح وعقد الطلاق الخلعي وفواتير التمدرس والتطبيب وعن المقال المضاد أبرز فيه على ضوء جواب المدعى عليه بكون الطفلة متبناه وأن ذلك ليس من شأنه التأثير في الدعوى الذي تجر مرتكزا في التزام المفارق بأداء نفقة الطفلة.... كما في رسم الطلاق الخلعي ومن التزم بشيء لزمه ملتصقا بالحكم وفق طلبات المدعية وملاحظة أن المقال المضاد لا علاقة له بالدعوى الحالية.

وحيث رد كذلك دفاع الطرف المدعى عليه بأن المدعية ليست لها الصفة للمطالبة بنفقة الطفلة فهي ليست والدة ولا لها صفة الحضانة القانونية وإن انفصام الزوجية قد أنهى كل علاقة بين الطرفين مشيرا إلى أنه سيدلي بشهادات طبية وتحليل سبق إنجازها أثناء الزوجية أفادت كلها عقم المدعية، ومن جهة أخرى فالبنوة غير الشرعية ملغاة بالنسبة للأب وفقا للفصل 83 من المدونة، وإن رضاه المدعى عليه جاء معيبا وفقا للفصلين 39 / 40 من ق.ل.ع، كما أن سبب الالتزام غير مشروع وفقا للفصلين 62 و65 من نفس القانون مؤكدا كل دفعاته وطلباته.

وعقب نائب المدعية مؤكدا التزام المفارقة بأداء مبلغ ألف درهم برسم نفقة الطفلة التي تتولى تربيته ورعايتها المدعية وأن المدعى عليه أستاذ جامعي وواع بما التزم به وفقا للفصل 230 من ق.ل.ع وأن الالتزام يصلح أساسا لاستحقاق النفقة وفقا للفصل 131 من مدونة الأحوال الشخصية.

وعقب دفاع المدعى عليه مدليا بمقال فرعي مضاد ثان مؤدى عنه بتاريخ 20 / 4 / 1993 مدليا بالشهادات الطبية المفيدة لعقم المدعية مناقشا كل وثيقة فيها على حدها، وفي مقاله المضاد الثاني تمسك بأن المفارق الملتزم في الطلاق الخلعي كان ضحية خطأ وتدليس، الشيء الذي يتطلب بطلانه وإبطاله مع وجوب تمكين الطفلة لكافلها العارض الذي حازها بطريقة قانونية والتي رحلتها

**نوع الوثيقة: عقد كفالة**  
**مدرج بكناش 42 "مخلفات"، عدد 574، بتاريخ 21 رمضان 1428 موافق**  
**01/11/2007**

العدلان محمد شناق وعبد المغيث النهيلي  
الحمد لله وحده علي الساعة الرابعة مساء يوم الثلاثاء تاسع عشر رمضان عام ألف وأربعمائة وثمانية وعشرين موافق ثلاثين أكتوبر عام الفين وسبعمائة (2007/10/30)، تلقى العدلان محمد شناق وعبد المغيث النهيلي المنتصبان للإشهاد بدائرة نفوذ محكمة الاستئناف بالقنيطرة قسم التوثيق بالمحكمة الابتدائية بسوق أربعاء الغرب الشهادة المدرجة بمذكرة الحفظ للعدل الأول رقم 19 صحيفة 21 عدد 28 نصها: بناء على الإذن بتوثيق عقد الكفالة عدد 10/2007 ملف الكفالة عدد 09/2007 بتاريخ 2007/10/30م الصادر عن قاضي التوثيق المكلف بشؤون القاصرين بقسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية المذكورة حضر لدى شهيديه السيد فلان بن فلان الفلاني المولود في 1968/8/01 المغربي الجنسية مهنته سائق الحامل للبطاقة الوطنية رقم كذا الساكن بعنوان كذا سوق أربعاء الغرب إقليم القنيطرة وزوجته فلانة بنت فلان الفلاني المولودة في 1962/12/23 المغربية الجنسية مهنتها عاملة بطاقة تعريفها الوطنية رقم كذا سكانها بعنوان كذا بسوق أربعاء الغرب وأشهدا شهيديه على أنهما يسلمان بنتهما بسمة بنت فلان الفلاني المزدادة في 2001/03/10 للسيد فلان بن فلان الفلاني المولود في 1972/11/05 المغربي الجنسية بدون مهنة الحامل بطاقة التعريف الوطنية رقم كذا نيابة عن موكلته شقيقته فلانة بنت فلان الفلاني وطنيتها رقم كذا لما بيده من التوكيل الخاص المصادق على صحة توقيعها بالمقاطعة الحضرية الأولى بسوق أربعاء الغرب رقم 5728/07 بتاريخ 2007/04/24 وذلك للتكفل بشؤون حياتها من مآكل وملبس وتعليم وإدخالها في جواز سفرها والسفر بها داخل التراب الوطني وخارجه عند الاقتضاء والقيام بكل الإجراءات الإدارية اللازمة لدى مختلف المصالح المعنية والمحاكم على اختلاف درجاتها ومعاملتها كما تعامل الأم بنتها وتم التسليم والقبول والكفالة كما يجب عرفوا قدره شهد به عليهم من أشهوده به وهم بأتمه وعرف بهم بتعاريفهم وحرر بتاريخه عبد ربه محمد شناق وعبد ربه عبد المغيث النهيلي  
(يليه توقيع العدلين وخطاب القاضي محمد العربي المؤمن موقعا ومختوما بختم المحكمة المذكورة بتاريخ 2007/11/01).

## 2-الإجتهادات القضائية

**المحكمة الابتدائية بالرباط**  
**ملف عدد 91 / 1405 / 10**  
**حكم رقم 314 بتاريخ 28 / 2 / 1994**

باسم جلالة الملك  
بناء على المقال الذي رفعته المدعية ... بواسطة محاميتها إلى كتابة ضبط هذه المحكمة والمؤدى عنه بتاريخ 8 / 10 / 1991 والذي تعرض فيه أنها كانت متزوجة بالمدعى عليه بكيفية شرعية ورزقت منه بطفلة اسمها ....، إلا أنه بتاريخ فاتح نونبر 1990 وقع طلاق خلعي بين الطرفين، وأن المدعى عليه التزم بتأمين العارضة من بعض الأمتعة، كما التزم بأداء مبلغ ألف درهم نفقة البنت.  
إلا أنه لم يف بما التزم به مضيفة بأنها قد أنفقت على البنت عدة مصروفات فيما يخص التمدريس والتطبيب، وأن المدعى عليه يعتبر من الموظفين السامين وأن المبلغ الملتزم به لم يعد يكفي مما يبرر طلب رفضه عن كون الملتزم يتوصل بالتعويضات العائلية عن الطفلة وهي من حق هذه الأخيرة من أجل ذلك كله تلتمس استدعاء المدعى عليه والحكم عليه:



لذلك نطلب منكم إشعار السادة العدول العاملين تحت إشرافكم بعدم تلقي شهادة كفالة الأطفال المشار إليهم أعلاه إلا بعد تحريات النيابة العامة من أجل التأكد من توفر الكافل على شروط تؤهله لضمان حماية المكفول. والسلام

وزير العدل  
عبد الرحمان أمالو

## هـ - رسالة رقم 879 بتاريخ 8 يونيو 2005

من المنسوب 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 شأن كفالة  
المرجع: المادة 16 من ظهير 13 / 6 / 2002 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين  
سلام تام بوجود مولانا الإمام دام له النصر والتمكين  
وبعد، فتبعاً لكتابتكم المشار إليه مرجعاً في موضوع الكفالة المتعلقة بالسيد:  
ذواكين بيريث وميث والسيد ماريبا قوسي ييسيمين أراغون  
السكن: شارع لا بوردينا 57-59 سلم الطابق الأعلى 2 برشلونة (اسبانيا)  
يشرفنا أن نطلعكم على الرأي الشرعي في الموضوع وهو أنه لا يحل للكافل مطلقاً أن يعطي اسمه ونسبه للمكفول  
لقول الله تعالى (وما جعل ادعياءكم أبناءكم ذلك قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل، ادعوهم لأبائهم  
هو أقسط عند الله، فإن لم تعلموا آبائهم، فإخوانهم في الدين ومواليكم) "سورة الأحزاب الايتان الرابعة والخامسة".  
وقول النبي صلى الله عليه وسلم: (من دعي إلى غير أبيه وهو يعلم فالجنة عليه حرام).  
وعن الشروط الأخرى المادية منها والاجتماعية والخلقية للكفيل، فإنه لا إمكانية للتعرف عليها سواء  
بالنسبة للكفلاء المغاربة أو الأجانب، ونوصي بضرورة قيام الجهات المختصة داخل التراب الوطني وخارجه  
بإجراء التحريات اللازمة عن الوسط المادي والاجتماعي والخلقي الذي سيحتضن المكفول.  
وتفضلوا بقبول فائق التقدير والاحترام.  
والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته.

## III - إجنهادان فقهيّة وقضائيّة

### 1- نموذج إشهاد عدلي بكفالة طفلة مهملة

المملكة المغربية  
وزارة الداخلية  
المحكمة الابتدائية بسوق أربعاء الغرب  
قسم قضاء الأسرة  
مصلحة التوثيق

الأطفال الذين يذهبون مع أقاربهم من العمال للإقامة معهم والإشراف على شؤونهم، والسبب هو حرص بعض المؤسسات المعنية بشؤون الأجانب المهاجرين كمنظمة الإقامة، ومؤسسة الضمان الاجتماعي، على التأكد من صحة المعلومات الشيء الذي يترتب عنه حرمان الأطفال المغاربة المكفولين من جميع الحقوق المترتبة على عقود الكفالة.

ونظرا إلى تلك العقود هي بداية حجة.  
وتفاديا للصعوبات المشار إليها أعلاه.

نطلب منكم إثارة انتباه السادة قضاة التوثيق إلى أنه يجب الإسراع بإنجاز عقود الكفالة التي يطلبها مواطنونا المقيمون في الخارج، وإشعار طالبيها بضرورة اللجوء إلى المحكمة بمجرد الحصول عليها لاستصدار مقررات قضائية بإثبات الكفالة، وكذا إثارة انتباه السادة قضاة الأحكام بوجوب البت في تلك الطلبات بكل استعجال، خصوصا وأن هذه الملفاة تكون غالب الأحيان جاهزة ولا يوجد أي داع إلى تأخيرها، كما نطلب منكم السهر على تنفيذ فحوى هذه الرسالة بكل عناية واهتمام، والسلام.

وزير العدل  
مصطفى بلعربي العلوي

## د- رسالة دورية رقم 1856 / 2 بتاريخ 7 فبراير 1996

من وزير العدل

إلى السيد القاضي المكلف بالتوثيق ب....

تحت إشراف السيد رئيس المحكمة الابتدائية ب....

تحت إشراف السيد الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف ب....

الموضوع: حول كفالة الأطفال

سلام تام بوجود مولانا الإمام

بعد، لوحظ أن بعض الأطفال يتم تسليمهم بمقتضى عقود كفالة من طرف آبائهم بسبب ظروف مادية أو غيرها لعائلاتهم مغربية مقيمة بالخارج من أجل كفالتهم والعيش معهم هناك، إلا أن هؤلاء الأطفال غالبا ما يتعرضون للضرر حيث يودعون في كثير من الأحيان بملاجئ الأطفال المتشردين بمقتضى حكم صادر عن قضاة دولة المقر بعد التأكد أن كافل الطفل أهمله أو قصر في قيامه بواجب تربيته.

ومن المعلوم أن بعض الأطفال يسلمون مباشرة من طرف آبائهم أو أوليائهم إلى أشخاص أو عائلات بواسطة إسهاد عدلي (عقد الكفالة) من أجل الإنفاق عليهم وتربيتهم ورعاية شؤونهم على وجه البر والإحسان دون أي شرط يشترط في الشخص الراغب في الكفالة، الشيء الذي قد يعرضهم إلى الإهمال والضياع.

وتفاديا لما قد يتعرض له هؤلاء الأطفال من ضرر، نطلب منكم - كلما تعلق الأمر بهذا النوع من الكفالة (كفالة الأطفال غير المهملين) - إجراء تحريات بواسطة النيابة العامة حول ما إذا كان الراغب فيها صالحا لها أخلاقيا واجتماعيا وله مؤهلات مادية كافية لتوفير احتياجات الطفل، ولم يسبق الحكم عليه من أجل جريمة ماسة بالأخلاق، أو جريمة مرتكبة ضد الأطفال، وكونه سليما من كل مرض معد أو مانع من قيامه بالواجب، وذلك وفقا للشروط التي أوجب المشرع توفرها بالنسبة لكافل الأطفال المهملين طبقا لمقتضيات الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 165.93.1 الصادر في 22 ربيع الأول 1414 (10/ 9 /1993)<sup>241</sup>.

241 الذي حل محله الظهير الشريف رقم 1. 12. 172 الصادر في فاتح ربيع الآخر 13) 1423 يونيو 2002 بتنفيذ القانون رقم 15. 01 المتعلق بالأطفال المهملين.

• التنسيق بين السادة القضاة المكلفين بشؤون القاصرين وبين المصالح القنصلية والسفارات المغربية التابع لها محل إقامة الكافل من أجل السهر على تنفيذ ما يتعلق بكفالة الأطفال المهملين المغاربة الذين يتم تسليمهم للكافلين المقيمين بصفة دائمة خارج أرض الوطن، وخاصة الكافلين الأجانب، وتتبع وضعيتهم ومراقبة مدى وفاء الكافلين بالالتزامات المنصوص عليها في القانون.

ونظرا لما لهذه المقتضيات من أهمية بالغة، نهيب بكم- وبكل تأكيد- إلى الحرص على التقيد بها، وإخبار الوزارة بانتظام بوضعية تسليم الأطفال المهملين.

## ب- منشور عدد 50 س 2 بناريخ فاتح يونيو 2003

من وزير العدل  
إلى السادة:

- الرؤساء الأولين لمحاكم الاستئناف
- رؤساء المحاكم الابتدائية
- القضاة المكلفين بالتوثيق وشؤون القاصرين

الموضوع: حول الإذن بالسفر بالطفل المكفول للإقامة خارج أرض الوطن

سلام تام بوجود مولانا الإمام  
وبعد، فقد لوحظ من خلال الاطلاع على بعض المقررات القضائية الصادرة عن محاكم أجنبية، أن سلطات بعض الدول حينما تلاحظ أن بعض الأشخاص أخذوا معهم طفلا مهملًا، أذنت السلطات القضائية المغربية بكفالاته ورخصت لكافليه بأخذه خارج التراب الوطني، تفتح في حقهم مساطر قضائية، وتقرر سحب الطفل من هذه العائلة وتسلمه إلى أخرى، أو إلى مؤسسة مؤهلة، معتمدة في ذلك على أن المعنيين بالكفالة لم يحترموا المقتضيات القانونية التي تنظم التبني في بلد الاستقبال.  
ويتجلى من ذلك أن الغاية التي توخاها المشرع من نظام الكفالة لا تتحقق، رغم الاحتياطات التي يتخذها القاضي المكلف بالتوثيق وشؤون القاصرين.  
ولتفادي الوقوع في مثل هذه الأوضاع، يتعين استقبالا وقبل الترخيص بمغادرة الطفل المكفول للتراب الوطني في اتجاه الدولة التي يريد الكافل أخذه إليها، التأكد من وجود اتفاقية قضائية تسمح بنظام الكفالة، أو إدلاء الكافل بإشهاد من سلطات ذلك البلد يثبت سلامة الوضعية القانونية التي سوف يعيشها المكفول إثر انتقاله إليه، والسلام.  
وزير العدل: محمد بوزيع

ج- رسالة دورية 12433 / 2 بناريخ 9 أكتوبر 1990 من وزير العدل  
إلى السيد رئيس المحكمة الابتدائية... نحث إشراف السيد الرئيس الأول  
لمحكمة الاستئناف...

الموضوع: عقود الكفالة

سلام تام بوجود مولانا الإمام  
وبعد، فقد توصلنا بكتاب من السيد سفير صاحب الجلالة بباريز أوضح فيها الصعوبات التي يصادفها بعض المواطنين المغاربة المهاجرين في إقناع السلطات الفرنسية المعنية بقبول عقود الكفالة المقامة ببلادنا بسبب عدم صدور أحكام قضائية بالصادقة عليها، إذ أن البعض من تلك السلطات يرفض قبول عقود كفالة

# II- دوريات ومناشير وزارية

أ- منشور رقم 16 س 2 / ك ع بتاريخ 28 مارس 2005

من وزير العدل

إلى

السادة:

الرؤساء الأولين لمحاكم الاستئناف

الوكلاء العامين للملك لديها

رؤساء المحاكم الابتدائية

وكلاء الملك لديها

القضاة المشرفين على أقسام قضاء الأسرة

القضاة المكلفين بشؤون القاصرين

الموضوع: كفالة الأطفال المهملين

سلام تام بوجود مولانا الإمام؛

ويعد، فلا تخفى عليكم الأهمية البالغة التي أولاها المشرع المغربي لوضعية الأطفال المهملين، والحماية القانونية التي وضعها لهم من أجل تحقيق المزيد من الضمانات الفعلية لكفالتهم، وحسن اختيار الأشخاص المؤهلين لهذه الكفالة.

وبالرجوع إلى مقتضيات القانون رقم 01. 15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 172. 02. 1 بتاريخ فاتح ربيع الآخر 1423 (13 يونيو 2002) يلاحظ أن المادة 16 منه تنص على أنه: "يقوم القاضي المكلف بشؤون القاصرين بجمع المعلومات والمعطيات المتعلقة بالظروف التي ستم فيها كفالة الطفل المهمل عن طريق بحث خاص يجريه بواسطة لجنة مكونة كما يلي:

- ممثل للنيابة العامة؛
- ممثل للسلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف والشؤون الإسلامية؛
- ممثل للسلطة المحلية؛
- ممثل للسلطة الحكومية المكلفة بالطفولة.

كما تتضمن المادة 18 منه أن عملية تسليم الطفل المكفول تتم على الخصوص بحضور ممثل النيابة العامة والسلطة المحلية والمساعدة الاجتماعية المعنية عند الاقتضاء.

وحتى يتأتى تفعيل هذه المقتضيات وفق ما توخاه المشرع، وتحقيق الغاية المرجوة من نظام كفالة الأطفال المهملين ينبغي:

- إنجاز الأبحاث وجمع المعلومات المتعلقة بالظروف التي ستم فيها كفالة الطفل في المادة 16 من القانون؛
- تعميق الأبحاث المنجزة من طرف الضابطة القضائية حول أهلية طالب الكفالة ومدى مؤهلاته للتكفل بالطفل، وخاصة إذا كان أجنبياً؛
- التأكد من كون الأجانب الذين يرغبون في كفالة الأطفال المهملين يتوفرون على مؤهلات الكفالة، ولهم من الضمانات ما يجعل الرقابة القضائية تمتد لتتبع أحوال الطفل المكفول؛
- الحرص على أن يتم تسليم الطفل المهمل بحضور ممثل السلطة المحلية والمساعدة الاجتماعية؛

### المادة 31

يعاقب الشخص الذي يمتنع عمداً عن أن يقدم لطفل وليد مهمل، المساعدة أو العناية التي تستلزمها حالته أو عن إخبار مصالح الشرطة أو الدرك أو السلطات المحلية لمكان العثور عليه، بالعقوبات المقررة في القانون الجنائي.

### السابع

### مقتضيات خنامية

### المادة 32

تنسخ جميع مقتضيات الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.93.165 الصادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) المتعلق بالأطفال المهملين.

## 2 - النصوص التنظيمية

**\* مرسوم رقم 600.03.2 صادر في 18 من ربيع الآخر 1425 (7 يونيو 2004) بنطبيق المادة 16 من القانون رقم 01.15 المنعلق بكفالة الأطفال المهملين**

الوزير الأول؛

بناء على الدستور ولاسيما الفصل 63 منه؛

وعلى القانون رقم 01.15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.172 بتاريخ فاتح ربيع الآخر (13) 1423 يونيو 2002 ولاسيما المادة 16 منه؛

وباقتراح من وزير التشغيل والشؤون الاجتماعية والتضامن؛

وبعد دراسة المشروع في المجلس الوزاري المنعقد بتاريخ 14 من ربيع الآخر (3) 1425 يونيو 2004 ؛

رسم ما يلي

:

### المادة الأولى

تتكون اللجنة المكلفة بالبحث المنصوص عليها في المادة 16 من القانون رقم 01.15 المشار إليه كما يلي:

- وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية التابع لدائرة نفوذها القاضي المكلف بشؤون القاصرين المختص أو من يعينه من نوابه لهذه الغاية بصفته رئيساً؛
- ناظر الأوقاف والشؤون الإسلامية الموجود بدائرة نفوذ نظارته مقر إقامة الطفل المهمل أو من ينوب عنه؛
- ممثل السلطة المحلية الموجودة بدائرة نفوذها مقر إقامة الطفل المهمل أو من ينوب عنه؛
- مساعدة اجتماعية معينة من السلطة الحكومية المكلفة بالطفولة، تقترحها السلطة الحكومية المكلفة بالصحة، أو من ينوب عنها.
- يعين أعضاء اللجنة المذكورين بقرارات للسلطات الحكومية التابعين لها.

### المادة الثانية

يسند تنفيذ هذا المرسوم الذي ينشر بالجريدة الرسمية إلى كل من السلطات الحكومية المكلفة بالتشغيل والشؤون الاجتماعية والتضامن والداخلية والعدل والأوقاف والشؤون الإسلامية والصحة كل واحدة فيما يخصها.

- بلوغ المكفول سن الرشد القانوني. ولا تسري هذه مقتضيات على البنت غير المتزوجة ولا على الولد المعاق أو العاجز عن الكسب؛
- موت المكفول؛
- موت الزوجين الكافلين معا أو المرأة الكافلة؛
- فقدان الزوجين الكافلين لأهليتهما معا ؛
- فقدان المرأة الكافلة لأهليتها؛
- حل المؤسسة أو الهيئة أو المنظمة أو الجمعية الكافلة؛
- إلغاء الكفالة بأمر قضائي في حالات إخلال الكافل بالتزاماته أو تنازله عن الكفالة، أو إذا اقتضت ذلك المصلحة الفضلى للطفل المكفول.

#### المادة 26

إذا انفصمت عرى الزوجية بين الزوجين الكافلين، أصدر القاضي المكلف بشؤون القاصرين بناء على طلب من الزوج أو الزوجة أو من النيابة العامة أو تلقائيا، أمرا إما باستمرار الكفالة لأحدهما، أو باتخاذ ما يراه مناسبا من إجراءات، وتسري على الطفل المكفول في هذه الحالة مقتضيات الفصل 102 من مدونة الأحوال الشخصية.

يجب على القاضي قبل إصدار أمر في شأن الكفالة، إجراء البحث المنصوص عليه في المادة 16 أعلاه.

#### المادة 27

يخول حق الزيارة طبقا لما يقرره القاضي المكلف بشؤون القاصرين، استنادا لما تقتضيه مصلحة الطفل، بعد الاستماع إليه إذا كان قد أدرك سن التمييز.

يمكن للقاضي أن يخول حق الزيارة لوالدي الطفل أو أقاربه، أو للزوجين اللذين كانا يتوليان كفالته، أو لممثل المنظمة أو الهيئة أو المؤسسة أو الجمعية التي كان مودعا لديها أو لكل شخص يهتم بمصلحة الطفل.

#### المادة 28

إذا انتهت الكفالة طبقا للمادتين 25 و26 أعلاه، بت القاضي المكلف بشؤون القاصرين عند الاقتضاء بأمر في شأن التقديم على الطفل المكفول، بناء على طلب من الشخص المعني أو من النيابة العامة أو تلقائيا.

#### المادة 29

يمكن لأحد الوالدين أو لكليهما - إذا ارتفعت أسباب الإهمال - استرجاع الولاية على طفلهما بمقتضى حكم. تستمع المحكمة إلى الطفل إذا كان قد أدرك سن التمييز وإذا رفض الطفل الرجوع إلى والديه أو إلى أحدهما، فإن المحكمة تقضي بما تراه مناسبا لمصلحة الطفل.

### الباب السادس

#### مقتضيات زجرية

#### المادة 30

تطبق على الكافل عند ارتكابه جريمة في حق المكفول مقتضيات القانون الجنائي التي تعاقب الوالدين على الجرائم التي يرتكبونها في حق الأولاد.

تطبق على المكفول عند ارتكابه جريمة في حق الكافل مقتضيات القانون الجنائي التي تعاقب على الجرائم التي يرتكبها الأولاد في حق الوالدين.

## الباب الرابع أثار الأمر المنفك بإسناد الكفالة

### المادة 22

يترتب عن الأمر المتعلق بإسناد الكفالة ما يلي:

- تحمل الكافل أو المؤسسة أو الهيئة أو الجمعية أو المنظمة المعنية بتنفيذ الالتزامات، المتعلقة بالنفقة على الطفل المكفول وحضنته ورعايته وضمنان تنشئته في جو سليم، مع الحرص على تلبية حاجياته الأساسية إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني، طبقاً للمقتضيات القانونية الواردة بمدونة الأحوال الشخصية المتعلقة بحضانة ونفقة الأولاد
- إذا كان الطفل المكفول أنثى، فإن النفقة يجب أن تستمر إلى أن تتزوج طبقاً لمقتضيات مدونة الأحوال الشخصية المتعلقة بالنفقة على الأنثى؛
- تطبق أيضاً مقتضيات مدونة الأحوال الشخصية المتعلقة بالنفقة على الأولاد العاجزين عن الكسب إذا كان الطفل المكفول معاقاً أو عاجزاً عن الكسب؛
- استفادة الكافل من التعويضات والمساعدات الاجتماعية المخولة للوالدين عن أولادهم من طرف الدولة أو المؤسسات العمومية أو الخصوصية أو الجماعات المحلية وهيئاتها؛
- كون الكافل مسؤولاً مدنياً عن أفعال المكفول. وتطبق على هذه المسؤولية القواعد الواردة في الفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود.

### المادة 23

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.

### المادة 24

يمكن للكافل السفر بالطفل المكفول للإقامة الدائمة خارج المملكة المغربية، بعد حصوله على إذن بذلك من طرف القاضي المكلف بشؤون القاصرين وذلك لمصلحة الطرفين.

ترسل نسخة من إذن القاضي عند صدوره، إلى المصالح القنصلية المغربية بمحل إقامة الكافل للقيام بدور تتبع وضعية الطفل المكفول ومراقبة مدى وفاء كافله بالالتزامات المنصوص عليها في المادة 22 أعلاه، وذلك بجميع الوسائل التي تراها مناسبة، مع إخبار القاضي المكلف بشؤون القاصرين المختص بكل إخلال يطرأ على هذه الالتزامات.

يوجه القنصل إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين تقارير تتعلق بحالة الطفل و يمكنه أن يقترح على القاضي كل التدابير التي يراها ملائمة ومنها إلغاء الكفالة.

يمكن للقاضي عند الضرورة وبناء على التقارير المذكورة أن يتخذ كل الإجراءات التي يراها ملائمة لمصلحة الطفل إما تلقائياً أو بناء على طلب من وكيل الملك أو ممن له مصلحة في ذلك، ويمكنه أن يستعين لهذه الغاية بالإبانة القضائية.

يرجع الاختصاص المحلي إلى القاضي الذي أصدر أمر إسناد الكفالة.

## الباب الخامس أسباب إنهاء الكفالة

### المادة 25

تنتهي الكفالة بأحد الأسباب الآتية:

يحرر المحضر في ثلاثة نظائر يوجه أحدها إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين ويسلم الثاني إلى الكافل ويحتفظ بالثالث في ملف التنفيذ.

## الفصل الثالث نبيع تنفيذ الكفالة

### المادة 19

يعهد إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين الواقع بدائرة نفوذه مقر إقامة الكافل، بمهمة تتبوع ومراقبة شؤون الطفل المكفول، ومدى وفاء الكافل بالتزاماته، وله أن يعهد من أجل ذلك بإجراء الأبحاث التي يراها مناسبة إلى:

- أ) النيابة العامة أو السلطة المحلية أو المساعدة الاجتماعية المؤهلة لذلك قانونا أو الجهات المختصة الأخرى؛
- ب) أو اللجنة المنصوص عليها في المادة 16 أعلاه.

توجه الجهات المذكورة أو اللجنة تقارير إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين حول البحث الذي تم إجراؤه. يمكن للقاضي المكلف بشؤون القاصرين، بناء على التقارير المقدمة إليه، أن يأمر بإلغاء الكفالة، وأن يتخذ ما يراه ملائما لمصلحة الطفل. يمكن للجهات أو اللجنة التي تضع التقارير المشار إليها أعلاه أن تقترح على القاضي التدابير التي تراها ملائمة ومنها الأمر بإلغاء الكفالة. يمكن أن ينص أمر القاضي على التنفيذ المعجل رغم كل طعن. يكون الأمر قابلا للاستئناف وتبت المحكمة في الاستئناف في غرفة المشورة. تقوم بتنفيذ الأمر المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرة نفوذها مقر إقامة الكافل.

### المادة 20

يتعين على القاضي المكلف بشؤون القاصرين، إذا امتنع كافل الطفل المهمل عن تنفيذ مقتضيات الأمر المشار إليه في المادة 19 أعلاه إحالة الملف على النيابة العامة لتسهر على تنفيذه بواسطة القوة العمومية أو بما تراه ملائما من الوسائل، مع اتخاذ الإجراءات المناسبة لمصلحة الطفل المكفول.

## الباب الثالث

### إجراءات تسجيل الأمر الصادر بكفالة الطفل المهمل بسجلات الحالة المدنية

### المادة 21

يوجه القاضي المكلف بشؤون القاصرين نسخة من الأمر القاضي بإسناد الكفالة أو بإلغائها أو باستمرارها إلى ضابط الحالة المدنية المسجل لديه رسم ولادة الطفل المكفول، وذلك داخل أجل شهر من تاريخ إصدار هذا الأمر. تحب الإشارة إلى الأمر الصادر بإسناد الكفالة أو بإلغائها أو باستمرارها ببطرة رسم ولادة الطفل المكفول طبق للمقتضيات المتعلقة بالحالة المدنية. غير أنه لا يشار إلى إسناد الكفالة في نسخ الرسوم المسلمة للكافل أو المكفول طبقا لقانون الحالة المدنية.



## الفصل الثاني المسطرة المنبذة لكفالة طفل مهمل

### المادة 14

يعهد إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين الواقع بدائرة نفوذه مقر إقامة الطفل المهمل، بإسناد الكفالة إلى الشخص أو الجهة الراغبة في الكفالة طبقاً للمادة التاسعة أعلاه.

### المادة 15

يتعين على الشخص أو الجهة الراغبة في كفالة طفل مهمل تقديم طلب بشأن إسناد الكفالة مرفق بالوثائق المثبتة لاستيفاء الشروط المبينة في المادة التاسعة أعلاه، وبنسخة من رسم ولادة الطفل المراد كفالته إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين المختص.  
يحق للشخص أو الجهة الراغبة في الكفالة الحصول على نسخة من رسم ولادة الطفل المراد كفالته.

### المادة 16

يقوم القاضي المكلف بشؤون القاصرين بجمع المعلومات والمعطيات المتعلقة بالظروف التي ستتم فيها كفالة الطفل المهمل، عن طريق بحث خاص يجريه بواسطة لجنة مكونة كما يلي:

- ممثل للنياية العامة ؛
- ممثل للسلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف والشؤون الإسلامية ؛
- ممثل للسلطة المحلية ؛
- ممثل للسلطة الحكومية المكلفة بالطفولة.
- تحديد كفاءات تعيين أعضاء اللجنة بنص تنظيمي.

يمكن للقاضي، إذا اقتضت ذلك طبيعة البحث، أن يستعين بأي شخص أو جهة يراها مفيدة لهذه الغاية. يهدف البحث خاصة إلى معرفة ما إذا كان الشخص الراغب في الكفالة مستوفياً للشروط المنصوص عليها في المادة التاسعة أعلاه.

### المادة 17

يصدر القاضي المكلف بشؤون القاصرين أمراً بإسناد كفالة الطفل المهمل إلى الشخص أو الجهة التي تقدمت بالطلب، إذا أسفر البحث عن توفر الشروط المطلوبة بمقتضى هذا القانون.  
ينص الأمر على تعيين الكافل مقدماً عن المكفول.  
يكون أمر القاضي المكلف بشؤون القاصرين مشمولاً بالنفاذ المعجل بقوة القانون رغم كل طعن.  
يكون أمر القاضي قابلاً للاستئناف. وتبت المحكمة في الاستئناف في غرفة المشورة.

### المادة 18

ينفذ الأمر الصادر بالكفالة من طرف المحكمة الابتدائية التابع لها القاضي المصدر لأمر الكفالة داخل خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره.  
يحجر محضر بتسليم الطفل المكفول إلى الشخص أو الجهة الكافلة.  
يتم التنفيذ على الخصوص بحضور ممثل النيابة العامة والسلطة المحلية والمساعدة الاجتماعية المعنية عند الاقتضاء.  
يجب أن يتضمن المحضر على الخصوص هوية الكافل والطفل المكفول والأشخاص الذين حضروا التسليم ومكان وساعة تسليم الطفل ويجب أن يوقعه عون التنفيذ والكافل. وإذا كان الكافل لا يستطيع التوقيع، فيضع بصمته.

الكافية لرعاية الطفل المهمل أو لدى أسرة أو امرأة ترغب في كفالتة أو في رعايته فقط، شريطة أن تتوفر في هؤلاء الأشخاص والمؤسسات الشروط المنصوص عليها في المادة أدناه، وذاك إلى أن يصدر الأمر بشأن الكفالة.

## الفصل الأول الشروط المطلوبة لكفالة طفل مهمل

### المادة 9

تسند كفالة الأطفال الذين صدر حكم بإهمالهم إلى الأشخاص والهيئات الآتي ذكرها:

1 - الزوجان المسلمان اللذان استوفيا الشروط التالية:

- أ) أن يكونا بالغين لسن الرشد القانوني وصالحين للكفالة أخلاقيا واجتماعيا ولهما وسائل مادية كافية لتوفير احتياجات الطفل؛
- ب) ألا يكون قد سبق الحكم عليهما معا أو على أحدهما من أجل جريمة ماسة بالأخلاق أو جريمة مرتكبة ضد الأطفال؛
- ج) أن يكونا سليمين من كل مرض معد أو مانع من تحمل مسؤوليتهما؛
- د) أن لا يكون بينهما وبين الطفل الذي يرغبان في كفالتة أو بينهما وبين والديه نزاع قضائي أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة المكفول.

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

3 - المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال والمنظمات و الجمعيات ذات الطابع الاجتماعي المعترف لها بصفة المنفعة العامة المتوفرة على الوسائل المادية والموارد والقدرات البشرية المؤهلة لرعاية الأطفال وحسن تربيتهن وتنشئتهن تنشئة إسلامية.

### المادة 10

إذا تعددت الطلبات بشأن كفالة طفل مهمل تمنح الأسبقية الزوجين اللذين ليس لهما أطفال، أو اللذين تتوفر لهما أفضل الظروف لضمان المصلحة الفضلى للطفل.

### المادة 11

لا يمنع وجود أطفال لدى الزوجين من كفالة أطفال مهملين شريطة الاستفادة جميع هؤلاء الأطفال من الإمكانيات المتوفرة لدى الأسرة على قدم المساواة.

### المادة 12

لا تتم كفالة طفل مهمل يتجاوز سنه اثني عشرة سنة شمسية كاملة إلا بموافقة الشخصية. لا تشترط موافقة الطفل المهمل إذا كان طالب الكفالة مؤسسة عمومية مكلفة برعاية الأطفال، أو هيئة أو منظمة أو جمعية ذات طابع اجتماعي معترف لها بصفة المنفعة العامة.

### المادة 13

لا يمكن كفالة طفل واحد من طرف عدة كافلين في آن واحد.

## المادة 2

كفالة طفل مهمل بمفهوم هذا القانون، هي الالتزام برعاية طفل مهمل وتربيته وحمايته والتفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده ولا يترتب عن الكفالة حق في النسب ولا في الإرث.

## المادة 3

يجب على كل شخص عثر على طفل وليد مهمل أن يقدم له المساعدة والعناية التي تستلزمها حالته، وأن يبلغ عنه على الفور مصالح الشرطة أو الدرك أو السلطات المحلية لمكان العثور عليه.

## المادة 4

يقوم وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية الواقع بدائرة نفوذها مقر إقامة الطفل، أو مكان العثور عليه، بإيداع الطفل مؤقتا بإحدى المؤسسات أو المراكز المذكورة في المادة 8 المذكورة أدناه، إما تلقائيا أو بناء على إشعار من طرف الغير ويقوم وكيل الملك بإجراء بحث في شأن الطفل. يقدم وكيل الملك على الفور طلب التصريح بأن الطفل مهمل، إلى المحكمة الابتدائية الواقع بدائرة نفوذها مقر إقامة الطفل أو مكان العثور عليه أو مقر المركز الاجتماعي المودع به.

## المادة 5

يقوم وكيل الملك عند الاقتضاء بكل الإجراءات الرامية إلى تسجيل الطفل بالحالة المدنية قبل تقديمه طلب التصريح بالإهمال، ومن بينها إقامة الدعاوى وكل ذلك مع مراعاة أحكام القانون المتعلق بالحالة المدنية. يقدم وكيل الملك للمحكمة عناصر البحث الذي أجراه من أجل إثبات كون الطفل مهملًا.

## المادة 6

تقوم المحكمة عند الاقتضاء بعد الاطلاع على نتائج البحث الذي قدمه وكيل الملك بإجراء كل بحث أو خبرة تكميلية تراها ضرورية. إذا تبين للمحكمة أن الطفل مجهول الأبوين فإنها تصدر حكما تمهيديا يتضمن كافة البيانات اللازمة للتعريف بالطفل ومنها أوصافه ومكان العثور عليه وتأمير وكيل الملك بالقيام بما يلزم لتعليق الحكم وخاصة في مكاتب الجماعة المحلية والقيادة بمكان العثور على الطفل، أو عند الاقتضاء في أحد المكانين الآخرين المذكورين في الفقرة الثانية من المادة الرابعة أعلاه أو فيهما معا أو في أي مكان آخر تراه المحكمة ملائما، وذلك لمدة ثلاثة أشهر يمكن أثناءها لأبوي الطفل أن يعرفا بنفسيهما ويطالبان باسترداده. إذا انصرمت هذه المدة، دون أن يتقدم أي شخص لإثبات أبوته للطفل ويطلب باسترداده، فإن المحكمة تصدر حكما فيه بأن الطفل مهمل. يكون الحكم قابلا للتنفيذ المعجل بقوة القانون رغم كل طعن.

## المادة 7

توجه نسخة من الحكم المشار إليه في المادة 6 أعلاه، بطلب من وكيل الملك أو من الشخص الذي يطلب كفالة الطفل إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين لدى المحكمة المختصة. يمارس القاضي المكلف بشؤون القاصرين الولاية على الأطفال المهملين لأحكام النيابة الشرعية والنيابة القانونية المنصوص عليهما في مدونة الأحوال الشخصية وفي قانون المسطرة المدنية.

## المادة 8

يقوم وكيل الملك بإيداع الطفل موضوع طلب التصريح بالإهمال أو المصرح بإهماله مؤقتا بإحدى المؤسسات الصحية أو بأحد مراكز أو مؤسسات الرعاية الاجتماعية المهتمة بالطفولة سواء منها التابعة للدولة أو للجماعات المحلية أو للهيئات والمنظمات والجمعيات المتوفرة على الوسائل المادية والبشرية

## الباب الرابع أثار القرار المنعلق بإسناد الكفالة

المادة 23  
يتحمل الكافل أو المؤسسة المعنية تنفيذ الالتزامات المتعلقة برعاية الطفل المهمل وضمان تنشئته في جو عائلي سليم مع الحرص على تلبية حاجياته الأساسية إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني.

ب - ظهير شريف رقم 1.02.172 صادر في ربيع الآخر 1423  
( 13 يونيو 2002 )  
ب تنفيذ القانون رقم 15.01 المنعلق بكفالة الأطفال المهملين<sup>240</sup>

الحمد لله وحده.

الطابع الشريف - بداخله:

(محمد بن الحسن بن محمد بن يوسف الله وليه)  
يعلم من ظهيرنا الشريف هذا، أسماء الله وأعز أمره أننا:  
بناء على الدستور ولاسيما الفصلين 26 و 58 منه،  
أصدرنا أمرنا الشريف بما يلي :  
ينفذ وينشر بالمجريدة الرسمية، عقب ظهيرنا الشريف هذا، القانون رقم 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين كما وافق عليه  
مجلس النواب ومجلس المستشارين.  
وحرر بالرباط في فاتح ربيع الآخر 1423 (13 يونيو 2002).  
وقعه بالعطف :  
الوزير الأول،  
الإمضاء :عبد الرحمن اليوسفي.

القانون رقم 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين  
الباب الأول  
أحكام عامة

### المادة 1

يعتبر مهملا الطفل من كلا الجنسين الذي لم يبلغ سنه ثمان عشرة سنة شمسية كاملة إذا وجد في إحدى الحالات التالية:

- إذا ولد من أبوين مجهولين، أو ولد من أب مجهول وأم معلومة تخلت عنه بمحض إرادتها؛
- إذ كان يتيما أو عجز أبواه عن رعايته وليست له وسائل مشروعة للعيش؛
- إذا كان أبواه منحرفين ولا يقومان بواجبهما في رعايته و توجيهه من أجل اكتساب سلوك حسن، كما في حالة سقوط الولاية الشرعية، أو كان أحد أبويه الذي يتولى رعايته بعد فقد الآخر أو عجزه عن رعايته منحرفا ولا يقوم بواجبه المذكور إذا هـ.

للشروط المبينة في المادة السابعة إلى اللجنة المختصة.

#### **المادة 14**

تعمل اللجنة المعنية علي جمع المعلومات والمعطيات المتعلقة بالظروف التي ستتم فيها كفالة الطفل المهمل عن طريق بحث خاص تأمر به لهذه الغاية بواسطة السلطات المختصة.

#### **المادة 15**

يمكن للجنة المختصة أن تصدر قرارا بشأن إسناد كفالة الطفل المعني إلى الجهات التي تقدمت بالطلب إذا أسفر البحث عن توفر الشروط المطلوبة بمقتضى ظهيرنا الشريف هذا المعتبر بمثابة قانون.

#### **المادة 16**

تسند الكفالة بمقتضى عقد محرر من طرف عدلين بموطن الزوجين أو المؤسسة التي أسندت إليها الكفالة، داخل مدة خمسة عشر يوما من تاريخ صدور قرار الكفالة.

#### **المادة 17**

إذا ظهر نزاع حول هوية الطفل المهمل أو نسبه أو ادعى أحد أبوته فإن المحكمة الابتدائية المختصة هي التي تبت في هذا النزاع.

#### **المادة 18**

يجوز للجنة المعنية بناء على التقارير المقدمة إليها من طرف الجهات المختصة، أن تراجع قرار إسناد الكفالة أو تلغيه وفق ما تراه ملائما لمصلحة الطفل المكفول، ويتبع هذه المراجعة أو هذا الإلغاء تغيير أو فسخ عقد الكفالة وفق الشروط المبينة في المادة 16 أعلاه.

#### **المادة 19**

إذا امتنع كافل الطفل المهمل عن التخلي عن كفالة هذا الأخير، يجوز للجنة المعنية إحالة الملف على النيابة العامة لاستصدار حكم من طرف المحكمة الابتدائية مع اتخاذ الإجراءات الملائمة لصالح الطفل المكفول.

#### **المادة 20**

يكون الحكم الصادر وفق المادة السابقة مشمولاً بالتنفيذ المعجل وغير قابل للطعن

### **الباب الثالث**

### **الإجراءات المنبئة لتسجيل حدث مهمل بالحالة المدنية**

#### **المادة 21**

يجب تسجيل العقد المتعلق بالكفالة المشار إليه في المادة 16 أعلاه بطرة رسم ولادة الطفل المهمل لدى مكتب الحالة المدنية الذي سبق تسجيله به وذلك داخل أجل ثلاثة أشهر من تاريخ تحرير العقد المذكور. وفي حالة ما إذا كان الطفل المعني غير مسجل بدفاتر الحالة المدنية فإن اللجنة المعنية تسهر على اتخاذ التدابير والإجراءات المتعلقة بتسجيله بهذه الدفاتر وفق النصوص الجاري بها العمل في نظام الحالة المدنية، مع تسجيل عقد الكفالة بطرة رسم الولادة حسبما هو مبين في الفقرة الأولى من هذه المادة.

#### **المادة 22**

يتعين أن يحمل الطفل المهمل المجهول النسب اسما عائليا مخالفا للاسم العائلي لكافله.

## الباب الثاني الوضعية القانونية للطفل المهمل

### الجزء الأول الشروط المطلوبة للنكفل بحدث مهمل

#### المادة 7

تسند كفالة الأحداث الذين صدر حكم بشأن إهمالهم إلى الهيئات والأشخاص الآتي ذكرهم:

1- المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال والهيئات والمنظمات ذات الطابع الاجتماعي المعترف لها بصفة المنفعة العامة؛

2- الزوجان المسلمان اللذان مرت ثلاث سنوات على الأقل على زواجهما واستوفيا الشروط التالية:

- أ- أن يكونا صالحين للكفالة أخلاقيا واجتماعيا ولهما مؤهلات مادية كافية لتوفير احتياجات الطفل؛
- ب- ألا يكون قد سبق الحكم عليهما معا أو على أحدهما من أجل جريمة ماسة بالأخلاق أو جريمة مرتكبة ضد الأطفال؛
- ج- أن يكونا سليمين من كل مرض معد أو مانع من قيامهما بالواجب.

#### المادة 8

إذا تعددت الطلبات بشأن كفالة طفل مهمل تمنح الأسبقية للزوجين اللذين ليس لهما أطفال.

#### المادة 9

لا يمنع وجود أطفال لدى الزوجين من كفالة أطفال مهملين، شريطة الاستفادة جميع هؤلاء الأطفال من الإمكانيات المتوفرة لدى الأسرة بنفس القدر.

#### المادة 10

لا تتم كفالة حدث مهمل يتجاوز سنه عشر سنوات إلا بموافقة الشخصية.

#### المادة 11

لا يمكن كفالة طفل واحد من طرف عدة أشخاص في آن واحد.

### الجزء الثاني

### المسطرة المنبئة للنكفل بحدث مهمل

#### المادة 12

تحدث على صعيد كل عمالة أو إقليم لجان إدارية يعهد إليها بإسناد كفالة الأطفال المهملين إلى الهيئات والأشخاص المشار إليهم في المادة السابعة.  
يحدد نص تنظيمي تشكيل هذه اللجنة وعلاقتها بالإدارة الوصية.

#### المادة 13

يتعين على الجهة الراغبة في كفالة طفل مهمل أن تتقدم لهذه الغاية بطلب مرفق بالوثائق المثبتة لاستيفائها

# ملاحق

## 1- نصوص تشريعية و تنظيمية

### 1- النصوص التشريعية

أ- ظهير شريف معنبر بمثابة قانون رقم 165. 93. 1 صادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) يتعلق بالأطفال المهملين

### الباب الأول مقتضيات عامة

#### المادة 1

يعتبر طفلا مهملا الحدث من كلا الجنسين الذي لم يبلغ سنه ثمان عشرة سنة شمسية كاملة إذا وجد في إحدى الحالات التالية:

- 1- إذا ازداد من أبوين مجهولين وعثر عليه في أي مكان؛
- 2- إذا كان يتيما وليست له وسائل مشروعة للعيش؛
- 3- إذا عجز أبواه عن رعايته وتربيته لأمر قاهر خارج عن إرادتهما؛
- 4- إذا كان أبواه منحرفين ولا يقومان بواجبهما في رعايته وتوجيهه من أجل اكتساب سلوك حسن.

#### المادة 2

يقدم طلب التصريح بالإهمال إلى المحكمة الابتدائية الواقع بدائرتها مقر إقامة الطفل من طرف وكيل الملك بنفس المحكمة، إما تلقائيا أو بناء على إشعار من طرف الغير.

#### المادة 3

تصدر المحكمة الابتدائية عند الاقتضاء أمرا بإجراء بحث عن أولياء الطفل.

#### المادة 4

تصدر المحكمة الابتدائية حكما بكون الحدث مهملا إذا تبين من خلال البحث أنه مصنف في إحدى الحالات المشار إليها في المادة الأولى.

#### المادة 5

يجوز للنيابة العامة وضع الحدث المهمل مؤقتا بإحدى المؤسسات الصحية أو بأحد مراكز أو مؤسسات الرعاية الاجتماعية المهتمة بالطفولة سواء منها التابعة للدولة أو للجماعات المحلية أو للهيئات والمنظمات المعترف لها بصفة المنفعة العامة، إلى أن يصدر قرار بشأن كفالة هذا الحدث من طرف اللجنة المعنية.

#### المادة 6

يمارس القاضي المكلف بشؤون القاصرين بالمحكمة الابتدائية الولاية على الأحداث المهملين.

- محمد بنحساين: صراع المغاربة بالخارج مع نظام الكفالة للأطفال المهملين، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، الرباط، العدد56، 2004.
- عائشة خذاني: تجرية وزارة التشغيل والصناعة التقليدية والشؤون الاجتماعية في مجال رعاية الأطفال المحرومين من الأسرة، ضمن محاور اللقاء المغربي الأول حول الطفل المحروم من الأسرة، العصابة المغربية لحماية الطفولة، الرباط 22- 25 أكتوبر 1992.
- سميرة برادة: كفالة الأطفال المتخلى عليهم بين النظرية والتطبيق، مقال مقدم منى الأيام الدراسية حول مدونة الأسرة، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية، شتنبر 2004.
- Ait Zai Nadia : L'enfant illégitime dans la société musulmane, revue algérienne des sciences juridiques économiques, économiques et politiques, volume XXVIII n°02, juin 1990.
- Hafid Assaoui : Kafala, université de PERPIGNAN ( www.memoireonline.com/03/07/397/m kafala-recueil-legal.html).
- MOULAY RCHID, Abderrazak : Les droits de l'enfants dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays Arabo-musulmans, Recueil de Cours de l'Académie de la Haye, Tome 268, 1997.
- عبد القادر باينة: المختصر في القانون الإداري المغربي ، ط ٢ - دار النشر المغربية - الدار البيضاء، ١٩٩٥.
- محمد بنحساين : مغاربة الخارج و قانون كفالة الأطفال المهملين، مجلة القانون المغربي، ع ١١ ، ٢٠٠٧، ص ١٦٥- ١٨٢
- خالد بنيس ، دعاوي الحالة المدنية ، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ١٩٩٤
- نور الدين الشرقاوي الغزواني، قانون كفالة الأطفال المهملين، الطبعة الأولى، مكتبة دار السلام، الرباط، ٢٠٠٣
- عبد المجيد غميحة، موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون و الفقه في مسائل الأحوال الشخصية ، سلسلة الدراسات و الأبحاث، ع ١٤، دارالقلم، الرباط، ٢٠٠٧
- أحمد الخليلشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء ٢، ط ١، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ١٩٩٤
- حفيظ كريني، دليل التقاضي أمام قضاء الأسرة، دار السلام، الرباط، ٢٠٠٧
- عبد القادر قرموش، كفالة الأطفال المهملين، دار السلام، الرباط، ٢٠٠٨
- A. BOUDAHRAIN, Droit judiciaire privé au Maroc, Ed. Babel, Rabat, 1994.
- CANAC, "Réflexions sur l'inexistence de l'adoption en droit musulman", Revue Algérienne, 1959, n° 2, p. 27 y ss.
- M. CHAFI, "L'enfant né hors mariage au Maroc", Revue marocaine de Droit et d'Economie de Développement, n° 19, 1989, p. 133 et ss.
- LAPANNE-JOINVILLE, "La filiation maternelle en droit musulman malékite", Revue Marocaine de Droit, 1952, p. 256 et ss.
- A. RODRIGUEZ BENOT, "El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural. (Un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la kafala)", Revista General de Derecho, núm. 667, 2000, pp. 4419-4448.
- M. ZARROUKI, "La prise en charge ou la kafala des enfants en Droit marocain", Revue Al Molhaq al Qadaï, n° 39, 2005, pp. 3-39.



انتهاء أمد المؤسسة المعنية أو استقالة أعضائها، أو اتفاقهم على حلها قانونيا، أو التدخل القضائي لحل المؤسسة في حال مخالفتها للقانون، أو التدخل الإداري لحل المؤسسة في الحالات التي أقرها القانون<sup>239</sup>.

## ب- آثار إنهاء الكفالة

بانتها الكفالة، يعود القاصر إلى وضعية الإهمال ويصير محتاجا إلى تدابير حماية. لهذا السبب، يتعين على القاضي المكلف بشؤون القاصرين أن يبت عند الاقتضاء بأمر في شأن التقديم على الطفل المكفول، بناء على طلب من الشخص المعني أو من النيابة العامة أو تلقائيا.

ولا بد في هذه الحالة أن يكون المقدم ذا أهلية كاملة حازما ضابطا أميناً، وللمحكمة أيضا اعتبار شرط الملاءة في المقدم (المادة 246 من مدونة الأسرة). وفي كل الأحوال يكون القاضي رقيبا على تصرفات المقدم لا سيما فيما يتعلق بالمصالح الاقتصادية للقاصر، إذ يجوز للمحكمة أن تجعل على الوصي أو المقدم مشرفا مهمته مراقبة تصرفاته وإرشاده لما فيه مصلحة المحجور، وتبليغ المحكمة ما قد تراه من تقصير أو تخشاه من إتلاف في مال المحجور (المادة 248 والمادة 271 وما يليها من مدونة الأسرة).

وقد ترك القانون المتعلق بالكفالة الباب مفتوحا أمام إمكانية قيام أحد الوالدين أو كليهما - إذا ارتفعت أسباب الإهمال - باسترجاع الولاية على طفلها بمقتضى حكم. فإذا عُرف أبوا الطفل - أو أحدهما - أو استرجعا القدرة على رعايته والنفقة عليه، أو تأكد أن سلوكهما قد تحسن على نحو يؤهلهما لتربية ابنهما، جاز للمحكمة أن تخولهما الولاية على الطفل من جديد، وذلك بعد أن تستمع إلى الطفل إذا كان قد أدرك سن التمييز؛ وإذا رفض الطفل الرجوع إلى والديه أو إلى أحدهما، فإن المحكمة تقضي بما تراه مناسبا لمصلحة الطفل (المادتان 28 و29).

## الكتاب الفقهي

- أحمد الخليلي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثاني: آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية، الطبعة الأولى، الرباط، 1994.
- عائشة التاج، الأطفال المتخلى عنهم: أية رعاية اجتماعية؟ الأسرة والطفل والتحول المجتمعية، منشورات الشعلة، النجاح الجديدة، الدار البيضاء 2002.
- عبد العالي الدليمي: مسطرة كفالة طفل مهمل، مجلة المحامي، هيئة المحامين براكش، العدد 46.
- عبد القادر قرموش: كفالة الأطفال المهملين، الطبعة الأولى 2008 الرباط.
- محمد الشافعي: كفالة الأطفال في التشريع المغربي، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، كلية الحقوق براكش، العدد 39، 2006.
- محمد متوكل: كفالة الأطفال المهملين وكيفية تنفيذ الأوامر الصادرة بشأنها، مجلة الملف الجديدة، العدد 9، 2006.
- مصطفى قرواش: كفالة الأطفال المهملين، مجلة المحكمة، المحكمة الابتدائية بالرماني، العدد 2003، 2.
- مولاي عبد العزيز اليوسفي علوي: كفالة الطفل المهمل، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق أكادال-الرباط 1999/2000.
- نور الدين الشقاوي الغزواني: قانون كفالة الأطفال المهملين، الطبعة الأولى يونيو، الرباط، 2003.
- محمد الشافعي: كفالة الأطفال المهملين، سلسلة البحوث القانونية 14، مراكش 2007.
- نور الدين الشقاوي الغزواني: أبحاث وتعليق على ضوء تشريعات خاصة، قانون الأطفال المهملين، الرباط، 1995.
- محمد أكديد: في التشريع المغربي، مجلة المحكمة، المحكمة الابتدائية بالرماني، العدد 2، 2002.

239 عبد القادر باينة، المختصر في القانون الإداري، مطبعة دار النشر المغربية، ط 1، 1985، ص. 223

أما إذا كان فقدان الأهلية يخص أحدهما دون الآخر، فيجوز لمن لم يفقد أهليته أن يستمر في تحمل مسؤولية الكفالة.

ويقنصر القانون المتعلق بالكفالة على ذكر حالات فقدان الأهلية من دون أية إشارة إلى حالات نقصان الأهلية<sup>234</sup> لدى الكافل. ولعل من الممكن اعتباره في هذا الصدد أنه يجوز للقاضي بعد إجراء التحريات والخبرات الطبية أن يقرر ما يراه مناسباً حول استمرار الطفل تحت كفالة أشخاص ناقصي الأهلية<sup>235</sup>.

وإذا كانت الكفالة تنتهي بموت المرأة الكافلة وبموت الزوجين الكافلين معاً، فإن الأمر مختلف إذا توفي أحد الزوجين وبقي الآخر على قيد الحياة، لأن الأخير يستمر في تحمل الكفالة وحده.

وإذا انفصمت عري الزوجية بين الزوجين الكافلين، أصدر القاضي المكلف بشؤون القاصرين بناءً على طلب من الزوج أو الزوجة أو من النيابة العامة أو تلقائياً، أمراً إما باستمرار الكفالة لأحدهما، أو باتخاذ ما يراه مناسباً من إجراءات (المادة 26). ولما كانت هذه الوضعية ماثلة لما أقره المشرع في موضوع حضانة الأولاد عند انحلال ميثاق الزوجية<sup>236</sup>، فمن حق المكفول الذي أتم خمسة عشر عاماً، أن يختار بين كافليه من سينفرد بكفالته ويكون للآخر حق الزيارة (المادة 27).

وتنتهي الكفالة أيضاً بأمر قضائي في حالات إخلال الكافل بالتزاماته أو تنازله عن الكفالة، أو إذا اقتضت ذلك المصلحة الفضلى للطفل المكفول.

وللقاضي المكلف بشؤون القاصرين أن يلغي الكفالة إذا تبين له أن الكافل لا يفي بالتزاماته المتعلقة بالنفقة على الطفل المكفول وحضنته ورعايته وضمان تنشئته في جو سليم<sup>237</sup>. وتلغى الكفالة كذلك في حال وجود أي من الموانع التي من شأنها أن تخل بالشروط المطلوبة في الكافل والمشار إليها في المادة 9، كفقدان الأهلية، أو عدم الصلاحية الأخلاقية والاجتماعية لتحمل الكفالة، أو الافتقار إلى الوسائل المادية الكافية لتوفير احتياجات الطفل، أو الإصابة بأحد الأمراض المعدية أو المانعة من تحمل المسؤولية، أو الحكم من أجل جريمة ماسة بالأخلاق أو جريمة مرتكبة ضد الأطفال<sup>238</sup>، أو أن يكون بين الكافلين والمكفول أو أسرته الأصلية نزاع قضائي أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة الطفل. في هذه الحالات كافة، يتصرف القاضي إما تلقائياً أو بناءً على طلب من النيابة العامة أو ممن له مصلحة في ذلك. ويمكن أن ينص أمر القاضي على التنفيذ المعجل رغم كل طعن، ويكون الأمر قابلاً للاستئناف وتقوم بتنفيذه المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرة نفوذها مقر إقامة الكافل. وإذا امتنع كافل الطفل المهمل عن تنفيذ مقتضيات الأمر القضائي، جاز للقاضي المكلف بشؤون القاصرين أن يحيل الملف على النيابة العامة لتسهر على تنفيذه بواسطة القوة العمومية أو بما تراه ملائماً من الوسائل، مع اتخاذ الإجراءات المناسبة لمصلحة الطفل المكفول (المادة 19).

وفي الأخير، يجب على الكافل المتنازل عن كفالته أن يطلب من قاضي شؤون القاصرين إعفاءه وعليه أن يعزز طلبه بالأدلة التي تبرر قراره.

#### أسباب إنهاء الكفالة عندما يكون الكافل منظمة أو جمعية مكلفة برعاية الطفولة

غالبية الأطفال المهملين في المغرب تتكفل بهم المؤسسات العمومية المهتمة برعاية الطفولة أو المنظمات والجمعيات ذات الطابع الاجتماعي والمعترف لها بصفة المنفعة العامة. في هذه الحالات، تنتهي الكفالة إذا انحلت المؤسسة أو الهيئة أو المنظمة أو الجمعية الكافلة. ويمكن أن يقع هذا الانحلال لعدة أسباب من بينها

234 المواد 215 و216 و220 من مدونة الأسرة.

235 عبد القادر قروموش، "كفالة الأطفال المهملين"، المرجع المذكور، ص 241.

236 المادة 166 من مدونة الأسرة.

237 أي كل الالتزامات التي قطعها الكافل على نفسه عندما طلب الكفالة، المادة 22، الفقرة الأولى من القانون المتعلق بالكفالة.

238 وذلك مع عدم الإخلال بالأحكام الجزائية ذات الصلة. ويمقتضى المادة 30 من القانون المتعلق بالكفالة، تطبيق على الكافل عند ارتكابه جريمة في حق المكفول مقتضيات القانون الجنائي التي تعاقب الوالدين على الجرائم التي يرتكبوها في حق الأولاد، مثلما تطبيق على المكفول عند ارتكابه جريمة في حق الكافل مقتضيات القانون الجنائي التي تعاقب على الجرائم التي يرتكبها الأولاد في حق الوالدين.

ولا تخفى - بطبيعة الحال- أهمية هذه الاتفاقيات الدولية، ذلك أن المصادقة أو الانضمام إليها، يوجب اعتبارها جزءاً من القانون الوطني مع ما يترتب على ذلك من ضرورة مطابقة القانون الوطني للحقوق المنصوص عليها فيها.

## المطلب 2. إنهاء الكفالة: أسبابه وأثاره\*<sup>230</sup>

### أ- أسباب إنهاء الكفالة

تنتهي الكفالة لأسباب مرتبطة بالمكفول وأخرى متعلقة بالكافل. بالنسبة للمكفول، تنتهي الكفالة ببلوغ المكفول سن الرشد القانوني أو بوفاته. وقد حددت مدونة الأسرة (المادة 209) سن الرشد في 18 سنة شمسية كاملة، وبذلك حسم المشرع المغربي مشكلة الاختلافات التي كانت قائمة بين المدونات بخصوص سن الرشد كما وضع حداً لتطبيق قواعد الفقه التي تعتمد أكثر على مفهوم البلوغ. إلا أن هناك استثناءً يتعلق بترشيد القاصر بمقتضى حكم قضائي عند بلوغه 16 عاماً. في هذه الحالة، ولما كان "يترتب عن الترشيد تسلم المرشد لأمواله واكتسابه الأهلية الكاملة في إدارتها و التصرف فيها"<sup>231</sup>، لزم أن تنتهي الكفالة أيضاً بترشيد القاصر<sup>232</sup>.

وهناك حالات استثنائها المشرع من انتهاء الكفالة ببلوغ سن الرشد، كما هو الشأن بالنسبة للولد المعاق أو العاجز عن الكسب وكذلك بالنسبة للبت. ففي هذه الحالة الأخيرة تبقى البنت مشمولة بالكفالة إلى أن تتزوج، وهذا أمر يتعارض مع مقتضيات مدونة الأسرة (المادة 198) -الصادرة بعد الظهير المتعلق بالكفالة- والتي فرضت النفقة على البنت إلى حين توفرها على الكسب أو وجود نفقتها على زوجها. وقد يكون من المناسب تعديل هذه القاعدة وجعل الكفالة تنتهي بالنسبة للولد ببلوغه سن الرشد، أو ببلوغه سن الخامسة والعشرين إذا كان يتابع الدراسة؛ وبالنسبة للبت ببلوغها سن الرشد وحصولها على الكسب أو بزواجها. وتنتهي الكفالة في كل الأحوال بموت المكفول<sup>233</sup>.

وفيما يخص الأسباب المتعلقة بالكافل والتي تنهي الكفالة، فإن الأمر يختلف باختلاف ما إذا كان الكافل شخصاً أو مؤسسة.

### أسباب إنهاء الكفالة عندما يكون الكافل شخصاً ذنباً

تنتهي الكفالة بموت المرأة الكافلة أو بفقدانها لأهليتها؛ وبوفاة الزوجين الكافلين معاً أو بفقدانها لأهليتهما؛ وبانفصام عرى الزوجية بين الكافلين، وبإلغاء الكفالة بأمر قضائي في حالات إخلال الكافل بالتزاماته أو تنازله عن الكفالة.

ويفرق المشرع المغربي بين نوعين من الأهلية: أهلية وجوب وأهلية أداء. فأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التي يحددها القانون، وهي ملازمة له طول حياته ولا يمكن حرمانه منها. أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية والمالية و نفاذ تصرفاته، ويحدد القانون شروط اكتسابها وأسباب نقصانها أو انعدامها (المواد 206 إلى 208 من مدونة الأسرة). وبناءً على ذلك، فإذا فقد الكافل أهلية الأداء بسبب الجنون أو فقدان العقل (المادة 217، الفقرة الثانية من مدونة الأسرة) وجب الحجر عليه بمقتضى حكم قضائي، واعتبرت تصرفاته باطلة ولا تنتج أي أثر (المادتان 220 و224 من مدونة الأسرة). ومن ثمة يستحيل على فاقد أهلية الأداء الاستمرار في تحمل مسؤولية الكفالة. وينطبق ذلك سواء على المرأة الكافلة أو على الزوجين الكافلين إذا فقدوا أهليتهما معاً.

230 هدى زكري، مستشارة "مشروع عدل"- طالبة دكتوراه في القانون الدولي الخاص بجامعة غرناطة (إسبانيا).

231 المادة 218 من مدونة الأسرة

232 عبد القادر قرموش، "كفالة الأطفال المهيملين"، المرجع المذكور، ص. 232

233 نور الدين الشراقي الغزواني، قانون كفالة الأطفال المهيملين، ط 1، دار السلام، يونيو 2003، ص. 52-54.

وبطلانه في نظر قانونه الوطني وكذا الاعتداد بالطلاق بالإرادة المنفردة في نظر القانون المغربي<sup>223</sup> وعدم الاعتراف بهذا الطلاق في القانون الوطني للأجنبي المسلم.<sup>224</sup> كما أن تطبيق نفس المدونة على زواج الكافلة الأجنبية المسلمة المنتمية إلى نظام قانوني غير إسلامي يوجب احترام الشروط الموضوعية والشكلية التي تستوجبها المدونة، فيمنع مثلا الزواج بغير المسلم متى كان الطرفان مقيمين بالمغرب، ويتعين تسمية مهر للزوجة المسلمة وإبرام الزواج بحضور شاهدين عدلين.<sup>225</sup> وهكذا، يبدو أن الهدف من تقرير هذه الامتيازات لفائدة القانون الإسلامي هو الوفاء والإخلاص لقواعد الفقه الإسلامي التي تقضي بتطبيق الشريعة الإسلامية على الروابط الدولية الخاصة التي يكون أحد أطرافها على الأقل مسلما.

فإذا كانت هذه أهم الآثار القانونية التي يمكن أن تترتب عن إقامة الكافل الأجنبي مع مكفوله بالمغرب، فما هي الآثار المترتبة عن الكفالة في البلد الأصلي للكافل الأجنبي، وما مدى اعتراف محاكم هذا البلد بالكفالة التي تتم بالمغرب<sup>226</sup> ؟

إن طرح هذا السؤال تفرضه عدة اعتبارات من ضمنها ما يلي:

- تنص الاتفاقية الدولية للأمم المتحدة المؤرخة في 20 نونبر 1989 الخاصة بحقوق الطفل<sup>227</sup> تنص على أن: " للطفل المحروم بصفة مؤقتة أو دائمة من بيئته العائلية أو الذي لا يسمح له، حفاظا على مصالحه الفضلى، بالبقاء عن تلك البيئة الحق في حماية ومساعدة خاصيتين توفرهما الدولة.
- تضمن الدول الأطراف، وفقا لقوانينها الوطنية، رعاية بديلة لمثل هذا الطفل، يمكن أن تشمل هذه الرعاية في جملة أمور: الحضانة أو الكفالة الواردة في القانون الإسلامي، أو التبني أو عند الضرورة الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال".
- تنص اتفاقية لاهاي المؤرخة في 19 أكتوبر 1996 المتعلقة بالاختصاص والقانون المطبق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مادة المسؤولية الأبوية والإجراءات الحمايية للأطفال، نصت على أن من بين الإجراءات الهادفة إلى حماية الطفل، والذي كان للمغرب دور كبير في إدخاله إلى نطاق تطبيق هذه الاتفاقية<sup>228</sup>، هي الكفالة كمؤسسة بديلة للتبني الذي تمتعه القوانين الإسلامية<sup>229</sup>.

223 جميلة أوجيدة: آليات تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص المغربي، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط 2007 ص 117.

224 ما تزال مدونة الأسرة تركز هذا النوع من الطلاق على الرغم من إخضاعه لإجراءات إدارية وشروط قانونية من شأنها أن تحد من السلطة المطلقة في إيقاع الطلاق.

225 المادة 13 من مدونة الأسرة، أما بالنسبة للولاية فلا تكون شرطا لصحة عقد الزواج إلا عند الاقتضاء، فقد أصبحت الولاية في إطار هذه المدونة حقا تمارسه الرشيدة حسب اختيارها ومصحتها إذ يمكنها أن تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقرانها (المادتان 24 و25 من المدونة).

226 بخصوص هذا الموضوع أنظر: محمد بنحسايين: صراع المغاربة بالخارج مع نظام الكفالة للأطفال المهملين، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، الرباط، العدد56، 2004.

227 صادق المغرب على هذه الاتفاقية في 21 يونيو 1993.

228 من المعروف أن المغرب لعب دورا مهما بخصوص هذا الموضوع، وذلك منذ الاجتماع المتعدد اللجنة الخاصة حول إعمال المعاهدة المؤرخة في 29 ماي 1993 المتعلقة بحماية الأطفال والتعاون القضائي في مادة التبني الدولي، حيث تقدم الوفد المغربي خلال الاجتماع باقتراح يتعلق بإمكانية إدخال الكفالة في نطاق تطبيق هذه الاتفاقية.

وهذا الاقتراح تحفظت عليه أغلبية الدول الأعضاء في الاتفاقية، لكنها سرعان ما غيرت في موقفها بخصوص هذا الموضوع في إطار اللجنة الخاصة حول مراجعة معاهدة 5 أكتوبر 1961، وفي الاجتماع الثالث للجنة الخاصة حول حماية الأطفال القاصرين المتعدد في شنتبر 1995، حيث تم إدخال الكفالة في أكتوبر 1996 MOULAYRCHID, Abderrazak : Les droits de l'enfants dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays Arabo- Musulmans, Recueil de Cours de l'Académie de la Haye, Tome 268, 1997 p 209 ets.

229 LAGARDE, paul : Convention de la Haye 1996- Rapport explicatif, www.hnyette.com/ convlahaye 1996. htm.

ويهدف تتبع أحوال المكفول ومراقبة وفاء الكافل لالتزاماته نص ظهير الكفالة على عدة آليات تمكن القاضي المكلف بشؤون القاصرين من الوصول إلى ذلك. فقد أوجبت المادة 24 في فقرتها الثانية على المصالح القنصلية المغربية الموجودة في محل أو مكان إقامة الكافل بالسهر على احترام الكافل بالتزاماته تجاه الطفل المكفول، حيث يعمل القنصل المعين بالأمر على توجيه تقارير تتعلق بأحوال الطفل المكفول. ويمكن للقاضي بناء على هذه التقارير أن يتخذ كل التدابير والإجراءات التي يراها ملائمة للطفل المكفول، وذلك إما تلقائياً أو بناء على طلب من وكيل الملك أو ممن له مصلحة في ذلك وخاصة أقارب الطفل.<sup>219</sup>

لكن السؤال المطروح في هذا الصدد: هل تتحقق بالفعل مسألة تتبع أحوال المحضون ومراقبة وفاء الكافل لالتزاماته؟ الثابت عملياً أنه يتعذر تتبع أحوال الطفل المكفول ومراقبة وفاء الكافل لالتزاماته بالمغرب، وبالأحرى بالنسبة للمكفول الذي تكون إقامته خارج المغرب.<sup>220</sup> فإذا كان المشرع قد خول للمصالح القنصلية لمحل إقامة الكافل تتبع الطفل المكفول فإنه ما يلاحظ أن هذه المصالح لا تقوم بهذا الدور المنوط إليها وهذا يرجع لعدة أسباب من بينها تغيير سكن الكافل من مكان إلى آخر، وبعد المسافة بين مقر القنصلية ومحل إقامة الطفل مع كافلة، فضلاً عن المشاكل الكثيرة التي تتخبط فيها يومياً هذه المصالح مع الجالية المغربية المقيمة بالخارج، بل وغالبا ما يقوم الكافل الأجنبي أمام غياب هذه المراقبة بتحويل الكفالة إلى تبني تام أو عادي، وبالتالي يصبح هذا الطفل المغربي خاضعاً لقانون بلد الكافل.<sup>221</sup>

هذا فضلاً عن تربيته على غير الدين الإسلامي، فالغالب أن الكافل لا يعتنق الإسلام إلا من أجل ضمان التكفل بطفل مهمل، ولذلك لا يكون صادقا في إيمانه، مما يفتح المجال أمام تنشئة الطفل تنشئة غير إسلامية وتربيته في محيط تسوده تقاليد وعادات (شرب الخمر وأكل الخنزير...) تبعد كثيرا عن العادات والتقاليد السائدة في البلد الأصلي للطفل المكفول.

وعليه، نجد أن الكافل الأجنبي يفضل الإقامة في بلده الأصلي مع الطفل المكفول، أما الإقامة بالمغرب فتبقى أمراً نادر التحقق وهذا لعدة اعتبارات. فبالإضافة إلى ما ذكرناه سابقاً قد لا تكون الإقامة بالمغرب أمراً مرغوباً فيه من قبل الكافل الأجنبي، وذلك نظراً للعديد من الآثار القانونية التي قد تترتب عن هذه الإقامة وخاصة على صعيد أحواله الشخصية.

ففي إطار القانون المغربي بخصوص الروابط الدولية الخاصة ذات الطرف المسلم يسند الاختصاص إلى القانون الإسلامي ولو كان القانون الوطني للطرف الأجنبي هو المختص أصلاً بمقتضى قواعد الإسناد أو له ارتباط وثيق بالتزاع. فمقتضى ظهير 24 أبريل 1959 الذي أسند الاختصاص للمحاكم الشرعية للبت في قضايا الأحوال الشخصية للمسلمين سواء كانوا مغاربة أو أجانب، وعملاً في تلك المرحلة بالمبدأ القائل بأن القاضي المسلم لا يطبق إلا الشريعة الإسلامية مددت تلك المحاكم الاختصاص القضائي إلى الاختصاص التشريعي فأخضعت الأجانب المسلمين، متى كان كل الأطراف أو أحدهم مسلماً، لمقتضيات مدونة الأحوال الشخصية وحدها ضارية صفحا عن مقتضيات القانون الوطني لذلك الأجنبي، حيث يرجع الانتماء الديني على الانتماء السياسي والقانوني للشخص، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى اضطراب معاملات وروابط الأفراد وعدم استقرارها.

فتطبيق مدونة الأسرة على زواج الكافل الأجنبي المسلم، في حالة الزوجين الأجنبيين، المنتمي إلى نظام قانوني غير إسلامي أو على طلاقه بالمغرب ينجم عنه مثلاً الاعتراف بصحة تعدد الزوجات في نظر القانون المغربي<sup>222</sup>

219 محمد الشافعي: كفالة الأطفال المهملين، المرجع السابق، ص 59.

220 سعيدة براءة: كفالة الأطفال المتخلى عنهم بين النظرية والتطبيق، مقال مقدم ضمن أشغال الأيام الدراسية حول مدونة الأسرة، عدد 5، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية، شتنبر 2004، ص 190 - 208، وخاصة ص 204.

221 محمد الشافعي: كفالة الأطفال المهملين، المرجع السابق، ص 58 وما بعدها.

222 أول قرار أعلن عن هذا التوجه هو القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 9 دجنبر 1959، Clunet، 1961، ص 406، تعليق بول دو كرو Paul Decroux وسارت على نفس النهج أحكام وقرارات أخرى، كالقرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 5 يوليوز 1974، منشور بالمجلة المغربية للقانون

والسياسة والاقتصاد، عدد 12 - 14 سنة 1983، تعليق بول دو كرو بمجلة Clunet 1978 « Clunet » ص 681. والقرار الصادر عنه أيضا في 7 فبراير 1972 المنشور بمجلة « Clunet » ص 674 تعليق بول دو كرو. Paul Decroux.

الواقع أن شرط المساكنة لا يعتبر منعدهما إلا إذا كان انفصال المكفول عن كافلة بسبب قانوني كتوقيف القاصر في سجن أو إيداعه في إحدى المؤسسات الخاصة بالأحداث الجانحين.<sup>212</sup> وقد تنقطع السكنى باختيار من الكافل ولكن لسبب مشروع كانتقال المكفول للدراسة أو لتعلم حرفة.. الخ، ففي مثل هذه الحالات يعتبر شرط المساكنة منعدهما<sup>213</sup> ويعفي الكافل من المسؤولية بإثباته عدم سكنى القاصر معه لأخذ تلك الأسباب.<sup>214</sup> وإذا أعفي الكافل من المسؤولية فإنه يجب التمييز بين:

- - حالة وجود القاصر مع شخص لا يسأل عن الغير قانونا كالقريب أو الصديق، ففي هذه الحالة لا يحق للضحية مساءلة هذا الشخص عن أفعال القاصر.
- - حالة سكن القاصر مع شخص مسؤول عن الغير قانونا ومفروض عليه مراقبة القاصر كالصانع والمتبوع، في هذه الحالة يحق للضحية الرجوع على الصانع، أو على المتبوع طبقا لأحكام المادة 85 من قانون الالتزامات والعقود وفي حدود الصفة التي من أجلها قرر القانون مسؤوليتهما.

أما إذا كان انقطاع السكنى لسبب غير قانوني فإنه لا يؤثر على المسؤولية، ذلك أن إسكان المكفول من واجبات الكافل، لذلك فالإخلال بهذا الواجب لمجرد رغبة الكافل أو إهماله فلا أثر له على المسؤولية. غير أن توفر شرط انقطاع السكنى لسبب قانوني لا يعتبر كافيا لإعفاء الكافل من المسؤولية، بل لا بد أن ينتج هذا الانقطاع عن تعذر مراقبة القاصر المكفول، فالانفصال العادي في السكن ولو كان قانونيا لا يكفي لانتفاء شرط المساكنة، بل لا بد من توفر شرط تعذر الكافل مراقبة المكفول الذي لا يسكن معه، وعليه إذا كان المكفول يسكن قريبا منه، بحيث تتأتى له مراقبته بقي الكافل مسؤولا عنه، ولا يقبل منه دفع المسؤولية بعدم سكن المكفول معه.

وخلاصة القول أن شرط المساكنة غير مطلوبة في أغلبية القوانين المقارنة<sup>215</sup>، حيث تكتفي باشتراط توافر واجب الرقابة. فالقليل جدا من القوانين التي ما تزال تحتفظ بالمساكنة كشرط للمسؤولية عن القاصر.<sup>216</sup>

### د: إمكانية السفر بالمكفول خارج المغرب

قد يكون الكافل أجنبيا، وفي هذه الحالة إذا أراد الإقامة في بلده الأصلي مع مكفوله، فإنه عليه الحصول على إذن بذلك من قبل القاضي المكلف بشؤون القاصرين.<sup>217</sup> ويكون للقاضي، قبل منح الإذن بمغادرة التراب الوطني تجاه البلد الذي يرغب الكافل الإقامة به، التأكد من وجود معاهدة أو اتفاقية قضائية تسمح بنظام الكفالة مع البلد المعني، كما يمكنه أن يطلب من الكافل شهادة مسلمة من قبل السلطات التابعة للبلد المتوجه إليه تثبت أن الوضعية القانونية للطفل المكفول ستكون مستقرة في بلد الاستقبال.<sup>218</sup> وبعد الحصول على إذن القاضي المختص يعهد للمصالح القنصلية المغربية بمحل إقامة الكافل بدور تتبع الطفل ومراقبة وفاء كافلة بالتزاماته بعدما تحصل هذه المصالح على نسخة من إذن القاضي عند صدوره.

212 المادة 516 من قانون المسطرة الجنائية.

213 جاء في قرار للمجلس الأعلى (الفرقة الإدارية، قرار عدد 151 بتاريخ 11 أبريل 1980، ملف مدني عدد 64109): "لا مجال لتطبيق الفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود المتعلق بمسؤولية الأبوين عن أبنائهما القاصرين، بعد أن ثبت لمحكمة الموضوع أن الطفل خرج أثناء سفره عن رقابة والديه..." المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، عدد 15، 1984.

214 أحمد الخليلي: المسؤولية المدنية للأبوين عن أبنائهما القاصرين، المرجع السابق، ص 181.

مولاي عبد العزيز يوسف علي: كفالة الطفل المهمل، المرجع السابق، ص 243.

215 كالقانون المصري (م 173) والعراقي (م 218) والسوري (م 174) والألماني (م 832) والروسي (م 450 و 451) والإيطالي (م 204).

216 كالقانون اللبناني الذي نص في مادته 126 على أن: "الأصول والأوصياء مسؤولون عن كل عمل غير مباح يأتيه الأولاد القاصرون المقيمون معهم والخاضعون لسلطانهم..."

217 المادة 24 من ظهير 13 يونيو 2002.

- ومن ناحية شروط المسؤولية، فإن المسؤولية عن القاصر مرتبطة بالولاية عليه، بينما المسؤولية عن المعتوه يتحملها من يتولى رعايته دون أي اعتبار للولاية القانونية.  
ومع ذلك، لا يكفي لقيام مسؤولية الكافل عن أفعال مكفوله أن يتحقق الضرر بالغير وأن يكون المكفول قاصرا، وإنما لا بد من تحقق شرط ثالث يتمثل في سكنى المكفول مع كافله.

#### - المساكنة

جاء في المادة 85 من قانون الالتزامات والعقود ما يلي: "الأب والأم بعد موت الزوج يسألان عن الضرر الذي يتسبب فيه أطفالهما القاصرون الساكنون معهما".

طبقا لهذا النص فإن الشرط الثالث لقيام مسؤولية الكفيل إلى جانب الفعل الضار والقصر، هو سكن المكفول مع كفيله. لكن السؤال المطروح: ما هي الفترة التي يتعين فيها إبقاء القاصر المكفول بجوار كافله لتحقق مسؤولية هذا الأخير؟

بالرجوع إلى ظهير الكفالة نجد على أن المادة 25 منه تنص على أن: "الكفالة تنتهي: ببلوغ المكفول سن الرشد القانوني، ولا تسري هذه المقتضيات على البنت غير المتزوجة ولا على الولد المعاق أو العاجز عن الكسب". كما جاء في المادة 28 من نفس الظهير على أنه: "يترتب عن الأمر المتعلق بإسناد الكفالة ما يلي: ... تحمل الكافل أو المؤسسة أو الهيئة أو الجمعية أو المنظمة المعنية تنفيذ الالتزامات المتعلقة بالنفقة على الطفل المكفول وحضائته ورعايته وضمان تنشئته في جو سليم، مع الحرص على تلبية حاجياته الأساسية إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني...".

فهذه المقتضيات تفرض على الكافل تنفيذ التزاماته المتعلقة برعاية الطفل المكفول حتى بلوغ سن الرشد، وهذا يعني أن المشرع يفرض استمرار سكنى القاصر المكفول مع كافله ولا تنتهي إلا ببلوغه سن الرشد وهذا ما لم يكن المكفول بنتا غير متزوجة أو معاقا أو عاجزا عن الكسب، إذ في هذه الحالة تستمر كفالتهم رغم بلوغهم سن الرشد القانوني، وبالتالي يستمرون في السكنى مع الكافل. وهذا يعني أن السكنى القانونية للمكفول هي سكنى مكفوله وذلك طيلة المدة التي تقتضيها كفالته.<sup>208</sup>  
ويعتبر المكفول ساكنا مع كافيله (الزوجين) ما دامت الزوجية قائمة، وبما أن الأسرة تحت رعاية الزوجين.<sup>209</sup> لكن كيف تتحدد سكنى المكفول في حالة انفصام العلاقة الزوجية بين الزوجين الكافلين، ومن يتحمل مسؤولية ما يتسبب فيه مكفولهما من ضرر بالغير؟

جاء في المادة 26 من ظهير الكفالة أنه: "إذا انفصمت عرى الزوجية بين الزوجين الكافلين، أصدر القاضي المكلف بشؤون القصرين بناء على طلب من الزوج أو الزوجة أو من النيابة العامة أو تلقائيا، أمرا إما باستمرار الكفالة لأحدهما، أو باتخاذ ما يراه مناسبا من إجراءات...".

وعليه، فإنه في حالة استمرار الكفالة مع أحد الزوجين الكافلين اللذين انتهت علاقتهما الزوجية بالموت أو بالطلاق، فإن المكفول يعتبر ساكنا مع من استمرت الكفالة معه. فإذا كان الزوج هو الذي استمر في كفالة الطفل فإن سكنى مكفوله تكون معه، ولو كان قد عهد به إلى امرأة تقوم بالعناية به، فما دام الأب هو الكافل القانوني بعد انفصام علاقته الزوجية فإن السكنى القانونية للمكفول تكون مع كافله.<sup>210</sup>  
ويترتب على اعتبار المكفول ساكنا مع أحد الزوجين الكافلين الذي استمر في كفالته أن الضحية لا يكفل باثبات سكن المكفول مع كافله وإنما يكفي إثبات كفالته له.<sup>211</sup> لكن ما أثر انقطاع سكنى المكفول على مسؤولية الكافل؟

208 في هذا الاتجاه: أحمد الخليلي، المسؤولية المدنية للأبوين عن أبنائهما القاصرين، المرجع السابق، ص 174.

عبد القادر قرموش: كفالة الأطفال المهملين، المرجع السابق، ص 199.

209 المادة 4 من مدونة الأسرة.

210 في هذا المعنى أحمد الخليلي: المسؤولية المدنية للأبوين عن أبنائهما القاصرين، المرجع السابق، ص 176.

عبد القادر قرموش: كفالة الأطفال المهملين، المرجع السابق، ص 199.

211 عبد القادر قرموش: نفس المرجع، ص 200.

أما ناقص الأهلية فهو الذي أتم الثانية عشرة ولم يبلغ سن الرشد وهو ثمانية عشرة سنة، أو الذي أتم هذه السن وأصابه عارض من العوارض الناقصة للأهلية كالسفه<sup>202</sup> والعتة<sup>203</sup>.  
والنباية القانونية عن القاصر إما ولاية أو وصية أو تقديم<sup>204</sup>. وقد جعل ظهير الكفالة الولاية على الطفل المهمل (سواء كان مجهول النسب أو معروف الأبوين) من حق القاضي المكلف بشؤون القاصرين كما جاء في المادة 232 من مدونة الأسرة أن: "...  
ولذلك، يبقى القاضي المكلف بشؤون القاصرين الولي الشرعي على نفس ومال المكفول، أما الكافل فهو مجرد مقدم عن المكفول، فقد ورد في المادة 17 من ظهير الكفالة في فقرتها الثانية أنه: "ينص الأمر على تعيين الكافل مقدما عن المكفول".  
غير أنه قد يكون المكفول تام الأهلية وهو لم يبلغ بعد سن الرشد القانوني، وذلك في حالة إذا تم ترشيده، فقد نصت المادة 218 من مدونة الأسرة على أنه: "...إذا بلغ القاصر السادسة عشرة من عمره، جاز له أن يطلب من المحكمة ترشيده.  
يمكن للنائب الشرعي أن يطلب من المحكمة ترشيده القاصر الذي بلغ السن المذكورة أعلاه، إذا أنس منه الرشد.  
...وفي جميع الأحوال لا يمكن ترشيده من ذكر، إلا إذا ثبت للمحكمة رشده بعد اتخاذ الإجراءات الشرعية اللازمة"<sup>205</sup>.

وفي هذا الصدد يثار التساؤل التالي: هل بترشيده الطفل المكفول تنتهي مسؤولية الكافل عن أفعاله ؟ الجواب لا يمكن أن يكون بالنفي، لأن الترشيده ينهي الحجر، والمادة 85 من قانون الالتزامات والعقود قررت المسؤولية عن الأبناء "القاصرين"، ولا قصور بعد انتهاء الحجر والولاية<sup>206</sup>، وهذا يؤكد أن المسؤولية المدنية للكافل عن أفعال مكفوله تنتهي تبعا لذلك.  
وهناك تساؤل يطرح في هذا الإطار هو التالي: في حالة إصابة المكفول بجنون أو فقدان هل يسأل الكافل عن أفعال مكفوله بصفته قاصرا أم بصفته مصابا بخلل عقلي؟  
إن المشرع المغربي في إطار المادة 85 من قانون الالتزامات والعقود ميز بين المسؤوليتين من ناحيتين: وسائل دفعها، وشروط قيام كل واحدة منها:<sup>207</sup>  
- من ناحية وسائل الدفع قررت المادة 85 أن المسؤولية عن القاصرين يمكن دفعها بإثبات الأبوين "أنهم لم يتمكنوا من منع وقوع الفعل الذي أدى إليها"، أما المسؤولية عن مختلي العقل فتدفع بإثبات:  
- أنهم باشروا كل الرقابة الضرورية على هؤلاء الأشخاص.  
- أو أنهم كانوا يجهلون خطورة مرض الجنون.  
- أو أن الحادث قد وقع بخطأ المتضرر.

ولهذا فإن المسؤولية عن مختل العقل يمكن دفعها أحيانا بوسائل أخف، إذ يكفي لذلك إثبات الأب أو الأم جهله لخطورة مرضه، بينما المسؤولية عن القاصر يشترط الفقه لدفعها إثبات إعطاء التربية الحسنة للقاصر، وإثبات القيام بواجب الرقابة أو بأن الحادث يرجع إلى سبب أجنبي.

202 المادة 215 من مدونة الأسرة.  
203 المادة 216 من مدونة الأسرة، وهذا العارض يعتبر من مستجدات مدونة الأسرة لأن مدونة الأحوال الشخصية القديمة كانت تقتصر على السفه كعارض من عوارض الأهلية (المادة 135).  
204 المادة 211 من مدونة الأسرة.  
205 عبد القادر قزموش: كفاية الأطفال المهملين، المرجع السابق، ص 195.  
206 أحمد الخليلي: المسؤولية المدنية للأبوين عن أبنائهما القاصرين، المرجع السابق، ص 169.  
207 يرجع بهذا الشأن إلى مؤلف الأستاذ الخليلي حول المسؤولية المدنية للأبوين عن أبنائهما القاصرين، المرجع السابق، ص 171 وما بعدها.



وعلى ذلك، فوفقا للفصل السابق تتحقق مسؤولية الكافل عن أفعال مكفوله بتوفر الشروط التالية:

- فعل ضار
- القصر
- المساكنة

#### - الفعل الضار

لقيام المسؤولية المدنية للكافل عن أفعال مكفوله لا بد من تحقق ضرر للغير. وقد جرى الفقه على تقسيم الضرر إلى مادي، وأدبي أو معنوي، وهو ما فعله المشرع المغربي في المادتين 77 و78 من قانون الالتزامات والعقود.

فالمادة 77 جاء فيها: " كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار ومن غير أن يسمح له به القانون فأحدث ضررا ماديا أو معنويا للغير ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر ...". وورد في المادة 78 ما يلي: " كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه...".

فالضرر المادي، حسب ما ورد في المادة 98 من قانون الالتزامات والعقود، هو الخسارة التي لحقت المدعي فعلا من الفعل الذي ارتكب أضرار به، وما حرم من نفع في دائرة الحدود العادية لنتائج هذا الفعل. فالضرر المادي إذن هو كل ضرر يصيب الضحية في حق من حقوقه وتلقفه بسبب ذلك خسارة مادية سواء كان الحق في ذاته ماليا أو غير مالي، فكل ما يشترط فيه هو شرط المشروعية في الحق أو المصلحة التي يصاب فيها الضحية أي أن لا تكون المصلحة المدعى المساس بها مخالفة للنظام العام أو الآداب<sup>195</sup>. وأن يكون محققا سواء أكان حالا أي وقع فعلا أو محقق الوقوع مستقبلا. أما إذا كان الضرر محتملا أي غير محقق الوقوع، فلا يدخل أي حق في التعويض<sup>196</sup>.

أما الضرر الأدبي أو المعنوي فهو الضرر الذي يصيب المدعي في حقوقه غير المالية، ولا ترتب عنه خسارة مادية كإصابة جسمه والمس بحريته، أو شرفه، واعتباره كالقذف والاعتداء على الأعراض، وفي عاطفته وشعوره كقتل قريب أو عزيز أو أصابتهما إصابات جسمية<sup>197</sup>. ولا يكفي لترتيب مسؤولية الكافل عن أفعال مكفوله إلحاق هذا الأخير ضررا ماديا أو معنويا بالغير، وإنما لا بد من تحقق شرط آخر يتمثل في قصر الطفل المكفول المتسبب في الضرر.

#### - القصر

كما سبق القول، لا يكفي لتحقيق مسؤولية الكافل عن أفعال مكفوله أن يلحق ضررا - ماديا أو معنويا- بالغير، ولكن لا بد من أن يكون هذا المكفول طفلا قاصرا، والمقصود بالقصر كل من لا يتوفر على الأهلية المدنية لإجراء التصرفات القانونية سواء كان عديم الأهلية أو فاقدها، صغير السن أو مصابا بأحد عوارض الأهلية محجورا عليه قانونا أم لا<sup>198</sup>. فعديم الأهلية هو الذي لم يتم الثانية عشرة من عمره، أو الذي أتم سن الرشد القانوني<sup>199</sup> وأصابه عارض من العوارض المعدمة للأهلية كالجنون<sup>200</sup> وفقدان العقل<sup>201</sup>.

195 أحمد الخليلي: المسؤولية المدنية للأبوين عن أبنائهما القاصرين، المرجع السابق، ص 67.

196 عبد القادر فرموش: كفاية الأطفال الممهلين، المرجع السابق، ص 193.

197 أحمد الخليلي: المسؤولية المدنية للأبوين عن أبنائهما القاصرين، المرجع السابق، ص 74.

198 عبد القادر فرموش: كفاية الأطفال الممهلين، المرجع السابق، ص 194.

199 سن الرشد القانوني وفقا للمادة 209 من مدونة الأسرة هو 18 سنة.

200 المادة 224 من مدونة الأسرة.

201 كانت مدونة الأحوال الشخصية الملغاة تقتصر على الجنون كعارض معدم للأهلية (المادة 134)، غير أن مدونة الأسرة أضافت إليه عارض آخر قد يعدم الأهلية وهو فقدان العقل.

## أساس مسؤولية الكافل عن أفعال مكفوله

تباينت الاتجاهات في القانون المقارن بخصوص المسؤولية عن القاصرين، ويمكن حصرها في اتجاهين أساسيين، الاتجاه الأول وهو اتجاه القانون الفرنسي الذي يقصر هذه المسؤولية على الأبوين فقط<sup>186</sup>، أما الاتجاه الثاني، وهو الاتجاه الذي تتبناه أغلبية القوانين المدنية، فيفرض المسؤولية على كل من يتولى رقابة القاصر<sup>187</sup> على أن أغلبية القوانين المقارنة<sup>188</sup> تفرض المسؤولية عن القاصر على أساس واجب الرعاية، فكل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رعاية القاصر يتحمل مسؤولية ما يتسبب فيه من ضرر للغير. أما بالنسبة للمغرب فلا شك أن التفسير السليم للمادة 85 من قانون الالتزامات والعقود هو الذي يصب في هذا الاتجاه، أي التوويل الذي يجعل واجب الرعاية كأساس لمسؤولية الكافل وهذا لعدة اعتبارات منها ما يلي:

- إن القراءة المتمنعة للفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود تؤكد هذا الفرض، ذلك أن كل شخص يسأل عمن تحت عهده ورعايته، وهذا المبدأ العام الوارد في المادة 85 ينطبق على الكافل أيضاً، فضلاً عن أن واجب الرقابة يفرض على الكافل كذلك، لأن قرار إسناد الكفالة يوجب عليه واجب الرعاية والتربية والتهديب.<sup>189</sup>
- الفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود في فقرته الأخيرة يفرض المسؤولية عن مختل العقل والمجنون على كل من يجب رقابته قانوناً أو اتفاقاً، وهذا الواجب ينطبق على الكافل أيضاً، حيث يكون مسؤولاً عن أفعال مكفوله القاصر على نفس الأساس وهو واجب الرعاية<sup>190</sup> بمقتضى أمر قضائي.<sup>191</sup>
- يلاحظ أن الفصل 85 الفصل مكرر من قانون الالتزامات والعقود يربط صراحة مسؤولية رجال التعليم وموظفي الشبيبة والرياضة عن الأفعال الضارة المرتكبة من قبل الأطفال بواجب الرقابة، وهذا يعتبر قرينة على قيام مسؤوليته الكافل عن أفعال مكفوله لوجود نفس العلة، ذلك أن الرقابة تجر مبررها في حاجة الخاضع لها إلى الرعاية والتوجيه، ولذلك فإنها منوطة بالقصر أو بحالة جسمية أو عقلية غير طبيعية.<sup>192</sup> وهذه الرقابة التي يلتزم بها الكافل إزاء مكفوله هي ليس رقابة فعلية وإنما هي رقابة قانونية واتفاقية، وهي تجر مصدرها في نصوص القانون والاتفاق أي عقد الكفالة الذي التزم بموجبه الكافل برعاية المكفول<sup>193</sup>، ولو أن هناك من يعتبر أن عناصر الرعاية تدخل ضمن صميم الواقع الذي يستقل بتقديره قاضي الموضوع شريطة تحليل النتيجة المستخلصة من هذا الواقع تعليلاً كافياً.<sup>194</sup>

## شروط قيام مسؤولية الكافل

ينص الفصل 85 من ق.ل.ع الفقرة الثانية على الشروط الخاصة بمسؤولية الأبوين عن الأضرار التي يلحقها أبناؤهما القاصرين الساكنون معهما بالغير، وهذه الشروط التي جاءت في هذا النص تنطبق على مسؤولية الكافل عن أفعال مكفوله ما دامت هذه المسؤولية الأخيرة لا تختلف عن مسؤولية الأبوين عن أبنائهما، وطالما أيضاً أن المادة 22 من ظهير الكفالة قد أحال على الفصل 85 من ق.ل.ع في كل ما يتعلق بالأحكام الواردة فيه.

186 وذلك بتأسيسها على السلطة الأبوية التي ينتج بها الأبوان.

187 أنظر في هذا الصدد: أحمد الخليلي: المسؤولية المدنية للأبوين عن أبنائهما القاصرين، مطبعة المعارف الطبعة الأولى، 1982، ص 194 وما بعدها.

188 - من التشريعات التي سارت في هذا المنحى القانون الألماني (82 ق.م.) والإيطالي (م 204 ق.م.) والمصري (173 ق.م.) والسوري (ف 174 ق.م.).

189 مولاي عبد العزيز اليوسفي علوي: كفالة الطفل المهمل، المرجع السابق، ص 235.

190 المادتان 2 و22 من ظهير الكفالة.

191 عبد القادر قرموش: كفالة الأطفال المهملين، المرجع السابق، ص 189.

192 مولاي عبد العزيز اليوسفي: كفالة الطفل المهمل، المرجع السابق، ص 235.

193 مولاي الإدريسي العلوي: كفالة الطفل المهمل، المرجع السابق، ص 236.

194 عبد القادر قرموش: كفالة الأطفال المهملين، المرجع السابق، ص 190.

- أن الكافل المضمون في إطار نظام الضمان الاجتماعي<sup>180</sup> يستفيد من التعويضات والمنح العائلية<sup>181</sup> عن الأطفال المتكفل بهم.

فالهدف من هذه التعويضات هو إمداد الأسر بالمعونة المادية لمواجهة الأعباء المالية التي تقتضيها إعالة هذا الطفل وتربيته وتعليمه، وعموماً الرفع من المستوى المعيشي له<sup>182</sup> تماشياً مع ما أقرته المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، وعلى الأخص الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل التي صادق عليها المغرب.<sup>183</sup> ورغم أهمية الأحكام الواردة في نظام الضمان الاجتماعي بخصوص تخويل الكافل الاستفادة من التعويضات العائلية عن الأطفال المتكفل بهم فإنه ما يؤخذ على هذا النظام، فضلاً عن أن هذه التعويضات لا تفي حاجيات الطفل في الحياة والبقاء والنماء...، فإنها تحدد استفادة المضمون في حدود ستة أولاد، 150 درهماً عن كل طفل من الثلاثة الأوائل و36 درهماً عن كل طفل من الثلاثة الآخرين، وكلما سقط حق أحدهم عوضه طفل آخر إذا كان عدد الأطفال يتجاوز الستة. فهذه الأحكام الواردة في نظام الضمان الاجتماعي إنما تقيم نوع من التمييز بين الأطفال المستفيدين من هذه التعويضات والمنتمين إلى مضمون واحد، وهذا يتنافى ويتعارض مع أحكام الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل التي تركز مبدأ المساواة بين الأطفال في الحقوق.<sup>184</sup> وإذا كان المشرع قد خول للكافل حق الاستفادة من التعويضات والمساعدات الاجتماعية، فإنه قد حمله مع ذلك المسؤولية المدنية تجاه الأفعال التي يرتكبها مكفوله ؟

### ج: المسؤولية المدنية للكافل عن أفعال مكفوله

من مستحدثات ظهير 13 يونيو 2002 هو اعتبار الكافل مسؤولاً مدنياً عن الأفعال الضارة التي يرتكبها المكفول، إذ نص في المادة 22 منه على أنه: "يترتب عن الأمر المتعلق بإسناد الكفالة ما يلي: "...كون الكافل مسؤولاً مدنياً عن أفعال المكفول، وتطبق على هذه المسؤولية القواعد الواردة في الفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود"<sup>185</sup>. وهذا خلافاً لظهير 10 شتنبر 1993 السابق الذي أغفل الحديث عن هذه المسؤولية. وبالرجوع إلى الفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود نجد ينص على أنه: "لا يكون الشخص مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه بفعله فحسب، لكن يكون مسؤولاً أيضاً عن الضرر الذي يحدثه الأشخاص الذين هم في عهده". فاهم ما يثار في هذا الصدد هو التساؤل عن الأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية (أولاً)، ثم عن شروط قيام هذه المسؤولية (ثانياً) ؟

180 هو نظام إجباري للاحتياط الاجتماعي بالنسبة لمأجوري القطاع الخاص في الصناعة والتجارة والمهن الحرة والعاملين في قطاع الصيد البحري، والصندوق الوطني للضمان الاجتماعي هو الذي يتولى مهمة تدبير وتسيير هذا النظام، ويستفيد المنخرطون في هذا النظام من تعويضات عن المرض وعن الأرومة وتعويضات عائلية، إضافة إلى معاش الشيخوخة والزمانة والوفاء.

181 يقصد منها ما يصرف دورياً بقصد إعالة الأولاد منذ ولادتهم إلى أن يصبحوا في غير حاجة إلى هذه الإعالة أو في حكم ذلك. أنظر بخصوص السياق التاريخي لهذه التعويضات: مولاي عبد العزيز اليوسفي العلوي، كفالة الطفل المهمل، المرجع السابق، ص 219 وما بعدها.

182 عبد القادر قرموش: كفالة الأطفال المهملين، المرجع السابق، ص 208.

183 تنص في المادة 26 على أنه: "1- تعترف الدول الأطراف لكل طفل بالحق في الانتفاع من الضمان الاجتماعي، بما في ذلك التأمين الاجتماعي، وتتخذ التدابير اللازمة لتحقيق الأعمال الكامل لهذا الحق وفقاً لقانونها الوطني.

2- ينبغي منح الإعانات، عند الاقتضاء، مع مراعاة موارد وطرف الطفل والأشخاص المسؤولين عن إعالة الطفل، فضلاً عن أي اعتبار آخر ذي صلة بطلب يقدم من جانب الطفل أو نيابة عنه للحصول على إعانات".

184 في هذا الاتجاه، أنظر: عبد القادر قرموش، كفالة الأطفال المهملين، المرجع السابق، ص 210.

185 في نفس الاتجاه، سار قانون 4 مارس 1958 المنظم للولاية العمومية، حيث جاء في الفصل الثاني منه ما يلي: "وتكون الدولة أو البلدية أو المؤسسة العمومية حسب الحال مسؤولة مدنياً عن أعمال الأطفال المشار إليهم بالفصل السابق" كما ورد في الفصل الخامس من نفس القانون ما يلي: "والكفيل علاوة على ذلك مسؤول مدنياً عن أعمال مكفوله مثل أبوه".

## ب: إسئفاده الكافل من النفوضان والمساعدان الاجتماعفة

بألاف ظهفر 10 سئبفر 1993 الملعى؁ ضمف فظفر 13 فونفو 2002 أأكاما أاصة بالفعوفضاف والمساعدان الاجتماعفة؁ فقد نصف المادفة 22 منه على ما فلف: "فرتب عن الأمر المنعلق بأساند الكفالة ما فلف: "...اسئفادفة الكافل من الفعوفضاف والمساعدان الاجتماعفة المنؤولة للوالدفن عن أولادهم من طرف الدولة أو المؤسسان العمومفة أو الفصوصفة أو الجماعات المنؤلفة وهفئافها...".

فإذا كان هذا النص فقصف صراحة على اسئفادفة الكافل من الفعوفضاف والمساعدان الاجتماعفة المنؤولة للوالدفن عن أولادهم فإننا فسائل عن موقف المشرع فف إطار الأنظمة المنعلقة بالأمفنان الاجتماعفة ؟

فبالرجوع إلى نظامفن من الأنظمة المعمول بها فف إطار الأمفنان الاجتماعفة- وهو نظام المعاشاف المنؤلفة والعسكرفة ونظام الضمان الاجتماعف- فلاحظ مسالئان:

- أن نظام المعاشاف المنؤلفة<sup>176</sup> والعسكرفة<sup>177</sup> لا ففعرض لهذفة الفئفة من الأطفال من ضمن المسئفدفن من الفعوفضاف الفف فمئها هذا النظام. فالبفن من الأحكام الوارءة فف نظام المعاشاف<sup>178</sup> المنؤلفة والعسكرفة ما فلف:

- أن الفعوفضاف العائلفة المنؤولة للموظف أو المنقاعء فمئع عن الأولاد الشرعفن؁ وهم طبفا لهذفة الأحكام الأولاد المنؤلفة بنوئهم للأم إذا كانت موظفة أو منقاعءة ولم فزوج ثم أولاد زوجة الموظف أو المنقاعء من زواج سابق إذا كانوا فمئ فكفالئهم.

- فف إطار هذفة الأنظمة المنعلقة بالمعاشاف المنؤلفة والعسكرفة؁ أغفل المنؤلف عن فئفة من الأطفال الذفن هم فف وضعفة صعبة؁ ولم فؤول الاسئفادفة عنهم من الفعوفضاف العائلفة وهؤلاء هم الأطفال ففر الشرعفن؁ بل والأطفال الشرعفن المنؤلفن الذفن فمئ فكفالئهم من طرف الموظف أو المنقاعء.

ولذلك؁ وأمام هذا الفعارض وعدم الانسجام الذف فبدو بارزا بفن هذفة النصوص والنصوص الفشرففة عموما فرى البعض<sup>179</sup> عدم اقئصار المشرع فف إطار ظهفر 13 فونفو 2002 (المادفة 22) على الإأالة على الأنظمة القانونفة للاستفادفة منها؁ وإنما لا فء على المشرع أن فءء ماهفة هذفة الفعوفضاف والمساعدان الاجتماعفة وبفن فكففاة الاسئفادفة منها؁ وذلك بأصدار نص فنظفمف فف الموضوع. كما فرى هذا الانؤاه فمئفء الاسئفادفة من هذفة الفعوفضاف والمساعدان الاجتماعفة إلى الطفل المكفول ففاظا على مصلئئهم الفضلف؁ وأاصة فف أالة وفاة الكافل؁ ففئ فسئففء أولاده من رابف الأفئام وزوجئهم من رابف الأمرلة ءون الطفل المكفول. فالمشرع فف إطار ظهفر 13 فونفو 2002 اقئصر على منئ الفق فف الاسئفادفة من هذفة الفعوفضاف للكافل ءون الطفل المكفول.

176 الفصل الثاني من القانون رقم 71. 04 المنؤء لنظام المعاشاف المنؤلفة؁ فطبئق هذا النظام على كل الموظفن الرسمفن والمئرفن الفاضعن للنظام الأساسي للوظففة العمومفة؁ والقضاء والمئرفن المساعءفن لوزارة الءاخلفة والموظفن الرسمفن والمئرفن للجماعات المنؤلفة؁ ومسئءمف بعض المؤسسان الذفن لا فشملمهم مجال فطبئق النظام الجماعف لمنع روابف المنقاعء؁ وكذا الفاضعن للءءمة؁ وهو نظام أساسي وإبجارف.

177 فطبئق على الضباط المأرفة عليهم مقئضفاة الظهفر الشريف الصادر فف 27 ماف 1958؁ وجمفع أفراد القواة المسلحة الملكية ففر الضباط وكذا مسئءمف القواة المساعءة؁ وهو أيضا إبجارف وأساسف.

178 المعاش فعرفه الفصل 2 من نظام المعاشاف المنؤلفة بأنه مبلغ مالي فصرف للموظف أو العسكرف عنء انئها- ءءمئها بصورة نظامفة أو إصابئها بعجز؁ وفؤول إلى المسئقفن عنه وإلى أبوفه بعء وفافه؁ وذلك مقابل المبالغ الفف فقئع من أجرئهم ومساهماف ءولة أو الجماعات المنؤلفة أو المؤسسة العامة الفابع لها.

179 عبء القاءر قرموش: كفالة الأطفال المنؤلفن؁ المرجع السابق؁ ص 207.

مدونة الأسرة، وهذا ما لم يكن للطفل المكفول المعاق أو العاجز عن الكسب مال، إذ لو كان له مال كما إذا كان قد حصل عليه عن طريق الإرث أو الوصية أو غير ذلك، فإن نفقته تسقط عن كافلة لأن نفقته في ماله، حتى وإن لم يكن بالغاً سن الرشد القانوني، فطبقاً للمبدأ المنصوص عليه في المادة 187 من مدونة الأسرة فإن الأصل هو أن نفقة كل إنسان في ماله إلا ما استثني بمقتضى القانون. والكافل يبقى مستمراً بالنفقة على الطفل المكفول حتى بعد حدوث طلاق مع زوجته الكافلة، وهو ملتزم بها كالتزام عادي بالنفقة وليس لكون الطفل المكفول ابناً شرعياً للطرفين. ولعل هذا ما ذهب إليه القضاء المغربي في إحدى القرارات الصادرة عنه بتاريخ 1994/02/28 كالتالي: "... الالتزام المضمن بالرسم الخلعي... هو التزام باطل في جزئه المتعلق بنفقة (...). بصفتها بنتاً شرعية للطرفين، وبصلاحية الجزء الباطل المذكور للبقاء كالتزام عادي بالنفقة من قبل الملتزم المدعى عليه الأصلي عملاً بالمقتضيات القانونية".<sup>171</sup>

### - الهبة أو الوصية أو الصدقة

لم يكن الظهير السابق الخاص بالكفالة (10 شتنبر 1993) ينص على أية ضمانات وحقوق مالية للطفل المكفول، وهذا كان من شأنه أن لا يوفر حياة كريمة للطفل المكفول نتيجة عدم استيفاء حاجاته الأساسية كما في حالة وفاة الكافل.<sup>172</sup>

ولذلك، لم يكن للمشروع أن يغض النظر عن هذه الأوضاع، فسمح للكافل في إطار الظهير الجديد الخاص بالكفالة (13 يونيو 2002) بإمكانية توفير بعض الضمانات المالية للطفل، حيث نص في المادة 23 من الظهير 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".

فهذا النص، الذي لقي صدى رحباً لدى الجهات المدافعة عن حقوق الطفل، من شأنه أن يجعل مؤسسة الكفالة تقوم بالوظيفة القانونية والاجتماعية التي تقوم بها مؤسسة التبني التي تأخذ بها النظم الغربية عموماً وبعض الدول العربية<sup>173</sup>، إذ باجتماع الكفالة مع هبة أو وصية أو تنزيل أو صدقة يمكنها أن تعوض هذه الوظيفة التي يقوم بها التبني<sup>174</sup>.

ففي إطار التبني ينتسب الطفل المتبني لمتبنيه كما ينتسب إليه أبناؤه من صلبه وما يترتب عن البنوة الشرعية من آثار كحمل الطفل المتبني للاسم العائلي لمتبنيه وحقه في الإرث الذي يخلفه، وذلك بخلاف الكفالة التي لا يترتب عنها أية آثار من هذا القبيل، فالكافل يلتزم برعاية الطفل المكفول وتربيته وتنشئته والإنفاق عليه كما يفعل الأب مع ولده دون أن يترتب عن هذه الكفالة حق في النسب ولا في حمل الاسم العائلي لكافله ولا حقوق إرثية. فالمشروع المغربي كان واضحاً بخصوص هذه المسألة، حيث نص صراحة في إطار المادة الثانية من ظهير 13 يونيو 2002 على أن: "كفالة طفل مهممل بمفهوم هذا القانون، هي الالتزام برعاية طفل مهممل وتربيته وحمايته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده، ولا يترتب عن الكفالة حق في النسب ولا في الإرث". وبخصوص هذا الموضوع قضى القضاء المغربي في إحدى القرارات الصادرة عنه بما يلي: "التشطيب على البنت المذكورة من كناش الحالة المدنية للمدعى عليه... وكذا من السجلات المسوكة لدى ضابط الحالة المدنية لكونها ليست من صلبه ولا من صلب مفارقتة".<sup>175</sup>

171 حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط، ملف عدد 91/1405/10، رقم 314 بتاريخ 1994/02/20، غير منشور.

172 عبد القادر قروموش: كفالة الأطفال المهملين، المرجع السابق، ص 213.

محمد الشافعي: كفالة الأطفال المهملين، المرجع السابق، ص 55.

173 كنونس

174 جميلة أوحيدة: نظام الأحوال لشخصية للجالية المغربية بالأراضي المنخفضة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس،

كلية الحقوق أكاد، 1984 - 1995، ص 45. أيضاً مقال حول: "تعديل مدونة الأحوال الشخصية، أية حماية للمرأة المغربية المهاجرة بهولندا"، مقدم ضمن

أشغال اليوم الدراسي المنظم بجامعة محمد الخامس، السوسني حول تعديلات مدونة الأحوال الشخصية بظهران 10/09/1993، حصيلة أولية يوم 8 مارس

1997، ص 37.

175 حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط، ملف عدد 91/1405/10، رقم 314 بتاريخ 1994/02/20، غير منشور.

بطفل قاصر ومولود من أب مجهول أن يطلب مطابقة الاسم العائلي للمكفول لاسمه، ولكن بشرط رضا الأم إذا كانت معروفة ولا زالت على قيد الحياة".<sup>160</sup> فإذا كان هذا عن الحقوق الشخصية التي تترتب عن الكفالة لفائدة الطفل المكفول فماذا عن حقوقه المالية؟

### الحقوق المالية

أهم الحقوق المالية التي نص عليها ظهير 13 يونيو 2002 بالنسبة للطفل المهمل هي النفقة، والهبة والتزويل.

### - الحق في النفقة

إن حق الطفل المكفول في النفقة هو من بين الحقوق التي تستوجبها كفالته وذلك طبقا لما هو منصوص عليه في المادة 22 من ظهير 13 يونيو 2002.

وتشتمل نفقة الطفل المكفول طبقا لمقتضيات المادة 189 من مدونة الأسرة الغذاء والكسوة والعلاج والتعليم للأولاد وكل ما يعتبر من الضروريات بالنسبة للطفل المكفول.

والتزام الكافل بالنفقة على الطفل المكفول يجد أساسه من جهة في أمر الكفالة الذي يلتزم فيه الكافل برعاية الطفل المهمل وتربيته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده، ومن جهة أخرى في أحكام الالتزام بالنفقة على الغير.<sup>161</sup> وتستمر نفقة الطفل المكفول طبقا للمقتضيات المنصوص عليها في ظهير الكفالة<sup>162</sup> وفي مدونة الأسرة<sup>163</sup> إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني وهو ثمانية عشرة سنة شمسية كاملة، وهذا فيه حماية للطفل، لأن توقف الكافل عن النفقة على الطفل سيُلحق به أضراراً جسيمة، بحيث أن هذه المسألة من شأنها أن تفتح المجال أمام تشغيل الأطفال والحرمان من أهم الحقوق الطبيعية وهو الحق في التعليم.

وهكذا، فإن الطفل المكفول، ذكراً كان أو أنثى، يستفيد من نفقة كافله، إلى حين بلوغه سن الرشد أي مرحلة الاعتماد على النفس، غير أنه لا تسقط في كل الأحوال نفقة البنت المكفولة إلا بتوفرها على الكسب أو بوجوب نفقتها على زوجها، وذلك طبقا لمقتضيات مدونة الأسرة المتعلقة بالنفقة على الأنثى<sup>164</sup>، لأن نفقتها تجب على زوجها<sup>165</sup> بمجرد البناء وكذا إذا دعت له لبناء يعد أن يكون قد عقد عليها.<sup>166</sup> وتعتبر مطالبة المرأة زوجها قضائياً بالنفقة بعد العقد عليها بمثابة دعوة إلى الدخول وموجبة للنفقة،<sup>167</sup> وذلك من تاريخ المطالبة.<sup>168</sup> على أنه يلاحظ أن المشرع أشار إلى إمكانية استمرار النفقة على الطفل المكفول إذا كان أنثى، ولم يشير إلى إمكانية استمرار النفقة عليه إذا كان ذكراً يتابع دراسته في إحدى المدارس أو الكليات إلى أن ينهيها أو يتم الخامسة والعشرين من عمره كما هو بالنسبة لنفقة الأب على ابنه.

ولذلك يرى البعض<sup>169</sup>، ضمناً لحق الطفل في التعليم، توسيع مجال تطبيق المادة 198 من مدونة الأسرة ليشمل المكفول الذي يتابع دراسته، هذا ما لم يكن يتوفر هذا الأخير على ما ينفق منه على نفسه، كما إذا بات ميسوراً بسبب تلقيه إرثاً أو وصية أو هبة أو ما إلى ذلك من التصرفات التبرعية.

غير أن ظهير الكفالة، مع ذلك لم يغفل النص على وجوب استمرار نفقة المكفول الذكر حتى بعد بلوغه سن الرشد القانوني، وذلك إذا كان مصاباً بإعاقة وعاجزاً عن الكسب<sup>170</sup> طبقا لما تنص عليه المادة 198 من

160 المرسوم التنفيذي رقم 24 - 92 بتاريخ 13 يناير 1992 والمكمل للمرسوم رقم 51. 71 الصادر في 3 يونيو 1971 والمتعلق بتغيير الاسم العائلي.

161 عبد القادر قروموش: كفالة الأطفال المهملين، المرجع السابق، ص. 178.

162 المادة 25، الفقرة الأولى.

163 المادة 209 من مدونة الأسرة.

164 المادة 22 من ظهير الكفالة.

165 الفقرة الثانية من المادة 198 من مدونة الأسرة.

166 المادة 194 من مدونة الأسرة.

167 قرار المجلس الأعلى، عدد 69، صادر بتاريخ 08/02/1980، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 21.

168 قرار المجلس الأعلى عدد 69، بتاريخ 08/05/1970، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 21، ص 18 وما بعدها.

169 عبد القادر قروموش: كفالة الأطفال المهملين، المرجع السابق، ص 180.

170 المادة 22 الفقرة الثالثة، من ظهير 13 يونيو 2002.

فذلك يعتبر بمثابة اختيار له يخضع للفقرة الأولى من المادة السادسة من ظهير 08-03-1950 والمادة الثالثة من مرسوم 03-04-1950، إذ يحق لأفراد أسرته من جهة الأب التعرض على هذا الاختيار في الحدود المسموح فيها بالتعرض على كل اختيار للاسم العائلي عند التقييد في سجلات الحالة المدنية.

وأما إذا كان الاسم قد اختارته الأم لنفسها مباشرة ولم ينتقل إليها من أبيها أو أحد أفراد أسرة الأب<sup>158</sup>، فإن هناك من يرى بأنه ليس هناك ما يمنع من تسجيل الولد بالاسم العائلي لأمه، فلأمر يعينها وحدها ولا مبرر لأحد في الاعتراض على اختيارها.

وبناء على ذلك، وفي ظل الوضع الراهن الذي أصبحت فيه ظاهرة الأطفال المجهولي الأبوين أو مجهول الأب تتنامي بشكل ملحوظ، وذلك ناتج عن الظروف الاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية السائدة، ونظرا لما يعاني منه هؤلاء الأطفال من مشاكل عند حصولهم على عقود ازدياد لا تتضمن الإشارة إلى أسماء الأبوين أو الأب، وما يترتب عن هذه الحالة من مشاكل نفسية على شخصية الطفل، فإن المشرع بمقتضى ظهير 10 شتنبر 1993 الخاصة بالأطفال المهملين جاء بأحكام جديدة نصت من خلالها صراحة على منح الطفل المهمل مجهول النسب اسما عائليا مخالفا للاسم العائلي لكافله، حيث جاء في الفصل 22 فيه أنه: "يتعين أن يحمل الطفل المجهول النسب اسما عائليا مخالفا للاسم العائلي لكافله".

و في إطار الظهير الجديد للحالة المدنية (03 أكتوبر 2002) نص المشرع المغربي على قواعد جديدة في هذا الصدد، حيث خول لوكيل الملك بصفة تلقائية أو بناء على طلب من السلطة المحلية أو من كل من يعنيه الأمر أن يصرح بولادة كل مولود من أبوين مجهولين أو مجهول الأب معززا تصريحه بمحضر منجز في هذا الشأن وبشهادة طبية تحدد عمر المولود على وجه التقريب، ويختار له اسم شخصي واسم عائلي، وأسماء أبوين أو اسم أب إذا كان معروف الأم، ويشير ضابط الحالة المدنية بطرة رسم ولادته إلى أن أسماء الأبوين أو الأب حسب الحالة قد اختيرت له طبقا لأحكام هذا القانون، كما تصرح بالابن المجهول الأب أمه ومن يقوم مقامها وتختار له اسما شخصيا واسم أب مشتقا من أسماء العبودية لله تعالى، واسما عائليا خاصا به، كما يبلغ ضابط الحالة المدنية وكيل الملك بالولادة التي سجلت بهذه الكيفية داخل أجل ثلاثة أيام من تاريخ التصريح بالولادة، كما أنه في حال الكفالة فيشار في طرة رسم ولادة الطفل المكفول إلى الوثيقة التي تم بمقتضاها إسناد الكفالة من غير تضمين هذه الملاحظة في النسخة الموجزة لرسم الولادة المسلم للمعني بالأمر<sup>159</sup>. وتفاديا لما قد يتعرض له هؤلاء الأطفال من تشهير نص المشرع على أن النسخة الكاملة من رسم الولادة لا تسلم إلا للمعني بالأمر نفسه أو لوالدته إن وجدت أو بعد إذن من وكيل الملك المختص.

وهكذا، يكون المشرع المغربي بهذه المستحدثات قد اقترب كثيرا من مقتضيات المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان التي صادق عليها، فالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ينص في مادته 26 الفقرة الثانية على أنه: "يسجل كل طفل فور ولادته ويكون له اسم"، كما أن الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل نص على نفس المقتضى، حيث جاء في السابعة الفقرة الأولى أنه: "يسجل الطفل بعد ولادته فوراً ويكون له الحق منذ ولادته في اسم والحق في اكتساب جنسيته، ويكون له قدر الإمكان الحق في معرفة والديه ويكفي رعايتهما".

وإذا كان ظهير 10/10/1993 المتعلق بالأطفال المهملين قد خول للطفل المكفول حمل اسم عائلي مخالف للاسم العائلي لكافله فإن ظهير 13 يونيو 2002 لم يتطرق لهذا الموضوع، وهذا على خلاف مجموعة من التشريعات الحديثة التي ذهبت إلى أبعد من ذلك، ففضلا عن بعض من هذه التشريعات (تونس وسوريا) التي سمحت بالتبني، هناك من التشريعات التي سمحت بأن يحمل الطفل المكفول لقب كافله ما دام ذلك لا يمت بصلة إلى النسب، كما هو بالنسبة للتشريع الجزائري الذي نص على أنه: "يمكن للشخص الذي تكفل

158 أحمد الخليلي المرجع السابق، ص. 32.  
159 المادة: 16 من ظهير 03 أكتوبر 2002.

يقدم الأخ الشقيق على الأخ للأب، ويقدم هذا الأخير على الأم للأب، كما يقدم الأخ الأكبر سناً على من هو أصغر منه متى كانت له القدرة الكافية على التصريح.

ينتقل واجب التصريح من أحد الأشخاص المذكورين في الفقرة أعلاه إلى الذي يليه في المرتبة متى تعذر التصريح من الأول لسبب من الأسباب. يقوم الوكيل في ذلك مقام موكله".

ويصرح بالولادة داخل أجل ثلاثين يوماً ابتداءً من تاريخ وقوع الولادة أو الوفاة لدى ضابط الحالة المدنية المختص الذي يحرر بناءً على ذلك رسماً لهذه الواقعة.<sup>155</sup>

وبالنسبة للتصريح بولادة طفل مجهول الأبوين أو مجهول الأب فإن أمر تقييده كان مرتبطاً بالظروف الواقعية المحيطة به والقرائن الناجمة عنها، فالفصل 24 من ظهير 4 شتنبر 1915 كان ينص على أنه: "كل من وجد مولوداً يجب عليه أن يسلمه لضابط الحالة المدنية وأن يسلم أيضاً ما وجده مع المولود من الثياب وغيرها من الأمتعة وأن يخبره بالتفصيل عن الظروف وعن المكان الذي وجد فيه المولود ويحدد بذلك تقريراً مفصلاً يذكر فيه عمر المولود بحسب الظاهر، وهل هو ذكر أم أنثى وما يعرف به من الأسماء والسلطة المدنية التي سلم لها ويدون هذا التقرير في الكنائش".

وكان الفصل 23 من ظهير 4 شتنبر 1915 ينص على أنه: "إذا لم يعين إلى ضابط الحالة المدنية أبوا السفاح أو أحدهما فقط فينبغي أن لا يشار إلى ذلك في السجلات".

والملاحظ أن ظهير 4 شتنبر 1915 لم يورد أي نص يتعلق بالاسم العائلي للأطفال غير الشرعيين، وأمام غياب نص من هذا القبيل أثار بعض ضباط الحالة المدنية مشكل تزويد الأبناء غير الشرعيين بأسماء عائلية والمسطرة اللازم إتباعها لتتيمم عقود ولادة المسجلين منهم بسجلات الحالة المدنية من حيث الاسم العائلي الذي كثيراً ما يتغافل عنه الضابط المتلقي للتصريح بولادتهم، وعندما يبلغ المعنيون بالأمر الدراسة يخلق لهم هذا الوضع مشكلاً يس هو يتهمهم وينعهم من الاستفادة بحالة مدنية تامة.<sup>156</sup>

ولذلك صدر منشوران عن وزارة العدل بتاريخ 11 دجنبر 1978 و31 ماي 1979 بخصوص إعطاء أسماء عائلية للأولاد غير الشرعيين، وأهم ما جاء به هذين المنشوران هو أن الأم التي تريد أن يحمل ابنها غير الشرعي الاسم العائلي المنحدر إليها من أبيها، يتعين عليها أن تحصل على موافقة أبيها أو أخيها الأكبر.

وقد رأى جانب من الفقه المغربي<sup>157</sup> بأن هذين المنشورين يتصادمان ويتعارضان مع النظام القانوني للحالة المدنية، وخاصة المادة 6 من ظهير 8 مارس 1950 التي وإن كانت تنص في فقرتها الثانية: "ويجب أن يتم اختيار الاسم العائلي عند الاقتضاء باتصال سابق مع الأب أو عند عدمه مع العم أو الأخ الأكبر"، إلا أن هذا النص، كما يقول هذا الاتجاه الفقهي: "يتعلق باختيار الاسم العائلي عند التسجيل في الحالة المدنية لأول مرة، والغاية من الاتصال بالأب أو العم... هي تفادي تعدد الأسماء لأفراد عائلة واحدة، أو اختيار اسم غير صحيح أو غير مقبول من كبار أفراد الأسرة... أما امتداد اسم عائلي من فرد إلى آخر فلا علاقة للمادة السادسة السالفة به، ولا تدخل لإرادة الأفراد فيه".

فإذا كان الاسم مرتبطاً بالنسب الذي يختص به الأب دون الأم تعذر على هذه الأخيرة نقله إلى ولدها طبقاً للاتجاه الذي سلكه المشرع. أما إذا كان الاسم لا يرتبط بالنسب الذي يختص به الأب ولكن تلقته من أبيها،

155 تجب الإشارة إلى أنه صدرت قبل ذلك عدة ظهائر ترمي إلى إصلاح نظام الحالة المدنية، أهمها ظهير 8 مارس 1950 الذي اقتصر تطبيقه على فئة معينة من المغاربة وهم المغاربة الذين يتقاضون تعويضات عائلية، ومدد هذا النظام إلى جميع المغاربة بعد الاستقلال، وذلك بموجب ظهائر مدد بموجبها نظام الحالة المدنية إلى المناطق المسترجعة التي لم تكن خاضعة للحماية الفرنسية، ثم صدرت بعد ذلك عدة ظهائر متممة ومعدلة للظهائر السابقة ومنها ظهير 12 نونبر 1963 وظهير 30 دجنبر 1976، لكنها لم تأت بجديد ولم تستطع تحقيق الأهداف التي توختها الجهات الداعية إلى إصلاح هذا النظام، حتى صدر مؤرخاً ظهير 3 أكتوبر 2002 الذي جاء بمستجدات مهمة خاصة على صعيد تسجيل الأطفال مجهولي الأبوين أو مجهول الأب. أنظر في هذا الصدد: نعيمة ضوفار، مستجدات ظهير الحالة المدنية المؤرخ في 3 أكتوبر 2002، مقال مقدم ضمن أعمال الأيام الدراسية حول مدونة الأسرة، عدد 5، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية، شتنبر 2004، ص 174 وما بعدها.

156 مولاي عبد العزيز اليوسفي علوي: كفاية الطفل المهمل، المرجع السابق، ص 171.

157 أحمد الحمليشي، المرجع السابق، ص 32.



- عدم إمكانية تولي هؤلاء الأبناء للوظيفة العمومية
- في حالة انحلال الزواج بين الأم المغربية وزوجها الأجنبي يطبق قانون الأب وحده على الأبناء.

وأمام هذه الأوضاع القانونية والاجتماعية المأساوية، فضلا عن العوامل الداخلية والدولية التي ذكرناها سابقا، لم يكن للمشرع المغربي أن يغيض نظره عنها. وبالفعل بناء على القرار الذي عبر عنه جلالة الملك في خطابه المؤرخ في 30 يونيو 2005، الرامي إلى تعديل مقتضيات ظهير 1958، تم إعداد مشروع لإصلاح هذا القانون، وصادقت عليه الحكومة المغربية كما صادق عليه البرلمان بغرفتيه وتم نشره في الثاني من فبراير 2007.

ومن أهم التعديلات التي أدخلت على هذا القانون هو تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين في إسناد الجنسية المغربية بناء على النسب أو البتوة، ومن ثم تفادي مجموعة من الحالات التي كانت تؤدي إلى انعدام الجنسية حيث أصبحت الأم بإمكانها في ظل التعديل الجديد لقانون الجنسية إسناد جنسيتها لابنها بغض النظر عن مكان ولادته وجنسية أبيه.

ولم يقف تدخل المشرع المغربي عند حد تعديل المقتضيات المنظمة للجنسية الأصلية، وإنما أدخل بعض التعديلات على صعيد الجنسية المكتسبة، حيث جاء في هذا الصدد بمستجدات وأقر طرق جديدة لاكتساب الجنسية المغربية. فبالإضافة إلى إمكانية الحصول على هذه الجنسية عن طريق الولادة بالمغرب والتجنيس والزواج، نص المشرع على طريقة جديدة لاكتسابها وذلك عن طريق الكفالة، فموجب الفقرة الثانية من الفصل 9 من ظهير 6 شتنبر 1958 أصبحت الجنسية المغربية تسند كجنسية مكتسبة إلى الولد المزداد خارج المغرب من أبوين مجهولين المكفول من شخص مغربي.

فنص المشرع المغربي على هذه الحالة من شأنه من جهة أن يحقق نوع من الانسجام بين نصوصه الداخلية وبين هذه الأخيرة والتشريع الدولي، ومن شأنه من أن يحد من حالات انعدام الجنسية وضمان الجنسية لكل طفل. غير أن اكتساب المكفول للجنسية المغربية، لا يتم بشكل تلقائي، بل يتوقف على تقديم تصريح إما من قبل كافله بعد مدة تزيد على خمس سنوات من كفالته، وإما من لذن المعني بالأمر نفسه أي المكفول وذلك إذا لم يتقدم كافله بهذا التصريح خلال المدة المشار إليها، ويجب على المكفول أن يتقدم بهذا التصريح خلال السنتين السابقتين لبلوغه سن الرشد القانوني وهو 18 سنة، شريطة استجماع الشروط الجوهرية المنصوص عليها في الفصل 9 من ظهير 1958 وهي كالتالي:

1. أن يكون الطفل المكفول مزدادا من أبوين مجهولين.
2. أن يكون ازدياده خارج المغرب.
3. أن تتم كفالته من شخص مغربي وفقا للشروط والإجراءات المنصوص عليها في قانون الكفالة المغربي.

وهذا لا يعني أن المكفول يكتسب الجنسية المغربية مباشرة بمجرد تقديم التصريح من قبله أو من قبل كافله، وإنما يبقى لوزير العدل الحق في معارضة ذلك خلال 6 أشهر الموالية لإيداع التصريح وفقا لما تنص عليها المادتين 26 و27 من قانون الجنسية.

#### - الحق في الاسم

كان ظهير 4 شتنبر 1915 المنظم للحالة المدنية ينص في مادته 22 منه، بخصوص التصريح بالميلاد، بالنسبة للطفل الشرعي أنه: "يعرف بولادة المولود أبوه أو أمه وعند عدم وجودهما الأطباء أو القوابل أو غيرهم ممن حضر وقت الولادة ويحضر رسم الولادة في الحين".

أما في إطار ظهير 3 أكتوبر 2002، خلافا للظهير السابق، حدد الأشخاص الذين يصرحون بولادة الطفل في الأقباء فقط، فقد جاء في المادة 16 منه على أنه: "يقوم التصريح بالولادة لدى ضابط الحالة المدنية لمحل وقوعها أقرباء المولود حسب الترتيب: 1- الأب أو الأم، 2- وصي الأب، 3- الأخ، 4- ابن الأخ

ونتيجة لعيوب هذا القانون تعددت الآراء وتشعبت الأفكار بخصوص إصلاحه، لكنها كانت تصب جميعها في اتجاه واحد وهو تجاوز المقترضات التي تركز التمييز بين الجنسين وتفادي الحالات المؤدية إلى انعدام الجنسية.

وأول محاولة لإصلاح ظهير 1958 كانت من جانب الفريق البرلماني للاتحاد الاشتراكي للقوات الشعبية، (تعديل الفصل 6)، وأخرى من قبل الفريق البرلماني لحزب التحالف الاشتراكي (تعديل الفصول 3 و 4 و 6 و 7 و 9 و 10). ورغم أهمية الاقتراحات التي تقدم بها هذين الفريقين والهادفة إلى جعل الأم مصدرا للجنسية المغربية بالنسبة لابنائها، إلا أنها لم يكتب لها أن ترى النور فبقيت في أدراج الكتمان. واستمرت النداءات من أجل إصلاح قانون الجنسية. وقد استندت الجهات الداعية إلى إصلاح هذا القانون إلى مجموعة من الاعتبارات، داخلية ودولية وقانونية واجتماعية.

• فبالنسبة للاعتبارات الداخلية والدولية فقد شهدت بلادنا منذ بداية التسعينيات ثورة تشريعية هائلة في مجال حقوق الإنسان، ويتجلى ذلك:

- على صعيد الدستور: تم النص في ديباجة دستور 1992 على تمسك المغرب بحقوق الإنسان كما هي متعارف عليها دوليا.

- على صعيد التشريعات العادية: تم إلغاء مجموعة من النصوص التي كانت تشكل حيفا في حق المرأة، كالفصل 6 من القانون التجاري القديم الذي كان يمنع المرأة من ممارسة التجارة كيفما كان أحوالها الشخصية، والفصل 726 من قانون الالتزامات والعقود الذي كان يمنع المرأة من تأجير خدماتها دون إذن من زوجها الذي يحق له فسخ العقد الذي تم دون إذنه. بالإضافة إلى التعديلات الواردة على مدونة الأحوال الشخصية الملقاة في العاشر من شتنبر 1993 التي اعتبرت ليس فقط خطوة نحو تعزيز حقوق الإنسان ببلادنا، وإنما بمثابة كشف للستار عن الهالة القدسية التي أحيطت بهذه المدونة حقبة طويلة من الزمن، بل وقد توجت هذه الخطوة التي خطاها المشرع المغربي في المجال الأسري بخطوة أكثر جرأة وأكثر أهمية، وذلك بصدور مدونة الأسرة التي جاءت بإصلاحات جوهرية وخاصة على صعيد أحكام الزواج والطلاق. ولعل أهم ما ورد في هذه المدونة بخصوص موضوع الجنسية هو ما نص عليه المشرع في المادة 54 في الفقرة الثانية بشأن حقوق الأطفال كالتالي: "العمل على تثبيت هويتهم والحفاظ عليها خاصة بالنسبة للاسم والجنسية والتسجيل في الحالة المدنية".

لذلك كان لا بد للمشرع المغربي أن يعمل على تحقيق نوع من الانسجام والملاءمة بين نصوصه الداخلية، بين مدونة الأسرة والقانون المنظم للجنسية.

وبالإضافة إلى التدخلات التي قام بها المشرع المغربي في مجال حقوق الإنسان على الصعيد الداخلي، فقد صادق أيضا على مجموعة من الاتفاقيات الدولية في هذا المجال، ومن أهمها الاتفاقية الدولية المتعلقة بإلغاء كل أشكال التمييز ضد المرأة، والاتفاقية الدولية لحقوق الطفل فضلا عن انضمامه إلى مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص.

ولذلك، كان على المغرب ليس فقط أن يعمل على تحقيق الملاءمة بين تشريعاته الداخلية وإنما كذلك العمل على تحقيق هذه الملاءمة بين تشريعاته الداخلية والدولية.

• أما الاعتبارات القانونية والاجتماعية فتتمثل أبرزها في المشاكل والصعوبات التي كانت تواجهها الأم المغربية وأبنائها الزدادين من أب أجنبي نتيجة عدم إمكانيتها منحهم جنسيتها المغربية، نذكر من بينها ما يلي:

- صعوبة الدخول إلى المغرب والخروج منه، إذ لا بد من الحصول على تأشيرة الدخول بالنسبة للأبناء وكذا على بطاقة الإقامة سواء أكانت الإقامة عرضية أو دائمة.

- صعوبة ولوجهم في حالة إقامتهم بالمغرب إلى الجامعات والمعاهد العليا.

ولقيام القاضي بمهمة تتبع ومراقبة شؤون المكفول يعتمد على مجموعة من الأبحاث التي تنجزها كل من النيابة العامة أو السلطة المحلية أو المساعدة الاجتماعية أو اللجنة المنصوص عليها في المادة 16 من الظهير أو المصالح القنصلية بالخارج.

ويمكن للقاضي المكلف بشؤون القاصرين بناء على التقارير المقدمة إليه أن يأمر بإلغاء الكفالة أو أن يتخذ ما يراه ملائماً لمصلحة الطفل.  
ويمكن أن ينص أمر القاضي على التنفيذ المعجل رغم كل طعن، ويكون الأمر قابلاً للاستئناف من غرفة المشورة<sup>146</sup>.

وحماية للطفل المهمل مما قد يتعرض له من جراء إخلال كافلة بالتزاماته نحوه، نص المشرع على أحكام جزئية<sup>147</sup>، حيث تطبق بخصوصه العقوبات المنصوص عليها في القانون الجنائي كما هو في حالة استعمال الطفل في التسول<sup>148</sup> أو تسليمه إلى متشرد<sup>149</sup>، أو تركه وتعريضه للخطر<sup>150</sup> وغيرها من الأفعال التي يعاقب عليها القانون الجنائي. والملاحظ في هذا الصدد أن مسألة تتبع ومراقبة شؤون الطفل المكفول ومدى وفاء الكافل بالتزاماته غير موجودة عملياً، حيث لا تتم مراقبة الطفل المكفول المقيم بالمغرب، وبالأحرى بالنسبة للطفل المكفول المقيم بصفة دائمة خارج المغرب رغم التنصيص عليها بشكل واضح وصريح من طرف المشرع في المادتين 19 و24 من الظهير.

لذلك، يركز البعض على تفعيل هذه الفصول والسهر على تطبيقها على الوجه الأمثل للوصول إلى الغاية التي توخاها المشرع وهي تحقيق المصلحة الفضلى للطفل المكفول.<sup>151</sup>

#### - الحق في الجنسية

خلافاً لمبادئ أخرى<sup>152</sup>، لم ينظم موضوع الجنسية إلا بعد الاستقلال، وذلك بموجب ظهير مؤرخ ب 6 شتنبر 1958. وأهمية هذا النص تكمن في كونه، خلافاً للفصل 15 من اتفاقية مدريد 1880، لم يكنف بتنظيم فقد الجنسية المغربية بل تعدها إلى تنظيم إسناد تلك الجنسية، كما أنه لم يقف عند حد الجنسية الأصلية المترتبة عن النسب بل تطرق إلى الجنسية المكتسبة عن طريق الولادة بالمغرب والتجنس والزواج. ورغم أهمية هذا النص، إلا أنه كان محل مآخذ وانتقادات كثيرة، أهمها أنه يفتح الباب أمام حالات انعدام الجنسية<sup>153</sup> كما هو الشأن بالنسبة للطفل المزداد من مغربية وأب عديم الجنسية بالخارج، وكذا الطفل المزداد بالمغرب من أبوين عديمي الجنسية، كما عيب على ظهير 1958 أنه يطغى عليه مفهوم الأسرة الأبوية العتيق، وذلك من خلال ترجيح البنوة إزاء الأب على رابطة الأمومة.

ومن أبرز مظاهر هذا التمييز بين الجنسيين أن الأب يمنح جنسيته لابنه بغض النظر عن مكان ولادته وجنسية أمه. أما الأم فلا تسند جنسيتها لابنها إلا إذا كان الأب مجهولاً أو كانت الولادة بالمغرب من أب عديم الجنسية.<sup>154</sup>

146 المادة 17 من ظهير 13 يونيو 2002.

147 المادة 30 من ظهير 13 يونيو 2002.

148 المادتان 327 و 328 من القانون الجنائي.

149 المادة 330 من القانون الجنائي.

150 المواد 460 و 462 و 463 من القانون الجنائي.

151 سميرة براءة: كفالة الأطفال المتخلى عنهم بين النظرية والتطبيق، مقال مقدم منى الأيام الدراسية حول مدونة الأسرة، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية، شتنبر 2004، ص. 204.

152 كالتقانون المدني والقانون التجاري والقانون القضائي الخاص وغير ذلك.

153 رغم أن هذا النص حاول تفادي مجموعة من الحالات التي تؤدي إلى انعدام الجنسية، وذلك عن طريق:

- منح الجنسية المغربية للولد المزداد بالمغرب من أم مغربية وأب عديم الجنسية.

- عدم تمديد التجريد إلى الزوجة والأطفال إذا لم يكونوا محتفظين بجنسيتهم الأصلية.

154 انظر مظاهر هذا التمييز بتفصيل في: مولاي رشيد عبد الرزاق، تقديم أعمال ندوة 18 يونيو 2004 حول قانون الجنسية المغربية، قراءة وتأويل، سلسلة ندوات 1، المنظمة المغربية لحقوق الإنسان، ص 9 وما بعدها.

المسعودي العياشي: التمييز تجاه المرأة في القانون الدولي الخاص المغربي، مجلة القانون والاقتصاد، فاس، عدد 7، 1991، ص 43-54 (بالفرنسية).

يصدر أمرا، في حالة انفصام الزواج بين الزوجين الكافلين، إما باستمرار الكفالة لأحدهما، أو باتخاذ ما يراه مناسبا من إجراءات.

3. إذا كانت كفالة الطفل المهمّل تستند بموجب أمر قضائي، فإن إلغاؤها كذلك في حالة ما إذا كانت المصلحة الفضلى للطفل تقتضي ذلك تتم بنفس الصيغة، ففي حالة انفصام العلاقة بين الزوجين الكافلين واختيار الطفل المكفول البالغ خمسة عشر سنة لحاضن غير كافليه، وثبوت أن اختياره غير متعارض مع مصلحة هذا الطفل، كان للقاضي، طبقا لمقتضيات المادتين 25 و 26 من الظهير إصدار أمر قضائي بإلغاء الكفالة وإسناد حضانة الطفل المكفول إلى أحد الأقارب الذي اختاره هذا الأخير والمنصوص عليهم في المادة 171 من مدونة الأسرة.

### - الحق في الرعاية والزيارة

تنص المادة 22 من ظهير 2002 على أنه: " يترتب عن الأمر المعلق بإسناد الكفالة ما يلي: - تحمل الكافل أو المؤسسة أو الهيئة أو الجمعية أو المنظمة المعنية تنفيذ الالتزامات، المتعلقة بالنفقة على الطفل المكفول وحضانته ورعايته وضمان تنشئته في جو سليم، مع الحرص على تلبية حاجياته الأساسية إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني، طبقا للمقتضيات القانونية الواردة بمدونة الأحوال الشخصية المتعلقة بحضانة ونفقة الأولاد..."

وبناء عليه، يتعين على الكافل أن يسهر على رعاية الطفل المكفول ورعايته من تغذية ولباس وفراش ونظافة وكذا صيانته في جسمه وصحته وتهذيب أخلاقه وسلوكه ويتعين على الكافل أيضا ضمان تنشئته أي السهر على تعليمه وتأديبه وتوجيه سلوكه لاكتساب السلوك القويم والقيم الأخلاقية.

ورعاية الطفل المكفول وضمان تنشئته في جو عائلي سليم يقتضي إلحاقه بالتعليم، فالتعليم والمعرفة حق طبيعي لكل إنسان، لذلك تجعله الأوثاق الدولية لحقوق الإنسان من بين أهم الحقوق التي يجب أن يتمتع بها الإنسان عموما والطفل على وجه الخصوص.

وحماية للطفل المكفول من الأخطار والأضرار التي قد يتعرض لها سواء من قبل الكافل أو غيره، عهد المشرع إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين الواقع بدائرة نفوذه مقر إقامة الكافل بمهمة تتبّع ومراقبة شؤون الطفل المكفول ومدى وفاء الكافل بالالتزامات. ونص المشرع على هذا الأمر يعتبر من المستجدات التي جاء بها ظهير 12 يونيو 2002، ذلك أن الواقع كشف أوضاعا سيئة بالنسبة للأطفال أسندت كفالتهم إلى أشخاص

لم تتم مراقبتهم ولم يتم تتبّع مدى تنفيذهم لالتزاماتهم المتعلقة بالكفالة<sup>141</sup> بإسناد مهمة تتبّع ومراقبة شؤون الطفل المكفول من لدن القاضي المكلف بشؤون القاصرين يرتبط بالدور الأساسي المنوط به بمقتضى المادة 7 من ظهير 2002، حيث نصت على ما يلي: "...

وهكذا، وبخلاف ما كان يجري به العمل في ظل قانون الكفالة القديم (ظهير 1993) واستجابة لاتجاه فقهي مغربي<sup>142</sup> أصبح القاضي بموجب الفقرة الثانية من المادة 7 من القانون رقم 01. 15 مارس الولاية على الأطفال المهملين، وذلك طبقا لأحكام النيابة القانونية المنصوص عليها في مدونة الأسرة<sup>143</sup>، وفي قانون المسطرة المدنية<sup>144</sup>.

والنيابة الشرعية عن القاصر إما ولاية أو وصاية أو تقديم، وما دام الطفل القاصر يعتبر مهمّل فإن الولاية تنتقل بقوة القانون إلى قاضي شؤون القاصرين الذي يعد وليا شرعيا على نفس ومال المكفول.

ويعتبر الكافل، سواء كان شخصا طبيعيا أو مؤسسة، نائبا شرعيا للقاصر في شؤونه الشخصية إلى أن يعين له القاضي مقدما<sup>145</sup>.

141 عبد القادر قرموش: كفالة الأطفال المهملين، المرجع السابق، ص 219.

142 أحمد الخليلي: التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، الولادة والأهلية والنيابة القانونية، الطبعة الأولى، الرباط، ص 298.

143 المادة 229 إلى 276 من مدونة الأسرة.

144 الفصول من 181 و 182 و 184 من قانون المسطرة المدنية.

145 المادة 232 من مدونة الأسرة.

وتستمر حضانة الطفل المكفول إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني، وهو ثمانية عشرة سنة شمسية كاملة حسب مقتضيات المادة 209 من مدونة الأسرة. كما للمحضون عند بلوغه سن الخامسة من عمره وفي حالة إنتهاء العلاقة الزوجية بين أبويه الكافلين أن يختار بينهما.

ويشترط لاستحقاق الحضانة مجموعة من الشروط التي نصت عليها المادة 173 من مدونة الأسرة، وما يلاحظ بخصوص هذه الشروط أنها نفس الشروط تقريبا التي يشترطها ظهير 13 يونيو 2002 لاستحقاق الكفالة، ما عدا بعض الشروط التي يضيفها هذا الظهير كشرط الإسلام وشرط عدم وجود نزاع قضائي أو خلاف عائلي بين الكافل والطفل المكفول أو والديه. وهذه الشروط تجعل الكفالة تؤثر في استحقاق الحضانة إيجابا أو سلبا، والعكس غير صحيح لأن شروط الكفالة تستغرق شروط الحضانة.<sup>138</sup> لكن السؤال الذي يثار في هذا الصدد هو: هل للطفل المكفول الذي أتم الخامسة عشرة من عمره الحق في اختيار حاضن آخر غير كافليه؟

يرى البعض<sup>139</sup> عدم أحقية الطفل المكفول في اختيار حاضنه خارج أحد الزوجين الكافلين في حالة انحلال زواجهما، وذلك لعدة اعتبارات أولها: الطبيعة الخاصة للكفالة التي شرعت حسب هذا الرأي لغاية حضانة الطفل المكفول والعناية به وتربيته والنفقة عليه، وهو الأمر الذي لا يمكن أن يتحقق في حالة التنازل عن حضانة الطفل المكفول، وثاني هذه الاعتبارات أن مسؤولية الكافل المدنية تستلزم مراقبته وتوجيهه وحمايته وحراسته، مما قد يسببه للغير من حوادث وأخطار، وهذا ما لا يمكن حسب هذا الرأي، أن يتحقق والمكفول في حضانة غير كافله.

وثالث هذه الاعتبارات أن كفالة الطفل المهمل تسند بموجب أمر قضائي، ومن ثم لا يمكن إلغاؤها أو التنازل عن أحد أركانها خارج هذا الأمر القضائي.

وفي اعتقادنا أنه، على الرغم من وجهة هذه الاعتبارات الذي يستند عليها الرأي السابق، إلا أننا نرى أن حق الطفل المكفول، في اختيار حاضنه من غير أحد كافليه في حالة انقضاء زواجهما ثابت ولا يختلف في ذلك عن الطفل الشرعي وهذا للاعتبارات التالية:

1. المشرع المغربي عندما تحدث عن آثار الكفالة، في المادة 22 من ظهير 13 يونيو 2002 بشأن النفقة والحضانة وغيرها، فقد أحال بهذا الخصوص على أحكام مدونة الأسرة الجاري بها العمل في هذا الموضوع، ولم ينص على أي استثناء بالنسبة للطفل المكفول، ولذلك فإنه يخضع لجميع مقتضيات المنصوص عليها في موضوع الحضانة، ومن ثم يحق له، كما هو الشأن بالنسبة للطفل الشرعي، أن يختار حاضنه من غير الزوجين الكافلين في حال ثبوت انحلال علاقتها الزوجية.

كما أن المشرع المغربي في إطار المادة 26 نص على إعمال مقتضيات المادة 166 من مدونة الأسرة<sup>140</sup> على الطفل المكفول دون الإشارة في هذا الصدد إلى أي قيد أو استثناء، وهذه المادة تعطي للطفل المكفول بعد إنتهاء العلاقة الزوجية بين كافليه وبلوغه سن الخامسة عشرة من عمره، الحق في اختيار حاضنه من أبيه أو أمه أو أحد أقاربه المنصوص عليهم في المادة 171 من المدونة.

2. المشرع المغربي نص في إطار المادة 25 من ظهير 13 يونيو 2002 على أنه من بين أسباب إنتهاء الكفالة "... إلغاء الكفالة بأمر قضائي في حالات إخلال الكافل بالتزاماته أو تنازله عن الكفالة، أو إذا اقتضت ذلك المصلحة الفصل للطفل المكفول".

وهكذا، إذا تبين للقاضي أن اختيار الطفل لحاضن غير أحد كافليه لا يتعارض مع مصلحته، بل إن مصلحته تقتضي أن تتم حضانته من قبل شخص غير أحد كافليه اللذين انحلت علاقتهما الزوجية، فإنه يمكن للقاضي أن يتخذ ما يراه مناسبا للطفل. فطبقا للمادة 26 من ظهير 2002، للقاضي أن

138 عبد القادر قرموش: كفالة الأطفال المهملين، المرجع السابق، ص 186.

139 عبد القادر قرموش: كفالة الأطفال المهملين، المرجع السابق، ص 185.

140 المادة 102 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

هذا النوع من الكفالات هو الذي أفرز تعريفاً للمفهوم كالذي يقدمه المركز الدولي المرجعي لحقوق الطفل المحروم من الأسرة<sup>135</sup>: "تنشأ عن الكفالة الآثار التالية: من جهة، يمارس الكافل السلطة الأبوية ويقوم بواجب رعاية الطفل؛ ومن جهة أخرى يبقى الطفل محتفظاً بأوصاره مع أسرته الأصلية وبحالته العائلية". لهذه الأسباب، يكون من الجوهري تحديد ما إذا كان الأمر يتعلق بكفالة طفل معروف النسب ولم يصدر بشأنه أي حكم بالإهمال أو بطفل مصرح بإهماله بمقتضى حكم قضائي.

## المبحث الخامس. آثار الكفالة وإنتهائها

### المطلب 1: آثار الكفالة<sup>136\*</sup>

إذا استجمعت الكفالة كافة الشروط القانونية واستنفذت كل الإجراءات التي يتطلبها المشرع المغربي ترتبت عليها آثار قانونية، ومعظم هذه الآثار هي في الواقع حقوق لفائدة الطفل المكفول وواجبات تلزم الكافل، وسنفضل فيها الحديث كما يلي:

#### أ: تنفيذ الإلزامات المترتبة عن الكفالة

ترتبت عن الكفالة عدة التزامات تقع على عاتق الكافل، وهي حقوق مقررة لفائدة الطفل المكفول، ويمكن تصنيف الحقوق التي تنجم عن إسناد كفالته إلى شخص معين (طبيعي أو اعتباري) إلى نوعين من الحقوق: حقوق شخصية (المطلب الأول) وحقوق مالية (المطلب الثاني)

#### الحقوق الشخصية

تتمثل هذه الحقوق في حق الطفل المكفول في حضانته من قبل كافله ورعايته وتربيته وتتبع ومراقبة شؤونه، بالإضافة إلى حقه في الجنسية والاسم.

#### - الحق في الحضنة

من بين الآثار المترتبة على إسناد كفالة الطفل المهمل إلى الكافل هو التزام هذا الأخير بحضانته سواء كان شخصاً طبيعياً أو مؤسسية، فالمادة 22 من ظهير 13 يونيو 2002 تنص على ما يلي: "يترتب عن الأمر المتعلق بإسناد الكفالة ما يلي: تحمل الكافل أو المؤسسة أو الهيئة أو الجمعية أو المنظمة المعنية تنفيذ الالتزامات المتعلقة بالنفقة على الطفل المكفول وحضانته ورعايته وضمان تنشئته في جو سليم، مع الحرص على تلبية حاجياته الأساسية إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني طبقاً للمقتضيات القانونية الواردة بمدونة الأسرة المتعلقة بحضانة ونفقة الأولاد".

وحضانة المكفول، طبقاً للمقتضيات مدونة الأسرة، تركز على حفظه مما قد يضره والقيام بتربيته ورعاية مصالحه<sup>137</sup>. فحضانة الطفل المكفول تقتضي رعايته بخصوص تغذيته ولباسه وفراشه ونظافته وكذا رعاية مصالحه والولاية على نفسه وذلك حماية لحقوقه وتحجبا لضياعها خاصة في حالة غيبة نائبه الشرعي.

فالمادة 163 من مدونة الأسرة في فقرتها الثانية تنص على ما يلي: "...على الحاضن، أن يقوم قدر المستطاع بكل الإجراءات اللازمة لحفظ المحضون وسلامته في جسمه ونفسه، والقيام بمصالحه في حالة غيبة النائب الشرعي، وفي حالة الضرورة إذا خيف ضياع مصالح المحضون".

135 المصلحة الاجتماعية الدولية / المركز الدولي المرجعي لحقوق الطفل المحروم من الأسرة، بطاقة التكوين عدد 51.

136 جميلة أوحيدة، أستاذة بكلية الحقوق، جامعة محمد الخامس السويسي - الرباط.

137 المادة 163 من مدونة الأسرة.

التشريعات الدولية، ولا سيما المادة 12.1 من اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989<sup>130</sup>: "تكفل الدول الأطراف في هذه الاتفاقية للطفل القادر على تكوين آرائه الخاصة حق التعبير عن تلك الآراء بحرية في جميع المسائل التي تمس الطفل، وتولى آراء الطفل الاعتبار الواجب وفقا لسن الطفل ونضجه".  
 ويكون الأمر بإسناد الكفالة مشمولاً بالنفاذ المعجل بقوة القانون رغم كل طعن، ويكون قابلاً للاستئناف. ولما لم يحدد هذا النص أجل الاستئناف، تعين الرجوع إلى المادة 134 من قانون المسطرة المدنية، التي نصت في مثل هذه الحالة على أجل ثلاثين يوماً لتقديم استئناف الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية.  
 ينفذ الأمر الصادر بالكفالة من طرف المحكمة الابتدائية التابع لها القاضي المصدر لأمر الكفالة داخل خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره. ويحرر محضر بتسليم الطفل المكفول إلى الشخص أو الجهة الكافلة. ويتم التنفيذ على الخصوص بحضور ممثل النيابة العامة والسلطة المحلية والمساعدة الاجتماعية المعنية عند الاقتضاء. ويجب أن يتضمن المحضر على الخصوص هوية الكافل والطفل المكفول والأشخاص الذين حضروا التسليم ومكان وساعة تسليم الطفل ويجب أن يوقعه عون التنفيذ والكافل. وإذا كان الكافل لا يستطيع التوقيع، فيضع بصمته. ويحرر المحضر في ثلاثة نظائر يوجه أحدها إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين، ويسلم الثاني إلى الكافل ويحتفظ بالثالث في ملف التنفيذ (المادة 18).  
 وإذا أراد الكافل السفر بالطفل المكفول للإقامة الدائمة خارج المملكة المغربية، وجب عليه الحصول على إذن بذلك من طرف القاضي المكلف بشؤون القاصرين، بمقتضى المادة 24 من القانون المتعلق بالكفالة. وترسل نسخة من إذن القاضي عند صدوره، إلى المصالح القنصلية المغربية بمحل إقامة الكافل للقيام بدور تتبع وضعية الطفل المكفول ومراقبة مدى وفاء كافلة بالتزاماته. إلا أنه يجدر التنويه في هذا الصدد بمنشور وزارة العدل<sup>131</sup> الذي يشير على القضاة بأنه يتعين، قبل الترخيص بمغادرة الطفل المكفول للتراب الوطني في اتجاه الدولة التي يريد الكافل أخذه إليها، التحقق من وجود اتفاقية قضائية تسمح بنظام الكفالة، أو إدلاء الكافل بإشهاد من سلطات ذلك البلد يثبت سلامة الوضعية القانونية التي سوف يعيشها المكفول إثر انتقاله إليه. وإذا كان البعض<sup>132</sup> يرى في هذا المنشور عقبة في وجه ممارسة الكفالة من قبل مغاربة مقيمين بالخارج، فمما لا شك فيه أنه يسعى إلى تحقيق غاية محمودة هي ألا يفاجأ الكافل بعد انتقاله إلى مقصده في الخارج بأن السلطات المحلية لا تعترف برابطة الكفالة، وقد تلجأ إلى اتخاذ قرار بفصل الطفل عن كافلة وإيداعه في إحدى مؤسسات رعاية الطفولة.

ولا بد من رصد حيز خاص في هذا المجال للرسالة الدورية لوزارة العدل<sup>133</sup> المتعلقة بكفالة الأطفال غير المهملين، أي معروف في النسب، ولا سيما عندما يتعلق الأمر بطلبات يقدمها مغاربة مقيمون بالخارج. ويكشف هذا المنشور عن واقع العقود المبرمة بين المواطنين على نحو مباشر حيث يقع تسليم الأطفال إلى أشخاص أو عائلات بواسطة إشهاد عدلي (عقد الكفالة). وأمام المخاطر التي قد يتعرض لها الأطفال الذين يسلمهم آبائهم أو أولياؤهم بهذه الطريقة من دون أية مراقبة أو إشراف من طرف السلطات، عمدت الوزارة إلى حث القضاة المكلفين بالتوثيق -المختصين بمقتضى القانون السابق- على تطبيق نفس الإجراءات المسطرية والشروط اللازمة لكفالة الأطفال المهملين، حرصاً على حماية مصلحة الطفل. واتخذت وزارة العدل هذا الإجراء على إثر الإقبال المتزايد من طرف أفراد الجالية المغربية المقيمة بالخارج على التكفل عن طريق الإشهاد العدلي بقاصرين من بين أقاربهم بالمغرب من دون حاجة إلى أعمال مسطرة الإهمال في حق الطفل المعني<sup>134</sup>.

130 المريدة الرسمية عدد 4440، بتاريخ 19/12/1996، ص. 2847.

131 منشور وزارة العدل بتاريخ 01/07/2003، ذكره محمد بنحساين في "مغاربة الخارج وقانون كفالة الأطفال المهملين"، مجلة القانون المغربي، عدد 11، 2007، ص. 171.

132 محمد بنحساين، "مغاربة الخارج وقانون كفالة الأطفال المهملين"، المرجع المذكور، ص 165-182.

133 رسالة دورية تحمل تاريخ 07/02/1996، مطلع عليها بفضل القاضي الأستاذ الديبوي، مستشار ملحق بوزارة العدل في الرباط.

134 حفيظ كريني، دليل القضاة أمام قضاة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2007، ص 92-94. انظر كذلك في مجلة الملحق القضائي، عدد 39، 2005، ص 3-39.

Zarrouki, M., "La prise en charge ou la kafala des enfants en Droit marocain".

ويقدم طلب الكفالة من الطرف المعني، سواء كان شخصا ذاتيا أو اعتباريا، إلى قاضي شؤون القاصرين المختص، مرفوقا بالوثائق التالية (طبقا لمقتضيات المادتين 9 و15):

- طلب مكتوب يلتزم فيه صاحبه برعاية طفل مهمل وتربيته وحمايته والنفقة عليه "كما يفعل الأب مع ولده"<sup>124</sup>؛
- شهادة السكنى؛
- نسخة من رسم ولادة الطفل المهمل؛
- نسخة من بطاقة التعريف الوطنية؛
- شهادة طبية تثبت سلامة صاحب الطلب من أي مرض معد أو مانع من تحمل المسؤولية؛
- نسخة من السجل العدلي تثبت أن الزوجين اللذين يطلبان الكفالة لم سبق الحكم عليهما معا أو على أحدهما من أجل جريمة ماسة بالأخلاق أو جريمة مرتكبة ضد الأطفال؛
- أية وثيقة لإثبات الدخل؛
- نسخة من رسم ولادة صاحب الطلب تثبت أنه بالغ سن الرشد القانوني؛
- نسخة من عقد زواج الشخصين اللذين يطلبان الكفالة؛
- شهادة اعتناق الإسلام بالنسبة للأجانب الذين ليسوا مسلمين أصلا ويرغبون في التكفل بطفل مهمل.

ويعد فحص الوثائق المقدمة، بأمر القاضي المكلف بشؤون القاصرين بإجراء بحث خاص للتحقق من صحة المعلومات الواردة في الملف والمعطيات المتعلقة بالظروف التي ستنتم فيها كفالة الطفل المهمل، عن طريق بحث خاص يجريه بواسطة لجنة مكونة من ممثل للنياية العامة للمحكمة الابتدائية لدائرة نفوذ القاضي المكلف بشؤون القاصرين، وممثل للسلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف والشؤون الإسلامية؛ وممثل للسلطة المحلية؛ ومساعدة اجتماعية تمثل السلطة الحكومية المكلفة بالطفولة<sup>125</sup>. ويمكن للقاضي، إذا اقتضت ذلك طبيعة البحث، أن يستعين بأي شخص أو جهة يراها مفيدة لهذه الغاية.

وعهد المشرع للسلطة التقديرية للقاضي أيضا باتخاذ القرار حول من ستسند إليه الكفالة. وبصفة عامة، لا يمنع وجود أطفال لدى الزوجين من كفالة أطفال مهملين شريطة استفادة جميع هؤلاء الأطفال من الإمكانيات المتوفرة لدى الأسرة على قدم المساواة. ولكن إذا تعددت الطلبات بشأن كفالة طفل مهمل تمتح الأسبقية للزوجين اللذين ليس لهما أطفال، أو اللذين تتوفر لهما أفضل الظروف لضمان المصلحة الفضلى للطفل<sup>126</sup>. وإذا أسفر البحث عن توفر الشروط المطلوبة بمقتضى القانون المتعلق بالكفالة، يصدر القاضي المكلف بشؤون القاصرين أمرا بإسناد كفالة الطفل المهمل إلى الشخص أو الجهة التي تقدمت بالطلب. وينص الأمر على تعيين الكافل مقدما<sup>127</sup> عن المكفول. ويؤخذ رأي الطفل وموافقته بعين الاعتبار إذا كان عمره قد تجاوز اثنتي عشرة سنة شمسية كاملة، وكانت كفالاته مطلوبة من أشخاص ذاتيين لا من منظمة ذات طابع اجتماعي. ويتعدّل سن التمييز من 10 أعوام إلى 12 عاما<sup>128</sup>، سعى المشرع إلى تحقيق الانسجام بين مقتضيات مختلف النصوص التشريعية المغربية<sup>129</sup>. وذلك من دون إغفال أن هذا المقتضى ينسجم مع

124 عبارة "ما يفعل الأب مع ولده" تبدو لنا غير محظوظة إذا أخذنا في الاعتبار المجهود الكبير الذي بذلته مدونة الأسرة من أجل تغادي العبارات المنطوية على التمييز بسبب الجنس. كان من الأنسب أن يشار في هذا المقتضى إلى الأبوين معا لا إلى الأب وحده.

125 حددت كفاءات تعيين أعضاء اللجنة بالشؤون رقم 600-03-2 بتاريخ 2004/06/07. المجريدة الرسمية عدد 5223 بتاريخ 2004/06/21.

126 المادتان 10 و11 من القانون المتعلق بالكفالة.

127 النيابة الشرعية عن القاصر، في التشريع المغربي، إما ولاية أو وصاية أو تقديم. ويقصد بالنائب الشرعي 1 - الولي وهو الأب والأم والقاضي؛ 2 - الوصي وهو وصي الأب أو وصي الأم؛ 3 - المقدم وهو الذي يعينه القضاء (المواد 229 إلى 231 من مدونة الأسرة).

128 المادة 10 من قانون الكفالة القديم كانت توجب موافقة الطفل على الكفالة إذا تجاوزت سنه عشرة أعوام.



بالإضافة إلى الأهميات تتوفر القرية على إدارة لإدارة هذه المؤسسة، وتتكون من مدير ومقتصد وسكرتارية ومستوصف ودار الحضانة وأوراش تربية.  
فخلاصة القول أن فكرة "هريمان غماينر" نجحت في العالم كله، وحاليا توجد 485 قرية S.O.S في أكثر من 134 دولة في العالم، بينهما عشر دول عربية فيها 26 قرية أطفال S.O.S، هي: لبنان، مصر، الأردن، فلسطين، سوريا، الجزائر، المغرب، السودان، تونس، الصومال. فضلا عن وجود 358 بيتا للشباب انبثق عن هذه القرى.

### العصبة المغربية لحماية الطفولة

تأسست العصبة المغربية لحماية الطفولة بالمغرب سنة 1957 تحت الرئاسة الشرفية لصاحبة السمو الملكي للا مريم، ثم أنشأت بعد ذلك فروع لها في عدد من المدن المغربية وذلك للتقرب من الطفل حيث تشرف العصبة على عدة مراكز إيوائية للأطفال المهملين أهمها مركز للا مريم بالرباط ومركز للا أمينة بين سليمان، كما تشرف على عدة مراكز للمغاربة ورياض الأطفال. وتسعى العصبة إلى الدفاع عن حقوق الطفل وتقديم المساعدة للأطفال الذي يعيشون في وضعية صعبة. ومن بين اهتمامات العصبة كفالة الأيتام ورعاية الأطفال المتخلى عنهم في أقسام الشرطة، ودور الولادة، والمستشفيات، وذلك طبقا لمقتضيات قانون الكفالة المعدل عام 2002، ويتم ذلك من خلال استقبال هؤلاء الأطفال من يوم الولادة وحتى سن ثلاث سنوات في مؤسسات خاصة وتقدم لهم خدمات صحية وتربوية واجتماعية وترفيهية ورياضية، وفي نفس الوقت يتم البحث لهم عن أسر تتكفل بهم في إطار الكفالة بواسطة المساعدات الاجتماعية وطبقا للقانون الجاري به العمل. وقد أخذت العصبة على عاتقها إعطاء الأولوية لفتة "الأيتام" لتضمن لهم الحد الأدنى من الحياة الكريمة.

## IV المبحث الرابع. الإجراءات المسطرية للكفل بطفل مهمل\*<sup>120</sup>

من المستجدات التي جاء بها القانون الجديد الصادر عام 2002 أن المشرع عهد بالصلاحيات في قضايا الكفالة إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين. هذا التعديل الصائب يعزز دور هذا القاضي كمسؤول عن شؤون القاصرين والبيتامى وكنائب شرعي عن الأطفال المهملين طبقا للمقتضيات المتعلقة بالنيابة الشرعية المنصوص عليها في مدونة الأسرة<sup>121</sup> وفي قانون المسطرة المدنية<sup>122</sup>. ويجدر التنويه أيضا بالأهمية التي يكتسبها هذا التعديل من حيث آثار الكفالة خارج النطاق الإقليمي للدولة. وهكذا، فإن إسناد الكفالة بواسطة أمر قضائي، لا عن طريق إشارات عدلي ذي طبيعة إدارية، يعطي المزيد من الضمانات ومن الأمن القانوني للأشخاص المعنيين، ولا سيما خارج التراب الوطني، علما أن الإقبال على الكفالة ما فتى يتزايد بين المغاربة المقيمين بالخارج. وعلى الرغم من أن المادة 14 اقتصر على ذكر القاضي المكلف بشؤون القاصرين الواقع بدائرة نفوذه مقر إقامة الطفل المهمل، فليس هناك ما يحول دون استدراك هذه الفلتة بالإحالة إلى المادة 4 التي تعهد بالصلاحيات أيضا لقاضي شؤون القاصرين الواقع بدائرة نفوذه مكان العثور على الطفل المهمل أو مقر المركز الاجتماعي المودع به<sup>123</sup>.

120 هدى زكري، مستشارة "مشروع عدل" - طالبة دكتوراه في القانون الدولي الخاص بجامعة غرناطة (إسبانيا).

121 المادة 231 من مدونة الأسرة: "صاحب النيابة الشرعية: - الأب الراشد؛ - الأم الراشدة عند عدم وجود الأب أو فقد أهليته؛ - وصي الأب؛ - وصي الأم؛ - القاضي؛ - مقدم القاضي.

122 المادة 181 وما يليها من قانون المسطرة المدنية.

123 عبد القادر قرومش، "كفالة الأطفال المهملين"، المرجع المذكور، ص. 164

وقد أصدر المشرع المغربي غداة الاستقلال عدة نصوص قانونية لدعم وتعزيز العمل الاجتماعي الحكومي بوجه عام ورعاية الأطفال الأيتام والمحرومين بوجه خاص، ومن هذه النصوص الظهير الصادر في 27 أبريل 1975 الخاص بتأسيس التعاون الوطني، والمرسوم الملكي الصادر في 3 شتنبر 1968 القاضي بوضع التعاون الوطني إلى مستوى مندوبية وتوسيع عمله وتحويله إلى قطاع اجتماعي له رسالته في خدمة الأسرة وإنقاذ الفتاة ورعاية الطفولة وتكوين وإعداد الشباب ورعاية المسنين والعجزة ومساعدة الأرامل<sup>116</sup>. ثم المرسوم الصادر في 28 فبراير 1972 بشأن النظام الأساسي لهذه المؤسسة والذي جعل منها مؤسسة عمومية تتمتع بالشخصية المدنية والاستقلال المالي، وفي 1977 تم خلق وزارة الشؤون الاجتماعية والصناعة التقليدية لتسهر على تنفيذ سياسة اجتماعية متكاملة بهدف تأهيل الأطفال ومنحهم فرصا للتعليم والتكوين وإكسابهم مهارات خاصة تمكنهم من الاندماج الاجتماعي والاقتصادي.<sup>117</sup>

وتقوم هذه الوزارة بتطبيق هذه السياسة من خلال مجموعة من المؤسسات الاستقبال التي تحتضن عددا هاما من الأطفال تختلف اختصاصاتها حسب نوعية الهدف المنشود كرياض الأطفال، والمراكز الاجتماعية التربوية. ويهدف حماية الأطفال المهملين تسهر الوزارة على عدد من الجمعيات الخيرية الإسلامية الموضوعية تحت وصاية مؤسسة التعاون الوطني، وتتألف المؤسسات التابعة لهذه الجمعيات الخيرية من دور للأطفال ومأوى للطلبة ومأوى للعجزة.<sup>118</sup>

وفيما يتعلق بدور الأطفال والطلبة، تحتضن هذه المؤسسات الأطفال الأيتام والذين لا عائل لهم والحالات الاجتماعية الخاصة من أجل منحهم فرصة الالتحاق بالتعليم أو التكوين المهني. ويلتحق الأطفال الذين يتابعون دراستهم الابتدائية بدور الأطفال، أما الذين يتابعون دراستهم الثانوية أو التكوين المهني فيلتحقون بمأوى الطلبة.<sup>119</sup>

ومن بين أهم المؤسسات والمنظمات التي تسهر على رعاية الأطفال اليتامى والمحرومين من رعاية الأبوبن نذكر قري الأطفال النموذجية والعصبة المغربية لحماية الطفولة.

### قري الأطفال النموذجية:

ترجع فكرة تأسيس قري الأطفال إلى الدكتور النمساوي الأصل "هريمان غماينر"، حيث أسس أول قرية للأطفال عام 1949 في "إمست" في بلده النمسا، وذلك نتيجة تزايد عدد الأطفال المحتاجين الذين فقدوا بيوتهم وأمنهم وعائلاتهم بسبب الحرب العالمية الثانية، وقد نمت هذه الفكرة وانتشرت في معظم أنحاء العالم وخاصة دول العالم الثالث.

ويعتبر المغرب من الدول المستفيدة من قري المسعفين، حيث أنشأت أول قرية للأطفال في 30 مارس 1985 بأيت أورير نواحي مراكش، وذلك باتفاق بين المنظمة العالمية S.O.S. Kinderdef « international » ووزارة الصناعة التقليدية والشؤون الاجتماعية بتاريخ 18 / 07 / 1980. ثم أنشأت قرية أخرى بإمزورن قرب مدينة الحسيمة بتاريخ 16 أبريل 1987، وذلك بناء على الاتفاق الموقع بين الطرفين المذكورين في 16 أبريل 1987.

وقد تم تأسيس الجمعية المغربية لقري الأطفال بتاريخ 18 دجنبر 1986 بالرباط واعترف لها بصفة المنفعة العامة بالمرسوم المؤرخ في 19 يونيو 1990.

وقري الأطفال التي تسمى ب" S.O.S. "، عبارة عن قري مكونة من عدة منازل يضم كل منزل أما بديلة ومجموعة من الإخوة ويخصص لهم راتب شهري. والهدف الأساسي لهذه القري هو تحقيق التنمية الاجتماعية والحياة الكريمة للأطفال الأيتام والمتخلى عنهم وذلك برعايتهم منذ لحظة انتمائهم للقري.

116 عبد العزيز مولاي يوسف العلوي: كفاية الطفل المهمل، المرجع السابق، ص 78.

117 عبد القادر قرموش: كفاية الأطفال المهملين، المرجع السابق، ص 121.

118 عائشة خذاني: تجربة وزارة التشغيل والصناعة التقليدية والشؤون الاجتماعية في مجال رعاية الأطفال المحرومين من الأسرة، ضمن محاور اللقاء المغربي الأول حول الطفل المحروم من الأسرة، العصبة المغربية لحماية الطفولة، الرباط 22-25 أكتوبر 1992، ص 59.

119 عبد العزيز مولاي يوسف العلوي: كفاية الطفل المهمل، المرجع السابق، ص 79.

ومما يركز عليه هذا الرأي ما يلي:

- مقتضيات ظهير 13 يونيو 2002 وخصوصا المادتين 25 و26، حيث يلاحظ أن المشرع منح للرجل المسلم كفالة الطفل المهمل ولكن بطريقة غير مباشرة، فالمادة 25 تنص على أنه: "تنتهي الكفالة بأحد الأسباب الآتية:
- بلوغ المكفول سن الرشد القانوني. ولا تسري هذه المقتضيات على البنت غير المتزوجة ولا على الولد المعاق أو العاجز عن الكسب؛
- موت المكفول؛
- موت الزوجين الكافلين معا أو المرأة الكافلة؛
- فقدان الزوجين الكافلين لأهليتهما معا ؛
- فقدان المرأة الكافلة لأهليتها؛
- حل المؤسسة أو الهيئة أو المنظمة أو الجمعية الكافلة؛
- إلغاء الكفالة بأمر قضائي في حالات إخلال الكافل بالتزاماته أو تنازله عن الكفالة، أو إذا اقتضت ذلك المصلحة الفضلى للطفل المكفول".

هكذا، فإذا كان المتوفى هي المرأة فهذا يعني أن الرجل هو الذي يستمر في كفالة الطفل المهمل. أما المادة 26 فتتص على أنه: "إذا انفصمت عرى الزوجية بين الزوجين الكافلين، أصدر القاضي المكلف بشؤون القاصرين بناء على طلب من الزوج أو الزوجة أو من النيابة العامة أو تلقائيا، أمرا إما باستمرار الكفالة لأحدهما، أو باتخاذ ما يراه مناسبا من إجراءات، وتسري على الطفل المكفول في هذه الحالة مقتضيات الفصل 102 من مدونة الأحوال الشخصية. يجب على القاضي قبل إصدار أمر في شأن الكفالة، إجراء البحث المنصوص عليه في المادة 16 أعلاه"

وبناء عليه، في حالة انحلال الزواج بين الزوجين الكافلين، فإن كفالة الطفل المهمل يمكن أن تسند إلى الزوج الكافل أي الرجل المسلم، وذلك بناء على أمر قضائي يصدره القاضي المكلف بشؤون القاصرين. وعلى ذلك، يمكن القول أن كفالة الطفل المهمل يمكن أن تسند إلى الرجل المسلم ولكن ليس في البداية أي عند طلب الكفالة وإنما بعد ذلك، لأنه إذا تقدم الرجل المسلم بطلب كفالة الطفل المهمل فمن المؤكد أن طلبه هذا سيواجه بالرفض وذلك استنادا إلى مقتضيات المادة 9 من ظهير 13 يونيو 2002 التي لا تخول هذا الحق للرجل المسلم.

### المطلب 3: الشروط الخاصة بالمؤسسات الإيوائية

في حالة عجز الأسرة الطبيعية عن رعاية أطفالها قد تسند كفالتهم، فضلا عن الزوجين المسلمين أو الزوجة المسلمة، إلى المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال والهيئات والمنظمات والجمعيات ذات الطابع الاجتماعي المعترف لها بصفة المنفعة العامة المتوفرة على الوسائل المادية والموارد والقدرات البشرية المؤهلة لرعاية الأطفال وحسن تربيتهم وتنشئتهم تنشئة إسلامية.<sup>115</sup>

والملاحظ من خلال المادة 9 من ظهير 13 يونيو 2002 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، أن المشرع لم يضع شروطا خاصة بالمؤسسات الإيوائية، كما فعل بالنسبة للزوجين المسلمين أو المرأة المسلمة، سوى أن تكون عمومية أو معترف لها بصفة المنفعة العامة وأن تتوفر لديها الموارد البشرية والوسائل المادية التي تمكنها من رعاية الأطفال. وعلى ذلك يمنع على المؤسسات الخاصة استقبال الأطفال المهملين، كما يمنع ذلك على الهيئات والمؤسسات الأجنبية التي لا يعترف لها بصفة المنفعة العامة كما تقضي بذلك المادة 9 من ظهير 15 نونبر 1958 المنظم لتأسيس الجمعيات بالمغرب.

115 محمد الشافعي: كفالة الأطفال المهملين، المرجع السابق، ص 39.

- ألا يكون بين الزوجين والطفل الذي يرغبان في كفالته، أو بينهما وبين والديه نزاع قضائي أو خلاف عائلي، يخشى منه على مصلحة المكفول.  
لم يكن ظهير 10 شتنبر 1993 ينص على هذا الشرط، فهو يعتبر من مستجدات ظهير 13 يونيو 2002، اقتبسها المشرع من المادة 154 من ملونة الأحوال الشخصية القديمة<sup>111</sup> المتعلقة بالشروط الواجب توافرها في المقدم على القاصر.

فاشترط المشرع هذا الشرط فيه حماية للطفل المكفول وحفاظا لمصالحه. فوجود نزاع قضائي أو خلاف عائلي بين الزوجين الراغبين في الكفالة والطفل المهمل المراد كفالته، من شأنه أن يلحق أضرارا بهذا الطفل وبمس مصالحه. لأن تكفل الزوجين بالطفل قد يكون بغرض الانتقام والإضرار به وليس بغرض الرعاية به ورعايته.  
وإذا كان المشرع قد اشترط بداية عدم وجود نزاع قضائي أو خلاف عائلي بين الزوجين الراغبين في الكفالة والطفل المهمل، فإنه لم يتضمن الحلول الواجب إعمالها في الحالة التي يقع فيها هذا النزاع أو الخلاف بعد إسناد الكفالة إليهما، لذلك يمكن القول استنادا إلى المادة 25 من ظهير 13 يونيو 2002، التي تنص على إلغاء الكفالة إذا اقتضت ذلك المصلحة الفضلى للطفل المكفول، أنه إذا كان هذا النزاع أو الخلاف مما لا يخشى منه على مصلحة المكفول فإن ذلك لا يكون سببا لإسقاط الكفالة، أما إذا كان النزاع أو الخلاف مما يخشى منه على مصلحة الطفل، فإن ذلك يخول إلغاء قرار إسناد الكفالة، وفي جميع الأحوال يرجع الأمر إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين الذي يقدر ما إذا كان هذا النزاع أو الخلاف سيؤثر على مصلحة الطفل المكفول أم لا، وعلى ضوء ذلك يقرر إسناد الكفالة أو عدم إسنادها.<sup>112</sup>

## المطلب 2: الشروط المتعلقة بالمرأة

إن تخويل المرأة المسلمة الحق في التكفل بطفل مهمل يعتبر من المستجدات التي جاء بها ظهير الكفالة 13 يونيو 2002، إذ لم يكن ينص عليه ظهير 10 شتنبر 1993. فقد أصبح بإمكان إسناد الكفالة إلى المرأة غير المتزوجة، كما إذا كانت أرملة أو تقدم بها السن دون أن تتزوج وتتوفر على الإمكانيات المادية والأخلاقية لرعاية الطفل المهمل.

فمن بين المآخذ التي كانت موجهة إلى ظهير 10 شتنبر 1993 هو عدم منح المرأة غير المتزوجة إمكانية التكفل بطفل مهمل، ولذلك فإن السماح لها في إطار الظهير الحالي المنظم للكفالة بالتكفل بطفل مهمل يحقق فائدة مزدوجة للمرأة وللطفل المكفول معا، خاصة بالنظر إلى ما تعانیه مؤسسات الطفولة من اكتظاظ وقلة طلبات الكفالة.<sup>113</sup>

ولإسناد الكفالة إلى المرأة المسلمة اشترط المشرع أن تتوفر فيها نفس الشروط الأربعة المنصوص عليها في البند الأول من المادة 9 من ظهير 13 يونيو 2002، أي الشروط التي استلزم المشرع توفرها في الزوجين المسلمين، وهي سن الرشد القانوني، والمؤهلات الأخلاقية والمادية والصحية، وعدم وجود نزاع قضائي أو خلاف عائلي بينها وبين الطفل الذي ترغب في كفالته أو بينها وبين والديه يخشى منه على مصلحة الطفل المكفول. والملاحظ في هذا الصدد أن المشرع اقتصر بخصوص إسناد الكفالة على المرأة المسلمة ولم يمنح هذه الإمكانيات للرجل المسلم، ويعزي البعض<sup>114</sup> ذلك إلى الموروث الثقافي والتصور السلبي للرجل في علاقته بالآخرين الذين يعيشون معه كمصدر للخطر والاعتداء والشذوذ، لذلك كان من الأجدر حسب هذا الرأي أن يرجح المشرع في هذا الصدد مصلحة الطفل المهمل ويسند كفالته إلى الرجل المسلم، الذي تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها في البند الأول من المادة 9 من ظهير 13 يونيو 2002.

111 المادة 247 من ملونة الأسرة.

112 في نفس الاتجاه أنظر: عبد القادر قرموش، كفالة الأطفال المهملين، المرجع السابق، ص 114.

113 أحمد الخليلي: التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، مرجع السابق، ص 295.

114 عبد القادر قرموش: كفالة الأطفال المهملين، المرجع السابق، ص 115 وما بعدها.

وقد نص القانون الجنائي المغربي على عدد من الجرائم المعاقب عليها، ومن ذلك جرائم إفساد الشباب والبعاء. (الفصول من 497 إلى 504)، والجرائم المتعلقة بالخيانة الزوجية (الفصل 491) أو الاغتصاب (الفصول 486 إلى 488)، والإجهاض (الفصول 449 إلى 458) أو العنف ضد الأطفال (الفصول 408 إلى 411) أو ترك الأطفال وتعريضهم للخطر (الفصول 459 إلى 467).

فارتكاب الزوجين لأحد هذه الأفعال المعاقب عليها في القانون الجنائي يحول دون إمكانية تكفلهما بطفل مهمل، ومن البديهي أن الشخص الذي يقترف إحدى الأفعال المذكورة لا يكون أهلا لتحمل التكليف الأدبية والمعنوية تجاه الطفل المهمل.<sup>106</sup>

والملاحظ أن المشرع اقتصر بخصوص هذا الشرط على نوعين من الجرائم وهي الجرائم الأخلاقية والجرائم المرتكبة ضد الأطفال دون بعض الجرائم التي قد تدل على عدم أهلية الشخص للتكفل بطفل مهمل، مثل جرائم الأموال كالسرقة والاختلاس والاحتيال وغيرها.

وفي اعتقادنا أن المشرع لم يقصد من ذلك إقصاء هذه الجرائم من دائرة الجرائم المؤثرة على أهلية التكفل بالطفل المهمل، وإنما الغاية من النص على بعض الجرائم الدالة على عدم صلاحية الكافل للكفالة دون الأخرى هي إعطاء الأولوية لهذه الجرائم المذكورة في النص ليس إلا، لأن كل الجرائم هي بطبيعتها ضد الأخلاق، بغض النظر عما إذا كانت تستهدف أطفال أو غير أطفال.<sup>107</sup>

**أن يكون الزوجان سليمان من كل مرض معد أو مانع يحول دون تحمل مسؤوليتهما**  
ويشمل هذا الشرط نوعين من الأمراض: الأمراض المعدية والأمراض المانعة، فبخصوص الأمراض المعدية الملاحظ أن المشرع لم يحدد طبيعة المرض المانع من إسناد الكفالة، فاللائحة طويلة من هذه الأمراض، حيث يصعب على أي طبيب إثبات خلو الزوجين من أي مرض معد، ولكن مع ذلك يمكن الاستناد في تحديد الأمراض المعدية المانعة من إسناد الكفالة إلى تلك المنصوص عليها في المرسوم الملكي رقم 65-554 الصادر في 26 يونيو 1965 بمثابة قانون بإقرار إجبارية التصريح ببعض الأمراض وتحديد تدابير وقائية خاصة للحد من انتشار الأمراض، والصادر بكيفية تطبيق قرار وزير الصحة العمومية رقم 56-683 بتاريخ 31 مارس 1995.<sup>108</sup>

وبالإضافة إلى اشتراط المشرع خلو الزوجين من الناحية الصحية من أي مرض معد، اشترط كذلك خلوهما من أي مانع يحول دون القيام بمسؤوليتهما تجاه الطفل المتكفل. ويفسر البعض هذا الشرط بأن المقصود منه هو العجز الجسماني، وهذا العجز قد يكون كلياً أو جزئياً، فإذا كان العجز الذي أصاب الزوجين كلياً فهذا يعرقل بشكل واضح ومؤكد قيامهما بواجبهما تجاه الطفل، أما إذا كان العجز جزئياً فالأمر يعود إلى القاضي لتقرير ما إذا كان هذا العجز يحول أو لا يحول من إسناد الكفالة إليهما.<sup>109</sup>

وما يلاحظ بخصوص هذا الشرط، أي شرط خلو الزوجين بداية من الأمراض المعدية والمانعة من إسناد الكفالة، فإنه لم ينص على الحكم الواجب إعماله في حالة إصابة هذا الزوجين بأحد من هذه الأمراض بعد إسناد الكفالة إليهما. ولذلك يذهب البعض إلى القول، استناداً إلى أحكام المادة 25 من ظهير 13 يونيو 2003 الذي يجعل مصلحة المحضون أساساً لكل مراجعة يمكن أن تلحق قرار إسناد الكفالة، أنه إذا كانت هذه الإصابة لا تؤثر على مصلحة المكفول فإن ذلك لا يقوم سبباً لإسقاط الكفالة، أما إذا كان المرض معدياً ولا يمكن البرء منه، أو كانت العاهة مستديمة، بحيث يكون ذلك منافياً لمصلحة المكفول، فإن ذلك يحول لقاضي القاصرين إلغاء قرار إسناد الكفالة.<sup>110</sup>

106 مولاي عبد العزيز اليوسفي علوي: كفالة الطفل المهمل، رسالة مذكرة سابقاً، ص 69.

107 عبد القادر قرموش: كفالة الأطفال المهملين، المرجع السابق، ص 109.

108 المجريدة الرسمية، عدد 4344، بتاريخ 18 يناير 1996.

109 عبد القادر قرموش: كفالة الأطفال المهملين، المرجع السابق، ص 14.

110 مولاي عبد العزيز اليوسفي علوي: كفالة الطفل المهمل، المرجع السابق، ص 77.

## أن يكون كل من الزوجين مؤهلان أخلاقيا وماديا:

الملاحظ أن هذا الشرط يستغرق في جزئه الأول، الشرط الثاني المتعلق بعدم توفر الزوجين أو أحدهما على إحدى السوابق القضائية المتعلقة بارتكاب إحدى الجرائم الماسة بالأخلاق.

ومفهوم الأخلاق مفهوم واسع وفضفاض، شأنه في ذلك شأن النظام العام، فهو قد يختلف من مكان إلى آخر ومن زمان إلى آخر، فما قد يعتبر من الأخلاق السائدة في مكان معين قد لا يعتبر كذلك في مكان آخر، وما قد يعد من الأخلاق في زمن ما قد لا يعد كذلك في زمن آخر، لذلك يكون للقضاء سلطة تقديرية في تقدير ما يعتبر عائقا للأخلاق في المجتمع.<sup>102</sup>

وفي جميع الأحوال فإن هناك نوع من السلوك المشين الذي لا اختلاف فيه بين الأمس واليوم مثلا: الإدمان على المخدرات أو الكحول وارتكاب الجرائم الأخلاقية أو المشينة.<sup>103</sup>

والملاحظ أن اشتراط المشرع في الكافلين الصلاحية أخلاقيا واجتماعيا شرط يتلاءم منطقيًا مع مضمون المادة الأولى من ظهير 13 يونيو 2002، التي تحدد من ضمن أسباب التصريح بالإهمال انحراف الأبوين أو عجزهما عن القيام برعاية وتربية الطفل من أجل اكتساب سلوك حسن. فليس من المنطق ولا العقل أن يؤخذ هذا الطفل من والديه ليوضع في أيدي أشخاص غرباء لا يتوفرون على السلوك القويم والأخلاق الحميدة لتربيته ورعايته<sup>104</sup>، لذلك فمن اللازم أن لا يتصف الكافلين بسلوك أو تصرفات تسيء إلى أخلاق الطفل المكفول.

وبالإضافة إلى اشتراط المشرع أن يكون الكافلين مؤهلين أخلاقيا واجتماعيا، استلزم كذلك أن يتفوا على مؤهلات مادية، وهذا يعني ضرورة توفر الكافل على الإمكانيات المالية للوفاء بالالتزامات المترتبة عن الكفالة، ومن ضمنها الالتزام بالنفقة على الطفل المكفول بكل ما يشملها الإنفاق من مأكّل ومشرب وملبس وتطبيب وتعليم.

وهذا الشرط، أي القدرة المادية لا يعني اشتراط وسائل الرفاهية المطلقة، وإنما ما يمكن أن تقوم به حياة الشخص في إطار الوسطية والاعتدال<sup>105</sup>.

واشتراط قدرة الكافل على رعاية المكفول يعتبر من الإجراءات الوقائية التي تبنتها الاتفاقية الدولية المتعلقة بحقوق الطفل من أجل حمايته من الاستغلال الاقتصادي بحيث تنص المادة 32 منها على أنه:

- 1 تعترف الدول الأطراف بحق الطفل في حمايته من الاستغلال الاقتصادي ومن أداء أي عمل يرجح أن يكون خطيرا أو يمثل إعاقة لتعليم الطفل، أو أن يكون ضارا بصحة الطفل أو بنموه البدني، أو العقلي أو الروحي أو المعنوي أو الاجتماعي.
- 2 تتخذ الدول الأطراف التدابير التشريعية والإدارية والاجتماعية والتربوية التي تكفل تنفيذ هذه المادة، ولهذا الغرض ومع مراعاة أحكام الصكوك الدولية الأخرى ذات الصلة، تقوم الدول الأطراف بوجه خاص بما يلي:

3

أ- تحديد عمر أدنى أو أعمار دنيا للالتحاق بعمل.

ب- وضع نظام مناسب لساعات العمل وظروفه.

ج- فرض عقوبات وجزاءات أخرى مناسبة لضمان إنفاذ هذه المادة بفعالية".

- ألا يكون قد سبق الحكم على الزوجين معا أو على أحدهما من أجل جريمة ماسة بالأخلاق أو جريمة مرتكبة ضد الأطفال. فهذا الشرط -كما سبق الذكر- يدخل في إطار الشرط السابق.

102 مولاي عبد العزيز اليوسفي علوي: كفالة الطفل المهمل، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق أكاد، 2000/1999، ص 68.

103 أحمد الخليلي: التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، م س، ص 144.

104 محمد الشافعي: كفالة الأطفال المهملين، دراسة في القانون المغربي، التبيني في القانون الفرنسي، سلسلة البحوث القانونية 14، مراكش 2007، ص 34.

105 عبد القادر قرومش: كفالة الأطفال المهملين، المرجع السابق، ص 108.

والملاحظ كذلك بخصوص المادة 9 أن المشرع اشترط في هذين الكافلين، بالإضافة إلى شرط الزوجية، أن يكونا مسلمين. فاشتراط شرط الإسلام في الزوجين يعني أنه لا يمكن لغير المسلمين التكفل بطفل مهمل مغربي مسلم كما هو بالنسبة لزوجين مغربيين يهوديين أو مسيحيين، وهو ما يحرم المغاربة المسلمين المتزوجين من كتابيات<sup>95</sup> من التكفل بالأطفال المهملين، في حين يسمح للأجانب الذين يعتنقون الإسلام بكفالة هؤلاء، طالما أن المادة 9 من ظهير 13 يونيو لم يشترط شرط الجنسية المغربية لإسناد الكفالة، وكل ما ورد في هذا الظهير هو توقف السفر بالمكفول إلى خارج المغرب على إذن القاضي المكلف بشؤون القاصرين، كما أن المشرع ما دام لم يشترط أن يكونا طالبا الكفالة مقيمين بالمغرب، فإن ذلك يفتح المجال واسعا أمام الأجانب الذين يرغبون في التكفل بطفل مهمل مغربي مسلم ولا يجدون صعوبة في اعتناق الإسلام، لأنه في أغلب الأحيان، يبقى ذلك حبرا على ورق، فالغرض من ذلك هو فقط الحصول على الطفل والتوجه به إلى بلدهم الأصلي للإقامة الدائمة به، حيث يتم تحويل الكفالة إلى تبني وتتم تنشأته وتربيته وفقا لعادات وتقاليد تبتعد كل البعد عن العادات والتقاليد المغربية، ولذلك يكون من الصعب العلم بمصير هؤلاء الأطفال الذين يتم تكفلهم من قبل الأجانب وخاصة الذين ينتمون إلى البلدان الأوربية، فإذا كان ظهير 12 يونيو 2002 يخلو للمصالح القنصلية المغربية لمحل إقامة الكافل القيام بدور تتبع وضعية الطفل المكفول، فإن الملاحظ أن مسألة التتبع هذه ومراقبة شؤون المكفول ومدى وفاء الكافل بالتزاماته غير موجودة عمليا، حيث لا تتم مراقبة شؤون الطفل المكفول المقيم بالمغرب وبالأحرى بالنسبة للطفل المكفول المقيم بصفة دائمة خارج المغرب رغم التنصيص عليها بشكل واضح وصريح من قبل المشرع في المواد 19 و24 من الظهير<sup>96</sup>.

ولذلك يقترح البعض إعادة النظر في مسألة تكفل الأجانب بالأطفال المغاربة المسلمين، أو على الأقل عدم السماح لهم بالتكفل بأكثر من طفل واحد، أو الاشتراط عليهم الإقامة بالمغرب بهدف ضمان التنشئة الإسلامية لهؤلاء الأطفال، أو السماح للأجانب المقيمين بصفة دائمة في المغرب بالتكفل بالأطفال المغاربة دون غيرهم<sup>97</sup> بل وهناك من يقترح السماح للمغاربة المتزوجين من الكتابيات من كفالة الأطفال المهملين طالما هم مسلمون منذ ولادتهم بدل السماح بهذا الأمر للأجانب الذين يعتنقون الإسلام فقط لغرض واحد وهو الحصول على الطفل<sup>98</sup>.

### أن يكون كل من الزوجين بالفين سن الرشد القانوني:

أي بلوغها سن 18 سنة شمسية كاملة حسب المادة 209 من مدونة الأسرة. فهذا الشرط يعتبر من مستجدات ظهير 13 يونيو 2002، حيث لم يكن ينص عليه ظهير 10 / سبتمبر / 1993. وبخصوص استلزام توفر هذا الشرط في الكافلين يلاحظ ما يلي:

أ- قد يقع نوع من التناسب بين سن الكافل وسن المكفول الذي يشترط فيه المشرع عدم بلوغه 18 سنة<sup>99</sup>، وهذا في نظر جانب من الفقه، قد يؤثر بالسلب على فعالية سلطة التوجيه والتربية التي يملكها الكافلان على مكفولهما.<sup>100</sup>

ب- أن اشتراط المشرع توفر سن الرشد القانوني في الزوجين المسلمين يعتبر غير كاف، بل كان لا بد للمشرع أن يستوجب أن يكون هذين الزوجين متمتعان بكامل قواهما العقلية ولم يثبت سفههما، لأنه لا فائدة من اشتراط الرشد القانوني إذا لم يكونا كاملي الأهلية، ولذلك يرى البعض<sup>101</sup> أنه كان على المشرع أن يشترط كمال الأهلية عوض الاقتصار على بلوغ سن الرشد القانوني.

95 طبقا لأحكام المادة 39 الفقرة 4.

96 جميلة أوحيدة: آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية، الرباط 2007، ص 79.

97 سميرة براءة: كفالة الأطفال التخلي عنهم بين النظرية والتطبيق، ص 199.

98 محمد الشافعي: كفالة الأطفال المهملين، المرجع السابق، ص 33.

99 المادة الأولى من ظهير 13 يونيو 2002 المتعلقة بكفالة الأطفال المهملين.

100 محمد الشافعي: كفالة الأطفال المهملين، المرجع السابق، ص 34.

101 عبد القادر قرومش: كفالة الأطفال المهملين، دراسة تحليلية نقدية لظهير 13 يونيو 2002 على ضوء أحكام مدونة الأسرة، الطبعة الأولى 2008.

الحالة، الحق في الحصول على نسخة تنفيذية من الحكم، طبقا لمقتضى المادة 428، الفقرة الثانية، من قانون المسطرة المدنية<sup>88</sup>.

وفي الأخير، توجه نسخة من الحكم المشار إليه، يطلب من وكيل الملك أو من الشخص الذي يطلب كفالة الطفل، إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين لدى المحكمة المختصة (المادة 7 من القانون المتعلق بالكفالة).

### المبحث الثالث. الشروط المنطلبة في الكفالة<sup>89</sup>\*

كفالة الطفل المهمل تصرف قانوني، ولذلك يتعين أن تتوفر فيه كل الأركان العامة اللازمة لصحة التصرفات القانونية عموما والمتمثلة في الرضا، والأهلية، والمحل والسبب. وإلى جانب هذه الأركان العامة يتطلب المشرع شروطا خاصة يلزم توافرها في الشخص أو الجهة الراغبة في كفالة طفل مهمل، وهذه الشروط تختلف بحسب ما إذا تعلق الأمر بشخص ذاتي أو بشخص اعتباري.

## المطلب 1: الشروط المتعلقة بالأشخاص الطبيعيين

طبقا للمادة 9 من ظهير 13 يونيو 2002 تسند كفالة الأطفال الذين صدر حكم بإهمالهم إلى كل من الزوجين، أو إلى المرأة بمفردها. وفي كلتا الحالتين اشترطت هذه المادة شروطا تتناولها تباعا.

الفقرة الأولى: الشروط الخاصة بالزوجين  
تنص المادة 9 من ظهير 13 يونيو 2002 على أنه: تسند كفالة الأطفال الذين صدر حكم بإهمالهم إلى الأشخاص والهيئات الآتي ذكرها:

### الزوجان المسلمان...:"

وبناء عليه، فإن الشروط التي يستوجبها المشرع المغربي في الشخصين طالبي الكفالة هي كالتالي:  
يشترط المشرع أن يكون الشخصين طالبي كفالة الطفل المهمل زوجين، والزواج هنا قد يثبت بعقد الزواج إذا كان موثقا<sup>90</sup> أو بحكم قضائي<sup>91</sup>.

والملاحظ بخصوص المادة 9 المذكورة أن المشرع، خلافا لما كانت تنص عليه المادة 7 من ظهير 10 شتنبر 1993، لم يبق على الشرط المرتبط بمرور مدة ثلاث سنوات على الأقل على زواج الراغبين في الكفالة، ولعل الغاية في عدم النص على هذا الشرط هو تيسير المساطر والأجال على الراغبين في التكفل بالأطفال المهملين، ومع ذلك هناك جانب من الفقه المغربي<sup>92</sup> من يرى الإبقاء على هذا الشرط خاصة وأن سن الرشد القانوني قد أصبح محددا في 18 سنة شمسية كاملة<sup>93</sup> وليس 20 سنة كما كان في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة<sup>94</sup>، وذلك تفاديا لاصطدام الطفل المكفول بحياة عائلية غير ناضجة وفاشلة، مما يشكل صدمة غير متوقعة وموجعة لهذا الطفل، لأنه غالبا ما يكون الشخص عند بلوغه 18 سنة عاجزا من الناحية الواقعية عن الاستقلال بنفسه وشؤونه الشخصية.

88 لكل محكوم له يرغب في تنفيذ الحكم حق الحصول على نسخة تنفيذية منه، ونسخ عادية بعدد المحكوم عليهم".

89 "جميلة أوحيدة، أساتذة بكلية الحقوق، جامعة محمد الخامس السويسي - الرباط.

90 طبقا للفقرة الأولى من المادة 16 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه: "تعتبر وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج".

91 طبقا للفقرة الثانية من نفس المادة أعلاه التي تنص على، أنه: "إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته، تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة".

92 محمد الشافعي: كفالة الأطفال المهملين، دراسة في القانون المغربي، التتبي في القانون الفرنسي، سلسلة البحوث القانونية 14، الطبعة الأولى، مراكش، ص 31 وما بعدها.

93 المادة 209 من مدونة الأسرة.

94 المادة 137 من هذه المدونة.



على المحكمة بجميع الوسائل القانونية. وللنيابة العامة أن تطعن في الحكم بعد أن تتلقى التبليغ على يد كتابة الضبط، وذلك بمقتضى المادة 220 من قانون المسطرة المدنية.

### ثانيا - المحكمة المخنطة في دعوى التصريح بالإهمال:

المعايير العامة المحددة في الفصل 27 من قانون المسطرة المدنية تجعل الاختصاص المحلي يعود لمحكمة الموطن الحقيقي أو المختار للمدعى عليه. إلا أن موضوع التصريح بالإهمال يمثل خروجاً على هذه القاعدة، إذ أن الاختصاص في هذه الحالة يعود، بمقتضى المادة 4، الفقرة الثانية، من القانون المتعلق بالكفالة، إلى المحكمة الابتدائية الواقع بدائرة نفوذها مقر إقامة الطفل أو مكان العثور عليه أو مقر المركز الاجتماعي المودع به. وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن المقصود بمفهوم محل الإقامة في القانون المغربي<sup>84</sup> هو المحل الذي يوجد به الشخص فعلاً في وقت معين، أي مكان الإقامة، ولو كانت مؤقتة، على أن يتميز بنوع من الاستقرار<sup>85</sup>.

أما الاختصاص الموضوعي فيعود بمقتضى قانون الكفالة إلى المحكمة الابتدائية، عملاً بالقاعدة العامة التي تسند لهذه الهيئة القضائية صلاحية واسعة بناءً على المادة 18 من قانون المسطرة المدنية، التي تنص على ما يلي: " تختص المحاكم الابتدائية -مع مراعاة الاختصاصات الخاصة المخولة إلى حكام الجماعات وحكام المقاطعات- بالنظر في جميع القضايا المدنية وقضايا الأسرة والتجارية والإدارية<sup>86</sup> والاجتماعية ابتدائياً وانتهائياً أو ابتدائياً مع حفظ حق الاستئناف".

ويحدد القانون المتعلق بالكفالة في المادة 6 الخطوات التي يجب أن تتبعها المحكمة الابتدائية المختصة. في المقام الأول، تقوم المحكمة عند الاقتضاء، بعد الاطلاع على نتائج البحث الذي قدمه وكيل الملك، بإجراء كل بحث أو خبرة تكميلية تراها ضرورية. ويندرج البحث والخبرة في إطار تدابير التحري بشأن وسائل الإثبات المعمول بها في القضاء المدني والتي تنظمها الفصول 55 إلى 102 من قانون المسطرة المدنية<sup>87</sup>. والغاية من ذلك هي التحقق من أن الطفل المعني يوجد فعلاً في وضعية الإهمال، قبل الإقدام على النطق بأي قرار نهائي بشأنه.

إذا تبين للمحكمة أن الطفل مجهول الأبوين فإنها تصدر حكماً تمهيدياً يتضمن كافة البيانات اللازمة للتعريف بالطفل ومنها أوصافه ومكان العثور عليه وتأمراً وكيل الملك بالقيام بما يلزم لتعليق الحكم وخاصة في مكاتب الجماعة المحلية والقيادة بمكان العثور على الطفل، أو عند الاقتضاء في أحد المكانين الآخرين المذكورين في الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون المتعلق بالكفالة، أو فيهما معاً، أو في أي مكان آخر تراه المحكمة ملائماً، وذلك لمدة ثلاثة أشهر يمكن أثناءها لأبوي الطفل أن يعرفا بنفسيهما ويطالبها باسترداده. إذا انصرمت هذه المدة، دون أن يتقدم أي شخص لإثبات أبوته للطفل ويطالب باسترداده، فإن المحكمة تصدر حكماً فيه بأن الطفل مهمل. ويمكن استئناف الحكم التمهيدي ولكن في وقت واحد مع الحكم الفاصل في الموضوع. ويجب أن لا يقصر مقال الاستئناف صراحة على الحكم الفاصل في الموضوع فقط بل يتعين ذكر الأحكام التمهيديّة التي يريد المستأنف الطعن فيها بالاستئناف، وذلك طبقاً للفصل 140 من قانون المسطرة المدنية.

وفي المقام الثاني، تصدر المحكمة حكماً نهائياً تصرح فيه بأن الطفل مهمل، الأمر الذي يفسح المجال أمام تقديم طلبات التكفل به. ويكون الحكم قابلاً للتنفيذ المعجل بقوة القانون رغم كل طعن، وذلك حرصاً على توفير الحماية الفورية للطفل الذي يوجد في وضعية هشة. ويكون للمدعي، وهو النيابة العامة في هذه

84 المادة 520 من قانون المسطرة المدنية.

85 انظر: Boudahrain, A., Droit judiciaire privé au Maroc, Ed. Babel, Rabat, 1994, p. 89.

86 تجدر الإشارة إلى أن المحاكم الإدارية أنشئت في المغرب بمقتضى الظهير الشريف رقم 1-91-225 الصادر في 22 من ربيع الأول 1414 (موافق 09/10/1993)، الجريدة الرسمية، عدد 4227 بتاريخ 11/03/1993، ص. 595.

87 الفصل 55: " يمكن للمحكمة بناءً على طلب الأطراف أو أحدهم أو تلقائياً أن تأمر قبل البت في جوهر الدعوى بإجراء خبرة أو وقوف على عين المكان أو بحث أو تحقيق خطوط أو أي إجراء آخر من إجراءات التحقيق. يمكن لممثل النيابة العامة أن يحضر في كل إجراءات التحقيق التي أمرت بها المحكمة".

الصادر في 1950/03/08. ولم يعد هناك ما يمنع من اختيار أسماء وهمية لأبوي الطفل إذا كانا غير معروفين بعد أن زالت الشبهة التي تستند علي تحريم إلحاق النسب بغير الأب، وذلك بعد أن أصدرت وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في المغرب فتوى<sup>78</sup> أكدت فيها مشروعية إعطاء أسماء وهمية للأبوين إذا كانا مجهولين لأن ذلك لا يلحق الطفل بنسب أي شخص معين.

وحرصا على احترام هوية الطفل، تسلّم له عند الطلب نسخ موجزة من رسم ولادته لتسيير شؤون حياته الإدارية. وفي حال طلب نسخة كاملة، فإن ضابط الحالة المدنية لا يقدمها إلا "لصاحب الرسم ولأصوله و فروعه و زوجته - شريطة قيام العلاقة الزوجية - ووليه أو وصيه أو المقدم عليه أو من يوكله على ذلك" (المادة 32 من قانون الحالة المدنية).

ويترتب عن التصريح بالإهمال في بعض الحالات سقوط الولاية الأبوية، وهو أمر يهيم النظام العام ويبرر تدخل النيابة العامة إما بصفة زجرية أو حمايية<sup>79</sup>. وبذلك يكون حضور النيابة العامة في الجلسة إلزاميا في هذه الحالة، بصفتها طرفا رئيسيا، ولها أن تطعن في الحكم بمقتضى المادتين 7 و 10 من قانون المسطرة المدنية<sup>80</sup>.

ويستفاد من مقتضى المادة 4 من قانون الكفالة المذكور أنه يتعين على وكيل الملك أن يتصرف بسرعة ويقدم طلب التصريح بالإهمال فور العثور على طفل مهمل أو تلقي إشعار بذلك. ويجب أن يكون الطلب واضحا وموجزا، وأن يحدد ما إذا كان الأمر يتعلق بطلب التصريح بإهمال طفل أو بحرمان الأبوين من الولاية الأبوية علي ابنهما القاصر. لأجل ذلك يجب علي النيابة العامة أن تقدم للمحكمة كل عناصر البحث التي تدل على أن الطفل مهمل طبقا لأحكام المادة الأولى من قانون الكفالة<sup>81</sup>. والواقع أن مقتضيات القانونين المتعلقين بالكفالة - القديم والحالي - يصلحان أساسا قانونيا لطلب إسقاط الولاية الشرعية عن الأبوين، علاوة على الأحكام الجنائية ذات الصلة<sup>82</sup>.

لكن ماذا يحدث عندما لا يقع التصريح بالولادة داخل الأجل القانوني (30 يوما)؛ بمقتضى المادة 217 من قانون المسطرة المدنية، يمكن للنيابة العامة أن تطلب من المحكمة الابتدائية إصدار تصريح قضائي بالولادة التي لم يسبق تقييدها بسجلات الحالة المدنية، معززة طلبها بكل الوثائق التي من شأنها أن تثبت الواقعة المطلوب تسجيلها. ويتعلق الأمر في هذه الحالة بشهادة طبية تذكر تاريخ الولادة، ويسلمها المستشفى الذي ولد به الطفل أو أي طبيب آخر، بالإضافة إلى شهادة عدم التقييد في سجل الحالة المدنية، وشهادة الولادة مسلمة من الجماعة المحلية الواقع بدائرة نفوذها مكان العثور على الطفل<sup>83</sup>. وتبت المحكمة بأمر تصدره بعد الاستماع عند الاقتضاء إلى الأطراف المعنية بالأمر وإجراء بحث لإقامة الحجة على صحة الوقائع المعروضة

78 الفتوى لفة: اسم مصدر بمعنى الإفتاء، والجمع الفتاوى والفتاوى، يقال: أفتيته فتوى وفتيا، إذا أفتيته عن مسألة، والفتيا: تبيين المشكل من الأحكام. والفتوى شرعا: بيان الحكم الشرعي في قضية من القضايا جوابا عن سؤال سائل، معناها كان أو مبهما، فرد أن كان السائل أو جماعة. انظر:

"La procédure de la fatwa", Les musulmans et l'ordre juridique suisse, éd. R. PAHUD DE MORTANGES et E. TANNER, Éditions Universitaires, Fribourg, Suisse, 2002, p. 68.

79 عبد القادر قروموش، كفالة الأطفال المهملين، الرباط، دار السلام، ط 1، 2008، ص. 135.

80 المادة 7 من قانون المسطرة المدنية: "يحق للنيابة العامة استعمال كل طرق الطعن عدا التعرض عندما تتدخل تلقائيا مدعية أو مدعى عليها في الأحوال المحددة بمقتضى القانون". المادة 10: "يعتبر حضور النيابة العامة في الجلسة غير إلزامي إلا إذا كانت طرفا رئيسيا أو كان حضورها محتما قانونا. و يكون حضورها اختياريا في الأحوال الأخرى".

81 المادة 1 من القانون رقم 01-50 المتعلق بالكفالة: "يعتبر مهملًا الطفل من كلا الجنسين الذي لم يبلغ سنه ثمان عشرة سنة شمسية كاملة إذا وجد في إحدى الحالات التالية: - إذا ولد من أبوين مجهولين، أو ولد من أب مجهول وأم معلومة تخلت عنه بمحض إرادتها؛ - إذ كان يتيما أو عجز أبواه عن رعايته وليست له وسائل مشروع للعيش؛ إذا كان أبواه منقرضين ولا يقومان بواجبهما في رعايته وتوجيهه من أجل اكتساب سلوك حسن، كما في حالة سقوط الولاية الشرعية، أو كان أحد أبويه الذي يتولى رعايته بعد فقد الآخر أو عجزه عن رعايته منحرفا ولا يقوم بواجبه المذكور إذا...".

82 الفصل 88 من مجموعة القانون الجنائي: " يتعين على المحكمة أن تحكم بسقوط الولاية الشرعية على الأولاد عندما تصدر حكما من أجل جنائية أو جنحة معاقب عليها قانونا بالمحسب ارتكبتها أحد الأصول على شخص أحد أطفاله القاصرين، إذا ثبت لديها وصرحت بمقتضى نص خاص بالحكم أن السلوك العادي للمحكوم عليه يعرض أولاده القاصرين لخطر بدني أو خلقي. وهذا السقوط يمكن أن يشمل جميع حقوق الولاية أو بعضها، كما يسوغ أن يكون مقصورا على بعض الأولاد أو على واحد فقط (...). "

83 خالد بنيس، دعاوى الحالة المدنية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 1994، ص. 88.

ويقتصر الإيداع المؤقت في كنف أسرة أو في أحد مراكز الرعاية الاجتماعية على الأطفال المهملين الذين ليسوا حديثي الولادة ولا يعانون من أية مشاكل صحية؛ أما في بقية الحالات، فإن الشرطة القضائية تعمد إلى إيداع الطفل في أحد المراكز الصحية حيث يتلقى العناية والعلاج.

وبعد أن يكون الطفل قد أدخل إلى إحدى المؤسسات المشار إليها، تقوم الشرطة القضائية بإخطار وكيل الملك، الذي يعث ملتصقا إلى المؤسسة المعنية يطلب فيه احتضان القاصر بصفة مؤقتة، ويقوم بإجراء بحث في شأن الطفل على يد الشرطة القضائية بهدف جمع كل المعلومات التي من شأنها أن تؤدي إلى التعرف على هوية الطفل المهمل وعلى ظروف إهماله وما يرتبط بها من أدلة<sup>71</sup>.

ويكتسي التدبير الثاني الذي يتخذه وكيل الملك أهمية بالغة من حيث إنه يهيم تقييد الطفل في سجلات الحالة المدنية. وطبقا للالتزامات الدولية للمغرب، فإن هذه القاعدة تجد مستندتها في المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الطفل مثل إعلان حقوق الطفل الصادر في 1959/11/20، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الصادر في 1966<sup>72</sup>/12/16، واتفاقية<sup>73</sup> حقوق الطفل الصادرة في 1989/11/20. ولأجل ضمان حق الطفل في الاسم والجنسية، نصت المادة 5 من القانون المتعلق بالكفالة على ما يلي: "يقوم وكيل الملك عند الاقتضاء بكل الإجراءات الرامية إلى تسجيل الطفل بالحالة المدنية قبل تقديمه طلب التصريح بالإهمال، ومن بينها إقامة الدعوى وكل ذلك مع مراعاة أحكام القانون المتعلق بالحالة المدنية (...)". ويستفاد من مقتضى هذه المادة أن وكيل الملك يقوم بإجراءات تسجيل الطفل عندما يكون الأخير مجهول الأبوين فقط، علما بأنه إذا كانت الأم معروفة، تتولى هي نفسها - إما مباشرة وإما بواسطة شخص آخر ينوب عنها - التصريح بولادة الطفل أو الطفلة، وذلك بمقتضى المادة 16 من القانون رقم 37/99 المتعلق بالحالة المدنية<sup>74</sup>. ويقع التصريح بالولادة داخل أجل ثلاثين يوما ابتداء من تاريخ وقوعها (بصرف النظر عما إذا كان المولود مهملًا أم لا)<sup>75</sup>. وإذا انصرم أجل التصريح، فإن تسجيل الولادة لا يقع إلا بناء على حكم تصدره المحكمة الابتدائية لمحل وقوعها<sup>76</sup>.

وقد فرض المشرع التسجيل الفوري للقاصر المهمل - قبل تقديم طلب التصريح بالإهمال - سعيا في حماية مصالح الطفل وتحسين سبل ولوجه إلى النظام المدرسي. ومن جهة أخرى يأتي هذا التدبير لإزالة العقبات التي كانت تحول دون إقدام بعض الأشخاص على التكفل بأطفال مهملين لأنهم كانوا مطالبين باجتياز كل الإجراءات القضائية الرامية إلى تقييد الطفل المهمل في سجلات الحالة المدنية<sup>77</sup>. وأورد قانون الحالة المدنية تعديلات تهدف إلى ضمان مزيد من الاحترام لهوية الطفل مجهول الأب أو الأبوين. في هذا السياق، يتعين على ضابط الحالة المدنية أن يعيئ الخانة الخاصة باسم الأب، أو الأبوين عند الاقتضاء، بأسماء يختارها، بدل ترك الخانة فارغة كما كان عليه الأمر في ظل قانون الحالة المدنية القديم

71 حفيز كرنبي، دليل التقاضي أمام قضاء الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2007، ص. 68-70.

72 صادق عليها المغرب بتاريخ 1979/05/03 (http://www.unhcr.ch/pdf/reports.pdf).

73 صادق عليها المغرب بتاريخ 1993/06/21، الجريدة الرسمية عدد 4440 (1993/12/19).

74 المادة 16: "يقوم بالتصريح بالولادة لدى ضابط الحالة المدنية لمحل وقوعها أقربا. المولود حسب الترتيب: - الأب أو الأم؛ - وصي الأب؛ - الأخ؛ - ابن الأخ. يقدم الأخ الشقيق على الأخ للأب، ويقدم هذا الأخير على الأخ للأم، كما يقدم الأكبر سنا على من هو أصغر منه متى كانت له القدرة الكافية على التصريح. ينتقل واجب التصريح من أحد الأشخاص المذكورين في الفقرة أعلاه إلى الذي يليه في المرتبة متى تعذر التصريح من الأول لسبب من الأسباب. يقوم الوكيل في ذلك مقام موكله. إذا تعلق الأمر بمولود من أبوين مجهولين، أو بمولود وقع التخلي عنه بعد الوضع يصرح بولادته وكيل الملك بصفة تلقائية أو بناء على الطلب من السلطة المحلية، أو من كل من يعينه الأمر، معززا تصريحه بمحضر منجز في هذا الشأن، وبشهادة طبية تحدد عمر المولود على وجه التقريب، ويختار له اسم شخصي واسم عائلي، وأسماء أبوين أو اسم أب إذا كان معروف الأم، ويشير ضابط الحالة المدنية بظرة رسم ولادته إلى أن أسماء الأبوين أو الأب، حسب الحالة، قد اختيرت له طبقا لأحكام هذا القانون. يبلغ ضابط الحالة المدنية وكيل الملك بالولادة التي سجلت بهذه الكيفية داخل أجل ثلاثة أيام من تاريخ التصريح. تصرح بالابن المجهول الأب أمه أو من يقوم مقامها، كما تختار له اسما شخصيا واسم أب مشتقا من أسماء العبودية لله تعالى واسم عائليا خاصا به. يشار بظرة رسم ولادة الطفل المكفول إلى الوثيقة التي تم بمقتضاها إسناد الكفالة طبقا للتشريع الجاري به العمل.

75 المادة 15 من المرسوم رقم 665-99-2 الصادر في 2 من شعبان 1423 (الموافق 9 أكتوبر 2002) بتنفيذ القانون رقم 37.99 المتعلق بالحالة.

76 الفصل 217 من قانون المسطرة المدنية: "يمكن لكل شخص له مصلحة مشروعة أو للنيابة العامة أن يطلب من المحكمة الابتدائية إصدار تصريح قضائي بازدياد أو بوقاية لم يسبق تقييده بدفاتر الحالة المدنية".

77 عبد القادر قرومش، كفالة الأطفال المهملين، الرباط، دار السلام، ط 1، 2008، ص. 144.

وقد اعتبر البعض<sup>65</sup> أن ذلك يعد خطوة إيجابية من ظهير 13/06/2002 ، لشموله فئة عريضة من الأطفال الذين كانوا لا يتمتعون بهذه الحماية في ظل ظهير 10/09/1993 .  
وتجدر الإشارة كذلك إلى أن المشرع المغربي قرر إمكانية تجريد الأبوبين من الولاية على أبنائهما متى توفر انحراف سلوكهما وعدم قيامهما بواجب الرعاية والتوجيه، مع العلم أن مدونة لأسرة- كما هو بالنسبة لمدونة الأحوال الشخصية- تنص على أن الولاية تنتقل إلى الأم<sup>67</sup> عند عدم وجود الأب بسبب وفاة أو غياب أو فقدان للأهلية، أو بغير ذلك<sup>66</sup>. وهذا يعني حسب البعض<sup>67</sup> أن التشريع المغربي ما يزال يشكو من الفراغ في الحالة التي يجرى فيها الأب من الولاية وانتقالها إلى الأم حيث تقوم فقط بالمصالح المستعجلة لأولادها فيما إذا حصل مانع للأب طبقا لما تنص عليه المادة 236 من مدونة الأسرة.

## 2. المطالب 2. الإجراءات المنبئة للتصريح بالإهمال<sup>68\*</sup>

تبدأ مسطرة الكفالة بقيام وكيل الملك بتقديم طلب التصريح بأن الطفل مهممل إلى المحكمة الابتدائية المختصة مكانيا، والتي توجه نسخة من الحكم إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين لبيت في الموضوع.  
وسنحلل فيما يلي الإجراءات المسطرية المتبعة للحصول على التصريح بأن القاصر مهممل ثم سننتقل إلى دراسة المسطرة الخاصة بكفالة الأطفال المهملين.

### أولاً - دور النيابة العامة من خلال الإجراءات المسطرية:

الكفالة بصفتها مؤسسة لحماية القاصرين تتطلب تدخل النيابة العامة<sup>69</sup> التي تتصرف كطرف رئيسي في قضايا إهمال الأطفال. ذلك ما نص عليه قانون الكفالة الحالي -على غرار ظهير 1993-: "... يقدم وكيل الملك على الفور طلب التصريح بأن الطفل مهممل، إلى المحكمة الابتدائية الواقع بدائرة نفوذها مقر إقامة الطفل أو مكان العثور عليه أو مقر المركز الاجتماعي المودع به". (المادة 4 من قانون 13 يونيو 2002)<sup>70</sup>.  
ولكن قبل تقديم طلب التصريح بالإهمال، يتعين على وكيل الملك أن يتخذ تدبيرين يبرزان كلاهما دوره في حماية مصالح القاصرين، أولاً: إيداع الطفل مؤقتاً في إحدى المؤسسات المشار إليها في المادة 8، وثانياً: تقييد الطفل في سجلات الحالة المدنية.

ويشدد القانون المتعلق بالكفالة في كل من المادة 4 والمادة 8 على قيام وكيل الملك بإيداع الطفل المهمل في إحدى مؤسسات الحماية بصورة مؤقتة إلى حين انتهاء مسطرة الكفالة. ومن المستجدات التي جاء بها قانون 2002 أنه، علاوة على المؤسسات الواردة في القانون السابق، أي المؤسسات الصحية، ومراكز أو مؤسسات الرعاية الاجتماعية المهتمة بالطفولة سواء منها التابعة للدولة أو للجماعات المحلية أو للهيئات والمنظمات والجمعيات المتوفرة على الوسائل المادية والبشرية الكافية لرعاية الطفل المهمل، يمكن إيداع القاصر لدى أسرة أو امرأة ترغب في كفالته أو في رعايته فقط، شريطة أن تتوفر في هؤلاء الأشخاص والمؤسسات الشروط المنصوص عليها في المادة 9 ، وذلك إلى أن يصدر الأمر بشأن الكفالة.

هذا التوسيع الذي قام به المشرع لدائرة الأشخاص الذين يجوز لهم السهر على رعاية الطفل خلال الفترة السابقة لصدور الأمر بالكفالة من شأنه أن يفيد القاصر المعني، حيث يضعه في وسط عائلي يوفر له الحماية ويسهل إدماجه، عند الاقتضاء، داخل البيئة التي ستحتضنه بصفة دائمة في مرحلة ما بعد إسناد الكفالة.

65 عبد القادر قرموش، المرجع السابق، ص.42

- المادة 238/2. 66

67 محمد الشافعي، المرجع السابق، ص.24

68 هدى زكري، مستشارة "مشروع عدل"- طالبة دكتوراه في القانون الدولي الخاص بجامعة غرناطة (إسبانيا).

69 ف. الحسن، "دور النيابة العامة أمام المحاكم المدنية في التشريع المغربي"، مجلة المدقق القضائي، عدد 14، مارس 1985، ص. 106-107.

70 الظهير الشريف رقم 1.02.172 الصادر في فاتح ربيع الآخر 1423 (13 يونيو 2002) بتنفيذ القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين.

ولا يكفي أن يكون الطفل يتيما حتى يعتبر طفلا مهملا ويخضع للظهير المتعلق بالأطفال المهلين، بل يتعين فضلا عن ذلك أن تنعدم لديه الوسائل المشروعة للعيش، أما إذا كان الطفل يتيما ولكن له مال يمكن أن يعيش منه، فلا مجال لإعلان إهماله وإخضاعه لمقتضيات الظهير المتعلق بالأطفال المهلين. وتفيد وسيلة العيش، حسب التعريفات المقدمة للموضوع<sup>63</sup>، كل سبب من أسباب العيش يهيء الإنسان لنفسه منه رزقا. كيفما كان مصدر هذه الوسيلة سواء أكان عمل الإنسان أو رأسمالهن وسواء كان هذا العمل حسيا أو معنويا، وسواء جاء هذا العمل عفوا أو كان ثمرة من ثمرات كده. وحتى تكون الوسيلة متوفرة للقول بإهمال الطفل يتعين أن تكون مشروعة، بأن لا تكون مخالفة لنصوص القانون أو لقواعد الأخلاق والآداب، وذلك تطبيقا لما جاء في المادتين 83 و84 من القانون الجنائي. ب- عجز الأبوين عن الرعاية: وذلك كما لو كان غير قادرين عن الإنفاق على الطفل أو القيام بشؤونه، لسبب خارج عن إرادتهما كما لو صدر في حقيهما حكما سالبا للحرية، أو طرد الأب من العمل، أو لإعساره أو إفلاسه.

فالعبارة الواردة في النص "عجز الأبوان عن الرعاية" جاءت عامة تحتل أكثر من تفسير، إذ قد تفسر بالعجز المادي كما قد تفسر بالعجز المعنوي. غير أنه لا يجب أن يفسر العجز بالعجز المادي وعدم قدرة الأبوين عن الإنفاق وإلا استعصى تطبيق هذا النص، لارتفاع عدد الآباء الذين يشملهم النص. فبعض التشريعات المقارنة قصرت في تعريفها عجز الأبوان على العجز المعنوي دون العجز المادي، فقد جاء في المادة 27 من المجلة التونسية المتعلقة بحماية الطفل ما يلي "من صور عجز الوالدين أو الولي أو الحاضن أو المتعهد بالرعاية الموجبة للتدخل، تسبب في سلوك الطفل وذلك بتعمده إفسال المراقبة والمتابعة واعتياده مغادرة محل ذويه بدون إعلام أو استشارة وتغيبه عنه دون علم أو انقطاعه مبكرا عن التعليم بدون موجب".

ثالثا- انحراف الأبوين وعدم القيام بالواجب في الرعاية والتوجيه

الانحراف عموما في اللغة يعني الميل عن الوسط والاعتدال، وبهذا فإن كل ميل عما هو مألوف يعد انحرافا. ويعني اصطلاحا الابتعاد عن المسار المحدد. والانحراف في علم الاجتماع: هو سلوك الفرد المخالف عن الجماعة التي يعيش فيها أو سلوك الجماعة المتعارض مع سلوكيات الجماعة الأم أي المجتمع. وفي علم النفس الانحراف يكمن في السلوك الذي لا يتفق مع المعايير والقيم السائدة في المجتمع كالكذب أو السرقة أو العدوان. أما الانحراف في الشريعة فهو مجانية الفطرة السليمة واتباع الطريق الخطأ المنهي عنه دينيا، أو الخضوع والاستسلام للطبيعة الإنسانية دون قيود. وفي القانون يعني الخروج عن القانون وعدم الالتزام بأحكامه وقواعده وتشريعاته المتعارف عليها.

وبالنسبة للوالدين فإن الانحراف يقوم على أساس الإساءة للأبناء أو تعريضهم للخطر بتعاطي مثلا الفساد أو السكر أو الخمر أو المخدرات وغيرها من السلوكات المنوعة شرعا وقانونا. على أن المشرع اشترط لاعتبار الطفل مهملا في هذه الفرضية أن يؤثر سلوكهما المشين هذا على تربية ورعاية الطفل، فهذا السلوك قد يؤثر على هذا الأخير ويفضي به بدوره إلى الانحراف.

وفي جميع الأحوال فإن مسألة تقدير الانحراف في السلوك وعدم القيام بواجب الرعاية والتوجيه تعود إلى محكمة الموضوع التي تستند في ذلك إلى مدى الضرر اللاحق بالطفل المعني.<sup>64</sup> والملاحظ أن المشرع في هذه الفرضية من فرضيات الإهمال لا يشترط في أبوي الطفل أن يكونا كلاهما منحرفين ولا يقومان بواجبهما في رعايته وتوجيهه من أجل اكتساب سلوك حسن ليعتبر الطفل مهملا، وإنما اعتبره كذلك حتى عندما يكون أحد أبويه الذي يتولى رعايته بعد فقد الآخر أو عجزه عن رعايته منحرفا.

63 عبد القادر قرموش: كفاية الأطفال المهلين، الطبعة الأولى 2008 الرباط، ص. 37

64 أحمد الخليلي: التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثاني: آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية، الطبعة الأولى، دار المعرفة، الرباط، 1994، ص. 292.

وإذا أنكر الخاطب أن يكون ذلك الحمل منه أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب".  
 فقد سار يمكننا في ظل النصوص الحالية مدونة الأسرة اللجوء إلى فحص الحمض النووي لإثبات النسب،  
 وإذا رفض الرجل إجراء هذا الفحص فإن المحكمة تعتبر رفضه دليلاً على أنه الوالد الحقيقي فينسب له هذا  
 الطفل، وتترتب عليه جميع واجبات الأبوة من نفقة ورعاية وإرث. ومع ذلك فإن هذه النصوص لا توفر الحماية  
 اللازمة لحق الطفل إلا في حالة الخطبة المعلنة<sup>60</sup>، حيث لا يتطرق إلى الحالات التي يقع فيها الحمل بدون وجود  
 خطبة أصلاً، وهو ما يحدث غالباً.

## ثانيا - الينيج أو عجز الأبوان عن الرعاية

فهذه هي الحالة الثانية التي يعتبر الطفل فيها، متى وجد عليها، طفلاً مهملاً، وهنا يلزم التمييز بين ما إذا  
 كان الطفل يتيماً أو كان أبوه عاجزان عن رعايته.

أ-الطفل اليتيم: يقصد بالطفل اليتيم كل طفل فَقَدَ أحد والديه أو كليهما وهو ما يزال صغيراً، وهناك  
 فرق بين اليتيم واللقيط وهو أن الأول يكون معروف الأب أو الأبوين في حين يكون الثاني مجهول الأب أو  
 الأبوين.

غير أن اليتيم حسب ظهير 2002/60/13 يجب لكي يعتبر طفلاً مهملاً أن يكون يتيم الأبوين معا  
 وليس يتيم الأب فقط، وذلك انسجاماً مع مقتضيات مدونة الأسرة التي تخول للأولاد اليتيم في هذه  
 الحالة، كما ألزمتها بالنفقة عليه إذا كان لها مال، وذلك وفقاً لما جاء في المادة 199 من مدونة الأسرة التي  
 تقي بما يلي: "إذا عجز الأب كلياً أو جزئياً عن الإنفاق على أولاده، وكانت الأم موسرة، وجبت عليها النفقة  
 بمقدار ما عجز عنه الأب".

أما إذا كان أصبحت الأم عاجزة عن رعاية طفلها فيعتبر حينئذ طفلاً مهملاً ومن ثم يخضع لمقتضيات  
 المادة 1 من هذا الظهير.

وقد حظي الطفل اليتيم والمحروم بعناية خاصة في الديانات السماوية بصفة عامة، كما اعتنى الإسلام  
 بالطفل اليتيم بصفة خاصة لقوله تعالى: **وَأَعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ  
 وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَالْجَارِ الْجُنُبِ وَالصَّاحِبِ بِالْجَنبِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ**<sup>61</sup>، وقال  
 تعالى أيضاً: **"فَأَمَّا الْيَتِيمَ فَلَا تَقْهَرْ ، وَأَمَّا السَّائِلَ فَلَا تَنْهَرْ ، وَأَمَّا بِنِعْمَةِ رَبِّكَ فَحَدِّثْ "**<sup>62</sup>.  
 كذاك حث الرسول صلى الله عليه وسلم على العناية باليتيم والأهتمام به والحرص على الإحسان إليه،  
 وإعالته، والعمل على إدخال السرور على قلبه، فقد قال صلى الله عليه وسلم "إن أحب البيوت إلى الله  
 بيت فيه يتيم مكرم"، وقال عليه الصلاة والسلام أيضاً: "أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة، وأشار بإصبعيه  
 السبابة والوسطى".

وقد خص القرآن الكريم في آيات عديدة، عناية فائقة لأموال اليتيم، مؤكداً على حمايتها وحفظها وعدم  
 الاستيلاء عليها، يقول تعالى: **"إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلُونَ  
 سَعِيرًا"** وفي آية أخرى يقول تعالى: **"وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ"**. ويقول تعالى: **"وَأَتُوا  
 الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَتَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا"**.

60 وهذا ما أكده القضاة المغربي في إحدى الأحكام الصادرة عنه مباشرة بعد صدور مدونة الأسرة، حيث قضى بما يلي: "لا ينسب الحمل إلى الخاطب طبقاً للمادة  
 156 من مدونة الأسرة إلا إذا تم أثناء فترة الخطوبة لا قبلها، "حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش، عدد، 1132، بتاريخ 14/06/2004، مجلة المناهج،  
 عدد مزدوج 7 و 2005، ص 8، 229. كما ورد هذا الحكم: محمد بقبير: مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، منشورات دراسات قضائية، سلسلة القانون  
 والعمل القضائي المغربيين، العدد، 2006، ص 1، 147. محمد الأزهر: شرح مدونة الأسرة الزواج - انحلال ميثاق الزوجية وآثاره - الولادة ونتائجها، الدار  
 البيضاء، 2006، ص 374 :

61 سورة النساء، 36/

62 سورة الضحى 6/ 11.

في الأسواق أو في المزابيل العمومية أو في الغابات أو في المقابر، أو التخلص منه نهائياً عن طريق القتل حفظاً للعرض وستراً للفضيحة. ولو أن ذلك يفيد الإقرار بظاهرة الأمهات العازبات<sup>50</sup> في المجتمع المغربي<sup>51</sup> الذي يعتبرها مسألة غير مقبولة ووصمة عار تلحق المرأة وأسرته.

ويستند هذا الرفض على تحريم العلاقات الجنسية خارج إطار مؤسسة الزواج، فقد أجمعت العديد من الدراسات- التي تمت على المستوى القانوني والاقتصادي والاجتماعي- على أن التقاليد والأعراف الإسلامية، ومبادئ الشريعة الإسلامية تمنع وجود الأم العازبة في المجتمع<sup>52</sup>.

والمشرع المغربي لا يعترف إلا بالنسب الشرعي، أما بالنسبة للنسب غير الشرعي أو ما يصطلح عليه بالنسب الطبيعي والنسب بالتبني<sup>53</sup> فلا يقر بهما. فالمادة 144 من مدونة الأسرة تقضي في بأنه: "تكون البنوة شرعية بالنسبة للأب في حالات قيام سبب من أسباب النسب وتنتج عنها جميع الآثار المترتبة على النسب شرعاً". ويثبت النسب بالفراش أو إقرار الأب، أو شهادة عدلين، أو بينة السماع، وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعاً بما في ذلك الخبرة القضائية<sup>54</sup>. ولا ينتفي الولد عن الزوج أو حمل الزوج منه إلا بحكم قضائي<sup>55</sup>.

فكل طفل مزاد خارج المدة التي حدتها مدونة الأسرة لا يلحق نسبه بالزوج، فأقل مدة الحمل هي ستة أشهر من تاريخ عقد الزواج، سواء كان الزوج صحيحاً أو فاسداً مع إمكانية اتصال الزوج بزوجه<sup>56</sup>. ويكون أقصى مدة الحمل سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة<sup>57</sup>. وعلى ذلك، فالمدونة لا تقر بالبنوة غير الشرعية بالنسبة للأب<sup>58</sup>، وتعتبرها كالشرعية بالنسبة للأم فقط، لأنه ولدها<sup>59</sup>.

فهذه الوضعية القانونية السائدة تعرض حقوق الطفل للضياع وأهمها الحق في النسب، ذلك أن علاقة النسب في حالة العلاقات خارج إطار الزواج ملغاة بالنسبة للأب، حيث ينسب الطفل لأمه، وتصبح هذه الأخيرة صاحبة التصرف في الحقوق والواجبات المرتبطة بالسلطة الأبوية، هذا ما لم تدفعها الضغوط الاجتماعية والنفسية إلى التخلي عن طفلها غير الشرعي، إما بتركه لدى دور الأيتام أو بالإلقاء به في الطرقات وغيرها. ولعل هذا هو السبب الرئيسي في تفشي مشكلة الأطفال المتخلى عنهم.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه في ظل المقتضيات الحالية لمدونة الأسرة، أصبح بالإمكان لحوق نسب الطفل إلى أبيه بدون زواج إذا كانت هناك خطبة مستوفية لكل الشروط المنصوص عليها قانوناً، فالمادة 156 من مدونة الأسرة تنص: "إذا تمت الخطوبة وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة ينسب للخاطب للشبهة إذا توافرت الشروط التالية:

- أن تشتهر الخطبة بين أسرتي الخاطب والمخطوبة ويوافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء.
  - أن يتبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة.
  - أن يقر الخطيبان أن الحمل منهما.
- تتم معاينة هذه الشروط بمقرر قضائي غير قابل للطعن.

50 تشير معطيات المنظمة العالمية للصحة إلى أن معدل 5 آلاف أم عازبة و 7 آلاف طفل يولدون سنوياً خارج إطار الزواج غير الشرعي.

51 محمد الشافعي: كفالة الأطفال المهملين، سلسلة البحوث القانونية، 14، أمراكش، 2007، ص. 19.

52 مولاي عبد العزيز اليوسفي علوي: كفالة الطفل المهمل، رسالة لتليل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق أكاد-الرباط، 1999/2000، ص. 25.

53 تقضي المادة 149 بأنه: "تستوي البنوة للأب في الآثار التي تترتب عليها سواء كانت ناتجة عن علاقة شرعية أو غير شرعية."

54 المادة 158 من مدونة الأسرة.

55 المادة 159 من مدونة الأسرة.

56 المادة 154/1 من مدونة الأسرة.

57 المادتان 135 و 145/2 من مدونة الأسرة.

58 تنص المادة 148 من المدونة على ما يلي: "لا يترتب على البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب أي أثر من آثار البنوة الشرعية."

59 تنص المادة 146 على ما يلي: "تستوي البنوة للأب في الآثار التي تترتب عليها سواء كانت ناتجة عن علاقة شرعية أو غير شرعية."

ت-اتفقت التعريفات على أن اللقيط محتاج إلى الالتقاط والأخذ لحاجته إلى الرعاية والقيام بما يحتاج إليه من نفقة وحضانة ونحو ذلك.

ج-فرق بعض التعريفات بين اللقيط والمنبوذ باعتبار أن المنبوذ يطلق على ولد الزنا خاصة كما سئل الإمام مالك عن قال لرجل: يا منبوذ، فقال: لا يعلم منبوذ إلا ولد الزنا. [13]  
وبناء على هذا فاللقيط أعم من المنبوذ مطلقاً لأنه يشمل ولد الزنا ومن ضاع من أهله، والمنبوذ أخص مطلقاً من اللقيط.

وذهب البعض الآخر إلى اعتبارهما بمعنى واحد من حيث إن النبوذ هو الإلقاء والطرح كما نقل عن الجوهري: المنبوذ اللقيط، وقال ابن قدامة: الطفل المنبوذ، وقال الخطيب الشربيني: ويسمى ملقوطاً باعتبار أنه يلقط، ومنبوذاً باعتبار أنه ينبذ إذا ألقى في الطريق ونحوه. [14]  
وذهب البعض إلى أن الطفل يعد منبوذاً ما دام مطروحاً ولا يسمى لقيطاً إلا بعد أخذه، وقيل: المنبوذ ما وجد فور ولادته واللقيط بخلافه. [15]

ح- مما يؤخذ على تعريف الحنفية أنه قصر معنى اللقيط على الطفل الذي طرحه أهله خوفاً من الفقر أو فضيحة الزنا، مع أنه يمكن أن يطلق لفظ اللقيط على الطفل الضائع الذي فقده أهله ولا يعرف أبواه.  
وعلى هذا فيمكن تعريف اللقيط بأنه: "طفل مجهول الهوية تبذره أهله أو ضاع منهم"  
فإذا وجد طفلاً في الطريق أو في السوق أو عند باب الجامع ولم يعرف له أب ولا أم فهو لقيط وعلى من رآه أن يأخذه إن علم أنه سيهلك إن لم يأخذه، وهذا أمر محمود في الشرع لما فيه من إحياء نفس، وإغاثة إنسان، قال تعالى: "ومن أحيها فكأنما أحيى الناس جميعاً" - "ومن أحيها فكأنما أحيى الناس جميعاً"  
والإسلام بتشريع العادل، لم يأخذ اللقيط - إن كان ولد زنى - بجريرة والديه لأن المبدأ العام في الإسلام "وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى".

وتجدر الإشارة إلى أن ظهير 13 يونيو 2002 نص في المادة 3 منه على أنه: "يجب على كل شخص عثر على طفل وليد مهمل أن يقدم له المساعدة والعناية التي تستلزمها حالته، وأن يبلغ عنه على الفور مصالح الشرطة أو الدرك أو السلطات المحلية لمكان العثور عليه"

كما نص في المادة 31 من نفس القانون على أنه: "يعاقب الشخص الذي يمتنع عمداً عن أن يقدم لطفل وليد مهمل، المساعدة أو العناية التي تستلزمها حالته أو عن إخبار مصالح الشرطة أو الدرك أو السلطات المحلية لمكان العثور عليه، بالعقوبات المقررة في القانون الجنائي"

وهذه المتعضيات المتعلقة بالحماية الجنائية للطفل المهمل نُحِدَ نفسها متوصفاً عليها في القانون الجنائي، المادة 469 منه يقضي بأنه: "من عثر على وليد ولم يخطر به ضابط الحالة المدنية ولا السلطات المحلية، يعاقب بالحبس من شهر إلى شهرين وبغرامة لا تقل عن مائة درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط". وتنص المادة 431 من نفس القانون على أنه: "من أمسك عمداً عن تقديم مساعدة لشخص في خطر، رغم أنه كان يستطيع أن يقدم تلك المساعدة إما بتدخله الشخصي، وإما بطلب الإغاثة، دون تعريض نفسه أو غيره لأي خطر يعاقب من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات، وبغرامة من مائة وعشرين إلى ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط".

## ب - الولد من أب مجهول وأج معلومة نُخِلت عنه

الملاحظ أن المشرع قد أضاف هذه الحالة في إطار ظهير 13 يونيو 2002 الذي عدل ظهير 10 شتنبر 1993، وهذا نعتيره عملاً إيجابياً من المشرع لأنه سيسمح لأم الولد مجهول الأب بالتخلي عنه في مكان لا يشكل خطراً على حياة الطفل ولا يعرض صحته للخطر كالمصحات أو المستشفيات<sup>49</sup>، وذلك بدل تركه في الطريق أو

49 ذكر المؤتمر الوطني حول حقوق الطفل المتعدد سنة 1994 أن التخلي عن الأطفال يتم في المستشفيات والمصحات بنسبة 80% والباقي يتم بالتخلي عنهم في الطرق العمومية.



- حدد الظهير سن الطفولة ببلوغ ثمان عشر سنة شمسية كاملة<sup>44</sup>، وهذا التحديد ينسجم مع الرشد القانوني الذي حدده مدونة الأسرة، لكل من الفتى والفتاة، في ثمان عشرة سنة شمسية كاملة<sup>45</sup>، وكذلك مع بعض القوانين المقارنة في الموضوع<sup>46</sup> والاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الطفل<sup>47</sup>.
- حدد المشرع المغربي ثلاث حالات إذا وجد الطفل الذي لم يبلغ عمره ثمان عشرة سنة شمسية كاملة في إحداها يعتبر طفلاً مهملاً، وهي كالتالي:

أولاً - المزداد من أبوين مجهولين، أو من أب مجهول وأم معلومة:

نميز في هذا الإطار بين الحالة التي يكون فيها الولد مزداداً من أبوين مجهولين والحالة التي يكون فيها الطفل مزداداً من أب مجهول وأم معلومة تخلت عنه.

أ- الولد مجهول الأبوين: وهو ما يعبر عنه باللقيط، ويعرف في اللغة بأنه الطفل ذكراً كان أم أنثى الذي لا يعرف أبواه ويوجد ملقى في الطريق ونحوه، ويعرف أيضاً بأنه اللقيط هو طفل مجهول الهوية نبذه أهله أو ضاع منهم.

وقد عرف الفقهاء اللقيط بتعريفات متعددة تلتقي في بعض الأمور وتختلف في أمور أخرى، فمن ذلك:

- تعريف الحنفية:

جاء في تبيين الحقائق: "اسم لمولود حي طرحه أهله خوفاً من العيلة أو التهمة"<sup>48</sup> [8].

- تعريف المالكية:

عرفه ابن عرفة بقوله: "صغير آدمي لم يعلم أبواه ولا رقه" [9]، وعرفه ابن الحاجب بأنه: "طفل ضائع لا كافل له" وقال القرافي: "اسم للمطفل الذي يوجد مطروحاً" [10].

- تعريف الشافعية:

جاء في مغني المحتاج: "صغير منبوذ في شارع أو مسجد أو نحو ذلك لا كافل له معلوم ولو مميذاً حاجته إلى التعهد" [11].

- تعريف الحنابلة:

قال ابن قدامة: "هو الطفل المنبوذ"، وقال غيره: "طفل لا يعرف نسبه ولا رقه نبذ أو ضل" [12].

ومما يلاحظ على ما تقدم من تعريفات ما يلي:

أ- اتفقت على أن اللقيط طفل صغير دون التمييز، فيخرج بذلك البالغ العاقل لعدم حاجته إلى الرعاية والكفالة.

ب- كما اتفقت على أن اللقيط لا يعرف أهله ولا نسبه، فيخرج بذلك من عرف أهله، وكذلك من عرفت أمه بأن يكون ولد زناً مثلاً فلا يعد لقيطاً.

44 وهو نفس السن الذي كان ينص عليه ظهير 10/09/1993 المتعلق بالأطفال المهملين.

45 المادة 209 من مدونة الأسرة.

46 قانون عدد 92 لسنة 1995 المتعلق بالمجلة التونسية لحماية الطفل ف. 3 و 15 من مجموعة تشريعات الضمان الاجتماعي.

47 -المادة الأولى من هذه الاتفاقية التي تنص: "لأغراض هذه الاتفاقية يعني الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه."

48 [8] -تبيين الحقائق 3/ 297

[9] شرح حدود ابن عرفة ص612

[10] مواهب الجليل 6/ 80 ، الذخيرة 9/ 129

[11] مغني المحتاج 2/ 418 ، أسنى المطالب 2/ 496

[12] المغني 6/ 374 ، حاشية الروض المربع 5/ 518

[13] شرح حدود ابن عرفة ص613

[14] شرح حدود ابن عرفة ص613 ، مغني المحتاج 2/ 418 ، المغني 6/ 374

[15] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 4/ 124

بذلك ظهر 13 يونيو 2002 بتنفيذ القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين<sup>42</sup>، الذي يتضمن 32 مادة موزعة على سبعة أبواب، ناسخا في مقتضياتها الختامية ومقتضى المادة 32 منه جميع مقتضيات الظهير الملغى الصادر بتاريخ 10 سبتمبر 1993 المتعلق بالأطفال المهملين.

والملاحظ بخصوص هذا القانون الجديد أن صياغته كانت أكثر دقة وأكثر إحاطة لمجموعة من الجوانب التي لم يكن النص القديم يعالجها، حيث حدد المشرع في إطار هذا القانون مفهوم الطفل المهمل وبين حالات إهماله وما يجب القيام به عند العثور على طفل وليد وما يمكن أن ينجم عن الإخلال بذلك من عقوبات، كما حدد مفهوم الكفالة، ونص على دور النيابة العامة والقاضي المكلف بشؤون القاصرين في كفالة الأطفال المهملين على ضوء القانون رقم 01-15، والمحكمة المختصة مكانيا للبت في طلب التصريح بإهمال الطفل 6 ودور القاضي المكلف بشؤون القاصرين.

ويعرض القانون الجديد كذلك للوضعية القانونية للطفل المهمل بتحديد الشروط المطلوبة لكفالة طفل مهمل والمسطرة المتبعة لكفالته وكيفية تتبع تنفيذ الكفالة. كما تناول إجراءات تسجيل الأمر الصادر بإسناد كفالة طفل مهمل بسجلات الحالة المدنية والآثار المترتبة عن صدور الأمر المتعلق بإنهاء الكفالة ثم أسباب انقضاء الكفالة.

## المطلب 1- مفهوم الطفل المهمل

نصت المادة الأولى من الظهير: "يعتبر مهملًا الطفل من كلا الجنسين الذي لم يبلغ سنه ثمان عشرة سنة شمسية كاملة إذا وجد في إحدى الحالات التالية:

- إذا ولد من أبوين مجهولين، أو ولد من أب مجهول وأم معلومة تخلت عنه بمحض إرادتها؛
  - إذا كان يتيمًا أو عجز أبواه عن رعايته وليست له وسائل مشروععة للعيش؛
  - إذا كان أبواه منحرفين ولا يقومان بواجبهما في رعايته و توجيهه من أجل اكتساب سلوك حسن، كما في حالة سقوط الولاية الشرعية، أو كان أحد أبويه الذي يتولى رعايته بعد فقد الآخر أو عجزه عن رعايته منحرفًا ولا يقوم بواجبه المذكور إزاءه".
- يستخلص من نص هذه المادة ما يلي:

- أن المشرع المغربي - على خلاف بعض التشريعات العربية<sup>43</sup> - لم يقدم تعريفًا للطفل المهمل، وإنما عدد مجموعة من الحالات التي قد يعد فيها الطفل مهملًا، وهي واردة على سبيل الحصر لا يجوز التوسع فيها. وحسنا فعل المشرع المغربي حيث أن هذا العمل يبقى من صنع الفقه من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن التعريف هو عمل جد صعب، لأنه ينبغي أن يكون جامعا ومانعا وشاملا لكل جوانب الموضوع محل التعريف، وإلا جاء التعريف ناقصا، مما قد يفضي إلى المزج بين المؤسسات القانونية المتشابهة.

42 ظهر شريف رقم 1-02-172 صادر في فاتح ربيع الآخر 1423 / يونيو 2002 بتنفيذ القانون رقم 15-01، الجريدة الرسمية عدد: 5031 بتاريخ: 19 أكتوبر 2002، الصفحة: 2362. كما صدر مرسوم في السابع من يونيو 2004 بتطبيق المادة 16 من القانون رقم 01.15 المتعلق بالأطفال المهملين.

43 كالشريع الجزائري الذي عرفه في إطار قانون الصحة بأنه "الطفل المولد من أبوين معروفين، تخليا عنه، مع عدم قدرته على اللجوء إليهما أو أصولهما مرة أخرى". أنظر في هذا الصدد: Ait Zai Nadia : L'enfant illégitime dans la société musulmane, revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques volume XXV III n°02 juin 1990.

القلب لكل ذي قربي ومسلم ، وعفيف متعفف ذو عيال" <sup>[35]</sup>، ونصوص كثيرة تدل على تأكيد الشريعة لخلق الرحمة في نفوس المسلمين لما لهذا الصفة النبيلة من أثر عظيم على الفرد والمجتمع .

وعناية الشريعة الغراء بالأيتام واللقطاء لم تقف عند حث المسلمين على رحمتهم والعطف عليهم والإحسان إليهم، وإنما تجاوزت ذلك إلى سن جملة من الأحكام الفقهية التي تمثل نظاما متكاملًا لرعاية اللقطاء في المجتمع المسلم بما يحفظ لهم كرامتهم وحقوقهم المادية والمعنوية، ويدفع عنهم ضرر التحقير وضياع الحقوق والمصالح.

وملونة الأسرة- وكذا مدونة الأحوال الشخصية الملغاة- على غرار الشريعة الإسلامية تحرم التبني العادي وتعتبره باطلا ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية كالميراث وغيره، بحيث لا تجزئ إلا تبني أجزاء أو ما يعرف بالتنزيل منزلة الولد الذي لا يثبت عليه النسب و تجري عليه أحكام الوصية.

غير أنه في مقابل ذلك أجاز المشرع المغربي، على غرار الشريعة الإسلامية الكفالة، <sup>36</sup> بمقتضى ظهير صدر بتاريخ 10 شتنبر 1993 الظهير عدد 165-93-1 الذي ينظم كفالة الأطفال المهملين، وهو أول نص تشريعي في الموضوع الذي كان يعاني فراغا خطيرا. فالاهتمام التشريعي بهذه الفئة من الأطفال لم يكن وليد الصدفة بل فرضته اعتبارات عديدة تتجلى أهمها من جهة في تكاثر وتزايد عدد الأطفال مجهولي الأبوين، أو مجهولي الأب الذين تتخلى عنهم أمهاتهم في مراكز الولادة<sup>37</sup>، كما أن نسبة الطلاق وأفات أخرى من نكبات الدهر أضحت ترمي بالأطفال إلى حافة الطريق بحيث يصبحون مهملين<sup>38</sup>. ومن جهة أخرى لم يكن لمصادقة بلادنا على المعاهدة الدولية المتعلقة بحقوق الطفل بتاريخ 13 يونيو 1993<sup>39</sup> إلا أن تدفع المشرع إلى العناية بهذه الشريحة من الأطفال وتقنين وضع اجتماعي لطالما ظل يشكو من الفراغ وعدم الاهتمام، وذلك كإشارة قوية لبلادنا على التزامها بالاتفاقيات والمواثيق الدولية التي صادقت عليها كما هو منصوص عليه في ديباجة الدستور، رغم بعض التحفظات التي أبدتها المغرب بشأن هذه المعاهدات والاتفاقيات<sup>40</sup>. يضاف إلى الاعتبارات المذكورة تعالي الأصوات الحقوقية ببلادنا وخاصة منها الجهات المدافعة عن حقوق الطفل، وذلك في فترة تزايد فيها الاهتمام الدولي بمسألة حقوق الطفل وحمايته.

فصدور هذا النص التشريعي كان له أهمية بالغة، فقد تضمن مجموعة من التدابير والإجراءات الهادفة إلى حماية الأطفال المهملين سواء من حيث كيفية التكفل بطفل مهمل و بيان المسطرة الواجب اتباعها للكفالة والشروط الواجب استجماعها في الكافل وغيرها من المواضيع التي تطرق إليها هذا الظهير. ورغم أهمية ظهير 1993 المتجلية أساسا في سد فراغ تشريعي مس لحقبة طويلة من الزمن بفتة عريضة من سكان المغرب<sup>41</sup>، فإنه قد تم نسخه وتعديله لما اعتراه من قصور وثغرات أبانت عنها الممارسة العملية، فصدر

35 -أخرجه أحمد. 4/162

36 قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "أنا وكافل اليتيم في الجنة".

37 للملاحظ أن الأبحاث والدراسات المنجزة في هذا الإطار لم تتوصل إلى الأرقام الحقيقية لهذه الفئة من الأطفال ، وذلك لعدم وجود أرقام عامة تدل على هذه الظاهرة على الصعيد الوطني ، فأجهزة الإحصاء تتحاشى هذه الخاتمة نظرا لما لها من حساسية من الناحية الاجتماعية ، ما عدا بعض الإحصائيات شبه الرسمية التي تدل على الارتفاع المستمر لحجم هذه الظاهرة ، أنظر في هذا الصدد : عائشة التاج : الأطفال المتخلى عنهم : أية رعاية اجتماعية؟ الأسرة والطفل والتحويلات المجتمعية ، منشورات الشعلة ، النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، 2002، ص. 59-58

38 نور الدين الشرقاوي الغزواني: قانون كفالة الأطفال المهملين، الطبعة الأولى بونيو، مكتبة دار السلام، الرباط، 2003 ص 8.

39 الجريدة الرسمية، عدد 4440 بتاريخ 19 دجنبر 1996 ص 2847.

40 تجدر الإشارة هنا إلى أن بلادنا قد أعلنت مؤخرا عن سحبا لتحفظاتها بشأن الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة كما جاء ذلك في الرسالة السامية التي وجهها جلالة الملك بمناسبة الاحتفال بالذكرى الستين للإعلان العالمي لحقوق الإنسان. أنظر نص الرسالة الملكية العلم 12 دجنبر 2008 العدد، 21224، 2.

41 فما يزيد عن 60 في المائة من السكان يقل عمرهم عن عشرين سنة، أنظر في هذا الصدد: نور الدين الشرقاوي الغزواني، قانون كفالة الأطفال المهملين، المرجع السابق ص55.

بقراءة الفاتحة وإشهاد الشهود على تحقق الزواج، من دون تحرير أية وثيقة بذلك. وإذا كان الزواج يصح شرعا بموافقة الطرفين وإيجابهما واشتهار واقعة الزواج، إلا أن القانون المغربي منذ بداية عهد الاستقلال يفرض توثيق عقد الزواج كتابيا<sup>28</sup> ليكون حجة صحيحة على ميثاق الزواج. ولأجل التخفيف من آثار الحالات من هذا النوع، نصت مدونة الأسرة في المادة 16 على أنه: "... إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته، تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة. تأخذ المحكمة بعين الاعتبار وهي تنظر في دعوى الزوجية وجود أطفال أو حمل ناتج عن العلاقة الزوجية، وما إذا رفعت الدعوى في حياة الزوجين. يعمل بسماع دعوى الزوجية في فترة انتقالية لا تتعدى خمس سنوات، ابتداء من تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ".

زيادة على العوامل المذكورة، تجدر الإشارة إلى أن الفقه المغربي يرفض في إثبات النسب واثاق الحالة المدنية وكذلك الخبرات المعتمدة على فحص الحمض النووي. وبالفعل، كان موقف المجلس الأعلى للقضاء قاطعا عندما قضى بأن رسم الولادة لا يمثل في حد ذاته حجة على النسب<sup>29</sup> لأن واثاق الحالة المدنية يجب أن تكون مطابقة لأحكام مدونة الأحوال الشخصية (وليس مدونة الأسرة<sup>30</sup>) لأن القرار صدر في ظل المدونة القديمة. ولولا يمكن أن تكون شهادة على البنوة إذا ثبت أن الحمل وقع خارج المهلة المنصوص عليها في مدونة الأسرة. من جهة أخرى، وعلى الرغم من أن مدونة الأسرة<sup>31</sup> اعترفت بالخبرة الطبية كوسيلة إثبات لحسم النزاع على النسب، فإن الفقه ما زال يعاند اللجوء إلى فحص الحمض النووي مثلا<sup>32</sup>. هذه بشكل عام هي العوامل التي تساهم في تعقيد وضعية الأمهات العازبات وتدفعهن، تحت وطأة الضغط الاقتصادي والاجتماعي، إلى التخلي عن أبنائهن. وإزاء هذه المشاكل يتعين العمل على نشر الوعي بمخاطر الحمل أثناء الخطوبة ويعواقب الزواج غير الموثق، ولا سيما في المناطق النائية والفقيرة، تفاديا لمآس يكون ضحاياها دائما هم الأطفال والنساء.

## المبحث الثاني كفالة الأطفال المهملين في القانون المغربي<sup>33</sup>

عنت الشريعة الإسلامية بالضعفاء في المجتمع الإسلامي على وجه العموم واللقطاء والأيتام على وجه الخصوص عناية كبيرة، فقد جاء رجل إلى النبي (ص) يشكو قسوة قلبه، فقال له (ص): "أتحب أن يلين قلبك وتدرج حاجتك؟ أرحم اليتيم وامسح رأسه وأطعمه من طعامك يلين قلبك وتدرج حاجتك"<sup>34</sup>، وعن عياض قال: قال رسول الله (ص): "أهل الجنة ثلاثة: ذو سلطان مقسط متصدق موفق، ورجل رحيم رقيق

28 إما بعقد يجره عدلان شرعيان منتصبان للإشهاد ويخاطب عليه قاضي التوثيق كما في مدونة الأحوال الشخصية سابقا، وإما أمام قاضي الأسرة المكلف بالزواج، كما تقتضيه مدونة الأسرة الجديدة.

29 قرار المجلس الأعلى للقضاء، رقم 201 بتاريخ 18/01/1961، مجلة الفقه والقانون، عدد 59-60-61، ص 536، ذكره عبد المجيد غميج في "موقف المجلس الأعلى... المرجع المذكور ص. 544؛ قرار المجلس الأعلى رقم 1461 بتاريخ 29/11/1998، منشور في صحيفة "الاتحاد الاشتراكي" عدد 6745 بتاريخ 27/01/2002.

30 الظهير الشريف رقم 1.04.22 بتاريخ 12 ذي الحجة 1424 (موافق 03/02/2004)، الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 02/05/2004، ص. 418. 31 المادة 153: "يثبت الفراش بما تثبت به الزوجية. يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة تفيد القطع، بشرطين: إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه؛ صدور أمر قضائي بهذه الخبرة".

32 كمثل على هذا التوجه، انظر قضية محمد بلقديم:

<http://www.minorites.org/article.php?IDA=6489>

33 جميلة أوحيدة، أستاذة بكلية الحقوق، جامعة محمد الخامس السويسي- الرباط. 34 -أخرجه أحمد 2/263.

يمكن وضعه بمنزلة النسب<sup>17</sup> الذي يدل على القرابة العصبية<sup>18</sup>. زيادة على ذلك، فإن الاسم العائلي يقبل التغيير بمقتضى المادة 21 من مرسوم تنفيذ قانون الحالة المدنية<sup>19</sup> أما النسب فلا يُس. لذلك قد يكون من المناسب السماح قانونيا للقاصر المكفول، إذا كان مجهول النسب، بأن يحمل لقب كافله. لا شك في أن ذلك سيعود بالنفع على القاصر سواء على الصعيد الاجتماعي أو النفساني<sup>20</sup>. وقد استجاب المشرع الجزائري لهذه الرؤية فأعترف عام 1992، بناء على فتوى<sup>21</sup> للمجلس الإسلامي الأعلى، بإمكانية تغيير لقب القاصر بشروط معينة: "للشخص الذي تكفل بطفل قاصر ومولود من أب مجهول أن يطلب مطابقة الاسم العائلي للمكفول لاسمه، ولكن بشرط رضا الأم إذا كانت معروفة ولا زالت على قيد الحياة"<sup>22</sup>.

الكفالة كما تنظمها التشريعات المغربية تتيح إمكانية توفير محيط عائلي للطفل المهمل لكي يتطور كفرد ويتلقى الرعاية والحماية والتربية من راشدين يتحلون بالمسؤولية والحنان ويعاملونه كما لو كان ابنهم من صلبهم<sup>23</sup>. ويكتسي هذا التحديد أهمية خاصة بالنظر إلى وضع الهشاشة المطلقة الذي يعاني منها الأطفال المهملون بالمغرب. ويرجع ذلك إلى عدة عوامل أبرزها المشكلة الخطرة التي تطرحها عزوية بعض الأمهات. ومعلوم أن البنية خارج مؤسسة الزواج في المغرب ما زالت تعد مأساة اجتماعية ضحاياها الرئيسيون هم الأطفال. البنية الوحيدة المعترف بها في التشريعات المغربية هي البنية الشرعية (المادة 145 من مدونة الأسرة المغربية)<sup>24</sup> التي تترتب عنها حماية كل حقوق الأبناء إزاء الأب فيما يتعلق بالبنوة والدين والنفقة والميراث. لكن البنية سواء كانت شرعية أم غير شرعية تنتج نفس الآثار بالنسبة للأب. هذا الفرق في المعاملة يكرس إلى حد ما الشعور بأن الآباء الذين يتملصون من كل مسؤولية إزاء أبنائهم غير الشرعيين لا يلقون أي عقاب. ويجدر التنبيه في هذا الصدد إلى أن الأمر لا يتعلق دائما بالعلاقات الجنسية خارج إطار مؤسسة الزواج<sup>25</sup> بل إن نسبة كبيرة من الحالات تهم العلاقات خلال فترة الخطوبة أو الزواج غير الموثق. في الحالة الأولى، أقدمت مدونة الأسرة على تصحيح وضع جائر، حيث أصبح بالإمكان إلحاق نسب الطفل بابيه من دون زواج إذا كانت هناك خطية<sup>26</sup> مستوفية لكل الشروط المنصوص عليها قانونا إما بإقرار الخطيبين بأن الحمل منهما وإما بالوسائل الشرعية المعمول بها في إثبات النسب إذا أنكر الخاطب أن الحمل منه. ويتغير هذا القاعدة، يكون المشرع قد عمل برأي عدد من المؤلفين المغاربة<sup>27</sup> الذين طالبوا بالاعتراف بشرعية الأبناء المولودين في إطار علاقة الخطوبة. وفي المقام الثاني، تمثل حالات الزواج غير الموثق إجحافا كبيرا بحقوق الزوجات والأبناء، وعلى الرغم من ذلك، فما زالت العديد من مناطق المغرب -ولاسيما في العالم القروي- تحتفظ بأعراف تقليدية تكتفي

17 النسب والسلالة يدلان على فكرة الأبوة والبنوة صعودا ونزولا: فلان بن فلان بن فلان أو فلاتة بنت فلان بن فلان إلى أبعد جد معلوم. ([http://es.wikipedia.org/wiki/Onom%C3%A1stica\\_%C3%A1rabe](http://es.wikipedia.org/wiki/Onom%C3%A1stica_%C3%A1rabe))

18 القرابة من جهة الأب.

19 المرسوم رقم 665-99-2 الصادر في 2 من شعبان 1423 ( الموافق 9 أكتوبر 2002) بتنفيذ القانون رقم 37.99 المتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية عدد 5054 (2002/11/07) ص. 1198.

20 من شأن ذلك أيضا أن يسهل الإجراءات الإدارية للكافلين المقيمين خارج المغرب. يشار على سبيل المثال إلى أن السفارة الألمانية تفرض منح التأشيرة أن يكون لقب الكافل مطابقا للقب المكفول.

21 حول موضوع الفتوى، انظر:

Sami A. Aldeeb Abu-Sahlieh, «L'institution du mufti et de sa fatwa/décision en islam», Praxis juridique et religion, 7.2.1990, pp. 125-148.

22 المرسوم التنفيذي رقم 24-92 الصادر في 13/01/1992 والمتمم للمرسوم رقم 51-71 الصادر في 03/06/1971 والمتعلق بتغيير الاسم العائلي.

23 لزيد من التفاصيل حول حقوق المكفول، انظر توضيحات جميلة أوحده في الجزء المخصص لآثار الكفالة.

24 لأسباب عملية، تحيل في هذا البحث على أحكام مدونة الأسرة على رغم أنها جاءت بعد قانون الكفالة.

25 يعاقب القانون المغربي على العلاقات الجنسية خارج إطار مؤسسة الزواج (الفصل 490 من مجموعة القانون الجنائي).

26 الشروط الواجب توافرها في هذه الحالة أن تكون هناك ظروف قاهرة حالت دون توثيق عقد الزواج، وأن تكون الخطبة مشهنة بين الخاطب والمخطوبة، وأن يتبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة.

27 عبد المجيد غميحة، موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقهاء في مسائل الأحوال الشخصية، سلسلة الدراسات والأبحاث، العدد الأول، دارالعلم، الرباط 2007، ص 537-541؛ أحمد الخليلي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، دار نشر المعرفة، 1994، ص. 36؛ الحسيني، "الولد للفراس" مجلة الفقه والقانون، عدد 130 ص. 45.

## - الكفالة والنسب

على إثر تلك الوقائع، بات التبني<sup>9</sup> محرماً لأنه ينشئ روابط عائلية وهمية وينتهك أواصر الدم المتأصلة في الثقافة الإسلامية<sup>10</sup>. حفظ النسب من القيم الأساسية في المجتمعات العربية-الإسلامية وهي تعلق فوق قيم أخرى تعتبر "غريبة" مثل حماية حقوق الطفل الذي أنجب خارج النطاق الشرعي، ومثل أهمية المساواة في الحقوق بين الأبناء بصرف النظر عما إذا كانوا ثمره زواج شرعي أم لا وسواء كان أبناء طبيعيين أم أبناء بالتبني.

وفي المقابل، اكتسبت مؤسسة الكفالة أهمية بالغة في كنف المجتمع الإسلامي لانسجامها مع المبادئ الدينية التضامنية والإنسانية<sup>11</sup>. إذن بواسطة الكفالة، يمكن لزوجين سواء كان لهما أبناء أم لا، أن يتكفلا بطفل ويقوما برعايته والسهرة على مصالحه، من دون أن تترتب عن ذلك أية رابطة قانونية بين الكافلين والمكفول<sup>12</sup>. وإذا قورنت بالتبني، تبدو الكفالة<sup>13</sup> مؤسسة حمائية ذات طابع رسمي<sup>14</sup>: "يُقبل فقط الاحتضان بالمعنى الإنساني الذي يهدف إلى جعل القاصر ينعم بحياة اجتماعية سليمة بكل الضمانات اللازمة (ولكن من دون اعتباره أبداً ابناً شرعياً)"<sup>15</sup>. وفي المقابل يعد التبني مؤسسة هدفها الرئيسي إنشاء رابطة البنوة. ويُقصد بالتبني التصرف القانوني الذي تنشأ بواسطته أسرة القرابة بين شخصين، على نحو يؤدي إلى نشوء علاقات مطابقة أو شبيهة جداً لتلك التي تنشأ قانونياً عن الأبوة. وهناك نوعان من التبني: بسيط وكامل. التبني الكامل يتطابق مع البنوة الشرعية ويحول المتبني بنوة تقوم مقام البنوة الأصلية، بمعنى أن علاقته مع أسرته الأصلية تنقطع وتنتهي روابط القرابة مع أفراد تلك الأسرة كما تنتهي آثارها القانونية كافة، إلا موانع الزواج فتبقى قائمة. ويكتسب المتبني داخل أسرة المتبني نفس الحقوق والواجبات التي للابن من الصلب. أما التبني البسيط فرغم أنه يمنح الابن بالتبني مكانة الابن من الصلب إلا أنه لا ينشئ صلات قرابة حقيقية بينه وبين أسرة المتبني البيولوجية؛ ومن جهة أخرى، فإن الأبناء بالتبني لأب واحد يعتبرون إخوة بعضهم بعضاً.

ذلك عن التبني، أما الكفالة فتستثنى نشوء علاقة البنوة إطلاقاً، وينتج عن ذلك في العديد من البلدان الإسلامية المنع- صراحة أو ضمناً- لإعطاء لقب الكافل لمكفوله<sup>16</sup>. وأمام سكوت الظهير المتعلق بالكفالة الجاري به العمل حالياً عن هذه المسألة، يبدو أن هناك مجالاً للتفكير في أن المشرع ربما يسعى إلى تليين هذا العرف إذ أنه لا شيء في الفقه ولا في الشريعة يجعل البنوة مقترنة باللقب. والواقع أن اللقب أو الاسم العائلي إنما هو مفهوم غربي أدخل إلى البلاد الإسلامية مع الاستعمار عن طريق التشريعات الأوروبية ولا

9 كان التبني في الجاهلية يمارس بطريقة عشوائية، حيث كان الأمر لا يقتصر على تبني الأطفال الملهملين بل كان وسيلة تسمح لبعض ذوي المكانة الاقتصادية والاجتماعية بأن يلحقوا بأنسابهم وموارثهم أطفالاً كانوا يختارونهم على الرغم من أن هؤلاء الأطفال كانوا معروفين بالنسب. وكان التبني ينطوي أيضاً في حالات عديدة على التجارة بالأطفال بسبب عوز ذوبهم. وقد حرم القرآن التبني بحكم الآيات 5 و 37 و 38 من سورة الأحزاب.

10 التبني ممنوع في كل الأقطار الإسلامية باستثناء تونس (القانون رقم 0027-1958 الصادر في 04/03/1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني) وأندونيسيا (القانون رقم 2002-23 الصادر بتاريخ 22/10/2002 المتعلق بحماية الطفولة، مرسوم وزارة الشؤون الاجتماعية رقم 1997-HUK-44 الصادر في 31/07/1997 والمتعلق بتتبع أحوال الأطفال المتبنين، مرسوم وزارة الشؤون الاجتماعية رقم 1993-HUK-13 المعدل بمقتضى المرسوم رقم 2-HUK-1995 الصادر بتاريخ 25/01/1995 المتعلق بإجراءات التبني).

11 تحض بعض الأحاديث النبوية على التكفل بالأطفال: قال رسول الله (ص): "أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا" وأشار بالسبابة والوسطى وفرج بينهما (رواه البخاري).

12 المادة 149 من مدونة الأسرة المغربية تنص على أنه "يعتبر التبني باطلا، ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية".

13 انظر:

Canac, A., "Réflexions sur l'inexistence de l'adoption en droit musulman", Revue Algérienne, 1959, num. 2, p. 27; Lapanne-Joinville, J., "La filiation maternelle en droit musulman malékite", RMD, 1952, p. 256.

14 انظر:

Rodríguez Benot, A., "El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural. Un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la kafala", RGD, 1997, p. 4427.

15 منشور في موضوع الكفالة بتاريخ 18/02/1983 (فقرة تمهيدية)

16 انظر:

Chafi, M., "L'enfant né hors mariage au Maroc", Revue marocaine de Droit et d'Economie de Développement, num. 19, 1989, p. 133.

# المبحث الأول. تقديم<sup>1</sup>

تطلق الكفالة في اللغة على مفهومين إثنين: فمن جهة، تعني التزام الشخص بأداء دين شخص آخر. وعرفها الحنفية بأنها ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في وجوب الأداء<sup>2</sup>. وبذلك تكون الكفالة ضمانا لتسديد الدين. ومن جهة ثانية، تدل على الالتزام برعاية طفل وتربيته وحمايته والنفقة عليه. ويفرض تحليل مفهوم كفالة الأطفال القيام بإطالة عاجلة على أصولها منذ مجيء الإسلام. وهذا من شأنه أن يقدم نظرة تصحيحية، أو على الأقل مغايرة لما تروجه الدراسات الأوروبية حول أصل الكفالة وأهدافها. يردد بعض الكتاب الغربيين<sup>3</sup> رواية تقول بأن النبي (ص) رأى زينب بنت جحش فأعجبته فأحبها وهي على ذمة زيد، ابنه بالتبني، فطلقها زيد إرضاء له ولكي يتزوجها الرسول. ونظرا للفضيحة التي أثارها تلك الوقائع المزعومة في مجتمع يحرم زواج الرجل من زوجة ابنه بالتبني، نزلت الآيات التي تحرم التبني. هناك العديد من الردود على هذه الرواية، أبرزها أن الرواية لا تصح لا سنداً ولا متناً. من المعروف أن السنة متن ضخم دُونَ في القرن الثالث الهجري (التاسع ميلادي) بعد فترة طويلة من الجمع والإعداد، وذلك بهدف تكميل وتفسير النوازل التي لا نص فيها من القرآن. وتوجد عدة مجامع للأحاديث النبوية استقر التوافق عليها بين المسلمين تدريجياً؛ ومن بينها ستة معترف بها لدى أهل السنة: الجامع الصحيح للبخاري، والجامع الصحيح لمسلم، وكتاب السنن لأبي داود، والكتاب الجامع للترمذي، وكتاب السنن للنسائي، وكتاب السنن لابن ماجه. بالإضافة إلى ذلك، توجد أيضاً كتب تحظى بتقدير كبير من الأمة الإسلامية مثل كتاب الموطأ للإمام مالك بن أنس، الذي يعد دليل المذهب المالكي (واحد المصادر الرئيسية للقانون المغربي)، ومسنند أحمد بن حنبل، الذي يعد المؤلف الأساس للمذهب الحنبلي. ولم ترد الرواية المذكورة في أي من الكتب المعتمدة، الأمر الذي يبعث على الشك في صحتها. بل وأكثر من ذلك أن كبار مفسري القرآن يشرحون الوقائع على نحو مختلف. فسواء ابن كثير<sup>4</sup> أو الطبري<sup>5</sup> يرويان في تفسيريهما<sup>6</sup> أن زيد بن حارثة سبي صغيراً وبيع عبداً، وأن خديجة زوج الرسول تلقته هدية من ابن أخيها ثم أهدته بدورها للنبي، وأن أهله عثروا عليه فطألبوا به فخبره الرسول فاختار البقاء معه، وأن النبي حرره وتبناه وسماه باسمه زيد بن محمد، على عادة العرب في الجاهلية، وزوجه زينب ابنة عمه الرسول ودفع النبي نفسه صداقها<sup>7</sup>. وإنما أراد الرسول بذلك إظهار المساواة بين العبيد والأحرار. لكن ذلك الزواج ال إلى الفشل في ظرف وجيز لأن زينب كانت ترى أنها أهل لأن تكون زوجة رجل ذي مكانة اجتماعية عالية تضاهي مكانتها (كانت من أشرف قريش وبنيت عم الرسول). وبعد طلاقها من زيد، أذعن النبي للأمر الإلهي وتزوج زينب حتى يتبين نهائياً أن التبني بات محرماً في الإسلام ولا تنشأ عنه إطلاقاً علاقة النسب بين الأشخاص<sup>8</sup>.

1 هدى زكري. مستشارة "مشروع عدل" - طالبة دكتوراه في القانون الدولي الخاص بجامعة غرناطة (إسبانيا).

2 مفهوم الكفالة لا يقتصر على التزام شخص إزاء الغير بتحمل مسؤولية شخص آخر في المسائل المالية، بل يتعدى ذلك إلى الالتزام، مثلاً، بضمان القيام بعمل معين تعهد به المكفول، أو بتسليم عين، أو بدفع دية، إلى آخره. راجع سيد سابق، فقه السنة، الجزء الثالث، إديسوفت للنشر، الدار البيضاء، 2006. ص 230-227.

3 انظر:

Calvo Babío, F., Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero, Univ. RJC, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 13-15

[http://fr.wikipedia.org/wiki/Ibn\\_Kathir](http://fr.wikipedia.org/wiki/Ibn_Kathir) 4

<http://fr.wikipedia.org/wiki/Tabari> 5

6 "تفسير ابن كثير" و"تفسير الطبري".

7 بما أنها ابنة عمه الرسول، فمن المفروض أنه كان يعرفها قبل تلك الواقعة، ولو كان أراد أن يتزوجها هو لفاعل.

8 هذه الرواية تسمح من دون شك بوضع القصة في سياق الرسالة الإلهية للنبي بدل سردها كما لو كانت مجرد نزوة بشرية يتبني عليها أمر جليل هو تحريم التبني في الإسلام.





## الفصل الاول. الكفالة في القانون المغربي

جميلة أوحيدة، أستاذة بكلية الحقوق، جامعة محمد الخامس السويسي - الرباط  
وهدي زكري، مستشارة "مشروع عدل" - طالبة دكتوراه في القانون الدولي الخاص بجامعة غرناطة (إسبانيا).



## نقدية

ببالغ السرور والرضا وبصفتي كاتب الدولة المكلف بقطاع العدل، أتشرف بكتابة تقديم لهذا الكتاب المفيد الذي طالما كانت دوائر العدل والقضاء الإسبانية بانتظاره والذي يتناول مؤسسة الكفالة التي اكتسبت رواجاً وأهمية كبيرة في المنظومة القانونية الإسلامية في حين أنها بقيت غير معروفة في أوساط القانون الإسباني. تهدف مؤسسة الكفالة في المقام الأول إلى توفير الرعاية للأطفال المحرومين من كنف العائلة، طبقاً لما تنص عليه اتفاقية حقوق الطفل المعتمدة في 20 نوفمبر 1989 في الجمعية العامة للأمم المتحدة. بالفعل، تنص المادة 20.3 من هذه الاتفاقية على ما يلي: "يمكن أن تشمل هذه الرعاية، في جملة أمور، الحضنة، أو الكفالة الواردة في القانون الإسلامي، أو التبني، أو، عند الضرورة، الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال". يعترف بالكفالة على الصعيد الدولي كنموذج للرعاية الدائمة والمستقرة للأطفال بحيث أنها تسمح باحتضان الأطفال مجهولي النسب لدى أسرة توفر لهم الحماية والرعاية والتربية.

لقد تعزز التعاون الإسباني - المغربي في قطاع العدل إثر إبرام اتفاقية بين وزير العدل في كلا البلدين قبل أربع سنوات لإطلاق مشروع "عدل" الرامي إلى تحديث وتعزيز إدارة العدل في المملكة المغربية، وهذا المشروع هو المسؤول عن إصدار هذا الكتاب. وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أن مشروع عدل يساهم في عملية تعريف وتقديم المؤسسات القانونية المغربية في إسبانيا عن طريق نشر مختلف الكتب والتقارير مثل هذه الدراسة التي بين أيديكم والتي توفر تحليلاً واسعاً وعميقاً لمؤسسة الكفالة التابعة للقانون المغربي والتي تشير في الوقت الحالي شيئاً من الحيرة والالتباس فيما يخص العلاقات القانونية والقضائية بين إسبانيا والمغرب. كما يفتح هذا الكتاب الباب لفهم مؤسسة خاصة بالقانون الإسلامي على حد قول نص اتفاقية حقوق الطفل ذاتها.

لا تخرج الكفالة في حقيقة الأمر عن كونها مؤسسة قانونية معقدة نوعاً ما لرجل القانون الإسباني وذلك ما يتطلب تحليلاً مفصلاً ودقيقاً لا ينبغي أن يقتصر على الجوانب القانونية المحضة بل يتعين أن يضم مقاربات أخرى وعلى وجه الخصوص مقارنة تاريخية واجتماعية. وقد أصابت هذه الدراسة حسب رأيي الشخصي عند تقسيم التحليل إلى ثلاثة أبعاد: البعد التاريخي الذي يشرح فيه أصل وأغراض مؤسسة الكفالة في سياق القانون الإسلامي الكلاسيكي؛ البعد العملي الذي يقدم فيه تحليل للكفالة في سياق القانون الوضعي في كل من إسبانيا والمغرب؛ وأخيراً البعد الدولي الخاص الذي تحلل فيه علاقة الكفالة مع سائر المؤسسات العاملة في مجال حماية القاصرين.

يؤدي النمو المستمر للجالية المغربية المقيمة في إسبانيا إلى زيادة طلب المعلومات والاستشارة القانونية سواء من طرف المحامين والقضاة أو من طرف الجمعيات التي تعمل في مجال الدفاع عن حقوق المهاجرين. وفي هذا الصدد لا شك أن كتاباً مثل هذا سيفيد رجال القانون والمهنيين الآخرين المهتمين بهذا الموضوع في كل من إسبانيا والمغرب إفادة كبيرة، كما سيساهم في تخفيف العراقيل والحواجز الواقعة أمام مواطني البلدين الشقيقين والتي تمس بحياتهم الشخصية والأسرية. وهذا ما يجعل وزارة العدل التي هي في الواقع "وزارة القانون" تحتضن بحماس بالغ هذه النشرة التي تساهم في آخر المطاف في احترام مبدأ الأمن القانوني المنصوص عليه في الدستور، إضافة إلى ضمان الفاعلية الكاملة لحقوق المواطنين.

وعلاوة على تعريف المؤسسات القانونية والقضائية، يتمثل الهدف الأساسي لهذا النوع من الكتب والتقارير، مثل هذا الكتاب الذي أتشرف بتقديمه هنا، في إيجاد جو الثقة بين الدوائر القانونية والقضائية في البلدين مما يؤدي إلى تسهيل التعاون الفاعل والعميق بينها. ذلك أنه لا يمكن القيام بالتأمل المشترك والتقدم معاً إلا بعد معرفة السياسات التشريعية والنظم القانونية في كلا البلدين. ونتيجة لنشر هذا الكتاب سنتعرف على بعضنا البعض، ونغتني بالاطلاع على النظم والحقائق القانونية، ونقوم بقفزة نوعية في عملية بناء نموذج تعاون مرجعي بين بلد أوروبي من جهة وبلد عربي من جهة ثانية.

السيد خوان كارلوس كامبو مورينو  
كاتب الدولة المكلف بقطاع العدل

- 95 المطلب 2. استحالة تحويل الكفالة إلى تبني بواسطة الآلية التي أقرها قانون التبني بين الدول لعام 2007.
- 97 المطلب 3. محدودية الآثار المترتبة في المنظومة الحقوقية الإسبانية عن الكفالة بصفتها مؤسسة لحماية القاصر.
- 107 الفصل الثالث. حماية القاصر المتقدم إلى إسبانيا تحت الكفالة: من الكفالة إلى التبني عند الاقتضاء
- 109 المبحث الأول: مصادر دولية
- 109 المطلب 1. اتفاقية الأمم المتحدة حول حقوق الطفل: الكفالة والتبني
- 110 (أ) الطابع الاستطادي لحماية القاصر على الصعيد الدولي
- 111 (ب) الترابط بين الاختصاص والقانون المنطبق
- 111 المطلب 2. تحقيق الحماية المثلى للمكفول: وضعية الإهمال في حال وفاة الكافل
- 116 المطلب 3. معاش يُتم المكفول
- 117 المبحث الثاني: القانون الدولي الخاص ومنع التبني
- 118 المطلب 1. حلول من القانون المقارن
- 118 (أ) إيطاليا: مشروع اتفاق ثنائي مع المغرب حول الاعتراف بالكفالة كتبني بسيط.
- 119 (ب) فرنسا: يُستبعد المنع الأجنبي إذا كان ميلاد الطفل وإقامته في فرنسا
- 120 (ج) المملكة المتحدة: للقاضي أن يعتبر قواعد التطبيق الفوري للقانون الأجنبي
- 121 (د) لوكسمبورغ: التطبيق المسبق لقانون جنسية المتبني على الطفل المرشح للتبني
- 122 (هـ) ألمانيا: جواز استبدال القانون الأجنبي - المنطبق جزئياً - لمصلحة الطفل.
- 123 (و) سويسرا: قواعد التنازع وقواعد موضوعية خاصة
- 124 (ز) بلجيكا: قواعد التنازع والقانون الموضوعي
- 125 المطلب 2. قواعد القانون الدولي الخاص الإسباني طبقاً للقانون رقم 54/2007 المؤرخ في 28/12/2007
- 126 (أ) اختصاص السلطات والقانون المنطبق: إعمال القانون الإسباني بشأن الطفل المتقدم تحت الكفالة والمقيم في إسبانيا على نحو اعتيادي حالياً أو مستقبلاً.
- 127 (ب) قوانين أجنبية مأخوذة بعين الاعتبار
- 128 المطلب 3. الممارسة القضائية الإسبانية بشأن تبني الأطفال المتقدمين تحت الكفالة

5

7

الفصل الاول. الكفالة في القانون المغرب

9

المبحث الأول. تقديم

12

المبحث الثاني كفالة الأطفال المهملين في القانون المغربي

14

المطلب 1- مفهوم الطفل المهمل

15

أولا - المزداد من أبوين مجهولين، أو من أب مجهول وأم معلومة:

18

ثانيا - اليتيم أو عجز الأبوان عن الرعاية

19

ثالثا- انحراف الأبوين وعدم القيام بالواجب في الرعاية والتوجيه

20

المطلب 2. الإجراءات المتبعة للتصريح بالإهمال

20

أولا - دور النياية العامة من خلال الإجراءات المسطرية

23

ثانيا - المحكمة المختصة في دعوى التصريح بالإهمال

24

المبحث الثالث. الشروط المتطلبية في الكفالة

24

المطلب 1. الشروط المتعلقة بالأشخاص الطبيعيين

28

المطلب 2: الشروط المتعلقة بالمرأة

29

المطلب 3: الشروط الخاصة بالمؤسسات الإيوائية

31

المبحث الرابع. الإجراءات المسطرية للتكفل بطفل مهمل

34

المبحث الخامس. آثار الكفالة وانتهائها

34

المطلب 1. آثار الكفالة

34

أ: تنفيذ الالتزامات المترتبة عن الكفالة

44

ب: استفادة الكافل من التعويضات والمساعدات الاجتماعية

45

ج: المسؤولية المدنية للكافل عن أفعال مكفوله

50

د: إمكانية السفر بالمكفول خارج المغرب

53

المطلب 2. انتهاء الكفالة: أسبابه واثاره.

53

أ- أسباب انتهاء الكفالة

55

ب- آثار انتهاء الكفالة

83

الفصل الثاني. جدوى الكفالة أمام المنظومة الحقوقية الإسبانية

85

المبحث الأول: افتراضات تمهيدية حول جدوى الكفالة المسندة من السلطات المغربية أمام المنظومة

88

الحقوقية الإسبانية

88

المبحث الثاني: المنظور الإداري: دخول القاصر المكفول أمام السلطة المغربية إلى التراب الإسباني.

93

المبحث الثالث: المنظور الموضوعي: وضعية القاصر المكفول بقرار من السلطة المغربية أمام المنظومة

93

الحقوقية الإسبانية

93

المطلب 1. الاعتراف بالكفالة أمام المنظومة الحقوقية الإسبانية

التنسيق: وحدة التنفيذ مشروع « عدل »  
الترجمة : إكناسيو فراندو

FIIAPP: زنقة بياطريس دي بوياديبيا ، 18 ، 28040 مدريد- إسبانيا.

ISBN: 978-84-692-4330-5  
Depósito Legal: M-52.593-2009

# الكفالة و النبني في المواقف الثنائية المغربية-الإسبانية

آنه كينيونيس إسكاميث  
أندريس رودريغيث بينوت  
هدى زكري  
جميلة أوحيدة







# الكفالة و التبني في العلاقات الثنائية المغربية-الإسبانية

إنه كينيونيس إسكاميث  
أندريس رودريغيث بينوت  
هدى زكري  
جميلة أوحيدة

