كفالة الطفل بين قانون الأسرة والفقه الإسلامي

مقدمة

بسم الله والحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وبعـــد:

فإنه من عظيم فضل الشريعة الإسلامية أنها لم تترك شيئاً خاصا بالمجتمع الإسلامي وتربيته إلا وقد أشارت إليه إما بالإجمال أو بالتفصيل وهذا من نعم الله علينا في شريعتنا، فلم يتركنا هملا ليتبع كل شخص هواه في المسائل أو يختلق نصوصا من عنده أو آراء لا يعلم فيها خيراً لا من بعيد ولا من قريب، لأن الإنسان مهما بلغ من فطنته وحكمته لا تساوي شيئاً من حكمة الله وخبرته بعباده فهو الحكيم الخبير سبحانه وتعالى.

ومن تلك المواضيع الاجتماعية التي اهتم الله عز وجل بها ورسوله صلى الله عليه وسلم هي موضوع كفالة الطفل، خاصة وأن الإسلام قد أبطل التبني بنص من القرآن الكريم، وكان التبني الذي أبطله الإسلام هو أن ينتسب الولد لغير أبيه، فلا يجوز لمسلم ولا مسلمة أن يغيّر اسم طفل، لم يلده من صلبه ويجعله ابناً له، قال تعالى: (**وَمَا جَعَلَ أَدْعِياءكُم أَبْنَاءكُم**)[1]

وقال تعالى: (**أَدْعُوهُم لآبَائِهِم هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ الله فَإِن لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُم فإِخْوانُكُم فِي الدِّينِ**)[2]. سواء كان معروف الأبوين أو كان مجهولهما فلا يجوز إدعاؤه.

وكان التبني في الجاهلية وفي صدر الإسلام مباحاً فتبنى النبي صلى الله عليه وسلم زيد بن حارثة وكان يدعى: زيد بن محمد، فأبطل الله التبني قولا بهذه الآية، وفعلا بأمره لرسوله أن يتزوج المطلقة زينب وقال سبحانه: (**مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِن رِجَالِكُمْ، وَلكِن رَسُولَ الله وَخاتَمَ النَّبِيِّينَ**)[3]

---

[1] سورة الأحزاب الآية 04.
[2] سورة الأحزاب، الآية 05.
[3] سورة الأحزاب، الآية 40.

كفالة الطفل بين قانون الأسرة والفقه الإسلامي

وعليه كان لابد من إيجاد بديل حتى لا يكون هناك إهمال للأطفال وخاصة اللقطاء والمجهولين في أنسابهم بل إن الإسلام أوجب على المسلمين كافة كفالتهم وهي الكفالة العمومية التي تقوم بها الدولة عن طريق المؤسسات الاجتماعية المختلفة أو تتولى بعض الأسر المؤهلة كفالتهم.

والكفالة من أعمال البر التي ندبنا إليها الشرع، ودل على أنها من أسباب دخول الجنة، بل من أسباب نيل أعلى درجاتها، ويكفي لحث المؤمن على الحرص عليها بقول النبي ε (**أنا وكافل اليتيم في الجنة كهاتين، وأشار بالسبابة والوسطى، وفرق بينهما**) رواه البخاري.

والكفالة في اللغة: من فعل كفل: أي ضمن، ويقال كفل الرجل وبالرجل أي ضمنه، وكفل الصغير أي رباه وأنفق عليه.

أما اصطلاحاً: هي تعهد بإيواء طفل والقيام برعايته وتربيته تربية سليمة مبينة على أسس أخلاقية سامية، وتوفير الظروف الاجتماعية والاقتصادية التي تسمح للطفل المكفول بالعيش حياة كريمة.

ولقد ورد النص عليها في عدة آيات لقوله تعالى:(**فَتَقَبَّلَها رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتاً حَسَناً وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا كُلَّمَا دَخَلَ عَلَيْهَا زَكَرِيَّا المِحْرَابَ وَجَدَ عِنْدَهَا رِزْقاً، قَالَ يَا مَرْيَمُ أَنَّى لَكِ هَذَا، قَالَتْ هُوَ مِنْ عِنْدِ اللهِ إِنَّ اللهَ يَرْزُقُ مَنْ يَشَاءُ بِغَيْرِ حِسَابٍ)** [1]

وقوله تعالى: (**ذَلِكَ مِنْ أَنْبَاءِ الغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلامَهُم أَيُّهُم يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِم إِذْ يَخْتَصِمُونَ**)[2]

---

[1] سورة آل عمران، الآية 37.
2 سورة آل عمران، الآية 44.

وقال أيضاً: (**إِذْ تَمْشِي أُخْتُكَ فَتَقُولُ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَى مَنْ يَكْفُلُهُ فَرَجَعْنَاكَ إِلَى أُمِّكَ كَيْ تَقَرَّ عَيْنُهَا وَلا تَحْزَنَ وَقَتَلْتَ نَفْساً فَنَجَّيْنَاكَ مِنَ الغَمِّ وَفَتَنَّاكَ فُتُوناً، فَلَبِثْتَ سِنِينَ فِي أَهْلِ مَدْيَنَ ثُمَّ جِئْتَ عَلَى قَدَرٍ يَا مُوسَى**)[1]

وقال سبحانه: (**وَحَرَّمْنَا عَلَيْهِ المَرَاضِعَ مِنْ قَبْلُ فَقَالَتْ هَلْ أَدُلُّكُم عَلَى أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ لَكُمْ وَهُم لَهُ نَاصِحُونَ**)[2]

ولقد عرفتها المادة 116 ق.أ.ج أنها " التزام على وجه التبرع بالعناية بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي ".

وبناءاً عليه فإن الكفالة تكون بدون مقابل حيث لا يأخذ الراغب في التكفل أي عوض ولا يقدمه، كما لا تأخذ المراكز أي عمولة، لأن غرضها الأساسي هو إيجاد أسرة للطفل تضمن له العيش في ظروف حسنة، فالكفالة عملية إنسانية[3] لا تجارية، كما تحوّل لبعض الضمائر الجشعة لأصحابها في الواقع المعاش.

وأما عبارة " قيام الأب بابنه " تفيد أن للكافل معاملة الطفل المكفول معاملة الأب لابنه الصلبي، ولا يتم ذلك إلا من خلال التحاق المكفول بمنزل الكافل والعيش معه بصفة طبيعية ومتواصلة، ولقد جاء كذلك في المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري أن: " الكفالة ... تتم بعقد شرعي "، وإن هذه العبارة تفيد أن الكفالة عقد نظمه المشرع بصفة محدودة ودقيقة، وألزم بعض الشروط حتى يعترف به قانوناً، وحتى يعطي لأصحابه حقوقا مدنية لا تسقط و لا تُنـزَع منهم إلا بقوة القانون، كما تعطيهم شرعية العقد الكفاية اللازمة في الاحتجاج به اتجاه الغير.

---

[1] سورة طه، الآية 40.
[2] سورة القصص، الآية 12.
[3] لقوله صلى الله عليه وسلم: " أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا، وأشار بالسبابة والوسطى، وفرق بينهما " رواه البخاري.

وحتى تتوضح الصورة أكثر يستحسن أن نذكر مثالا من الشرع يبين فيه كيف تكون كفالة الطفل خاصة والكفالة بصفة عامة.

قال تعالى يحكي عن مريم: (**فَتَقَبَّلَها رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتاً حَسَناً وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا**)[1] أنظر إلى الربط القرآني بين الكفالة وكيف أن الكفالة لها ارتباط وثيق بالمنبت الحسن.

قال ابن كثير رحمه الله: يخبر ربنا أنه تقبلها من أمها نذيرة وأنه أنبتها نباتا حسنا أي جعلها شكلا مليحا ومنظرا بهيجا ويسر لها أسباب القبول وقرنها بالصالحين من عباده تتعلم منهم العلم والخير والدين فلهذا قال : (**وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا**).

لذلك لم تكن أبدا كفالة الطفل في الإسلام هي الإنفاق والتبرع واللعب مع الأطفال..نعم هذا مطلوب ولا ننكره، ولكن هو جزء مكمل وضئيل جدا في معنى الكفالة العامة كما بينا، هذا و إذ الكفالة تعتبر أحد المواضيع الأكثر جدالا و نقاشاً، فعلى ما تنطوي الكفالة، وما الذي يجعلها أحد المواضيع الأكثر جدالاً ونقاشاً ؟

[1] سورة الأحزاب الآية 40.

كفالة الطفل بين قانون الأسرة والفقه الإسلامي

الفصل الأول: التكييف القانوني والفقهي لنظام الكفالة

لقد تناولت المواد من 116 إلى125 ق.أ.ج النص على نظام الكفالة كوسيلة وآلية للحماية الاجتماعية للطفل، هذا وإذ الكفالة تعتبر أحد المواضيع الأكثر جدالا ونقاشا خاصة مع صدور الرسوم رقم 92 ، 24.

حيث يتطلب القانون توافر جملة من الشروط والإجراءات، بعضها ينص على الموضوع والبعض الآخر يتعلق بالشكل.

المبحث الأول: شروط الكفالة

باعتبار أن الكفالة عقدا فلابد من شروط في العقد وأخرى في الكافل والمكفول وبالتالي لا ينعقد عقد الكفالة إلا إذا توفرت هذه الشروط.

المطلب الأول: الشروط الواجب توافرها في الكافل

تنص المادة 118 ق.أ.ج على أنه: " يشترط أن يكون الكافل مسلما عاقلا وقادرا على رعايته "

هذه الشروط تدرس من طرف مصلحة المساعدة الاجتماعية للطفولة، ورئيس جمعية الطفولة وعائلات الاستقبال المجاني بالإضافة إلى الطبيب النفساني في هيئة مجلس الوضع.

كفالة الطفل بين قانون الأسرة والفقه الإسلامي

الفرع الأول: شرط الإسلام

وفي ذلك موافقة لقوله تعالى: (**وَلَنْ يَجْعَلَ اللهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى المُؤمِنِينَ سَبِيلا**)[1] واشترط الإسلام دليل على أن المشرع الجزائري يرفض بصراحة أن يتولى غير المسلم كفالة الطفل الجزائري.

أما في فقه السنة روى سعيد في سننه أن سنين بن جميلة قال وجدت ملقوطا فأتيت به عمر بن الخطاب، فقال عريفي يا أمير المؤمنين إنه رجل صالح فقال عمر كذلك هو قال نعم قال اذهب به وهو حر ولك ولاءه وعلينا نفقته فإن كان في فاسق أو مبذر أخذ منه وتولى الحاكم أمره أما الكافر فلا كفالة له لأنه ولي ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا.[2]

فإذا كان الكافل كافرا والمكفول محكوم بإسلامه فينزع من الكافر ويسلم إلى يد مسلم حافظ أمين، فلا يكفل الكافر الصبي المسلم لأن الكفالة ولاية، فللكافر أن يكفل الطفل الكافر لأن الكفار بعضهم أولياء بعض. أما المسلم فله كفالة الطفل المحكوم بكفره لأنه من أهل الولاية عليه.[3]

أما عند الشافعية والحنابلة:

---

[1] سورة النساء، الآية 141.
[2] الأستاذ: عبد القادر مدقن، شرح وجيز لقانون الأسرة، ملخص من الفقه الإسلامي، ص49.
[3] أحكام اللقيط، أنظر كفاية الأخيار (جزء 1، صفحة143) ، المدونة الكبرى (جزء4، صفحة 263).

كفالة الطفل بين قانون الأسرة والفقه الإسلامي

فلا كفالة لكافر على مسلم إذ لا ولاية عليه ولأنه ربما فتنه عن دينه ولم يشترط الحنفية والمالكية إسلام الكافل لأن مناط الكفالة الشفقة وهي لا تختلف باختلاف الدين. ولكن اختلف هؤلاء في مدة بقاء الكافل عند المكفول غير المسلم.

فقال الحنفية:

إنه يبقى عنده إلى أن يعقل الأديان ببلوغه سن السابعة أو يتضح أن في بقائه معه خطرا على دينه بأن يبدأ يعلمه أمور دينه أو يذهب به إلى معابده أو يعوده على الشرب، وأكل لحم الخنزير.

وقال المالكية:

إنه يبقى مع الكافل إلى انتهاء مدة الكفالة شرعاً، ولكنه يمنع من تغذيته بالخمر ولحم الخنزير، فإن خشينا أن يفعل الحرام أعطي حق الرقابة إلى أحد المسلمين ليحفظ الولد من الفساد.[1]

ويجب أن يكون الكافل معروفا بحسن تصرفاته ومعاملاته اتجاه الغير، فلا يليق مثلا أن يوضع الطفل بين أيدي شخص معروف باستغلال الأطفال القصر في أعمال مخلة بالنظام العام والآداب العامة كالدعارة أو المتاجرة بالمخدرات إلى غير ذلك من الأمور التي تجعل منهم مؤهلين إلى دخول عالم الإجرام.

وهناك لجنة تابعة لمديرية النشاط الاجتماعي تختص بالبحث والتحري حول أخلاق الكفلاء من خلال الوسط الاجتماعي الذي يعيشون فيه.

ويطرح الإشكال في حالة ما إذا اعتنق الكافل الإسلام حديثا، فكيف تثبت هوية إسلامه؟

---

[1] الدكتور وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، ص 728، دار الفكر.

و يتم إثبات هوية الإسلام بشهادة تمنح من طرف عميد مسجد الدولة التي ينتمي إليها معتنق الإسلام، دون أن يشترط مرور فترة زمنية معينة على إسلامه.

والحكمة من اشتراط الشارع الديانة الإسلامية في الكافل هو ضمان تربية الطفل على أساس التعاليم والمبادئ الحنيفة لكي ينشأ على تربية إسلامية في مجتمع مسلم.

الفرع الثاني: شرط العقل

فلا كفالة للمجنون والمعتوه لأنهما في حاجة إلى من يرى شؤونهما، فلا يحسن الواحد منهما القيام بمصالحه فضلا عن غيره، وهذا الشرط هو محل اتفاق سائر الفقهاء، واشترط المالكية الرشد فلا كفالة لسفيه مبذر، لئلا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه منه ما لا يليق.

وشرطوا أيضا مع الحنابلة عدم المرض المنفر كالجدام والبرص فلا كفالة لمن به شيء من المنفرات.[1]

وذلك لأن الكفالة تخول للكافل الولاية القانونية على الطفل طبقاً للمادة 121 ق.أ.ج التي تنص أنـــه: " تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية ... " وغير العاقل يحتاج إلى رعاية فكيف يتولى شؤون غيره. إذ تنص المادة 81 من ق.أ.ج على أنه: " من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون "

فلا كفالة لناقص الأهلية أو فاقدها، لأنه ليس له من القدرة العقلية ما يستطيع بها أن يدرك المصلحة من التصرفات التي تصدر عنه، بسبب نقص أو انعدام التمييز والإدراك لديه ولهذه الأسباب ينوب عنه قانونيا ولي أو وصي أو مقدم.

الفرع الثالث: شرط البلـوغ

---

[1] الدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 726.

فلا كفالة للصغير ولو كان مميزا لأنه عاجز عن رعاية شؤون نفسه.[1] إذ يشترط أن يكون الكافل كامل الأهلية، طبقا للمادة 118 ق.أ.ج ، كما يفهم من الأهلية كذلك فارق السن بين الكافل والمكفول، كأن يكون الكافل متزوجا لأن مجلس الوضع في بحثه عن العائلة النموذجية قد يحبذ الزوجين الذين قضيا خمس (05) سنوات مع بعض على الأقل ولا تشترط سن معينة رغم أن المعمول به عموما هو أكثر من ثلاثين (30) سنة، بهدف ضمان سعادة الطفل واستقرار ظروفه المعيشية.[2]

وتجدر الإشارة إلى أن ملف الكفالة يستوجب نسخة من عقد الزواج فهذا دليل على أنه يشترط في الكافل أن يكون متزوجاً، وبالتالي لا يقل سنه عن تسعة عشرة (19) سنة وهو السن المنصوص عليه في المادة 7 من ق.أ.ج .[3]

وعليه يمكن للمرأة التي لها أهلية الزواج وفقاً للمادة 07 التكفل بقاصر، لأن الكفالة تتطلب الأهلية العامة المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري وهي تسعة عشرة سنة كاملة.

وسبب اشتراط المشرع الجزائري بلوغ الكافل يكمن في أن عقد الكفالة هو عقد تبرع، وعقود التبرع لا تصح من غير البالغ كونها تعتبر من التصرفات الضارة ضرراً محضاً.

<u>الفرع الرابع:</u> شرط القدرة على الرعاية

وهو ما يمكن الطفل المكفول من العيش في ظروف مادية ومعنوية مناسبة تسمح له بالنمو عقلاً، جسداً وروحاً نموا سليما، فيجب أن يكون الكافل قادرا على تلبية حاجيات المكفول المادية والمعنوية من أكل، لباس، نظافة، تعليم ومعاملة مبنية على العطف والحنان والاحتضان، واعتبار الطفل ابنه الحقيقي لضمان نموه العادي.

---

[1] الدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 726.
[2] معلومات من مصلحة المساعدة الاجتماعية للطفولة بسيدي بلعباس وتلمسان.
[3] المادة 07 ق.أ.ج التي تنص على أنه: " تكتمل أهلية الزواج بتمام 19 سنة للمرأة والرجل معاً ".

ويشترط في الكافل أن يكون عاملا يتقاضى مبلغا يغطي نفقاته العائلية سواءً الضرورية منها أو الكمالية.

وأن يحوز على مسكن، ويجب أن يكون هذا المسكن واقعا في حي هادئ غير معروف بسوء الأخلاق، فلا يحق لشخص يسكن في مثل هذه الأحياء أن يتقدم بطلب كفالة طفل، والحكمة من ذلك تكمن في أن هذه الأحياء تؤثر في نفسية الأطفال وسلوكهم.

ويمكن تبرير ذلك استناداً إلى رأي الدكتور إسحاق إبراهيم منصور: " إن الأبوين معا يحددان الموقع الجغرافي للمسكن والمستوى الاجتماعي لأسرتهم " ، ولا شك أن للموقع وللمستوى الاجتماعي أثرهما في تحديد الوسط الذي يعيش فيه الأولاد ذكورا وإناثا، وبالتالي تتحدد نماذج السلوك التي يختلط بها الأطفال، فالطفل يتصل بأقرانه ويدخل منازلهم ويلتقي بأسرهم ويقلدهم ومن شأن هذا الاختلاط أن يربط الطفل بأشخاص في نفس الوسط الذي يعيش فيه خارج منزله وقد يكون لهم سلوك إجرامي.

كما أنه لا يستند حق التكفل للعجوز، ولكل من يعاني من عاهة جسمية، لأن هؤلاء الأشخاص ليسوا أهلا للاعتناء بأنفسهم، فكيف يمكنهم الاعتناء بغيرهم.[1]

تتولى مراقبة هذه الشروط لجنة المتابعة التي تمثلها المساعدة الاجتماعية لمديرية النشاط الاجتماعي إذا كان الطفل مجهول النسب، أما إذا كان أبويه موجودين فمن الطبيعي أنهما لا يسلما ابنهما إلا إذا اطمئنا على الوضعية التي سيكون فيها. ومن جهة أخرى يرتب عقد الكفالة على عاتق الكافل الالتزام برقابة وحراسة المكفول، دون أن تحدد فترة زمنية معينة لإجراء المراقبة.[2]

---

[1] الدكتور إسحاق إبراهيم منصور، موجز في علم الإجرام والعقاب، ديوان المطبوعات الجامعية، ط1992، ص111.
[2] معلومات من مديرية النشاط الاجتماعي بولاية تلمسان.

كفالة الطفل بين قانون الأسرة والفقه الإسلامي

المطلب الثاني: الشروط الواجب توافرها في للمكفول

حتى يكون الطفل محل كفالة لابد من توفر جملة من الشروط طبقا للمواد 116 و117 و120 من قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: شرطا رضا الأبوين الأصليين للطفل بالكفالة

تشترط المادة 117 من ق.أ.ج : " ... وأن تتم برضا من له أبوان " وطبقا لهذه المادة إذا كان الطفل المكفول معلوم النسب يشترط رضاه، لكن يوجه لهذا النص القانوني الانتقادات التالية:

أولا: لا يعتد برضا القاصر، لأن الرضا يثبت لمن يتمتع بأهلية أداء، والقاصر ناقص الأهلية إذ تنص المادة 42 من ق.م.ج " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته أو جنون ويعتبر غير مميز من لم يبلغ ... "

ثانيا: الكفالة تعتبر من التصرفات النافعة نفعا محضا بالنسبة للقاصر سواءً بلغ سن التمييز أم لم يبلغه، فهي لا تتوقف على أن يصد من هذا القرار موافقة بأن يخضع لتربية ورعاية أحسن من تلك التي يوفرها الأبوين الأصليين، خاصة إذا انعدمت لدى هؤلاء القدرة المادية والمعنوية على القيام بواجباتهم القانونية اتجاه ابنهم.

وبناءً على هذا كان على المشرع أن يشترط رضا أبوي الطفل المكفول على أساس أنه ليس من السهل ولا من الفطرة الإنسانية أن يضعا طفلهما تحت رعاية أشخاص غرباء .

ونص مشروع تعديل قانون الأسرة على أن يتم تعديل المادة 117 على النحو التالي: " يجب أن تكون كفالة الولد القاصر برضا الوالدين وبقرار من رئيس المجلس الشعبي البلدي لمجهول النسب " وذلك رعاية للنظام العام في حدود إقليم البلدية.

وكل هذا لا يعني إهمال اللقطاء والمجهولين في أنسابهم من الأطفال الأبرياء بل إن الإسلام أوجب على المسلمين كافة كفالتهم وهي الكفالة العمومية التي تقوم بها الدولة عن طريق المؤسسات الاجتماعية المختلفة أو تتولى بعض الأسر المؤهلة كفالتهم الكفالة الشرعية مع إعطائه لقبا. والكفالة هو أن يتعهد المرء بتربية الطفل وأن يتولى شؤونه، كما تكون لمعدومي النسب في حالة موت الوالدين أو فقدانهما.[1]

وفي فقه السنة: اللقيط هو الطفل غير البالغ الذي يوجد في الشارع أو ضال الطريق ولا يعرف نسبه فحكم التقاطه فرض من فروض الكفاية كغيره من كل شيء ضائع لا كافل له لأن في تركه ضياعه ويحكم بإسلامه متى وجد في بلاد المسلمين وينبغي لملتقطه الإشهاد عليه وعلى ما وجد معه من متاع أو مال، أما كيفية كتابة العقد: أشهد عليه فلان أنه في الوقت الفلاني اجتاز بالمكان الفلاني فوجد صبيا ملقى على الأرض وصفته وانه لقيط لم يكن له في ملك ولا شبهة ملك ولا حق من الحقوق الموصلة لملكه وأنه مستمر في يده بحكم التقاطه إياه على الحكم المشروح أعلاه وعرف الحق في ذلك فأقره به والصدق فاتبعه لوجوبه عليه شرعا وأشهد عليه بذلك في تاريخ كذا.[2] منهاج مسلم.

وأنه التزم بكفالته تبرعا لوجه الله، وإن كان معلوم النسب فأبوه أو أمه تتعهد بأنها سلمته له لكفالته على وجه التبرع لوجه الله العظيم رجاء ثوابه الجسيم أنه لا يضيع أجر من أحسن عملا.[3]

---

[1] الدكتور وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، دار الفكر، ط1992، ص 672.
[2] الأستاذ عبد القادر مدقن، شرح وجيز لقانون الأسرة الجزائري، ملخص من الفقه الإسلامي، ص47.

[3] الأستاذ عبد القادر مدقن، مرجع سابق، ص48.

كفالة الطفل بين قانون الأسرة والفقه الإسلامي

الفرع الثاني: عدم بلوغ المكفول سن الرشد

حيث تنص المادة 116 ق.أ.ج على أن: " الكفالة ... بولد قاصر " وتجدر الإشارة إلى أن الطفل حديث العهد بالولادة أسرع اندماجا في أسرته الجديدة، كما أنه أكثر تعلقا من الناحية العاطفية بمن يطعمه ويأويه ويسهر على تربيته، وإن نفس القول ينطبق على الأقل من خمس (05) سنوات، بخلاف الطفل البالغ مثلا 15 سنة والذي يصعب اندماجه في أسرة يعلم أن أفرادها غرباء عنه تماما، خاصة إذا تعلق الأمر بالأطفال الذين أسقطت عن أوليائهم السلطة الأبوية، وكذا الأطفال اليتامى الذين يجدون أنفسهم دون عائل، فقد كانوا بالأمس في وسط جو عائلي اعتادوا عليه، ليجدوا أنفسهم اليوم في عائلة لها جوها المتميز هي الأخرى. إن لكل هذه المعطيات دور في حياة الطفل خاصة من الناحية النفسية بحيث يمكن أن يطول الزمن قبل أن يندمج في عائلته الجديدة.

والواقع العملي يكشف لنا أن الطفل لا يسلم للكافل إلا ابتداءً من بلوغه سن ثلاثة أشهر، لكن المشرع الجزائري لم يحدد سن معينة للكفالة وهذا تقصير منه، فمن المفروض تحديد سن معينة لأن كلمة قاصر مرنة، ويمكنها أن تتعلق بكل من له أقل من سنة أو عشر سنوات أو ستة عشر سنة إلا أننا نعلم أن النضج العقلي والجسمي لكل فئة من هؤلاء غير متماثل لديهم.

أما مسألة شرط عدم بلوغ المكفول سن الرشد فيها اختلاف بين المذاهب.

1) **عند الحنفية:** الكفالة تكون بعد الولادة وذلك إما لعلة الفقر، أو تهمة الزنا.

2) **عند المالكية:** المكفول وهو الصغير إلى وقت البلوغ.

3) **عند الشافعية:** الصغير سواء كان مميزا أو غير مميزا، قال الرملي: " يجوز كفالة الصبي المميز لأن فيه حفظا له ".

4) **عند الحنابلة:** الطفل إلى سن التمييز، وقيل إلى البلوغ وهو الصحيح عندهم حتى أنهم قالوا: إذا كفل رجل وامرأة معا من له أكثر من سبع سنوات أقرع بينهما ولم يخير بخلاف الأبوين والذي يظهر والله أعلم. أن اللقيط يكون عمره ما بين ولادته إلى البلوغ.

الفرع الثالث: نسب الطفل المكفــول

تنص المادة 119 على أن: " الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب".[1]

أولا: الطفل معلوم النسب

النسب هو أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة، ويرتبط به أفرادها برباط دائم من الصلة تقوم على أساس وحدة الدم أو الجزئية والبعضية فالولد جزء من أبيه والأب بعض من ولده لقوله تعــالى: (**وَهُوَ الذِي خَلَقَ مِنَ المَاءِ بَشَراً فَجَعَلَهُ نَسَباً وَصِهْراً وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرا**[2])

والطفل معلوم النسب هو الذي يكون كلا والديه أو أحدهما معلوما كالطفل الملاعن، إذ أن هناك حالات تتم فيها كفالة أطفال بالرغم من أن نسبهم معلوم إلا أنهم وضعوا لدى مصالح رعاية الطفولة لأسباب تختلف وتتعدد، من بينها سقوط السلطة الأبوية عن أوليائهم أو فقدان الأولياء في حادث ولا يعرف للطفل قريب يرعاه إلى غيرها من الأسباب.

وفي منهاج مسلم: معلوم النسب هي البنوة الشرعية ونسبة الولد لأبيه وأمه المترتبة على زواج صحيح أو زواج فاسد وليس فيه حد وبهذا يعتبر الولد بمقتضاه ابنا لوالده، وذلك إذا ولد أثناء قيام الزوجية بين أقل مدة الحمل وأكثره، وثبت التلاقي بين الزوجين ولم يكن

---

[1] أحكام اللقيط، - نهاية المحتاج (8445/5)، - الإنصاف (ج6، ص432).
[2] سورة الفرقان، الآية 54.

الزوج صغيرا لم يبلغ الحلم وبعبارة جامعة إذا توفرت شروط قربة الفراش، « الولد للفراش وللعاهر الحجر».[1]

ثانياً: الطفل مجهول النسب

إن الطفل مجهول النسب هو الذي لا يعرف له والد أو والدة حيث تضعه أمه سراً، ليخرج إلى المجتمع ليجد نفسه قد تم التخلي عنه إما في المستشفيات أو في أحد الشوارع أو الطرقات. وبناءً عليه فإن التخلي عن الطفل يتم بإحدى الصورتين:

1) الترك بصورة قانونية ـ شرعية-:

وتكون إما في المستشفيات حيث يتم استقبال الأمهات الحوامل من اجل الولادة، وما زاد الطين بلة ما جاءت به المادة 245 من قانون الصحة الصادر في 1975، بحيث يتم قبول الأم منذ الشهر السابع من الحمل مع إعداد تذكرة الدخول، والتي تحتوي معلومات تعرّف بهوية الأم وهذا في حالة ما إذا أرادت الأم أن تترك معلومات عنها من اجل التعرّف عليها مستقبلا، أما ما يطرح مشكلا هو الحالة التي تريد فيها نزيلة المستشفى أن تتقيد بسرية لأجل حفظ السر المتعلق بالحمل والولادة، وحينئذ يجب تلبية طلبها ولا محل لطلب أية وثيقة تعريف ولا لإجراء أي تحقيق بحيث تقيد المعلومات تحت الحرف (X) في ظرف سري، ويحفظ هذا الظرف تحت رعاية المساعدة الاجتماعية، ويسمى الطفل حينئذ الطفل المسعف والذي يتم تسجيله في سجلات الحالة المدنية للبلدية التي يوجد المستشفى في دائرتها استناداً إلى التصريح الذي تقدمه مصلحة الإسعاف العمومي وفقا لما نصت عليه المادة 30 من قانون الحالة المدنية.[2]

2) الترك بصورة غير شرعية:

---

[1] الأستاذ عبد القادر مدقن، شرح وجيز لقانون الأسرة ، ملخص من الفقه الإسلامي، ص50.
[2] عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ص121.

كفالة الطفل بين قانون الأسرة والفقه الإسلامي

ويسمى الطفل حينئذ باللقيط [1] كنية على التقاطه ولقد عرّفت المادة 246 من قانون الصحة اللقطاء أنهم: « أطفال الذين ولدوا من أب وأم غير معلومين والموجودين في مكان عمومي أو المحظور عليهم والمتروكين في مكان خطير أو حتى غير خطير» مثل ساحة المساجد أو محطات الحافلات، ويتعين حينئذ على كل شخص وجده أن يصرح بذلك إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه حسب المادة 67 ق.ج.م.

ويعد ضابط الحالة المدنية بعد تحرير محضر مفصل عن الالتقاط ظروفه وملابساته، عقدا منفصلا يكون بمثابة عقد ميلاد يذكر فيه جنس الطفل، كما يحدد فيه تاريخ ميلاد يطابق سنه الظاهر، وتعين البلدية التي وجد فيها مكانا لولادته، أضف إلى ذلك أنه يسجَّـل في هذا العقد الاسم واللقب المعطى لهذا الطفل من طرف ضابط الحالة المدنية، حيث يقوم هذا الأخير بإعطاء الطفل أسماء جزائرية، يتخذ آخرها كلقب عائلي.[2]

أما مجهول النسب في منهاج المسلم هو اللقيط وهو طفل يوجد منبوذ في مكان ما، لا يعرف له نسب ولا يدعيه أحد وإنه نفس محترمة يجب حفظها.[3]

أما في شروح الأحاديث:

فاللقيط هو من طرح صغيرا لأول ما يولد ويقال له لقيط إذا أخذ ومنبوذ ما دام مطروح.

---

[1] اللقيط: « مولود نبذه أهله وطرحوه فراراً من تهمة الزنا أو لغير ذلك، مضيعه آثم ومحرزه غانم والتقاطه فرض كفاية ».
[2] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص123.
[3] الأستاذ: عبد القادر مدقن، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ملخص للفقه الإسلامي، ص49.

وقيل هو طفل يوجد ملقي على الطريق لا يعرف أبواه.

في الفقه الحنفي:

المبسوط: اللقيط لغة: اسم لشيء موجود فعيل بمعنى مفعول كالقتيل والجريح بمعنى المقتول والمجروح.

وفي الشريعة اسم لحي مولود طرحه أهله خوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الزنا.

اللباب في شرح الكتاب: اللقيط لغة ما يلقط أي يرفع من الأرض وهو الملقوط والملقى، وأما في العرف فنقول: هو اسم للطفل المفقود وهو الطفل المأخوذ والمرفوع عادة فكانت تسميته لقيطا باسم العاقبة.

في الفقه المالكي: هو الصبي الصغير غير البالغ.

في الفقه الشافعي:

معني المحتاج: فعيل بمعنى مفعول كجريح وقتيل ويسمى ملقوطا باعتبار أن يلقط ومنبوذا باعتبار أنه ينبذ إذا ألقي في الطريق ونحوه ويسمى دعيا أيضا[1] . والأصل فيه قوله تعالى: **(وَتَعَاوَنُوا عَلَى البِرِّ وَالتَّقْوَى)**[2]، وقوله تعالى:**(وَافْعَلُوا الخَيْرَ)**[3]

فاللقيط هو صغير منبوذ في شارع أو مسجد أو نحو ذلك لا كافل له معلوم ولو مميزا لحاجته إلى التعهد، وإن أفهم التعبير بالمنبوذ اختصاصه بغير المميز فإن المنبوذ هو الذي ينبذ دون التمييز في الغالب إما لكونه من فاحشة خوفا من العار أو للعجز عن مؤنته.

في الفقه الحنبلي:

المعني: وهو الطفل المنبوذ واللقيط بمعنى الملقوط.

---

[1] أحكام اللقيط:- اللباب في شرح الكتاب (ج2، ص55)، المبسوط (ج6، ص146)، مفتي المحتاج (ج2، ص417).
[2] سورة المائدة، الآية 2.
[3] سورة الحج، الآية 77.

كفالة الطفل بين قانون الأسرة والفقه الإسلامي

التعريف المختار: هو طفل حديث الولادة نبذه أهله أو صغير ضائع، سواء كان ذكر أو أنثى.

كفالة الطفل بين قانون الأسرة والفقه الإسلامي

المطلب الثالث: الشروط الواجب توافرها في عقد الكفالة

إن اشتراط المشرع الرسمية في عقد الكفالة لم يكن للعدم، وإنما لتحقيق مصلحة كل من الكافل والمكفول، ونظرا لهذه الأهمية رتب المشرع آثاراً لتخلفها.

الفرع الأول: الرسمية في عقد الكفالة

الحكمة من الرسمية في عقد الكفالة هو منح الكافل السند القانوني الذي يخول له رعاية القاصر وإدارة شؤونه من جهة ومن جهة أخرى يعطي هذا المحرر للكفيل الحق في مواجهة مصالح رعاية الطفولة التي تتولى المراقبة المستمرة لوضعية الطفل من خلال الزيارات المتكررة لمنازل الكفلاء والتي تقوم بها المساعدة الاجتماعية.[1]

كما أن إبرام عقد الكفالة أمام المحكمة أو الموثق يجنب الطفل من أن يكون ضحية استغلال اقتصادي من جهة ولضمان توفير جو طبيعي وسليم للطفل، لأنه لا تسند كفالة القاصر إلى شخص إلا بعد التأكد من توافر جميع الشروط المنصوص عليها في المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري.

كما تظهر هذه الأهمية للرسمية في عقد الكفالة خاصة بالنسبة للطفل المكفول اللقيط، حيث يصبح هذا الأخير متمتعا بنفس الحقوق التي يتمتع بها الابن الشرعي في المجتمع كالحق في التعليم والحق في المنح الدراسية، كما تصبح لدى هذا الطفل المكفول وثائق كاملة لإثبات هويته ويحق للطفل متى تعرض لاستغلال من طرف الكافل، أو لم يوفر له الجو المناسب للعيش الطبيعي ، اللجوء إلى المصلحة التي كان موجودا بها قبل التكفل به لإطلاعه بالوضع الذي يعيش فيه.

---

[1] دليل الكفالة.

وحينها تقوم المصلحة بالتحقيق حول ذلك، ومتى تبين لها إهمال الكافل للطفل سواءاً جسديا أو خلقيا بإمكانها مقاضاتها بمقتضى عقد الكفالة وإرجاع الطفل إلى الحالة التي كان عليها سابقا بموجب عقد قضائي.

ولا ينتج عقد الكفالة آثاره إلا باستيفاء هذه الرسمية المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائرية.

الفرع الثاني: أثر تخلف الرسمية في عقد الكفالة

عقود الكفالة المبرمة أمام الجهات غير المختصة كالعقود المبرمة أمام الكاتب العمومي لا يعتد بها وتكون باطلة ولا تكون لها أي قيمة قانونية، لانعقادها خرج دائرة الاختصاص ومن ثم لا يترتب عليها الآثار القانونية المترتبة على العقد الرسمي سواءً بالنسبة للكافل أو المكفول وهذا هو الشأن بالنسبة للكفالة التي تتم بين الأقارب بدون وثيقة رسمية.

كفالة الطفل بين قانون الأسرة والفقه الإسلامي

المبحث الثاني: إجراءات الكفالة

تخضع الكفالة من حيث قيامها إلى إجراءات بموجب ما نصت عليه المادة 117 من القانون 09/05، فهي تقام بعقد رسمي أمام المحكمة أو أمام الموثق فإذا كان للطفل المكفول أولياء فلابد من قبولهم بالكفالة وإلا كان العقد باطلا.[1]

ويقصد بالإجراءات تلك الخطوات القانونية التي تتطلبها الكفالة حتى تتم وفق الطريق الذي رسمه المشرع لها.

هناك مرحلة تمهيدية تظهر من خلالها إرادة أباء الطفل محل الكفالة بالموافقة على أن يتكفل به شخص آخر، وتتم الكفالة في قالب شكلي أقره القانون أمام الموثق أو القاضي.

وفي حالة وضع الأم لهذا الطفل في مصالح إيواء الأطفال فإن الأمر يحتاج لموافقة مدير هذه المصلحة، بعد التخلي النهائي عن الابن من طرف أمه، وذلك بشهادة خطية من الأم تقرر هذا التنازل ويكون التخلي نهائيا بعد مرور فترة زمنية محدد بثلاث أشهر.[2]

وعلى المعني بكفالة طفل لقيط أو مجهول النسب إيداع ملف إلى مديرية النشاط الاجتماعي، ويضم هذا الملف الوثائق التالية:

طلب خطي: يرسل إلى مدير الصحة والرعاية الاجتماعية، وفيه نوع الجنس الذي يراد التكفل به، مصحوبا بالوثائق التالية:

شهادة ميلاد الزوجين الكفيلين، شهادة عقد الزواج، بطاقة عائلية، شهادة طبية تثبت سلامة الكفيلين، شهادة عقد العمل وكشف الراتب، جنسية الزوجين الكفيلين، سجل السوابق العدلية للكافل، وصل الأعباء أو عقد الملكية.

---

[1] الأستاذ: عبد الفتاح تقية، محاضرات في الأحوال الشخصية، ص264.
[2] معلومات من مديرية النشاط الاجتماعي لولاية تلمسان، ولاية سيدي بلعباس.

كفالة الطفل بين قانون الأسرة والفقه الإسلامي

المطلب الأول: العقود المبرمة أمام الموثق

إجراءات إبرام عقد الكفالة تختلف باختلاف الطفل محل عقد الكفالة من حيث إذا كان معلوم النسب أو مجهول النسب.

الفرع الأول: المكفول معلوم النسب

بعد إبداء والدي الطفل موافقتهما على تسليم ابنها إلى الشخص الراغب في التكفل به، لابد من التوجه إلى مكتب التوثيق لإفراغه في قالب رسمي مع تقديم ملف يتكون من الوثاق التالية:

1. **بالنسبة للعائلة الكافلة:** شهادة ميلاد، نسخة من عقد الزواج، نسخة من بطاقة التعريف لكلا الزوجين، شهادة كشف الراتب.
2. **بالنسبة لعائلة المكفول:** شهادة ميلاد الزوجين، نسخة من عقد الزواج، نسخة من بطاقة التعريف الوطنية لكلا الزوجين، بطاقة عائلية.
3. **بالنسبة للمكفول:** شهادة ميلاد.
4. **بالنسبة للشاهدين:** نسخة من بطاقة التعريف.[1]

وبعد إطلاع الموثق على الملف، والتأكد من توافر جميع الوثائق المطلوبة، يصرح أبوي الطفل بأنهما أسندا كفالة ابنهما إلى العائلة الراغبة في التكفل به ويتم بشاهدين، ويحرر الموثق العقد ويسلم نسخة منه للكافل[2].

---

[1] دليل الكفالة.

[2] مساعدة من أستاذ موثق.

أما في فقه السنة: التزام الكافل بوجه التبرع حسبة له صحبة معرفين أو ثلاثة شهود سواء كان القاصر لقيطا مجهول النسب أو معلوم النسب وتنازل عنه أبواه للكافل برضا منهما ولا ينسب للكافل ولا يسمى المكفول ابنـــاً ولا يسمى الكافل أبـــاً.

الفرع الثاني: المكفول مجهول النسب

بعد إيداع الراغب في كفالة الطفل الملف السالف إلى مديرية النشاط الاجتماعي، تشكل المصلحة لدراسة هذا الملف، وتتكون هذه المصلحة من: طبيب نفساني، ممثل الملاحظة في الوسط المفتوح، مساعدة النشاط الاجتماعي ، رئيس المصلحة، مديرية دار الحضانة، مدير مديرية النشاط الاجتماعي، رئيس جمعية الطفولة. وتقوم المساعدة الاجتماعية ببحث حول وضعية الأسرة الكافلة ثم تقرر اللجنة قبول ملف الأسرة أو رفضه.

فإذا قبل الملف يتوجه الكافل إلى الموثق للقيام بالإجراءات اللازمة مصحوبا بالوثائق التالية:

1. **بالنسبة للعائلة الكافلة:** شهادة ميلاد الزوجين، نسخة من عقد الزواج، نسخة من بطاقة التعريف لكلا الزوجين، شهادة تثبت أجرة الكافل.
2. **بالنسبة للمكفول:** شهادة الأصل عقد ميلاد القاصر، شهادة الوضع.
3. **بالنسبة للشاهدين:** نسخة من بطاقة التعريف، إقرار ولائي ممضي من طرف مديرية النشاط الاجتماعي.[1]

بعد ذلك يبرم الموثق العقد بحضور العائلة الكافلة والشاهدين والممثلة القانونية للوالي، وبعد إنشاء العقد يتجه الكافل إلى مديرية النشاط الاجتماعي مصحوبا بنسخة من العقد لاستلام الطفل.

[1] الأستاذ: عبد القادر مدقن، شرح وجيز لقانون الأسرة، ملخص من الفقه الإسلامي، ص48.

كفالة الطفل بين قانون الأسرة والفقه الإسلامي

أما في الفقه: نتطرق إلى مسألة الإشهاد على اللقيط

ينبغي للملتقط أن يشهد على التقاطه وأن يعلن عن ذلك بكل وسيلة ممكنة والسبب:

- أن يصل خبره إلى أهله إن كان قد ضاع منهم، لأن القصد حفظ النسب.
- الخوف من أن يسترقه لأن الأصل الحرية.
- استحقاق الإنفاق عليه من مال اللقيط، أو من بيت المال وعدم ضمانه بدون خلاف.

ولقد اختلف الفقهاء في حكم الإشهاد على اللقيط إلى قولين:

القول الأول: قول للحنابلة وهو عند الأكثر

وقول للمالكية: أنه مسنون ومستحب.

- في الروض المربع: ويسن الإشهاد عليه.

- في الإقناع: ويستحب للملتقط الإشهاد عليه وعلى ما معه.

- في شرح منتهى الإرادات: وكذا لقيط لمن وجده أن يشهد على وجدانه لئلا يسترقه.

- في الكافي في فقه ابن حنبل: وفي الإشهاد عليه وجهان: أحدهما: لا يجب كما لا يجب في اللقطة، والثاني يجب لأن القصد به حفظ النسب والحرية فوجب كالإشهاد في النكاح.

- في كفاية الأخيار: أن عليه أن يأتي باللقيط إلى الإمام ولو لم يكن حاكم فليشهد، فإذا أنفق بال إشهاد ضمن لتركه الاحتياط، وقيل: لا يضمن فإن أشهد لم يضمن على الأصح.[1]

وتقدم كلمة المالكية والحنابلة في القول بوجوب الإشهاد على اللقيط والذي يظهر والله أعلم، وهو القول الثاني القائل بالوجوب وذلك لحفظ النسب، ولخشية الاسترقاق، مع ضرورة الإعلان عنه حتى يسمع أهله به إن كان قد ضاع.

---

[1] أحكام اللقيط.

كفالة الطفل بين قانون الأسرة والفقه الإسلامي

المطلب الثاني: العقود المبرمة أمام الحاكم

إجراءات إبرام عقد الكفالة أمام القاضي تختلف باختلاف موطن الكافل، من حيث إذا كان مقيما في الجزائر أو في الخارج.

الفرع الأول: بالنسبة للكافل المقيم في الجزائر

فبعد الموافقة الأبوية أو موافقة المصلحة يتقدم الكافل المقيم في الجزائر إلى المحكمة مصحوبا بالملف التالي:

طلب خطي موجه إلى السيد رئيس المحكمة، شهادة ميلاد لكلا الزوجين، شهادة الجنسية للكافل، عقد الزواج، كشف الرواتب، شهادة عمل، شهادة ميلاد للطفل، شهادة وضع موقعة من طرف مديرية النشاط الاجتماعي.

وبعد التأكد من توافر جميع الوثائق، يبرم رئيس المحكمة العقد بحضور الشاهدين، ويسلم للكافل نسخة من العقد.

الفرع الثاني: بالنسبة للكافل المقيم في الخارج

أما إذا كان الكافل قاطنا في المهجر، فبعد حصوله على الموافقة من والدي الطفل إذا كان معلوم النسب، أو من مديرية النشاط الاجتماعي إذا كان الطفل مجهول النسب، عليه تقديم ملف لدى مصالح القنصلية يتضمن إضافة إلى الوثائق المذكورة سابقاً ما يلي:

بحث اجتماعي موقع قانونا من طرف مصالح القنصلية المختصة والمعنية، وصل الأعباء أو عقد الملكية، نسخة من بطاقات القنصلية. وعلى الأشخاص المقيمين في الخارج والراغبين في التكفل بطفل جزائري إبرام عقود الكفالة أمام المحكمة، وإذا أبرم العقد أمام الموثق فيجب أن يكون مختوما من طرف رئيس المحكمة لأن العقود التوثيقية لا يعتد بها في بعض البلدان الأجنبية، وبالتالي لا يتمكن المكفول من الاستفادة من بعض الحقوق.

كفالة الطفل بين قانون الأسرة والفقه الإسلامي

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على عقد الكفالة وطرق زوالها

بما أن الكفالة تعتبر عقد فإنه من البديهي أن تترتب عليه آثار وذلك خلال ممارستها، كما أنه من العقود الزمنية وعليه فإنها تتعرض للزوال متى توافرت الأسباب المؤدية إلى ذلك.

المبحث الأول: الآثار المترتبة على عقد الكفالة

للكفالة كنظام قانوني مجموعة من النتائج والآثار رغم أن العلاقة التي تجمع بين الكافل والمكفول لا ترقى إلى علاقة القرابة الشرعية التي تنشأ عنها عدة آثار، لأنه بموجب الكفالة يحل الكافل محل الأب الحقيقي لحماية القاصر، ولا يتحقق ذلك إلا بامتلاك الكافل السلطة الأبوية على المكفول.

المطلب الأول: الاحتفاظ بالنسب

إن ما يميز الكفالة عن التبني هو عدم ثبوت نسب المكفول من الكافل، حيث إن مفاد الكفالة هو احتفاظ الطفل المكفول بنسبه إذا كان معلوم النسب، أما إذا كان مجهول النسب فإنه وحسب نص المادة 120 ق.أ.ج تطبق عليه أحكام المادة 64 من قانون الحالة المدنية، حيث يحتفظ بنسبه الأصلي رغم أنه مجهول، ويسجل هذا المكفول في كل الوثائق حسب الاسم واللقب الذي منحه إياه ضابط الحالة المدنية، الأمر الذي يترتب عليه عدم أحقية المكفول في الميراث من العائلة الكفيلة لأنه أجنبي عنها حسب م126 و م128 ق.أ.ج.

وكذلك بالنسبة لمجهول النسب فمن ادعى نسبه من ذكر أو أنثى ألحق به متى كان وجوده ممكنا لما فيه من مصلحة اللقيط دون ضرر يلحق بغيره وحينئذ يثبت نسبه وإرثه لمدعيه فإن ادعاه أكثر من واحد فيكون نسبه لمن أقام البينة[1] على دعواه فإن لم يكن لهم بينة

---

[1] الأستاذ: عبدالقادر مدقن، شرح وجيز لقانون الأسرة، ملخص من الفقه الإسلامي، ص50.

أو أقامها كل واحد عرض على القافة الذين يعرفون الأنساب بالشبه ومتى حكم بنسبه قايف أخذ بحكمه. فعن عائشة رضي الله عنها قالت: دخل النبي صلى الله عليه وسلم مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال: "ألم تري أن مجزرا المدلجي نظر آنفا إلى زيد وأسامة وقد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض" رواه البخاري ومسلم.

في فقه السنة: فإنهم قالوا تماما بنفس نص المادة 120 ق.أ.ج، أما الحنفية قالوا لو تساوى جماعة في ولد وكان مشتركا بينهم ورث كل منهم كابن كامل ورثوه جميعا كأب واحد.

لكن الذي حدث أن صدور المرسوم رقم 92-24 المتعلق بتغيير اللقب والمرتبط بالكفالة قد مكّن من استلحاق المكفول بالكافل عن طريق الاسم، وهو ما سيتم معالجته فيما يلي:

<u>الفرع الأول:</u> محتوى المرسوم رقم 92- 24

لقد جاء هذا المرسوم ليتمم المرسوم رقم 71-157 بتغيير الشخص للقبه، ليضيف أحكاما يسمح بموجبها للأسرة الكفيلة منح لقبها للطفل المتكفل به شرط أن يكون هذا الطفل مجهول النسب بعد تقديم طلب بذلك حسب المادة 01/01 من المرسوم، وتضيف فقرتها الثانية أنه يجب إرفاق الطلب المقدم لوزير العدل بموافقةٍ لأم الطفل القاصر إذا كانت معلومة وعلى قيد الحياة.

ويتم تعديل هذا اللقب بموجب أمر من رئيس المحكمة، ويتم النطق به بناءاً على طلب من وكيل الجمهورية، بعد إخطاره من وزير العدل بطلب التغيير خلال (30) يوما الموالية لتاريخ الإخطار من وزير العدل حسب المادة 05 مكرر 02 من المرسوم[1].

ويترتب على أمر التغيير التسجيل والإشارة على هامش التسجيلات وعقود مستخرجات الحالة المدنية أن اللقب هو لطفل مكفول وفقاً للمادة 05 مكرر 01 من ذات المرسوم.

[1] المرسوم التنفيذي رقم 92- 24 المؤرخ في 08 رجب 1412 الموافق لـ 13 يناير 1992، يتم المرسوم رقم 71-157 المؤرخ في 03 جوان 1971 والمتعلق بتغيير اللقب.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للمرسوم رقم 92- 24

لقد أثار المرسوم جدلا واسعا بين المؤيدين والمعارضين له لأسباب وحجج قدمها كلاهما، يتعلق الإشكال بشأنها فيما إذا كان إعطاء اللقب للولد المكفول يؤدي إلى إلحاقه بنسب العائلة الكفيلة والتي منحته لقبها؟

بين حجج هذا وأدلة ذاك، فإن الحقيقة أن منح العائلة الكفيلة لقبها للطفل المكفول مجهول النسب مع الإشارة إلى الأمر في هامش العقود لا يعني بأي حال من الأحوال إلحاق هذا الطفل بنسب العائلة الكفيلة مادام لن ينشيء سببا للميراث، ومادام لن يحلل حراما ولن يحرم حلالا بحيث يمكن للمكفول مثلا الزواج بابنة الكافل، وبناءاً عليه فلا بأس من منح الطفل المكفول لقب العائلة الكفيلة دون إعطاء البنوة له خاصة وأن الألقاب الحديثة للعائلات كثيرا ما تتشابه، بحيث قد يجد الشخص نفسه حاملا للقب ما دون أن يعثر على رابطة بشخص آخر له نفس اللقب. وأما بخصوص نص المادة 120 ق.أ.ج. الذي هو نص خاص سابق ألغاه المرسوم 92-24 باعتبار نصوصه نصوص خاصة لاحقة تتعارض مع نص المادة 120 ق.أ.ج.

وننتهي مما سبق توضيحه إلى القول بضرورة إعطاء ومنح اسم الكافل للمكفول أي العمل بموجب المرسوم 92-24 لأنه لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية في كونه ليس تبنيا بل حمل لاسم الكافل دون الإلحاق بالنسب خاصة مع الإشارة بذلك في هامش عقود الحالة المدنية وبالتالي لا يثير مشكلة الحرمة والتوارث مادام لا توارث بين الكافل والعائلة الكفيلة، فلا بد من التشجيع على التبرعات للطفل المكفول.

الفرع الثالث: فتاوى الشيخ أحمد حماني

هل يجوز إطلاق لقب الأسرة الكافلة على الطفل المكفول دون إعطاء البنوة له ؟

إذا لم يكن هذا الانتساب سببا لاستحقاق ميراث لا يستحقه ولحرمة ما هو ليس بحرام عليه، كالزواج بابنة الكافل، أو إحدى محارمه فلا بأس أن ينتسب الطفل المكفول حينئذ إلى عائلة، والذي يحذر منه هو أن يقال (فلان ابن فلان) فإن هذه البنوة تعطيه حق الميراث، وتحرم غيره من العصبة، وتمنعه من الزواج بمحارم الكافل، فهذا هو الحرام الذي لا يجوز فعله.

فأما إذا كان النسب إلى (آل فلان) أو إلى لقب العائلة، فإن هذا لا ضير فيه. وأما الشعور النفسي بالمهانة فإنه شيء واقع وقد لا يمكن التوصل لمحو كل آثاره، فلنربّ هذا الصغير على الرضا بالانتساب إلى هذه العائلة والاكتفاء بذلك، وهو مكسب عظيم.

ودليل جواز انتساب المرء إلى غير أهله أن العرب كانوا يسمحون به حيث ينتسب إلى القبيلة من أهلها وإنما انتسب بالحلف والولاء أو الإسلام على يد أحد أبنائها، فهذا يدل على أن المحرم إنما هو الإعلان بالبنوة وترتيب آثار البنوة عليها من الميراث وتحريم الزواج، ... الخ.[1]

كما أن الإسلام قد أبطل التبني بنص من القرآن الكريم، وكان التبني الذي أبطله الإسلام هو أن ينتسب الولد لغير أبيه، بحيث يقال فيه (فلان ابن فلان)، كما أن يقال لزيد بن حارثة رضي الله عنه (زيد بن محمد) وكما أن يقال لسالم (سالم بن أبي حذيفة) فهذا حرام لا يصح ونزل فيه قوله تعالى: (**أدْعُوهُم لآبَائِهِم هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللهِ فَإن لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُم فإخْوانُكُم فِي الدِّينِ**) [2]

وكان التبني في الجاهلية يترتب عليه النسب إلى الأب المتبني أو للأم وكان يترتب عليه أيضا حق الإرث، والحرمة في النكاح، فأبطل الإسلام كل ذلك.

---

[1] فتاوى الشيخ أحمد حماني، استشارات شرعية ومباحث فقهية، الجزء الأول، منشورات قصر الكتاب، سنة 1993، ص506.

[2] سورة الأحزاب، الآية 5.

إذا انتفى كل ذلك في هذه الحالة المسؤول عنها بحيث لا يحمل في أوراقه اسم الأب ولا اسم الأم، ولا يحق له في الإرث كابن من الأبناء ولا يحرم التزاوج بينه وبين كافليه، فلا مانع عن أن يحمل لقبا شائعا في أفراد كثيرين، فإن الولاء في الإسلام كان يبيح للمولى أن ينتسب إلى مواليه، فيقال فلان هاشمي بالولاء، وفلان أموي بالولاء، ومن المعلوم أن ولاء اللقيط لمن قام بكفالته، كما جاء في الموطأ عن عمر بن الخطاب إذ قال لمن التقط منبوذا (خذه فعلينا نفقته وعليك ولاءه).

لذلك نقول: إذا كان هذا الولد لا ينتسب إلى أب في هذه العائلة ولا إلى أم، وإنما ينتسب إلى لقب عائلي شائع ولا يترتب على ذلك إرث ولا حرمة نكاح فليس في ذلك بأس، والله أعلم.

المطلب الثاني: الولاية القانونية للكافل على المكفول

فالكفالة تشبه علاقة القرابة رغم أنها لا تسمو إلى القرابة الشرعية، وهي بذلك تجعل من الكافل وليا للمكفول بموجب المادة 121 ق.أ.ج بنصها أنه: "تحول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي".

والولاية هي تدبير الكبير الراشد شؤون القاصر الشخصية والمالية، والقاصر من لم يستكمل أهلية الأداء سواء أكان فاقدا لها كغير المميز أم ناقصها كالمميِّز.

وعرفها الحنفية بأنها: تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى[1].

وتكـون هذه الولايــة على نفس المكفول من جهة وعلى أمواله من جهة أخرى كما سيتم توضيحه فيما يلي:

الفرع الأول: الولاية على النفس

إن حلول الكافل محل الأب حسب المادة 116 ق.أ.ج يتطلب وبدون شك تمكينه من كل الأساليب التي تجعله يمارس دور الأب بصفة تضمن له رعاية الطفل، وتجد الإشارة في هذا الإطار إلى دور زوجة الكافل في القيام بشؤون المكفول ورعايته، حيث تشترط الكفالة قبول زوجة الكافل ورضاها بالكفالة[2].

وعليه فإن صلاحيات الولي على النفس هي كالآتي:

---

[1] الدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص746.

[2] فريدة محمدي، من أجل توفير حماية أكبر للمكفول، مجلة الموثق، العدد 1999/08، ص93.

كفالة الطفل بين قانون الأسرة والفقه الإسلامي

أولا: النفقــة

نفقة الولد القاصر تجب على والده طبقا لنص المادة 75 ق.أ.ج إذ تنص أنه: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال وبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول".

أما بالنسبة للمكفول فنجد المادة 116 ق.أ.ج إذ تنص على الالتزام بالنفقة تكون على عاتق الكافل وذلك بنصها " الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ...".

وتتضمن النفقة الغذاء والكسوة والعلاج حسب المادة 78 من ق.أ.ج التي تنص على أنه: " تشمل النفقة الغذاء، الكسوة، العلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من ضروريات في العرف والعادة، ونفقة الطفل المكفول تبدأ من يوم التحاقه بالكافل وتنتهي بانتهاء الكفالة سواء بوفاة الكافل أو عجزه ماديا أو جسديا عن العمل وبالتالي عجزه عن النفقة على القاصر، أو برجوع المكفول إلى أسرته الأصلية ".

في أحكام اللقيط حق اللقيط على ملتقطه (أمران) يتمثل فيما يلي:

يجب عليه أن يقوم بحضانته وشؤون الحضانة تقتصر على العناية بصحته في نومه ولباسه وطعامه وشرابه وعلاجه ورد الأذى عنه، إضافة إلى العناية بشؤون نفسه في أخلاقه ودينه وحسن تأديبه وتوجيهه، ويختص الواجب من ذلك بالحد الأدنى الذي يحتاجه لرد المخاطر التي يعتد بها عن جسده ونفسه، سواءً قام الملتقط بها بنفسه، أو أوكلها إلى غيره ممن يؤمن عليه، من مدرسة أو غيرها من المؤسسات وذلك حتى يبلغ[1].

أما ماعدا ذلك مما يدخل في شؤون الولاية كالإنفاق عليه من ماله، وكحفظ أمواله واستثمارها، وشؤون معاملاته، ونحوها فإن المرجع فيها هو الحاكم الشرعي أو وكيله إن وجد وأمكنه التصدي، وإلا فعدول المؤمنين إذا لم يكن منهم.

---

[1] أحكام اللقيط.

وتنص المادة 334 من أحكام اللقيط: إذا تبرع متبرع بنفقة اللقيط أو أنفق عليه الحاكم من بيت المال بنفسه، أو كان موردا للحق الشرعي فأنفق عليه الحاكم بنفسه منه فذلك خير، وإلا فإن كان معه مال نقدي، أو متاع لا يحتاج إليه، كفراش أو غطاء زائدين، أو حلي أو نحو ذلك جاز له صرفه في نفقته بعد استئذان الحاكم الشـــرعي أو وكيله إن وجد و أمكن استئذانه، وإن لم يكن معه ما ينفقه عليه وجب أن ينفق عليه من مال نفسه.

المادة 335: إذا أنفق الملتقط عليه من مال نفسه جاز له الرجوع عليه بما أنفق بعد بلوغه ويساره إذا لم يكن للقيط مال ينفق منه عليه، ولا وجد متبرع أو حاكم ينفق عليه وكان قد نوى الرجوع عليه به، وإلا لم يجز له الرجوع عليه بما أنفق ولو كان موسراً.[1]

ويرى الإمام محمد أبوزهرة : أن نفقة المكفول اللقيط تكون من ماله إذا كان له مال ولكن ليس للملتقط أن ينفق منه على اللقيط إلا إذا أذن القاضي بذلك وإذا لم يكن للقيط مال، بأن لم يوجد معه عند التقاطه مال، أنفق عليه الملتقط من ماله الخاص، لأن الالتقاط أوجب عليه المحافظة على نفسه من الهلاك، ومن المحافظة على النفس من الهلاك الإنفاق، ولكنه ليس ملزم بالاستمرار على الإنفاق في المستقبل، فإذا أراد تجنب الإنفاق، طلب من القاضي أن يأمر له بالإنفاق من بيت مال المسلمين.[2]

أما بالنسبة للطفل معلوم النسب، فإن نفقته باتفاق المذاهب الأربعة تكون على عاتق الأب، أما إذا لم يوجد أو لم يكن قادرا على تحمل واجبات النفقة، فإن المذاهب الأربعة اختلفوا حول من ينتقل إليه الالتزام بالنفقة.

أما عن موقف المشرّع الجزائري فإن نص المادة 116 ق.أ.ج قد فرض على الكافل صراحة الالتزام بالنفقة اتجاه الطفل المكفول، سواءً كان هذا الأخير معلوم النسب أو مجهول النسب.

---

[1] المواد 334- 335 من أحكام اللقيط.

[2] الإمام محمد أبوزهرة، تنظيم الإسلام للمجتمع، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 131، 132.

ثانيا: المسؤولية المدنية والجنائية

يتحمل الكافل المسؤولية عن فعل غير مشروع قد يرتكبه ويسبب ضرر للغير، ومن جهة أخرى يمكن متابعة الكافل جنائيا متى عرّض القاصر المكفول لخطر مادي أو معنوي.

1. المسؤولية المدنية:

استنادا لنص المادة 134 من ق.م.ج ، فإن الكافل مسؤول مسؤولية مدنية عما يحدثه المكفول القاصر للغير بعمله الضار، إذ تنص المادة على أنه: "كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة، بسبب قصر أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله الضار ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز".

2. المسؤولية الجنائية:

يعتبر الكافل مسؤولا جنائيا متى عرض الطفل المكفول لخطر مادي، كالضرب والجرح، أو أي عمل من أعمال العنف أو التعدي، وما ينـــتج عن ذلك من أمراض أو عاهات مستديمة وهذا ما يستنبط من المواد 169-270-271 من قانون العقوبات الجزائري ، وحدد المشرّع الجزائري لهذه الأفعال الإجرامية عقوبات نصت عليها المواد 272-276-335 من نفس القانون.

كما يمكن متابعة الكافل جنائيا متى عرّض القاصر لخطر معنوي، كاستغلاله وتحريضه على القيام بتصرفات لا أخلاقية ، كالفسق أو الدعارة، أو متى ارتكب ضده فعلا مخلا بالحياء كهتك العرض استنادا إلى المواد 234-235-236 من قانون العقوبات الجزائري وقد حدد التشريع الجنائي عقوبات لهذه التصرفات اللاإنسانية تضمنتها المواد 337-342 من نفس القانون.

ثالثا: الزواج

إذا لم يكن للمكفولة من يشرف على زواجها في نطاق نص المادة 11 ق.أ.ج يمكن للقاضي أن يرخص للكافل أن يمارس سلطات الولي في الزواج، طالما أن القانون يشترط مجموعة من الشروط في هذا الكافل تؤهله حتى يكن وليا في زواج من كفلها.

ويرى محمد أبو الزهرة أن: « اللقيط مادام لم يثبت نسبه من أحد يكون في يد ملتقطه، ويكون له عليه ولاية الحفظ والصيانة والتربية فيكون له حقوق الولي على النفس ماعدا التزويج».[1]

رابعا: تربية وتأديب الطفل المكفول وتعليمه

إن من صلاحيات ولي النفس هي التأديب والتربية والتعليم والتثقيف في المدارس، وإذا كان المكفول أنثى وجب حمايتها وصيانتها ولا يجوز للولي تسليمها إلى من يعلمها صناعة أو حرفة تختلط فيها بالرجال، وكل هذا حتى ينمو الطفل المكفول نمواً أخلاقياً سليماً، وذلك وفقا لتعاليم الدين الإسلامي كما يمكن له ممارسة هذه الحقوق على القاصر المكفول شريطة أن لا يتجاوز حدود ما يسمح به القانون، ومتى تجاوز ذلك فإنه يتعرض إلى عقوبات جنائية أهمها سقوط السلطة الأبوية عنه وخروج المكفول عن كفالته.

وتنتهي الكفالة على النفس بزوال سببها أي ببلوغ سن الرشد بالنسبة للذكر، أما الأنثى فلا تنتهي الولاية النفسية عليها إلا بزواجها.[2]

الفرع الثاني: الولاية على المال

تنص المادة 122 من ق.أ.ج : « يدير الكافل أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث، والوصية، أو الهبة لصالح الولد المكفول ». بحيث يصبح الكافل وصيا على أموال المكفول و الحرص عليها.

---

[1] الإمام محمد أبو الزهرة، مرجع سابق، ص 202.

[2] الدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص746.

وإن الأجدر اعتبار الكافل وصي على أموال الطفل باعتبار أن التزامات الوصي إضافية على التزامات الولي إذ أنه ملزم بتقديم الحساب حسب المادة 97 من ذات القانون على أساس أن أموال المكفول أمانة يجب إدارتها على أحسن وجه.[1]

والولية على المال هي تدبير شؤون القاصر المالية من استثمار وتصرف وحفظ وإنفاق ...[2]

وإذا كان للولد القاصر مال كان للأب حق الولاية عليه حفظا واستثمارا، أما إذا كان الطفل مكفولا فعقد الكفالة يخول للكافل إدارة أموال المكفول لمصلحته إلى حين بلوغ هذا الأخير سن الرشد، حيث يصبح قادرا على إدارة أمواله بنفسه دون حاجة إلى ولي.

واستنادا لنص المادة 121 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: « تحول الكفالة الكافل الولاية القانونية ... » يتضح لنا أن المشرع قد منح للكافل ولاية مطلقة على مال القاصر وعليه يمكن للكافل أن يتصرف في أموال المكفول لكن وفقا لمعيار تصرف الرجل الحريص، للمحافظة على أمواله، ولا يجوز له مباشرة التصرفات الضارة ضررا محضا كهبة الشيء من مال المكفول أو البيع والشراء بغبن فاحش، وله مباشرة التصرفات المترددة بين النفع والضرر، كالبيع والشراء والاستئجار.

ويمنع على الكافل التصرف في بعض أموال القاصر إلا بعد استئذان القاضي وهذا ما نصت عليه المادة 88 الفقرة الثانية من قانون الأسرة الجزائري بنصها وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

« 1. بيع العقار، وقسمته ورهنه، وإجراء المصالحة،

2. بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة،

---

[1] إحالة إلى أحكام إدارة أموال الطفل في هذه الدراسة.

[2] الدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص746.

3. استثمار أموال القاصر بالإقراض أو لاقتراض أو المساهمة في شركة،

4. إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد».

وعلى القاضي أن يراعي في الإذن حالة الضرورة والمصلحة، وهذا ما نصت عليه المادة 89 من قانون الأسرة الجزائري بنصها على القاضي أن يراعي في الإذن: « حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني ».

ولا يحق للكافل الاستفادة من أموال المكفول، لأن تصرفه هذا يعد تصرفا في ملك الغير وتعديا على الحق المكتسب ولا يوجد أي نص قانوني يجيز للكافل الانتفاع من أموال مكفوله لكن استناداً لمبادئ الشريعة الإسلامية يجوز ذلك متى كان الكافل فقيرا ويشترط أن يكون في حدود الحاجة من غير إسراف استناداً لقوله تعالى:**(وَمَنْ كَانَ غَنِيّاً فَلْيَسْتَعْفِفْ، وَمَنْ كَانَ فَقِيراً فَلْيَأكُل بِالمَعْرُوفِ)**[1]

وطبقا لمبادئ الشريعة الإسلامية: إذا كان للقاصر مالا كان للأب الولاية على ماله حفظا واستثمارا باتفاق المذاهب الأربعة، ثم اختلفوا حول من تنقل إليه هذه الولاية بعد وفاة الأب.

أولا: المذهب الحنفي

تثبت هذه الولاية للأب ثم لوصيه، ثم للجد أبي الأب ثم لوصيه، ثم للقاضي فوصيه.

ثانيا: المالكية والحنابلة

تثبت هذه الولاية للأب ثم لوصيه، ثم للقاضي أو من يقيمه، ثم لجماعة المسلمين، إن لم يوجد قاضي.

---

[1] سورة النساء، الآية 6، المصحف الشريف.

ثالثا: الشافعية

تثبت هذه الولاية للأب ثم الجد، ثم لوصي الباقي منهما، ثم للقاضي أو من يقيمه، وبه يتبين أنهم خالفوا المذاهب الأخرى في تقديم الجد على وصي الأب، ولا تثبت الولاية على المال لغير هـــؤلاء كالأخ والعـــم والأم إلا بوصاية من قبل الأب أو القاضي.[1]

[1] الدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص749، 750.

المبحث الثاني: زوال الكفالــة

إن الكفالة لا تؤدي دائما إلى وجود صلة دائمة بين الكافل والمكفول، إذ أنها قابلة للانتهاء أو السقوط، وفي أي وقت، إذا توافرت الأسباب المؤدية إلى ذلك، فما هي إذن هذه الأسباب التي تحول دون دوام الكفالة؟

المطلب الأول: انتهــاء الكفالــة

بما أن الكفالة هي عقد تبرع فإنها لا تستمر، وإنما تزول بتوافر الأسباب المنصوص عليها قانونا.

الفرع الأول: بلوغ المكفول سن الرشد

تنقضي الكفالة إذا بلغ المكفول السن القانونية لنهاية الكفالة وهي تسعة عشرا سنة كاملة (19) إذا كان ذكرا، أو بالزواج إذا كانت أنثى، حيث يصبحان كاملي الأهلية وبالتالي يرجع لهما حق التصرف في شؤونهم قانونا.

وإذا بلغ المكفول سن الرشد وكان ناقص الأهلية أو عديم الأهلية لا يبقى تحت عهدة كافله، وإنما يعين له ولي أو وصي أو مقدم ليقوم بشؤونه ويتصرف نيابة عنه.

أما في الفقه فإن القاعدة العامة، أن كفالة الولد تنتهي بالبلوغ، لكن قد يحدث ما يدعو إلى مد أمد كفالته فتستمر عليه بالرغم من بلوغه من جهة استمرار كفالته، أو تجدد ولاية الضم عليه إلى من له الحق في ضمه، و لبيان حكم الولد بعد بلوغه من جهة استمرار كفالته، أو تجدد ولاية الضم عليه، نعرض فيما يلي أقوال المذاهب الفقهية.[1]

[1] الدكتور عبد الكريم زيدان، أسرة المسلم، الجزء10، مؤسسة الرسالة، ص105.

كفالة الطفل بين قانون الأسرة والفقه الإسلامي

1) المذهب الحنفي:

أ) من بلغ معتوها كان عند الأم سواء كان ابناً أو بنتاً، ويفهم من هذا القول أن كفالته تستمر عليه إذا بلغ معتوها.

ب) إذا بلغ الذكر عاقلا رشيدا مستقيما برأيه مأمونا على نفسه فله أن يبقى بالسكنى حيث أحب ولا ولاية لأحد عليه.

جـ) إذا بلغ عاقلا غير مأمون على نفسه فللأب ضمه إليه لدفع فتنة أو عار وتأديبه إذا وقع منه شيء، كما أن الجد له ولاية ضمه إليه بل وغيره من العصبيات كالأخ والعم.

2) المذهب الشافعي:

أ) إذا كان الولد ذكر وبلغ رشيدا لم يكن لأحد ولاية ضمه إليه فله أن يسكن حيث يشاء، لاستغنائه عمن يكفله، فلا يجبر على الإقامة عند أحد أبويه.

ب) إذا بلغ الذكر عاقلا غير رشيد فقال بعضهم: إنه كالصبي، ومعنى ذلك أنه يبقى عند كافله، وقال بعضهم: إن كان غير رشيد لعدم إصلاح حاله، فكذلك إن كان غير رشيد لدينه، فقيل: تدام كفالته إلى ارتفاع الحجر عنه والمذهب أنه يسكن حيث يشاء.

3) المذهب الحنبلي:

أ) إذا بلغ الولد ذكرا كان أو أنثى معتوها أو مجنونا فإنه يكون في كفالة أمه لحاجته إلى من يخدمه، لأنه صار كالصغير والنساء أعرف بخدمة الصغار وأقدر على ذلك من الرجال.

ب) إذا بلغ الولد الذكر عاقلا رشيدا فله الخيار في الإقامة عند من يشاء من أبويه وله الإنفراد بنفسه والسكنى بمفرده لاستغنائه عنهما ولكن يستحب أن لا ينفرد عنهما لئلا ينقطع برّه عنهما.

ج) إذا كان الولد أنثى وبلغت كانت عند الأب وجوبا ولو تبرعت الم بكفالتها وإسكانها معها، ومعنى ذلك أن كفالة الأب لها تمتد إلى ما بعد بلوغها لأنه أقدر على صيانتها وحفظها من أمها.[1]

4) المذهب المالكي:

وعندهم تستمر حضانة الأم للذكر إلى البلوغ وللأنثى حتى تتزوج ويدخل بها زوجها.

وللأب ولغيره من الأولياء تعهد الولد عند أمه ومعنى ذلك أن ولاية الحضانة تدخل فيها "الكفالة" وأن هذه الولاية تزول عند الذكر ببلوغه عاقلا وتزول عن الأنثى بزواجها ودخول الزوج بها.

الفرع الثاني: مطالبة الأبوين الشرعيين بإسترداد ابنهما المكفول

تنتهي الكفالة برجوع الابن المكفول إلى أبويه الشرعيين بناءاً على طلب منهما أو من أحدهما سواءً كان ذلك الرجوع بتدخل القاضي الذي لا يسلم الطفل إلا بعد إذنه متى كان هذا الأخير غير مميز، مع مراعاة مصلحته، أو بدون تدخله إذا كان الطفل المكفول مميزا يخيَّر في العودة إلى والديه حسب المادة 124 ق.أ.ج حيث يتعلق الأمر في هذا الانتهاء بالطفل المعلوم النسب.

وبمعنى آخر، إذا كان الطفل غير مميز يتدخل القاضي حيث لا يسمح لهذا الطفل التخيير بين من كفله وبين أبويه خاصة إذا اعترض الكافل على طلب الاسترداد وأصر الوالدان على عودة ابنهما إليهما، حيث تكون السلطة التقديرية للقاضي في هذه الحالة للفصل النهائي في هذا الخلاف مع مراعاة مصلحة المكفول، حيث لا يُمنح الإذن بالعودة مثلا متى كان الوالدان الشرعيان للطفل المكفول لا يملكان أي مصدر رزق يضمن للطفل العيش كريماً.

---

[1] الدكتور عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 106، 107، 108.

وفي هذا الإطار جاء في قرار عن المحكمة العليا أنه " من المقرر قانونا أنه إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يخيَّر الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز، وإذا لم يكن مميزا في حالة وفاة الأب تحل الأم محله قانونا.

وعليه فإن القضاء بإلغاء عقد الكفالة والتصريح بعودة المكفولين إلى أمهما بناءاً على رغبتهما ومراعاة لمصلحتهما هو قضاء صحيح.[1]

أما بالنسبة لمجهول النسب فقلما يحدث نزاع بشأن استرجاعه لأنه، وفي معظم الأوقات لا يطالب الأولياء الأصليون عودة أبنائهم وحتى في حالة تقدم الأم بطلب استرداد طفلها فإنه يقابل بالرفض لأنه سبق لها وأن عبرت عن تخليها عن طفلها يوم المجيء به لدى هذه المصالح هذا من جهة، ومن جهة أخرى تكون قد جاوزت المدة القانونية المحددة لإمكانية الاسترداد والتي تحددها هذه المصالح بثلاثة (03) أشهر على الأقل وستة أشهر على الأكثر من يوم وضع الطفل لدى هذه المصالح.[2]

الفرع الثالث: وفاة الكافل أو المكفول

تنتهي الكفالة بوفاة أحد طرفيها، وفي حالة وفاة الكافل تنتقل الكفالة إلى الورثة، وهو ما يسمى بالانتقال حسب نص المادة 125 من ق.أ.ج والتي تنص على أنه: " ... وفي حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بذلك وإلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية ". فطبقا لهذه المادة ينتقل أمر التكفل بالمكفول إلى ورثة الكافل، إذا كان المكفول لم يبلغ سن الرشد بعد.

---

[1] ملف رقم 184712 بتاريخ 1998/03/17، المجلة القضائية، العدد 1998/02، ص89.

[2] معلومات من مصلحة المساعدة الاجتماعية للطفولة بسيدي بلعباس.

ويرجع للورثة الحق في الموافقة أو الاعتراض على الكفالة وفي حالة قبول الورثة للكفالة، فلابد أن يؤخذ بعين الاعتبار توافر شروط الكافل فيهم.[1]

أما في حالة الرفض فيوضع الطفل وبأمر من القاضي لدى مصلحة الرعاية الاجتماعية للطفولة المختصة إقليميا بحيث ومهما يكن من أمر فإنه لا يمكن إجبار الورثة على الاستمرار في الكفالة لأنه واجب يؤدى بمحض الإرادة حتى يضمن حسن معاملة الطفل وتتحقق الكفالة بذلك هدفها.

الفرع الرابع: التخلي عن الكفالة

هو إظهار الكافل رغبته في خروج المكفول من ولايته إما إلى استحالة مادية بسبب فقد الكافل لمصدر رزقه، أو لاستحالة معنوية كإصابته بعاهة مستديمة تحول دون توفير الرعاية المطلوبة للقاصر.

على أن طلب التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة وبعلم النيابة العامة طبقا إلى المادة 125 ق.أ.ج التي تنص على أنه: " التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة، وأن يكون بعلم النيابة العامة ... "

وفي حالة فك الرابطة الزوجية بين الكافل وزوجته تعهد الكفالة إلى الكافل أو زوجته، ويرجع أمر تحديد ذلك إلى القاضي لأنه هو الذي يراعي مصلحة المكفول وفي حالة الرفض يلزم القاضي أحدهما بتولي الكفالة إن رأى أن في ذلك مصلحة للمكفول أو يسند أمر القاصر إلى مصلحة رعاية الطفولة.

[1] فريدة محمدي ، من أجل توفير حماية أكبر للمكفول، مجلة الموثق، ص95.

المطلب الثاني: سقوط الكفالــة

لقد سبقت الإشارة إلى أن الكافل يلتزم بالقيام بشؤون المكفول فيما ينفعه، أما إذا طرأ ما يمنع أو يحول دون تحققه على الأكمل، أو إذا أخل الكافل بالتزاماته أو فقد شرط من الشروط التي يطلبها القانون لإبرام عقد الكفالة سقطت عنه.

الفرع الأول: الحجر على الكافـل

تسقط الكفالة عن الكافل بالحجر عليه بسبب الجنون أو العته أو السفه وذلك حسب المادة 101 من ق.أ.ج التي تنص على أنه: " من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه ".

ومادام المحجور عليه قد منع من التصرف في ماله بموجب حكم قضائي فإنه يمنع عليه التصرف في مال غيره.

الفرع الثاني: عجز الكافـل

تسقط الكفالة بعجز الكافل، كإصابته بمرض عقلي، لأن غير العاقل يحتاج إلى رعاية فكيف يتولى شؤون غيره، وهذا ما نصت عليه المادة 81 ق.أ.ج " من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته، أو سفه ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون " أو كإصابته بعاهة مستديمة تحول دون القيام بشؤون الكافل.

الفرع الثالث: سقوط الولاية عن الكافـل

تحول الكفالة للكافل القيام بشؤون الطفل القاصر الذي في عهدته، وبالتالي تسقط بسقوط الولاية عنه بسبب من الأسباب الآتي ذكرها:

أولا: ارتكاب الكافل أفعال إجرامية، والحكم عليه بعقوبة سالبة للحرية مما يؤدي إلى سقوط السلطة الأبوية عنه.

ثانيا: اتصاف الكافل بسوء الأخلاق، مما يؤثر سلبا على الطفل الذي في ولايته كالإدمان على الخمر والمخدرات.

كفالة الطفل بين قانون الأسرة والفقه الإسلامي

الخاتمـــة:

ومما سبق بيانه ننتهي إلى القول بأن دراستنا لهذا البحث كانت دراسة موجزة تم فيها المقارنة لنظام الكفالة بين قانون الأسرة والفقه الإسلامي حيث حاولنا قدر المستطاع الإلمام بجميع النقاط الأساسية مبينين الدوافع والأسباب التي أدت الأخذ بهذا النظام كنظام بديل للتبني خاصة وان الإسلام قد أبطل التبني بنص من القرآن الكريم مصداقا لقوله تعالى: (**أدْعُوهُم لآبَائِهِم هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ الله فَإِن لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُم فإخْوانُكُم فِي الدِّينِ**)[1]

ولما كان التبني محرما شرعا وقانونا ونظراً للظروف القاسية التي تواجهها شريحة الطفولة فكان من الواجب معالجة هذا الأمر بنظام الكفالة، كنظام لا يؤثر في مسألة ثبوت النسب لأنها لا تنشئه ولا تكشفه كما أنها لا تنفعه، أضف إلى ذلك أنها إجراء يعمل على إدماج الطفل المحروم من بيئة عائلية لسبب أو لآخر، ومن ثم المجتمع خاصة إذا كان الوسط العائلي البديل محروما من الأطفال، وحينئذ يصبح لهذا الوسط الحق في الطفل بعدما كانت الكفالة حقا للطفل، رغم أنه لا يمكن محو كل آثار الشعور النفسي لدى الطفل، لأن هذا الشعور شيء واقع لا يمكن التوصل بأي حال من الأحوال إلى محو كل آثاره أو القضاء على أسبابه، لأن الحضارة المادية المسيطرة على العالم وخاصة مع تأثير العولمة أدت إلى إبراز قيم فردية تدعو إلى بعض الحريات التي لا تتفق مع الأخلاق الضامنة لكرامة الأسرة مثل التبني وسبب ذلك يرجع إلى التسيب الخلقي، فقدان القيم السامية وإغفال الأخلاق، مما أدى إلى مداهمة الآفات للمجتمع في لبنته الأساسية ألا وهي الأسرة لذلك وجب الانتباه في كل هذا إلى المبادئ الإسلامية التي تؤكد على إلزامية الأخلاق وتذكر بكرامة الإنسان وتدعو إلى التحكم في ميوله ورغباته.

فالكفالة بديل دون انحراف لمعالجة ما هو كائن وواقع، وإن كانت لا تعوض عن الأسرة الحقيقية وأحضانها الدافئة إلا أنها توفر الرعاية الاجتماعية بأوسع مدى، خاصة بالنسبة

---

[1] سورة الأحزاب، الآية 5.

كفالة الطفل بين قانون الأسرة والفقه الإسلامي

للقطاء كونهم في حاجة ماسة إلى الرعاية، ولقد تجسد ذلك خاصة بعد صدور المرسوم التنفيذي رقم 24/92 الذي خول للكافل حق منح لقبه العائلي للمكفول مجهول النسب، دون ترتيب آثار البنوة الشرعية، وذلك لضمان الاستقرار والتوازن في المجتمع هذا من جهة ومن جهة أخرى تجنيب فئة اللقطاء التأثيرات النفسية وجعلهم يتمتعون ببعض حقوق الأطفال معلومي النسب.

كفالة الطفل بين قانون الأسرة والفقه الإسلامي

الملحق رقم: 01

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة العمل والحماية الاجتماعية

والتكوين المهني

مديريــة النشــاط الاجتماعـــي

لولايــة تلمســان

تلمسان في:

استمارة خاصة بالتحقيق الاجتماعي النفسي التربوي للكفالة

من إعداد: الأخصائي النفساني التربوي

نقـدم فيما يلي نموذجا لدراسة الوضعيـة الاجتماعية والنفسية التربوية للعائلة الراغبة في الكفالة، مع الأخذ بعين الاعتبار كلّ التحفظات مع التأكيـد بأنّ هذا النموذج لا يعدو مجرد دليل يستعان به وهو بالطبع قابل للتعديل حسب الهدف المراد دراسته.

الملحق رقم: 02

المرسـوم التنفيـذي رقـم 92-24 المـؤرخ فـي 8 رجـب 1412 الموافـق لـ: 13 ينايــر 1992 يتمم المرسوم رقم 71-157 المؤرخ في 3 يونيو 1971 والمتعلق بتغيير اللقب.

يرسم ما يلي:

ـ المادة الأولى:

تعدل أحكـــام المرســـوم رقـــم 71-157 المـؤرخ في 10 ربيع الثاني عام 1391 الموافق لـ: 3 يونيو 1971، والمذكور أعلاه كما يلي:

المادة الأولى: يضاف المقطع 2 أدناه:

كما يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة، ولد قاصرا مجهول النسب من الأب، أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائدته، وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي وعندما تكون أم الولد القاصر معلومة وعلى قيد الحياة، فينبغي أن ترفق موافقتهما المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب.

المادة 5 مكرر1: يترتب على المرســوم المتضمـن تغيير اللقب، التسجيـل والإشــارة علــى الهامــش في سجلات وعقـود مستخرجـات عقـد الحالــة المدنية، ضمن الشروط والحالات التي ينص عليها القانون.

المادة 5 مكرر2: لا يكــون الطلــب محل النشـر المذكـور في المادة 3 أعلاه، عندما يقدم طلب تغيير اللقب في إطار المادة الأولى، المقطع الثاني أعلاه.

يعـدّل اللقــب بموجــب أمـر من رئيس المحكمــة، من رئيس المحكمــة، ويتــم النطـق به بنــاء على طلب من وكيل الجمهورية الذي يخطره وزير العدل بالطلب المذكور في المادة، المقطع 2 أعلاه.

يصدر الأمر في غضون الأيام الثلاثين (30) الموالية لتاريخ الإخطار من وزير العدل ويكون محل تسجيل وإشارة على الهامش على النحو المنصوص عليه في المادة 5 مكرر 1 أعلاه.

المراجع المعتمدة

أولا: المصحف الشريف

ثانيا:

1. الأستاذ: عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر.
2. الأستاذ: عبد الفتاح تقية، محاضرات في الأحوال الشخصية.
3. الأستاذ: عبد القادر مدقن، شرح وجيز لقانون الأسرة، ملخص من الفقه الإسلامي.
4. الإمام محمد أبو زهرة، تنظيم الإسلام للمجتمع، دار الفكر العربي، القاهرة.
5. الدكتور: إسحاق إبراهيم منصور، موجز في علم الإجرام والعقاب، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1992.
6. الدكتور: عبد الكريم زيدان، أسرة المسلم، الجزء10، مؤسسة الرسالة.
7. الدكتور: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، دار الفكر.
8. الشيخ أحمد حماني، استشارات شرعية ومباحث فقهية، الجزء الأول، منشورات قصر الكتاب، سنة 1993.
9. فريدة محمدي، من أجل توفير حماية أكبر للمكفول، مجلة الموثق، العدد 1999/08.

ثالثا: النصوص القانونية

1. قانون الأسرة الجزائري.
2. قانون الحالة المدنية الجزائري.
3. قانون العقوبات الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية.
4. القانون المدني الجزائري.
5. المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المؤرخ في 13 يناير 1992 المتعلق بتغيير اللقب.
6. المرسوم رقم 157/71 المؤرخ في 3جوان 1971 المتعلق بتغيير اللقب.
7. مشروع تعديل الدستور.

كفالة الطفل بين قانون الأسرة والفقه الإسلامي

الفهـــرس

مقدمـــة 06
الفصل الأول: التكييف القانوني والفقهي لنظام الكفالة 10
المبحث الأول: شروط الكفالة 10
المطلب الأول: الشروط الواجب توافرها في الكافل 10
الفرع الأول: شرط الإسلام 11
الفرع الثاني: شرط العقل 13
الفرع الثالث: شرط البلوغ 14
الفرع الرابع: شرط القدرة على الرعاية 15
المطلب الثاني: الشروط الواجب توافرها في المكفول 17
الفرع الأول: شرطا رضا الأبوين الأصليين للطفل بالكفالة 17
الفرع الثاني: عدم بلوغ المكفول سن الرشد 19
الفرع الثالث: نسب الطفل المكفـــول 20
المطلب الثالث: الشروط الواجب توافرها في عقد الكفالة 25
الفرع الأول: الرسمية في عقد الكفالة 25
الفرع الثاني: أثر تخلف الرسمية في عقد الكفالة 26
المبحث الثاني: إجراءات الكفالة 27
المطلب الأول: العقود المبرمة أمام الموثق 29
الفرع الأول: المكفول معلوم النسب 29
الفرع الثاني: المكفول مجهول النسب 30
المطلب الثاني: العقود المبرمة أمام المحاكم 33
الفرع الأول: بالنسبة للكافل المقيم في الجزائر 33
الفرع الثاني: بالنسبة للكافل المقيم في الخارج 33
الفصل الثاني: الآثار المترتبة على عقد الكفالة وطرق زوالها 35
المبحث الأول: الآثار المترتبة على عقد الكفالة 35
المطلب الأول: الاحتفاظ بالنسب 35
الفرع الأول: محتوى المرسوم رقم 92- 24 36
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للمرسوم رقم 92- 24 37
الفرع الثالث: فتاوى الشيخ أحمد حماني 38
المطلب الثاني: الولاية القانونية للكافل على المكفول 40
الفرع الأول: الولاية على النفس 40
الفرع الثاني: الولاية على المال 45
المبحث الثاني: زوال الكفالـــة 48
المطلب الأول: انتهـــاء الكفالـــة 48
الفرع الأول: بلوغ المكفول سن الرشد 48
الفرع الثاني: مطالبة الأبوين الشرعيين باسترداد ابنهما المكفول 50
الفرع الثالث: وفاة الكافل أو المكفول 51
الفرع الرابع: التخلي عن الكفالة 52

المطلب الثاني: سقوط الكفالــة 53
الفرع الأول: الحجر على الكافـل 53
الفرع الثاني: عجز الكافـل 53
الفرع الثالث: سقوط الولاية عن الكافـل 54
الخاتمة 55
الملحقات 57
المراجع المعتمدة 59