

Protecting children of unknown parentage through the sponsorship system In Islamic jurisprudence and Algerian legislation

Dr. Abdelmadjid Khelladi¹, Dr. Katiba Tobal²

¹ University of Algiers 1 Benyoucef Ben Khedda (Algeria), E-mail: abd.khelladi@univ-alger.dz

² University of Islamic Sciences Emir Abdelkader, Constantine (Algeria), E-mail: katiba.tobal@yahoo.com
Received: 07/2024, Published: 10/2024

Abstract:

This study comes to answer a problem related to the protection of child abusers within society, and to find practical and effective solutions to reduce the negative effects of the phenomenon, and to be more protective of the child whose lineage is unknown or abandoned. Since the practical reality has proven that the sponsorship system, despite its advantages, is plagued by some shortcomings and impurities that the legislator must remedy, this research paper came to answer questions about revealing the aspects of protecting vulnerable children in Islamic jurisprudence and Algerian legislation through the sponsorship system? And to what extent? The effectiveness of the legal sponsorship system, theoretically and practically, in providing legal protection for child abusers?

Keywords: children of unknown parentage, Islamic jurisprudence, Algerian legislation, system of sponsorship.

حماية الطفل مجهول النسب من خلال نظام الكفالة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
د. عبد المجيد خلادي¹، د. كتيبة طوبال²

¹ جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة (الجزائر)، البريد الإلكتروني: abd.khelladi@univ-alger.dz
² جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة (الجزائر)، البريد الإلكتروني: katiba.tobal@yahoo.com

المخلص:

تأتي هذه الدراسة لتجيب عن إشكالية تتعلق بحماية الطفولة المسعفة داخل المجتمع، وإيجاد حلول عملية ناجعة وفعالة للتقليل من الآثار السلبية للظاهرة، تكون أكثر حماية للطفل المجهول نسبا أو المتخلى عنه. وحيث أن الواقع العملي أثبت أن نظام الكفالة رغم مزاياه، تعثر به بعض النقائص والشوائب التي لا بد على المشرع من تداركها، فإن هذه الورقة البحثية جاءت لتجيب عن تساؤلات في الكشف عن وجوه حماية الطفولة المسعفة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري من خلال نظام الكفالة؟ وما مدى فعالية النظام القانوني للكفالة نظريا وعمليا في توفير الحماية القانونية للطفولة المسعفة؟

الكلمات المفتاحية: الطفل مجهول النسب، الفقه الإسلامي، التشريع الجزائري، نظام الكفالة.
مقدمة

تعتبر الطفولة من أهم أطوار الإنسان التي اهتمت بها الشريعة الإسلامية باعتباره ذاتا مكرمة يحمل قداسته وتكريمه الإلهي المخصوص، فاهتم الشارع الحكيم بالطفل وجعل له حقوقا تكفل له التنشئة السليمة والتربية الصالحة وتحفظه من المفاقد والمناكد، وكل هذا يبنى ضمن رابطة شرعية تقوم بين الرجل والمرأة وهي الزواج الصحيح الذي يضمن النسب الشرعي للطفل، وهو أول حقوقه الطبيعية وعلى أساسه تبنى الحقوق الأخرى التي تدفع عنه التشرد والضياع، والابتعاد عن هذا الإطار الطبيعي والشرعي لتكوين الأسرة بسبب الانحلال الخلفي ونقص الوازع الديني وعدم الوعي بأحكام الشرع والقانون، قد تتجر عنه الآثار التالية:

- طفل مجهول الأبوين من جهة الأب والأم.
- مجهول الأب وعلوم الأم، ولكن قامت بالتخلي عنه.
- يتامى أو عجز عن أبائهم عن رعايتهم.
- سقوط الولاية عن الأبوين لانحرافهم أو عدم القيام بواجباتهم.

لذلك وأمام تزايد هذه الحالات وخوفا على نشأتهم في الشوارع تحت وطأة التشرد والتسول وخوفا من أن يكونوا فريسة للاستغلال والعنف الجسدي والمعنوي والاتجار بهم ضمن شبكات منظمة، بدت ضرورة إحاطة هذه الفئة المسعفة بحماية خاصة لضمان سلامتها، ولهذا ظهرت الحاجة الملحة إلى البحث عن أنظمة فعالة تحقق تلك الحماية.

إشكالية البحث

أكثر الأنظمة فعالية عالميا هو نظام الكفالة الذي يسعى إلى تعويض الطفل بأسرة بديلة عن أسرته فكانت الشريعة الإسلامية سابقة في تأسيس نظام الكفالة والترغيب فيه، ثم سار المشرع الجزائري في نفس المنحى بتقرير ذلك في نصوص قانون الأسرة الجزائري في المواد 116-125 وصدور مراسيم بعدها تكملة لهذه النصوص، لكن تبقى مدى فعالية هذه النصوص وهذا النظام عمليا مرهون بصحة التطبيق العملي ووعي الأسرة الكافلة والمجتمع باليات هذا النظام، ومن هنا يمكننا صياغة الإشكالات الآتية:

ماهي أوجه حماية الطفولة المسعفة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري؟

وما مدى فعالية النظام القانوني للكفالة نظريا وعمليا في توفير الحماية القانونية للطفل المسعف كالمجهول نسبا والمتخلى عنهم؟ وينبثق عن هذا السؤال مجموعة من الأسئلة الجزئية أهمها:

- ما مفهوم الطفل مجهول النسب والطفولة المسعفة وما هي الفئات المنطوية تحته؟
- ما هو مفهوم الكفالة وأثارها في الفقه الإسلامي والنظام القانوني الذي تقوم عليه؟
- ما مدى كفاية النصوص القانونية لنظام الكفالة في توفير الحماية اللازمة للطفل المسعف؟

أهمية الموضوع:

- الموضوع يعمل على محاولة حل إشكالية الطفولة المسعفة داخل المجتمع بمحاولة إيجاد حلول عملية ناجعة وفعالة للتقليل من الآثار السلبية للظاهرة وإيجاد وضعية أكثر حماية للطفل.
- الواقع العملي أثبت أن نظام الكفالة رغم مزاياه، تعثره بعض النقائص والشوائب التي لا بد على المشرع من تداركها.
- التعسف المحتمل في استعمال حق الكفالة لأجل استغلال الطفل المكفول أو إجباره على ما يكره بسبب بعض الظروف التي يمكن أن يعيشها الكافل وما ينجم عنه من انتهاك حقوق الطفل المكفول يجعل البحث بحق محل اهتمام.
- تهدف الدراسة إلى استقراء مدى فاعلية الجهود المبذولة في ميدان التشريع القانوني والشرعي التي تولت نصوصه في التنظير والتطبيق لنظام الكفالة بهدف الحد من الآثار السلبية لظاهرة الطفولة المسعفة والسعي لتطوير نظام الكفالة تماثيا مع المتطلبات العملية.

منهج البحث

اعتمدنا في هذا البحث على المنهج التحليلي متوسلين في ذلك بكتب الفقه الإسلامي في معالجة موضوع الكفالة وأحكامها المتعلقة بها، وأيضا تحليل النصوص القانونية وبيان ملاءمتها للواقع في حماية الطفل المسعف وتحديد أبرز المعالجات القانونية لهذا النظام.

هيكل البحث وخطته:

وقد انتظم البحث في مقدمة وسبعة مباحث وخاتمة تضمنت أهم النتائج والمقترحات.

1. مفهوم الطفل مجهول النسب، الطفولة المسعفة:

الشائع في كتب الفقهاء قديما أن لهم عبارات مختلفة في الوصف الشرعي للطفل الذي لا نسب له، فنجد من ذلك قولهم "اللقيط". "المجهول"، "المنبوذ" وغير ذلك من الألفاظ، وهذه الإطلاقات لها مدلول شرعي تترتب عليها بعض الأحكام والآثار المتعلقة بها، ولكن لا تضيق العبارات الفقهية في توصيف الطفل الذي هو مجهول النسبة لأبيه، فذلك نحتاج إلى بيان معنى "الطفل"، وإلى معنى "مجهول النسب"، ومعنى "الطفل المسعف"، وكل ذلك في موارد الشرع حسبما تقتضيه قواعد التفسير والبيان.

1.1 مفهوم الطفل: لغة : ورد في ترتيب القاموس المحيط: الطفل: أي الصغير من كل شيء، أو المولود وولد كل وحشية، والجمع أطفال، والطفل: ذات الطفل من الإنس والوحش، وطفل الكلام: أي تدبره¹.

وشرعا: الطفل في مراد الشرع؛ هو ذلك الكائن الجنيني الذي تعلق في رحم أمه ابتداء وإلى غاية بلوغه انتهاء. وعلى هذا المفهوم يكون للجنين في رحم أمه اعتباران: باعتباره تبع لأمه يقر بقرارها، وينتقل بانتقالها. وباعتبار كونه نفس مستقلة له حرمة وحياته الخاصة فتتعلق به بعض الحقوق كحق النسب والميراث وغير ذلك.

يقول القرطبي في تفسيره عند قوله تعالى: "ثم نخرجكم طفلا ثم لتبلغوا أشدكم" [الحج: 5] : "الطفل يطلق وقت انفصال الولد حتى البلوغ"².

وجاء مفهوم الطفل في التشريع الجزائري بإطلاقات متعددة، مثل الطفل، والقاصر والحدث والمميز، والصبي، وغيرها من الألفاظ، ولقد تكلم المشرع في المادة 442 من قانون الإجراءات الجزائية عن مفهوم الطفل: بأنه: كل شخص لم يبلغ ثمانية عشر سنة، ومفهوم المادة يدل على أن الطفل قبل هذا السن يكون الطفل قاصرا، بمعنى أنه ليس محلا للأهلية. فذلك جعل المشرع في قانون الأسرة الجزائري مادة 7، أنه تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وهذا فيه تفسير للنص، مبالغة في تحقق الأهلية على وجه الكمال.

وورد تعريف الطفل في القانون الدولي في الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، كما تنص عليه مادته الأولى: الطفل: "كل إنسان لم يتجاوز سن ثمانية عشر سنة ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المطبق عليه"³.

2. 1 الطفل مجهول النسب: يعبر عنه في كتب الفقه بمعان متعددة فمنها: اللقيط والمنبوذ، والمطروح، والدعي وغير ذلك من الألفاظ.

فأما اللقيط عرفه الحنفية بأنه "اسم لحي مولود طرحه أهله خوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الريبة"⁴.

والشافعية قالوا: "اللقيط هو كل طفل ضائع لا كافل له"⁵. وعند المالكية: "صغير آدمي لم يعلم أبواه ولا رقه"⁶.

قال شراح خليل: (ووجب) (لقط طفل) أي صغير لا قدرة له على القيام بمصالح نفسه من نفقة وغذاء (نبذ) صفة لطفل أي طفل منبوذ وهو قاصر؛ لأنه يشعر بفصد النبذ فلا يشمل من ضل عن أهله فالأولى أن يقول بدله بمضيعة (كفاية) أي وجوب كفاية وقد عرف ابن عرفة اللقيط بقوله: صغير آدمي لم يعلم أبواه ولا رقه فخرج ولد الزانية، ومن علم رقه لقطة لا لقيط. وقوله فخرج ولد الزانية أي لأنه قد علم أحد أبويه وهو الأم فعليها القيام به⁷.

وأما تعريف **الطفل المسعف:** فإنه في اللغة مشتق من كلمة "إسعاف" وهو إغاثة ونجدة، وأسعف يسعف إسعافا أي عالج المريض بالدواء، ويبقى عنصر الإغاثة بمعنى إغاثة معنوية.⁽⁸⁾

واصطلاحا: وجدت عدة تعريفات لمصطلح الطفولة المسعفة حيث اختلفت التصنيفات حول هذا المصطلح وسوف تقتصر على تعريفين أساسيين أهمهما:

¹ ترتيب القاموس المحيط، الطاهر أحمد الزاوي، الدار العربية للكتاب، بيروت، ط3، 1980، 83/3

² أحكام القرآن، أبو عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، دار الكتب المصرية القاهرة، ط2، 1964، 12/12

³ <https://www.unicef.org/ar>

⁴ المبسوط، شمس الدين أبو بكر بن محمد السرخسي، دار المعرفة، بيروت، ط2، 1993م، 146/2.

⁵ نهاية المحتاج، أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، دار الفكر العربي بيروت، 44/5

⁶ الشرح الكبير، أحمد الدردير، دار الفكر، ط2، دت، 124/4

⁷ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، 124/4

⁸ - القاموس الاجتماعي المدرسي، محسن البليش، دار العلم للملايين، القاهرة، 1992، ص22

الطفل المسعف الذي فقد معنى العيش في ظل الأسرة لظروف مختلفة مثل الطلاق، الهجر، الوفاة...، ووضع في مؤسسة اجتماعية بقصد توفير الظروف المعيشية من مأكلاً وملبس ومأوى.⁽⁹⁾

فإن؛ الطفولة المسعفة تشمل الأطفال غير الشرعيين المولودين من المحارم أو الأزواج من غير زوجاتهم أو من الزوجات غير أزواجهن، أما اللقيط فهو ولد حديثاً وبنده ذووه خشية الفقر أو ستر العار، سواء كان مولود من سفاح أو من زواج لا يقره القانون الوضعي كالزواج العرفي ثم تضطر الودة الطفل إلى التخلص منه بإلقائه أو تركه في الطريق تفادياً للمشاكل أو ستر العار أو غير ذلك من الدوافع المختلفة، وفي بعض حالات الزواج يمكن أن يترك الطفل كحالة سجن الأب سجناً مؤبداً أو هجرة العائلة أو تركه بسبب الفقر المدقع حتى لا يتعطل زواجها من رجل آخر.⁽¹⁰⁾

ويلاحظ على هذا التعريفين أن مصطلح الطفولة المسعفة أنه ذلك الطفل الذي يحتاج إلى تكفل بترتيبه منذ لحظة ولادته أو لحظة تخلي والديه وأهله عنه سواء كانت فتاة أو صبي سواء كان ابناً غير شرعي كإبناء الزنا ومجهولي النسب أو أبناء شرعيين كمن تخلى عنه أهله لأسباب مادية أو قانونية⁽¹¹⁾.

قانوناً: تم تعريف الطفولة المسعفة حسب قانون الصحة العمومية في الجريدة الرسمية من الأمر رقم 79/76 في المادة 246.⁽¹²⁾ بأنهم الأطفال :

- المولودين من أب وأم مجهولين ووجد في مكان ما، وهو الولد اللقيط
- الذي لا أب ولا أم له ولا أصل يمكن الرجوع إليه وليس له أي وسيلة للمعيشة وهو اليتيم الفقير.
- الذي سقط من سلطة الوالدين بموجب تدبير قضائي وعهد بالوصاية إلى الإسعاف العمومي للطفولة.⁽¹³⁾

2. حقوق الطفل المسعف

لقد أقرت الشريعة الإسلامية حق الحياة للطفل المسعف، وخاصة مجهول النسب فأحاطته بجملة من الحقوق أهمها:

1. حق الحياة: فالطفل منذ تعلقه في بطن أمه له حق في الحياة باعتبار أصله وهي الأم التي حملته وهنا على وهن، وحقه في الحياة مستقر لمجرد تعلقه وتخلقه، فلا يجوز بحال من الأحوال الاعتداء عليه بالإجهاض أو الإسقاط أو تحت أي ذريعة أخرى كيفما كان الحال، إلا ما كان من قبيل الإضرار المفضي إلى الهلاك أو موت أمه، والقاعدة الفقهية قاضية بأن المحافظة على الأصل مقدم على الفرع.

ومن أحكام الجنين باعتباره ذاتاً لها حرمة النفس الكاملة فإن الشريعة رتبت له أحكاماً تتعلق بميراثه، فإذا طرح الجنين واستهل صارخاً فقد ثبتت حياته، ويرث ويورث، وكذلك إن أقام أياماً وإن لم يصرخ بذلك يقوم في باب العلم بحياته مقام الصراخ، وإن تحرك ثم مات ولم يصرخ لم تثبت حياته فلا يرث ولا يورث¹⁴. وبهذا أخذ المشرع في قانون الأسرة في المادة 134: لا يرث الحمل إلا إذا ولد حياً، ويعتبر حياً إذا استهل صارخاً أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة.

ولقد جرم المشرع الجزائري عمليات الإجهاض مهما كان عمر الجنين إلا بأمر طبي سواء كان هذا الجنين معلوم أو مجهول النسب، كما أقر عقوبات صارمة تصل إلى الإعدام على كل شخص يقتل طفل حديث الولادة طبقاً للمادتين 259 و261 من قانون العقوبات، إلا أن الأم سواء كانت فاعلة أصلية أو شريكة تعاقب بعقوبة السجن من عشر سنوات إلى عشرين سنة، كما ينص قانون تنظيم السجون في المادة 16 منه على أن النساء الحوامل أو المرضعات لطفل أقل من 24 شهر والمحكوم عليهن بالإعدام يستفدن من تأجيل مؤقت في التنفيذ.

كما اهتم المشرع الجزائري بحياة الطفل وعدم تعريضه للخطر حيث جاءت المادة 314 من قانون العقوبات وما يليها لتعاقب كل من يترك طفلاً أو يعرضه للخطر في مكان خال من الناس أو يحمل الغير على ذلك، وتختلف العقوبات المقررة على الفاعل بحسب العجز الذي لحق الطفل وباختلاف الفاعل من جهة أخرى وتصل العقوبة إلى الإعدام إذا تبين بعد وفاة الطفل أن الجاني قصد قتله.⁽¹⁵⁾

2.2. الحق في الجنسية

من المعروف أن مفهوم الدولة والحدود قد تطور إلى درجة صار الإنسان بسببه يشعر بالضيق دون جنسية أو هوية تسهل له البقاء والتفاعل مع المحيط، ولعل ذلك ما طرح مشكلة الطفل عديم الجنسية لأنه غير معلوم الوالدين وهو ما يجعل ضرورة حصول الطفل المسعف على جنسية الدولة التي التقط بها وهذا ما أقره قانون الجنسية الجزائري يعتمد في منح الجنسية الجزائرية الأصلية لرابطة الدم أي أن كل من ولد من أب جزائري أو أم جزائرية له الجنسية الجزائرية الأصلية، ونصت المادة 07 من قانون الجنسية على أن الكفل المولود في الجزائر من أبوين مجهولين جزائري الجنسية وكذا الولد المولود في الجزائر من أب مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاده دون معلومات عنها تثبت جنسيتها على اعتبار أن الأم إذا كانت جزائرية فإنه سيأخذ جنسيتها برابطة الدم.

9- علم نفس النمو والمراهقة، عبد السلام زهران حامد، القاهرة، عالم الكتب، 1998، ص279.

10- ظاهرة الطفولة المسعفة في الجزائر: الأسباب والعلاج لونيس علي، ثوابتي حنان، مقال، مجلة المعيار، مجلة تصدر عن كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، ع31، ص482.

11- الفئات المكونة للطفولة المسعفة: نص التشريع في التعريف القانوني للطفولة المسعفة على أنها ثلاث فئات : الأولى: الأطفال الموجهين من المستشفيات والذين ليس لهم علاقة تربطهم بعائلاتهم الطبيعية كالأطفال غير الشرعيين الذين تم إنجابهم خارج إطار الزواج الشرعي ويكونون مجهولي الوالدين أو يكونون مجهولي الأب وأم معروفة فيأخذوا اسم أمهاتهم. **الثانية:** الأطفال الموضوعين بأمر قضاء بسبب مشاكل أسرية أو معاناة عائلية لمدة مؤقتة وتتم إعادتهم إلى أسرهم بمجرد تحسن أمورهم. **الثالثة:** الأطفال المهملون والمعروفون أوليائهم، لكنهم يعرفون أنهم مهملون بقرار قضائي. انظر: التكفل المؤسساتي بالطفل المسعف، رحايلية محمد الأمين، مقال، مجلة المعيار، ع31، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، ص376-377.

12- الصادر بتاريخ 23 أكتوبر 1976 الذي يوضح الوضعية المادية للأطفال وأين يتم استقبالهم تحت وصاية الإسعاف العمومي.

13- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، الإسعاف العمومي للطفولة، ع101، ديسمبر 1976، الجزائر ص11-14.

14 - المعونة، للقاضي عبد الوهاب المالكي، 3/ 1654.

15- انظر: 317، 316، 315، 314 من قانون العقوبات الجزائري

وعليه فكل طفل ولد بالجزائر وهو مجهول النسب من أبويه تمنح له الجنسية الجزائرية، كما تمنح تلقائيا للطفل المولود من أبوين معلومين وثبتت لهما الجنسية الجزائرية.

2.3 الحق في الاسم وعقد الميلاد

إن تمتع الشخص بالشخصية القانونية يستوجب أن يكون له اسم، وقد تكفلت الشريعة الإسلامية وجميع الدساتير والقوانين الوطنية والدولية بالاعتراف به لكل إنسان أينما وجد وكانت الشريعة الإسلامية سباقة في اعتبار الاسم أحد جوانب الهوية ومكونات الشخصية فحضت في نصوصها على ضرورة تسمية الطفل والإحسان في ذلك منها قوله صلى الله عليه وسلم: "إنكم تدعون يوم القيامة بأسمائكم وأسماء آبائكم فأحسنوا أسمائكم"¹⁶.

وإن كان من السهل توفير اسم عائلي للطفل لمعلوم النسب فإن المشكلة تطرح بالنسبة لمجهولي النسب، وبالبحث في القانون الجزائري نجد أن المشرع أعطى للأطفال مجهولي الأبوين أو اللقطاء الحق في الاسم وفي عقد الميلاد حيث تماشيا مع أحكام المادة 28 من القانون المدني تنص المادة 64 من قانون الحالة المدنية الصادر بأمر 20/70 المؤرخ في 19 فيفري 1970 على أن ضابط الحالة نفسه الذي يعطي الأسماء للأطفال اللقطاء أو المولودين من أبوين مجهولين والذين لم يسب لهم أية أسماء، وتعين للطفل مجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي.

2. الحق في الكفالة:

لقد شجع المشرع الجزائري عملية كفالة الأطفال ورعايتهم داخل الأسر، وأما بقاءهم داخل المؤسسات المتخصصة فهو استثنائي فقط، والكفالة تكون للطفل مجهول النسب كما تكون كذلك لمعلوم النسب، فما مفهوم الكفالة وأحكامها في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

3.1 مفهوم الكفالة

اهتم المشرع الجزائري بهذه الفئة من خلال تبني نظام الكفالة، ولهذا سنتعرض لمفهوم الكفالة وتعريفها ومشروعيتها والحكمة من تشريعها. **الكفالة لغة:** الكافل والكفيل، الضامن والضمين وجمع الكفيل كفلاء وقد يقال للجميع كفيل، "وكفلها زكرياء" أي ضمها إياه حتى تكفل بحضانتها. ومن قرأ: "وكفلها زكرياء" فالمعنى ضمن القيام بأمرها كفيل وكافل ضمين وضامن.⁽¹⁷⁾ **شرعا:** عرفها الحنفية بأنها: "ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة"¹⁸. وعرفها المالكية فقالوا: لها عبارات يقال: الحملالة والكفالة والضمان والزعامة وكل ذلك بمعنى واحد وهي: "شغل ذمة أخرى بالحق"¹⁹، أو هي التزام دين لا يسقطه أو طلبه من هو عليه لمن هو له²⁰. قاله ابن عرفة.

أو هي: التزام على وجه التبرع بضم بالولد القاصر والقيام بنفقته وتربيته ورعايته.⁽²¹⁾

الكفالة قانونا: جاء في قانون الأسرة الجزائري في المادة 116: الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام لولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الابن بابنه وتتم بعقد شرعي.

من خلال التعريف الشرعي والقانوني نلاحظ أن الكفالة هي التزام يتعهد بموجبه الشخص الكافل على وجه التبرع برعاية وتربية القاصر والإنفاق عليه وتعليمه، وقد يكون الولد القاصر المكفول لمعلوم النسب أو مجهول النسب.

3.2 مشروعية الكفالة ودورها في حماية الطفل المسعف الكفالة مشروعيتها بالكتاب والسنة والإجماع:

فمن القرآن الكريم: قال تعالى: "وكفلها زكرياء." [آل عمران 37]. أي ضمها الله تعالى إليه وجعله كافلا لها وضامنا لمصالحها. **ومن السنة النبوية:** قول النبي صلى الله عليه وسلم: "أنا وكافل اليتيم كهاتين، وأشار بالسبابة والوسطى وفرج بينهما شيئا."²² و"أجمع الفقهاء على مشروعيتها الكفالة منذ عصر الصحابة إلى يومنا هذا."⁽²³⁾

وأما الغرض من تشريع الكفالة شرعا وقانونا فهو ما تحققه من مصالح شرعية فمن ذلك:

- درء أذى عن الطفل المسعف ومنعه من الضياع والتشرد

- القيام على رعاية الأطفال الذين لا يجدون أبا أو أما يرعاهم ويحفظهم كأطفال الحروب والمستشفيات والكوارث الطبيعية واليتامى. ماديا ومعنويا حيث يجدون العطف ويتشبعون بالحنان.

- الكفالة تعتبر البديل عن تحريم التبني الذي يعتبر مفسدة واختلاط للأنسب.

- حماية الطفل المكفول من الاستغلال والتسول والمتاجرة به ضمن شبكات الإجرام.

- الكفالة باب من أبواب الإحسان والتقرب إلى الله تعالى بالحسنات ففيها أجر عظيم من خلال رعاية الطفل المحروم ورفع البأس والفقر عنه.

- وقاية المجتمع من الأفات والمفاسد التي يمكن ان تنشأ عن الأطفال المشردين والأطفال مجهولي النسب.

3.3 الفرق بين الكفالة والتبني: هناك من يرى أن الطفل المسعف بحاجة إلى كثير من الرحمة الإنسانية والشفقة والعطف باعتباره ضعيفا لا عائلة له، لهذا كانت هناك ضرورة إلى تبنيه دون النظر إلى الآثار السلبية الأخرى التي يمكن أن تنجم عن هذا التبني، ومن هنا كان لزوم البحث يقتضي تعريف التبني، وذكر الفرق الفقهي بين الكفالة والتبني في المطلب الآتي:

1. تعريف التبني لغة: التبني من تبني تبنيًا ويقال تبنيًا تبنيًا اتخذه ابنا.⁽²⁴⁾

16 - أخرجه أبو داود في سننه، باب في تغيير الأسماء رقم: 4948.

17 - لسان العرب، ابن منظور، ج7، القاهرة، دار الحديث، 2003، 699.

18 - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، دط، دت، 2/4.

19 - الممهّد للقاضي أبي محمد عبد الوهاب، تحقيق عبد المجيد خلادي، دار أسفار لنشر نفيس الكتب والرسائل، الكويت، ط 2019

، 153 /2

20 - منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد عيش، دار الفكر، بيروت، دت، 6/197

21 - الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي دار الفكر، دمشق، ط1984، ج1، ص5، 161.

22 - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأدب، باب فضل من يعول يتيما، رقم: 6005

23 - الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، على محمد عبد الحافظ، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط1، 2008،

ص07.

واصطلاحاً: اختلفت تعريفات الفقهاء والقانونيين للتبني منها تعريف الدكتور صبحي نجم بأنه: "هو أن يتخذ الرجل له ولداً ليس من صلبه وعرفه أنه ليس ولده فينتسب هذا المتبني إلى من تبناه." (25)
كما عرفه الأستاذ سعيد فضيل أنه: "عملية إلحاق شخص بشخص معلوم النسب أو مجهول مع علمه يقيناً أنه ليس منه وهي علاقة بين بين الطرفين أحدهما وهو الشخص الكبير، امرأة أو رجل ويسمى المتبني، أما الخاضع لهذه العملية هو الطفل المتبني، والمتبني إما يكون معلوم النسب أو مجهول النسب كاللقيط." (26)
والملاحظ على التعريفات أنها مهما اختلفت من حيث الصياغة اللفظية إلا أنها في معظمها تلتقي حول معنى مشترك و اتخاذ ولد الغير ابناً ليقوم بشؤونيه وإلحاق نسبه به .

2. موقف الشريعة الإسلامية من التبني:

شدد الشارع الحكيم في تحريم التبني وأبطله بنص واضح الدلالة من القرآن الكريم والسنة النبوية ، ودليل ذلك قوله تعالى: "وما جعل أديانكم أبنائكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل، ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباهم فأخوانكم في الدين ومواليكم." (27)

وفي السنة: عن أبي ذر الغفاري رضي الله عنه أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول: "ليس من رجل ادعى لغير أبيه وهو يعلمه إلا كفر ومن ادعى قوماً ليس له فيهم فليتبوأ مقعده من النار." (28)

ومن أجل المحافظة على النسب أمر الشارع بإلحاق الولد بأبيه، وشدد النهي عن نفي النسب كذباً وزوراً، فقد قال عليه الصلاة والسلام: "أبما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه، احتجب الله منه، وفضحه به على رؤوس الخلائق بين الأولين والآخرين" (29). ونهى عليه الصلاة والسلام أن ينسب الولد لغير أبيه ومواليه، فقال صلى الله عليه وسلم: من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام" (30).

ومن أجل المحافظة على النسب حرمت الشريعة كل طريق يؤدي إلى فساده وضياعه، وحسنت أبواب الفساد لئلا تضيع الأنساب ويختلط النسل، فلا جرم إن كان اعتبار النسب وحفظه أحد مقاصد الشريعة الخمس الكبرى. وهو من الضروريات التي لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا معاً، وقد يكون حفظ النسب من قبيل الضروري في مراتب المقاصد.

ورعاية النسب والمحافظة عليه وازع فطري وجبلي، وهو أصرة من أوامر بقاء النوع البشري واستمراره، فالإنسان فطر على معرفة أبيه وجده وعموده، وبفطرته يكره النقيصة بالقدح في عرضه ونسبه، وكذلك يجب أن يكون موصول الذكر في النسب، بل يطلب غاية الطلب الحصول على ولد ذكر ينتسب إليه ويقوم مقامه. وقد قال الله تبارك وتعالى: "وهو الذي خلق من الماء بشراً فجعله نسباً وصهراً وكان ربك قديراً" [الفرقان: 54]، وحرّم الإسلام التبني وأبطله وأمر بإلحاق الولد بأبيه: "ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباهم فأخوانكم في الدين ومواليكم" [الأحزاب: 5]، وقوله عليه الصلاة والسلام: "الولد للفرش" (31).

3. موقف المشرع الجزائري من التبني:

ورد في المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري: "يمنع التبني شرعاً وقانوناً"، وتؤكد نصوص القانون ابتداءً من المادة 40 وإلى غاية المادة 45 على أن نسب الولد يلحق لأبيه لا لغيره متى توفرت أركان وشروط الزواج الشرعي. وإن؛ فالتشريع الجزائري وافق الشريعة الإسلامية في تحريم نظام التبني منعا من اختلاط الأنساب وتداخل الحقوق.

الفرق بينهما:

من خلال تعريف كل من الكفالة والتبني يتضح الفرق بين النظامين، فالكفالة هي الرعاية والحفظ دون الانتساب زوراً وبهتاناً إلى نسب شخص معين هو في الأصل ليس من صلبه، باعتبار أن النسب لا يثبت إلا بالزواج الصحيح، ومن ثم فإن الطفل ثمره هذه العلاقة الشرعية سينال هذه النعمة ، أما الطفل مجهول النسب فله الرعاية الاجتماعية والتربوية والمادية وهي ما تسمى بالكفالة والتي تعتبر كبديل عن التبني، والتي تعتبر من أعظم القربات في الشرع الإسلامي، على عكس التبني الذي يعتبر تزويراً للحقيقة وضياعاً للأنساب واختلاطها.

4 . أنواع الكفالة: من خلال استقراء مختلف المواد وقرارات المحكمة العليا يمكن التمييز بين نوعين من الكفالة : الكفالة دون تغيير اللقب، والكفالة مع تغيير اللقب.

3. 1. الكفالة دون تغيير اللقب

تنص المادة 119 من قانون الأسرة الجزائري على أن الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب، ومنه فكفالة الطفل القاصر لا تقتصر فقط على اللقيط ومجهول النسب فقد تكون لمعلوم النسب الذي تخلت عنه عائلته لأي ظرف قهراً أو طواعية.

فمعلوم النسب حسب المادة 120 من نفس القانون يبقى يحتفظ بنسبه الأصلي، أما مجهول النسب فتطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية، فقد جرت العادة وفقاً لهذه المادة أن يعطى الطفل مجهول النسب اسماً، ويعمل له شهادة ميلاد ويكون اسم مجهول النسب عبارة عن مجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي، فلا يجوز في القانون لأي شخص أن يبقى دون بدون لقب أو اسم يحدد هويته ويميزه عن بقية الناس، فحمل اسم شخصي في الجزائر يعتبر من النظام العام. (32)

24 - المعجم الوسيط مجموعة من المؤلفين، مجمع اللغة العربية، المكتبة الإسلامية، اسطنبول، تركيا، ج2، ص72.

25 - محاضرات في قانون الأسرة الجزائري، سلسلة دروس العلوم القانونية، جامعة عنابة، ص55.

26 - شرح قانون الأسرة الجزائري، فضيل سعد، المكتبة الوطنية للكتاب، الجزائر، ج1، ص224.

27 - الأحزاب، الآية 04-05

28 - رواه البخاري، كتاب المناقب، رقم 3508،

29 سنن البيهقي، كتاب اللعان، باب التشديد في إدخال المرأة على قوم من ليس منهم وفي نفي الرجل ولده، رقم14851.

الحاكم، المستدرك على الصحيحين، كتاب الطلاق، 2814، وقال الذهبي في التلخيص: على شرط مسلم.

30 - البخاري في صحيحه، كتاب الفرائض، باب من ادعى إلى غير أبيه، رقم: 6766

31 البخاري في صحيحه، كتاب الفرائض، باب الولد للفرش، حرة كانت أو أمة، رقم: 6749.

32 - الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، سعد عبد العزيز المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص100

ويمكن لمجهول النسب اختيار اسم ، والملاحظ أن كثير من البلديات لا تسجل سجلاتها ميلاد الأطفال مجهولي النسب ومجهولي الوالدين وتكتفي بتسجيلهم في سجلات مصلحة الطفولة المسعفة، بقرار إداري وهو ما يتنافى مع أحكام قانون المدنية الذي أوجب تسجيل كل المواليد دون استثناء في الحالة المدنية⁽³³⁾

فحين يقوم شخص بكفالة من هذا النوع للطفل المسعف فإنه يبقى محتفظ بالاسم الذي قام ضابط الحالة المدنية بتحريره في المحضر حين التقاطه، والذي يحتوي على معلومات حول تاريخ ومكان العثور على اللقب وجنسه وعمره الظاهر وكل العلامات التي تساعد على معرفته. ومن آثار هذا النوع من الكفالة أنها تحول للكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي حسب ما قررتها المادة 121 من قانون الأسرة، وتبعاً لذلك فالكفالة تعطي للكافل جميع السلطات التي يتمتع بها الأبوان على الطفل فيعد في مرتبة أبيه، وعلى ذلك تكون الولاية على النفس والمال معاً.⁽³⁴⁾

لكن حماية لهذا الطفل المسعف خاصة إذا كانت بنتاً، كان الأولى لو جعل الشرع الولاية على النفس خاصة (الولاية على المال ، وولاية الزواج)، من حق القاضي دون الكافل ، حتى تضمن أكبر رعاية وحرص لهذا الطفل المسعف.

4. 2. كفالة مع تغيير اللقب

الطفل مجهول النسب كغيره من الأشخاص له الحق في اسم يحدد هويته وشخصيته، وهذا لا يتنافى مع أحكام الشريعة ، ولا بد من التفريق بين الاسم والنسب، فإن كان له الأول فإن نسبه يبقى مجهولاً ما لم يظهر، فإذا ظهر من يقر بنسبه فهنا يزول عنه وصف اللقب وما عليه إلا بتصحيح وضعه واستخراج شهادة ميلاد يكتب له فيها اسم الأب والأم، ولحين تحقق هذا الأمر يبقى الطفل المسعف دون نسب ولعل هذا الأمر ما يخلق صعوبات لتكيف الطفل في المجتمع لأن جهل الهوية مشكل عويص ، أراد المشرع أن يجعل له بعض الحلول وذلك بإصدار مرسوم صدر في 13 جانفي 1992 يجيز فيه الكفالة مع تغيير اللقب للمكفول، حيث تنص المادة الأولى من هذا المرسوم⁽³⁵⁾، على أنه: " يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانوناً في إطار الكفالة ولداً قاصراً مجهول النسب من الأب يطلب 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 موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب.

ثم جاءت المادة الخامسة لترتب تغيير اللقب والتسجيل والإشارة على الهامش عقود ومستخرجات عقد الحالة المدنية ضمن الشروط والحالات التي ينص عليها القانون وطبقاً لهذا المرسوم فكل طفل لقيط يمكن أن يحمل لقب الكافل ويستطيع أن يسجله بنفسه في السجلات الرسمية مع الإشارة في الهامش بكونه طفل مكفول.

وقد أثار هذا المرسوم ضجة كبيرة حين صدوره حتى عند أهل القانون، نظراً لأن رئيس الحكومة هو من أصدر هذا المرسوم باعتبار أن ما أصدره قانوناً وهذا ليس من صلاحياته، بل من صلاحيات المجلس الشعبي الوطني وفقاً للمادة 115 في فقرتها الثانية والتي تقرر: " يشرع المجلس الشعبي الوطني في المجالات التي خولها إياه الدستور ويدخل في مجالات القانون ما يأتي: " القاعدة العامة المتعلقة بقانون الأحوال الشخصية وحق الأسرة لاسيما الزواج والطلاق والبنوة والأهلية والتركات."، وبالتالي فما أصدره رئيس الحكومة غير مشروع باعتبار المرسوم في درجة في درجة أدنى من القانون.⁽³⁶⁾

ثم إن هذا المرسوم يتطلب وضع إشارة مكفول على الهامش في السجلات الرسمية وفقاً لنص المادة الخامسة ولكن هذا الهامش قد يزول ببساطة ولاي سبب سواء عن طريق التزوير أو السهو أو النسيان، الذي قد يكون من المكلفين باستخراج مثل هذه الوثائق بسبب جهل العواقب الوخيمة التي يسببها مثل هذا الإجراء.

5. آثار عقد الكفالة : هناك عدة آثار تنتج عن الكفالة وهي نوعين :

5. 1. النوع الأول : ما يستحقه المكفول من الحقوق

1- الحق في الرعاية: من الحقوق الشرعية للطفل المكفول؛ حقه في الرعاية والتأديب وتنشئته على الكمال والخلق الصالح، ولأن التربية نموذج لصلاح الفرد والمجتمع، فإن الفقهاء اهتموا بهذه الجوانب من الناحية العملية لأن لها آثاراً على الطفل وتمتد معه في سائر أطوار عمره.

وأهم تلك الحقوق الواجبة؛ حق التربية والتأديب، ونعني بذلك أن يكون لهذا الطفل المكفول مرب يتولى تأديبه وتخليقه على الوجه الأفضل. حتى أن ابن منظور يقول في معنى الرباني: هو الموصوف بعلم الرب، وقال ابن الأعرابي: الرباني العالم المعلم الذي يغذي الناس الصغار بالعلم قبل كبارها³⁷. والتربية كما يقول الأستاذ حسنين مخلوف مفتي الديار المصرية: "هي تبليغ الشيء إلى كماله بحسب استعداده شيئاً فشيئاً"³⁸. وأول أمور الرعاية، أن يتربى هذا الطفل المكفول على دين الفطرة وهو الإسلام، فلذلك قال عليه الصلاة والسلام: "كل مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه أو يمجسانه أو ينصرانه، كما تنتج البهيمة بهيمة جمعاء هل تحسون فيها من جدعاء"³⁹. قال الباجي: "والفطرة في كلام العرب الخلق يقال فطر الله الخلق بمعنى خلقهم وهو في الشرع الحالة التي خلقوا عليها من الإيمان والمعرفة والإقرار بالربوبية، فمعنى هذا الحديث أن كل مولود يولد على الفطرة التي خلق عليها من الإيمان. روى ابن وضاح عن سحنون أن تفسيره قوله تعالى "وإذ أخذ ربك من بني آدم من ظهورهم ذريتهم وأشهدهم على أنفسهم ألست بربكم قالوا بلى" [الأعراف: 172] قال أبو القاسم الجوهري، وقد قيل على فطرة أبيه"⁴⁰. والكفيل أو الوصي ومن يتولى شؤون هذا الطفل مطالب بحفظ دينه وعقيدته لأنه كالفقير مقام وليه.

33 - الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، بن عبيدة عبد الحفيظ، دار هومة، الجزائر، ط2، 2005، ص28.

34 - المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، آت ملويا لحسين بن شيخ دار هومة، 2005، ج1، ص 617.

35 - المرسوم التنفيذي 24/92 مؤرخ في 13 يناير 1992 المتمم للمرسوم 157/71 المؤرخ في 03 يونيو 1971 المتعلق بتغيير اللقب.

36 - حماية الطفل للقب، قاشي علال، مجلة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، ع23، ماي 2007، ص138.

37 لسان العرب، أبو الفضل بن منظور، مادة "ر ب ب".

38 صفوة البيان لمعاني لقرآن، حسنين محمد مخلوف، 1/ 12.

39 أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجنائز، باب إذا أسلم الصبي، رقم 1358.

40 المنتقى شرح الموطأ، سليمان بن خلف الباجي، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1332، ص2/ 33

والواجب على الكفيل تعليم الطفل المكفول وتأديبه، وأن يعرفه ما يصلح به معاشه، ليكون نتاجاً صالحاً دون أن يشعر هذا المكفول بنقصه في ذلك عن بقية أقرانه الآخرين، ودليل ذلك عموم النصوص الشرعية في وجوب التعلم والحرص عليه. قال النووي في المجموع: "قال الشافعي والأصحاب رحمهم الله: على الآباء والأمهات تعليم أولادهم الصغار ما سبتعين عليهم بعد البلوغ فيعلمه الولي الطهارة والصلاة والصوم ونحوها، ويعرفه تحريم الزنا واللواط والسرقة وشرب المسكر والكذب والغيبة وشبهها: ويعرفه أن بالبلوغ يدخل في التكليف ويعرفه ما يبلغ به: وقيل هذا التعليم مستحب والصحيح وجوبه وهو ظاهر نصه، وكما يجب عليه النظر في ماله وهذا أولى وإنما المستحب ما زاد على هذا من تعليم القرآن وفقه وأدب، ويعرفه ما يصلح به معاشه. ودليل وجوب تعليم الولد الصغير والمملوك قول الله عز وجل "يا أيها الذين آمنوا قوا أنفسكم وأهليكم نارا" [التحريم: 6]⁴¹، وظاهر أن الكفيل في موضع الرعاية والتربية لا يخرج عن حكم الولي في ذلك، ولأن ولايته عليه ولاية نظر وتبدير. ووجه الاستدلال في ذلك أيضاً أنه يجب على الدولة توفير كل ما يلزم لتعليمه، ووضع المناهج التعليمية الشرعية والمشروعة بما يحفظ الكليات الست: الدين، والنفس، والمال، والعقل، والعرض، والجماعة. ويحمي البلاد من التجهيل والتخلف والاستعمار الفكري والعقائد المنحرفة والتميع والانحلال. وعلّة ذلك أن ترك الطفل بلا تعليم مفسدة لا مصلحة، والمفسدة مدفوعة. ولا يتم إلا بتوجيه الأب، وتيسير الدولة لذلك فوجب؛ ولأن نظر الوالد لولده والدولة لمواطنيها مبني على نظر المصلحة الراجحة. ولا مصلحة في إهمال تعليمه ما ينفعه في دينه ودينه، بل هو مفسدة منكّرة؛ فوجب دفعها⁴². وكل هذا يتحمّله الكافل لمن هو في كفالته وتحت مسؤوليته من باب أولى.

ومن الناحية التشريعية؛ فإنه يترتب عن الكفالة رعاية الطفل المكفول في جميع شؤونه والقيام بأمره وحسن تربيته وتعليمه ولا فرق بينه وبين غيره من الأطفال الذين يتربون في كنف الأبوين الأصليين، كما يترتب عن الكفالة أيضاً الولاية القانونية عليه، وهو ما نصت عليه المادة 121 من قانون الأسرة الجزائري: "تحول الكفالة الكفال الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي."

2- الحق في الوصية والهبة والهدية

يتمتع الطفل المكفول بكثيره من الأشخاص بحقوق مادية كحقه في مال غيره لمن له عليه ولاية أو كفالة أو وصية، ونعني هنا حقه في مال كافلة إذا وهب له أو وصى له ونحو ذلك من التصرفات، لأن ذلك كله من قبيل عمل الخير والتعاون على البر والإحسان.

إذن؛ فالهبة باعتبارها تمليك من له التبرع ذاتاً، وتنقل شرعاً بلا عوض لأهل. ومعلوم أن الطفل المكفول هو أهل ومحل للهبة والصدقة والوصية والإبراء وسائر التبرعات. قال ابن شاس في عقد الجواهر: الواهب؛ وهو كل من له أهلية التبرع، فلا هبة لمحجور، وتصح هبة المريض من ثلثه، إذ لا حجر عليه فيه⁴³.

فمن شرط الهبة أنها تلزم بالقول وتفقر إلى حيازة، والذي ذهب إليه مالك - رَجَمَهُ اللهُ - وجميع أصحابه أنها تلزم بالقول وتجب به وتفقر إلى الحيازة فيحكم على الواهب أو المتصدق بدفعها ما لم يمرض أو يفلس - خلافاً للشافعي وأبي حنيفة في قولهما إن الهبة والصدقة لا يلزمان بالقول ولا يجبان إلا بالقبض، وأن للواهب أو المتصدق الرجوع فيها ما لم تقبض منه وتحز عنه⁴⁴.

وأما شرط الهبة فهو الحوز، فقد قال ابن أبي زيد في الرسالة: "ولا تتم هبة ولا صدقة ولا حبس إلا بحوز". قال ابن ناجي: "ويلحق بما قال الشيخ من قوله: ولا تتم هبة ولا صدقة ولا حبس إلى آخره القرض والعارية، قاله في المدونة وغيرها، وأما الكفالة فالمشهور أنها لا تحتاج إلى حيازة، وما ذكر في الهبة منفق عليه، وما ذكر في الصدقة والحبس هو المشهور⁴⁵.

وإنما كان شرط الحوز في الهبة لما روى ابن وهب: أن أبا بكر وعمر وعثمان وابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم قالوا: لا تجوز صدقة ولا عطية إلا بحوز قبض، إلا الصغير من ولد المتصدق فإن أباه يحوز له. وإنما الحوز شرط في التمام والاستقرار، لا في الصحة واللزوم إذا ثبتا بوجود السبب. وكذلك يجبر الواهب عليه ويحصل من غير تحويزه، بل لا يعتبر علمه به، فضلاً عن إذنه فيه، ولو علم لم يشترط رضاه، لأنه لو منعه قضي عليه به وكذلك لو قهره عليه لصح له بذلك، نعم يشترط حصول الحوز مقارناً لصحة جسمه وعقله وقيامه وجهه⁴⁶.

ويمكننا أن نخرج على هذه المسألة ما حكاه ابن عرفة في مختصره الفقهي نقلاً عن أئمة المذهب ما نصه: "الباجي: حوز المعطي للمعطي الصغير ما أعطاه خاص بالأب ووصيه والسلطان ومقدمه، رواه أشهب وقاله ابن القاسم. ولابن حبيب عن الأخوين: الأم في ولدها اليتيم كالأب، وكذا من ولي صبيّاً احتساباً من أجنبي أو قريب قبل إعطائه ذلك. وليحيي عن ابن وهب: الحوز له خاص بالأب والوصي والأم. والأجداد كالأب في عدمه والجدات كالأب في عدمها إذا كان في حجر أحد من هؤلاء.

ابن رشد: في سماع عبد الملك من كتاب الوصايا: كل من ولي يتيماً من قريب أو بعيد يجوز له ما وهبه له، ومثله من بيده اللقيط رواه ابن غانم⁴⁷.

وأما الوصية باعتبارها عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابته عنه بعده⁴⁸، فعند المالكية تصح الوصية من كل مالك له أهلية التصرف في ماله والكافل كذلك، فتصح من كل حر مميز مالك، ولا تصح من العبد ولا من المجنون والصبي الذي لا يميز. وتصح من السفه المبرر، إذ لا يخاف عليه الفقر بعد موته. وتصح وصية المميز إذا كان يعقل وجه القرب وأصاب وجه الوصية. وذلك بأن لا يكون فيها اختلاط. والكافر تنتفد وصيته، إلا أن يوصي بخمر أو خنزير لمسلم. ولا تنفذ وصية المرتد وإن تقدمت على حال رده. وأما الموصى له: فتصح الوصية

41 المجموع شرح المهذب، أبو زكريا محي الدين بن شرف للنووي، دار الفكر بيروت، 26/1.

42 المقدمة في فقه العصر، فضل بن عبد الله مراد، الجيل الجديد ناشرون، صنعاء، ط2، 2016، 2/717.

43 عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، جلال الدين أبو محمد بن شاس، تحقيق: حميد لحم، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 2003، 3/979.

44 المقدمات الممهديات، محمد بن أحمد بن رشد، تحقيق، محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1988م، 2/409.

45 شرح ابن ناجي على الرسالة، قاسم بن عيسى بن ناجي، اعتناء: فريد المزيدي، دار الكتب العلمية بيروت، ط1، 2007، 2/240.

46 عقد الجواهر الثمينة، ابن شاس: 3/979.

47 المختصر الفقهي، محمد بن محمد بن عرفة الورغمي، تحقيق: حافظ عبد الرحمن محمد خير، ط1، 2014م، 8/536.

48 شرح حدود ابن عرفة، محمد بن قاسم الأنصاري أبو عبد الله الرصاع، المكتبة العلمية، ط1، 1350هـ، ص365.

لكل من يتصور له الملك، فلو أوصى لحمل امرأة فانفصل حيًا صحت الوصية. ولو أسقطته بعد موت الموصي ولم يستهل صارخًا بطلب الوصية. ولو أوصى (لحمل) سيكون صح، وهو ظاهر إطلاق القاضي أبي محمد عبد الوهاب⁴⁹.

ومن الأحكام في ذلك أنه لا يزداد على قدر الثلث في الوصية. قال القاضي عبد الوهاب: موضع الوصية الثلث، ولا يجوز الزيادة عليه إلا بأذن الورثة، وإنما قلنا إن له أن يوصي بالثلث لحديث سعد بن أبي وقاص.. وإنما قلنا الزيادة جائزة عليه إذا أذن الورثة لأن المنع من ذلك لأجلهم لأن ما زاد عليه حق لهم فإذا أجازوه فقد أسقطوا حقوقهم فجاز، وإن أجازوه بعضهم وأباه بعض جاز في حق من أجازوه ولم يجز في حق من منع لأن من أجازوه فقد ترك حقه ومن منع فقد طالب بحقه فله ذلك⁵⁰.

وأما من الناحية التشريعية، فقد وافق المشرع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي في هذه المسألة، ونص على أن للطفل المكفول الاستفادة من عقود التبرعات، فله الحق في منح هبات وهدايا ووصية في حدود الثلث من أملاك الكافل كما تنص المادة 123 من قانون الأسرة الجزائري: "يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع بماله في حدود الثلث، وإن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك بطل ما زاد عن الثلث إلا إذا أجازوه الورثة."

3- الحق في إدارة وحماية أملاكه :

من خلال ما تقدم من تأصيل فقهي فإننا نلاحظ أن الكافل قد أعطته الشريعة حق إدارة مال المكفول وتصريفها في مصالحه مع عدم التفريط فيها أو التقصير في أمواله وممتلكاته، فإن قصر أو تعدى في ذلك ضمن، فهو إذن بمنزلة الأب أو الولي في مال ابنه الصلب، أو بمنزلة الوصي في مال اليتيم، والوكيل في مال موكله ونحو ذلك. والأصل في ذلك قوله تعالى: ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير وإن تخالطوهم فإخوانكم⁵¹ [البقرة: 220]. ولأن العرف المعتبر قد جعل الكافل بمنزلة الوصي ونحوه. وفي حاشية أبي الشتاء بن الحسن الصنهاجي على شرح لامية الزقاق أن أصل ذلك رواية ابن غانم عن مالك أن الكافل بمنزلة الوصي. قال ابن هلال: وبذلك أقول وأتقصد الفتوى به في بلدنا اليوم فإنه كالباقية، فالصواب الآن العمل بقول من أنزل الكافل بمنزلة الوصي في البيع والقسمة وغير ذلك⁵².

وقياسا على مال الصغير المحجور عليه ليطمه، فإن الطفل المكفول بمنزلة ذلك، قال القاضي عبد الوهاب: ولأن الصغير لا يعرف حظ نفسه ولا يحسن التصرف في مال نفسه، فكان كالمجنون فوجب الحجر عليه، وأن ينظر وليه في ماله فجعل فيه بالصلاح فإذا بلغ لم يدفع إليه دون أن يخنبره ويعرف رشده من فساده وإصلاحه لنفسه⁵³. وهذا كله مستند العرف لأنه سنة محكوم بها وهو كالشرط، وقد نقل المهدي الوزاني في المعيار عن العقباني أن العادة المطردة تقوم مقام الإفصاح باللسان وتعني عما أغفل رسمه بالبيان⁵⁴.

ولقد نص المشرع الجزائري على أنه تمنح الكفالة للكافل الحق في إدارة أملاك الطفل المكفول، إذا كان له مال يما يحقق له منافعه وأن يجتهد قدر استطاعته في عدم الإضرار بمصلحه أو تضييع أمواله وتبذيرها أو ينفق عليه منها انفاقا غير معتاد، وهو ما نصت عليه المادة 122 من قانون الأسرة بقولها: "يدير الكافل أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث والوصية أو الهبة لصالح الولد المكفول."

4. 2. مالا يستحقه المكفول من الحقوق

1- **عدم الإرث:** تمنع الشريعة الإسلامية توريث من ليس له الحق في الإرث كالطفل المتبني والمكفول فعلاقتهمما بالكافل بعيد عن أسباب الميراث وهي قرابة الدم والرحم، وفي حرمانه من الميراث إقرار للعدل والحق ومنع للتعدي على حقوق الورثة الأصليين وهذا من شأنه أن يثير الضغينة والأحقاد بين الأقارب الحقيقيين بسبب هذا الطفل الدخيل الذي اغتصب حقهم⁽⁵⁴⁾. هذا؛ ونجد عند المالكية كما نص القاضي عبد الوهاب في معونته؛ أن ميراث المنبوذ لبيت المال، لأنه مسلم لا وارث له، وليس لملقطه شيء من ميراثه، لأن الميراث لا يكون إلا بنسب أو ولاء أو نكاح، وكل ذلك معدوم بين المنبوذ وملقطه⁵⁵.

2- **عدم الحق في النسب:** وإذا كان الطفل المكفول معلوم النسب من جهة الأبوين معا أو من جهة الأم فقط، فإنه يحتفظ بنسبه الأصلي إلى أبيه أو أمه، ولا يجوز لمن كفه أو التقطه ولا ضابط الحالة المدنية أو أي جهة رسمية أخرى أن تنسبه إلى الكافل أو الأسرة الكفالة ولا يسجل في دفتر العائلي مثله مثل بقية الأولاد الصليبيين، لأن ذلك يعتبر كإعلان للبنوة المحرمة شرعا وقانونا. ودليل ذلك قوله تعالى: "ادعوهم لأبائهم هو أوسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم." [الأحزاب: 4]. قال الجصاص من الحنفية: فيه إباحة إطلاق اسم الأخوة وحظر إطلاق اسم الأبوة من غير جهة النسب⁵⁶. وقال ابن العربي من المالكية: فيه إطلاق اسم الأخوة دون إطلاق اسم الأبوة⁵⁷. والأخوة هنا أخوة الدين أو أخوة الإنسانية.

فالكفالة لا تعطي الطفل المكفول الحق في النسب، ولا يحق للمكفول أن ينازع ذوي الحقوق في حقوقهم وإنما يستحق الرعاية والحفظ والحماية والتربية والتعليم والمعاملة الكريمة.

6. انتهاء عقد الكفالة:

⁴⁹ عقد الجواهر الثمينة لابن شاس: 3/ 1216.

⁵⁰ المعونة، عبد الوهاب بن نصر البغدادي، 3/ 1620، الممهد للقاضي عبد الوهاب بتحقيقنا: 2/ 478.

⁵¹ مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق، أبي الشتاء بن الحسن الغزي الشهير بالصنهاجي، المكتبة الأزهرية للتراث، ط1، 2008، 1/ 339.

⁵² الممهد للقاضي عبد الوهاب: 2/ 97، المعونة: 3/ 1171

⁵³ المعيار اجديد الجامع المعرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب، أبو عيسى المهدي الوزاني، محمد سيد عثمان، دار الكتب العلمية، بيروت، دت، 8/ 392

⁵⁴ - الكفالة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، كمال لدرع، مجلة المعيار، ع31، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، ص604

⁵⁵ المعونة للقاضي عبد الوهاب، 3/ 1293، منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد عليش، دار الفكر، بيروت، ط1، 1984، 8/ 248

⁵⁶ أحكام القرآن، أبو بكر أحمد بن علي الجصاص، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دت، 5/ 222

⁵⁷ أحكام القرآن، محمد بن عبد الله بن العربي، راجعه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية بيروت، 1424هـ، 2003م 3/ 540

1.6. انتهاء الكفالة في الفقه الإسلامي: انتهاء الكفالة يعني براء ذمة الكفيل لأنه ألزم نفسه بعقد تبرع، فتكون إما كفالة بالمال أو بالنفس، وقد تكون هذه البراءة تابعة لانتهاء التزام المدين؛ لأن التزام الكفيل تابع لالتزام الأصل، وإذا سقط الأصل سقط التبع، كما تكون هذه البراءة بصفة أصلية، فتنتهي الكفالة ويبقى التزام الأصل، إذ لا يلزم من انتهاء الالتزام التابع انتهاء الالتزام الأصلي⁵⁸. وعلى ذلك يكون لانتهاء الكفالة حالتان: انتهاؤها تبعاً لانتهاء التزام الأصل، وانهاؤها بصفة أصلية.

1. انتهاء الكفالة تبعاً لانتهاء التزام الأصل:

تنتهي الكفالة بانقضاء الدين المكفول به بأي طريق من طرق انقضاء الدين، كالإداء والإبراء والمقاصة وغير ذلك. أما الكفالة في العين فتنتهي بتسليم العين المكفولة. وأما الكفالة في البدن فتنتهي بإحضار المكفول ببذنه أو موته.

2. انتهاء الكفالة بصفة أصلية:

تنتهي الكفالة بصفة أصلية بالصلح؛ فإذا صالح الكفيل الدائن على بعض الدين بشرط أن يبرئه من الكفالة، انتهت الكفالة بالنسبة للدين كله، وبرئت ذمة الأصل إزاء دائنه من الجزء الذي تم عليه الصلح، ويرجع الكفيل على المدين في ذلك. وتنتهي أيضاً بالإبراء؛ فإذا أبرأ الدائن الكفيل من التزامه، فإن هذا الإبراء يعد منه تنازلاً عن الكفالة، وتنتهي بذلك. كما أن الكفالة تنتهي بموت الكفيل باتفاق؛ فإذا مات الكفيل في ضمان الوجه أو في ضمان الطلب، فإن الكفالة تنتهي؛ لأنه لم يبق قادراً على إحضار المكفول بنفسه، ولا التفتيش عنه أو الدلالة عليه⁵⁹.

2.6. انتهاء الكفالة في التشريع الجزائري: حسب نص المادة 125 فإن عقد الكفالة إما أن ينتهي بالتخلي عنها أمام نفس الجهة التي أقرتها أو بإلغائها بسبب ثبوت الإهمال أو مانع من استمرارها، يكون ذلك بعلم النيابة العامة وأمام الجهة التي أمرت به (الموثق أو القاضي) وملا بلاحظ على النص عدم ترتيبه لأي عقوبة أو جزاء عن هذا التخلي أو ثبوت الإهمال، وفي حالة وفاة الكافل تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بها، لكن النص الوارد أعلاه لم يورد ترتيب الورثة عند انتقال هذا الالتزام إليهم ولا إجراءات هذا الانتقال في حال التزموا بقبولها، وإلا فعلى القاضي إسناد أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية، أي الطفولة المسعفة⁽⁶⁰⁾.

والتنازل عن الكفالة قليل جداً، وفي حالة حدوثه فإنه يكون نتيجة التفكك الأسري للعائلة الكافلة كحالة طلاق الزوجين أو موتها أو موت أحدهما وخاصة الزوجة، وهنا فهم مضطرون إلى إرجاع الطفل إلى مركز الطفولة المسعفة، بعد إجراء التخلي أمام المحكمة، هذا إذا كان الطفل لم يتجاوز سن 18 أما إذا كان عمره أكثر من ذلك فإنه يصبح مسؤولاً عن نفسه ولا يستقبله المركز، وهنا يطرح التساؤل حول مصير الشباب الذي يمكن أن يكون الشارع ورفقاء السوء في انتظاره⁽⁶¹⁾.

7. مدى كفاية النصوص القانونية لحماية الطفل المكفول، والصعوبات التي تعترض كفالته

1.7. مدى كفاية النصوص القانونية لحماية الطفل المكفول: إذا كان المشرع الجزائري قد اعترف بنظام الكفالة وأقره في قانون الأسرة الجزائري؛ فإن التساؤل يطرح حول مدى فاعلية النصوص القانونية المتعلقة بها في تحقيق الاستقرار النفسي والاجتماعي للطفل المكفول، وباستقراء مجموع النصوص التي تحكم نظام الكفالة يمكن استخلاص الآليات التي بموجبها يمكن أن يحضى المكفول بحماية قانونية أكبر ومنها:

1- المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري: "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية، قيام الأب بابنه ويتم بعقد شرعي.

فهذه المادة أوجبت الكفالة كعقد تبرعي في ذمة الكفيل وفي هذا نوع من الضمانة لحق المكفول في حياة كفيله. لكن التساؤل يطرح في حال لو توفي الكفيل وترك المكفول مع أولاده الشرعيين فهل النفقة تكون على المكفول تكون دين على الكفيل فتأخذ من تركته نظراً للصلة الموجودة بين الكفيل والمكفول؟، والنص القانوني قاصر عن الإجابة عن هذا السؤال.

2- المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري: "يشترط أن يكون الكفيل قادراً على رعاية المكفول والرعاية تشمل الولاية على التربية والتعليم والمحافظة على نفس المكفول وصيانتها، وما يلاحظ في هذا الصدد أن التربية تقوم بها النساء خاصة إذا كان المكفول صغير السن وخصوصاً البنات فتحتاج إلى أم تتولى رعايتها، فلماذا لم يتطرق قانون الأسرة أصلاً إلى دور زوجة الكفيل ولم يشترط قدرتها على التربية ولا موافقتها على ذلك.

3- المادة 123 من قانون الأسرة الجزائري: "يجوز للكفيل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث". ومن المعلوم أنه لا توارث بين الكافل والمكفول وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، والسؤال هو لماذا أشار النص القانوني للوصية المحددة بالثلث ولم يشجع على الهبة للمكفول باعتبارها غير مقيدة بمقدار فقد جاء في المادة 205 من قانون الأسرة الجزائري: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عينا أو منفعة أو ديناً لدى الغير". وكان الأجدر الاعتماد على هذه المادة العام باعتبار أنها تجعل هبة الشخص غير مقيدة بمقدار وهذا يتلاءم مع مقتضيات الرعاية والاستقرار المطلوبين للمكفول والذات يستوجبان هبة أكثر من الثلث⁽⁶²⁾.

4- المادة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المؤرخ في 13/01/1992: "كما يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانوناً في إطار الكفالة ولداً قاصراً مجهول النسب من الأب والأم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد بقصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي".

5- المتمعن في مضمون المادتين يمكن أن يبرر لصدور مثل هذين النصين بالضرورات التي أملتها المصلحة الاجتماعية والنفسية على اعتبار أن الولد المكفول عندما يحمل لقب الكفيل يمكنه ذلك في مواجهة عدة مشاكل تتعلق بالدراسة والعمل والسفر ومن جهة ثانية يكون المكفول في مركز يجعله لا يشعر بالنقص أو الإحباط المعنوي، عندما يتعامل مع من حوله سواء تلاميذ في المدرسة أو عمال...، لكن وبقرارة أخرى لهذا الإجراء التنظيمي حول الكفالة مع تغيير الاسم نجد أن المشرع وكأنه يخطو الخطوة الأولى نحو إرساء نظام التبني المحظور شرعاً

58 الموسوعة الفقهية، صادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، دار السلاسل، ط2، 1427هـ، 319/34

59 الموسوعة الفقهية: 319/34

60 الكفالة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري كمال لدرع، المرجع السابق، ص620.

61 - أحكام اللقيط بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، فطيمة مومن، المرجع السابق، ص97.

62 - أحكام الطفل اللقيط في النظام القانوني الجزائري، قاشي علال، مجلة المعيار، ع31، الجزء الثاني، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة ص532-533.

وقانونا...، ورغم أن المشرع حاول هذه التهمة عنه حاول دفع هذه الشبهة بالنص على ضرورة وضع إشارة مكفول على الهامش في سجلات و عقود ومستخرجات عقد الحالة المدنية وفقا لنص المادة 05 مكرر 01 من نفس المرسوم: " يترتب على المرسوم المتضمن تغيير اللقب التسجيل والإشارة على الهامش على سجلات وعقود ومستخرجات عقد الحالة المدنية ضمن الشروط والحالات التي ينص عليها القانون." ، لكن المصطلح الذي يوضع على الهامش قد يزول لأي سبب كان سواء عن طريق التزوير أو قدم الوثيقة أو تاكلها، زيادة على ذلك قد ينسى أو يتناسى موظف البلدية وضع هذه العلامة لأنه يجهل العواقب الوخيمة التي تترتب على ذلك.⁽⁶³⁾

2.7. الصعوبات العملية التي تعترض الطفل المسعف في الأسر الكافلة: يمكن أن تعترض الطفل المسعف داخل الأسرة الكفيلة بعض المصاعب التي قد تكون منافية لمقاصد الكفالة الشرعية من الجانب العملي، ومن ذلك ما يلي:

- 1- وعي الطفل لوضعه في الأسرة البديلة ورفض أقرباء الأسرة له، وتذكيرهم الدائم له بوضعه وبأنه دخيل على الأسرة، وهذا ما يشكل حساسيات نفسية لدى الطفل تستلزم عرضه على مختص نفسي .
- 2- الانفصال عن المؤسسة التي كان بها والعيش في بيئة مصغرة .
- 3- بعض المشاكل الأخلاقية كجنوح الطفل نحو الانحراف.
- 4- الانفصال بين الزوجين الكافلين.
- 5- وفاة أحد الزوجين القائمين بكفالة الطفل المسعف.
- 6- مشاكل الميراث من قبل أقرباء الأسرة الكافلة حيث يواجه الطفل المسعف بعد موت كافله مشاكل مالية مع الأقرباء والعائلة المكبرة من الورثة بسبب التركة، ولو يريد الكافل حمايته من الناحية المالية يترك له وصية في ماله .⁽⁶⁴⁾

خاتمة :

من خلال ما تقدم في هذا البحث يمكننا عرض النتائج الآتية:

- 1- وضعت الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي أحكاما تمنع تعريض الطفل للهلاك والضياع بالتخلي عنه أو نبذه في المجتمع.
- 2- للتخفيف من المشاكل التي يعاني منها الطفل المسعف حثت الشريعة على كفالة الطفل داخل أسرة ورتبت على ذلك الأجر العظيم، وسار القانون الجزائري في نفس المنحى حيث فتح الباب واسعا لكل راغب في التكفل بتمكينه قانونا من الكفالة وفق مجموعة من الشروط المستوجبة لدى الكافل والمكفول وكذا إجراءات التكفل والجهة مصدرة الكفالة .
- 3- للتخفيف من بعض التحديات العملية لكفالة طفل داخل عائلة سمح القانون للطفل المكفول حمل اسم العائلة دون أن ينسب إليها .
- 4- من أجل ضمان عيش كريم للكافل المكفول يكتسب مجموعة من الحقوق المعنوية (الرعاية النفسية والجسمية الحق في الاسم، ..)، والمادية (الوصية الهبة الهدية..) ، لكنه يمنع من (النسب، الميراث..) لأنها حقوق لا تكون إلا للطفل الطبيعي. وهذا ما نصت عليه الشريعة الإسلامية في قوانينها.
- 5- رغم أن الكفالة يعتبر من الأنظمة القانونية الفعالة عالميا لحماية الطفل وهذا ما جعل المشرع الجزائري يسعى إلى تكريسها من خلال النصوص القانونية وتفعيل آلياتها لكن المتمتع في هذه النصوص يجد أن النقص يشوبها في مسائل عدة من بينها ما يمكن استخلاصه في النقاط التالية :

- أغفل المشرع الجزائري تحديد سن طرفا عقد الكفالة : بحيث اكتفى بذكر القصر بالنسبة للمكفول وسن الرشد بالنسبة للكافل، دون وضع حد أدنى وأقصى، وهذا ما يفتح الباب أمام القاصر مثلا أو المسن في طلب الكفالة وهذا ليس من مصلحة الطفل المكفول.
 - أغفل المشرع الجزائري موقف زوجة الكافل في قبول أو رفض الكفالة بحيث اكتفى بذكر موافقة الكافل وأبوي المكفول إن كان معلوم النسب ، كما أهمل إمكانية استخلافها لزوجها في الكفالة حال وفاته بنص صريح كما فعل في الأحكام المنظمة للولاية .
 - نص المشرع على حق الورثة في الاستمرار في التكفل بالطفل بعد وفاته ولكنه لم يرتبهم، ولم يحدد من الأولي منهم ، وهل يستمر هؤلاء الورثة بالعقد الذي أبرمه الكافل قبل وفاته أم يلزمهم تجديد عقد الكفالة؟
 - إذا كانت الكفالة تمنح للشخص الكافل ولاية قانونية على الطفل المكفول فهي تمنحه مكانة الأب الشرعي، وإذا كان الأمر كذلك فماذا عن الأفعال والأخطاء التي يرتبها والأضرار التي يرتبها هذا الولد في حق الغير فهل يتحملها الكافل، وإذا كان كذلك فلماذا لم يتم التصريح بذلك، وإذا كان الجواب بالسلب فمن يتحمل تبعه أفعاله في حال وقوعها؟
- هذا ما تم رصده واستخلاصه من أحكام فقهية وقانونية لهذا الموضوع وما يتعلق به، والحمد لله في البدء والختام، وصلى الله على سيدنا محمد وآله، والحمد لله رب العالمين.

قائمة المصادر والمراجع.

القرآن الكريم.

الكتب :

- 1- ابن منظور، لسان العرب، ج7، القاهرة، دار الحديث، 2003.
- 2- صحيح البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، المطبعة الأميرية، بولاق مصر، 1311هـ.
- 3- سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية بيروت، دت.
- 4- السنن الكبرى، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، دار الكتب العلمية بيروت، 1424هـ، 2003م.
- 5- أحكام القرآن، أبو بكر أحمد بن علي الجصاص، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دت.
- 6- أحكام القرآن، محمد بن عبد الله بن العربي، راجعه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية بيروت، 1424هـ، 2003م.
- 7- أحكام القرآن، أبو عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، دار الكتب المصرية القاهرة ، ط2، 1964.
- 8- ترتيب القاموس المحيط، الطاهر أحمد الزاوي، الدار العربية للكتاب، بيروت، ط3، 1980م.
- 9- المبسوط، شمس الدين أبو بكر بن محمد السرخسي، دار المعرفة، بيروت، ط2، 1993م.
- 10- الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، بن عبدة عبد الحفيظ، دار هومة، الجزائر، ط. 2005م.

63 - المرجع نفسه ، ص 535.

64 - أحكام اللقيط بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، فطيمة مومن، المرجع السابق، ص 100.

- 11- نهاية المحتاج، أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، دار الفكر العربي بيروت.
 - 12- الشرح الكبير ، أحمد الدردير، دار الفكر، دط، دت.
 - 13- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، دط، دت.
 - 14- الجرائم الواقعة على نظام الأسرة ، سعد عبد العزيز، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990
 - 15- الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، على محمد عبد الحافظ دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط1، 2008م.
 - 16- المجموع شرح المهذب، أبو زكريا محي الدين بن شرف للنووي ، دار الفكر بيروت.
 - 17- المختصر الفقهي، محمد بن محمد بن عرفة الورغمي، تحقيق: حافظ عبد الرحمن محمد خير ، ط1، 2014م.
 - 18- المعيار الجديد الجامع المعرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب، أبو عيسى المهدي الوزاني، محمد سيد عثمان، دار الكتب العلمية، بيروت، دت
 - 19- المعجم الوسيط، مجموعة من المؤلفين مجمع اللغة العربية، المكتبة الإسلامية، اسطنبول، تركيا،
 - 20- الممهّد للقاضي أبي محمد عبد الوهاب بن نصر البغدادي، تحقيق عبد المجيد خلادي، دار أسفار لنشر نفيس الكتب والرسائل، الكويت، ط1، 2019.
 - 21- المنتقى شرح الموطأ، سليمان بن خلف الباجي، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1332هـ.
 - 22- المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، آث ملويا لحسين بن شيخ، دار هومة، 2005.
 - 23- المقدمات الممهّدات، محمد بن أحمد بن رشد، تحقيق، محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1988م.
 - 24- المقدمة في فقه العصر، فضل بن عبد الله مراد، الجيل الجديد ناشرون ، صنعاء، ط2، 2016م.
 - 25- الموسوعة الفقهية، صادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، دار السلاسل، ط2، 1427هـ.
 - 26- القاموس الاجتماعي المدرسي، محسن البليش، دار العلم للملايين، القاهرة، 1992.
 - 27- منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد عليش، دار الفكر، بيروت، دت
 - 28- عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، جلال الدين أبو محمد بن شاس، تحقيق: حميد لحر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 2003م.
 - 29- شرح حدود ابن عرفة، محمد بن قاسم الأنصاري أبو عبد الله الرصاع، المكتبة العلمية، ط1، 1350هـ.
 - 30- شرح ابن ناجي على الرسالة، قاسم بن عيسى بن ناجي، اعتناء: فريد المزيدي، دار الكتب العلمية بيروت، ط1، 2007م.
 - 31- شرح قانون الأسرة الجزائري فضيل سعد، المكتبة الوطنية للكتاب، الجزائر.
 - 32- مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق، أبي الشتاء بن الحسن الغزي الشهير بالصنهاجي، المكتبة الأزهرية للتراث، ط1، 2008،
 - 33- صفة البيان لمعاني لقرآن، حسنين محمد مخلوف، دولة الإمارات العربية المتحدة، دت.
 - 34- علم نفس النمو والمرافقة، عبد السلام زهران حامد، القاهرة، عالم الكتب، 1998.
 - 35- الفقه الإسلامي وأدلته ، وهبة الزحيلي دار الفكر ،دمشق، ط1984،، 1م.
- الدوريات**
- 1- أحكام اللقيط بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، فطيمة مومن، ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، باتنة، 2006.
 - 2- الكفالة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، كمال لدرع ، مجلة المعيار، ع31، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة.
 - 3- ، التكفل المؤسّساتي بالطفل المسعف، رحابلية محمد الأمين ، مقال ، مجلة المعيار، ع31، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية.
 - 4- حماية الطفل اللقيط، قاشي علال، مجلة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، ع23، ماي 2007.
 - 5- ، ظاهرة الطفولة المسعفة في الجزائر: الأسباب والعلاج، لونيس علي، ثوابتي حنان ، مجلة المعيار، مجلة تصدر عن كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، ع31 .
- القوانين:**
- 1- الأمر 79/76 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، الإعفاء العمومي للطفولة ، ع101، ديسمبر 1976، الجزائر .
 - 2- المرسوم التنفيذي 24/92 مؤرخ في 13 يناير 1992 المتمم للمرسوم 157/71 المرخ في 03 يونيو 1971 المتعلق بتغيير اللقب.
 - 3- الأمر 156/66 مؤرخ في 08 يونيو 1996 المتضمن قانون العقوبات ، الجريدة الرسمية ، ع49، الصادرة بتاريخ 11 يونيو 1996.
 - 4- قانون 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1996 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

المواقع الإلكترونية:

<https://www.unicef.org/ar>