الكفالة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

أ.د. كمال لدرع
جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية
قسنطينة

مقدمة:

الكفالة نظام أقره التشريع الإسلامي، ونص عليه قانون الأسرة الجزائري، وهي بديل شرعي عن نظام التبني الذي كان سائدا في المجتمعات قبل الإسلام ومنها المجتمع العربي، فحرمه الإسلام لما فيه من تزييفٍ للأنساب وتضييعٍ للحقوق وانتهاك للحرمات.

والكثير من الدول المعاصرة لا تزال تجيز التبني، ووضعت له آليات تنظمه. في حين نجد بعض الدول منعته وبخاصة الدول العربية والإسلامية، ولم ترتب عليه أي أثر أو حكم مادي أو معنوي، مستخلفة إياه بالكفالة، كما في التشريع الجزائري.

وفي هذه الورقة استعراض لأهم أحكام الكفالة كنظام بديل عن التبني مع مقارنته بقانون الأسرة الجزائري.

أولا: تعريف الكفالة:

1 ـ تعريف الكفالة لغة:

هي بمعنى الالتزام أو هي بمعنى الضم، يقال: تكفَّل بالشيء ألزمه نفسه وتحمَّل به، وتكفّل بالدّين التزم به[1]، ومنه قوله تعالى: (**وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا**)[2]، أي ضمها إلى نفسه، وفي السنة قوله صلى الله عليه وسلم: (**وَأَنَا وَكَافِلُ الْيَتِيمِ فِي الْجَنَّةِ**)[3]، أي ضامّ اليتيم إلى نفسه.

2 ـ تعريف الكفالة عند الفقهاء:

هي التزام حق ثابت في ذمة الغير. أو هي التزام على وجه التبرع[4] بضم الولد القاصر والقيام بنفقته وتربيته ورعايته.

وجاء تعريف الكفالة في قانون الأسرة الجزائري في المادة:116: (الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي).

فالكفالة إذا التزام يتعهد بموجبه الشخص الكافل على وجه التبرع برعاية وتربية القاصر والإنفاق عليه، وقد يكون الولد القاصر المكفول معلوم النسب (أي معروف الأب و الأم)، أو مجهول النسب (الأبوين أو الأب).

ثانيا: أدلة مشروعية الكفالة وحكمها:

1 ـ أدلة مشروعيتها:

الكفالة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع.

---

[1] ـ مجموعة من المؤلفين، **المعجم الوسيط**، مجمع اللغة العربية، ط المكتبة الإسلامية، استانبول، تركيا، ج:2، ص:793.

[2] ـ آل عمران:37.

[3] ـ رواه البخاري في كتاب الطلاق، رقم:5304. وأخرجه مسلم في كتاب الزهد والرقائق، رقم:5296، برواية أخرى عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (**كَافِلُ الْيَتِيمِ لَهُ أو لِغَيْرِهِ أَنَا وَهُوَ كَهَاتَيْنِ فِي الْجَنَّةِ وَأَشَارَ مَالِكٌ بِالسَّبَّابَةِ وَالْوُسْطَى**)

[4] ـ وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، دار الفكر، دمشق، ط:1، سنة 1404 هـ/1984م، ج:5، ص:161.

أ- من القرآن الكريم: قوله تعالى: **(وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا)**[1]. وهذه الآية تفيد بأن الكفالة مشروعة في الشرائع السماوية السابقة، ومارسها بعض الأنبياء، ولم يرد في القرآن ما يبطلها أو يحرمها[2].

ب-وأما من السنة: ما جاء في الصحيح عَنْ سَهْلٍ بن سعد بن مالك قَالَ: رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: **(وَأَنَا وَكَافِلُ الْيَتِيمِ فِي الْجَنَّةِ هَكَذَا وَأَشَارَ بِالسَّبَّابَةِ وَالْوُسْطَى وَفَرَّجَ بَيْنَهُمَا شَيْئًا)**[3]. فالحديث نص على اليتيم كحالة غالبة في المجتمع، لكن معناه يعم كل طفل يفتقر إلى الرعاية والحماية.

[1] - آل عمران:37.

[2] - ابن كثير: عماد الدين أبو الفداء اسماعيل، **تفسير القرآن العظيم**، دار الأندلس، بيروت، لبنان، ط7، سنة 1405هـ /1985م، ج:2، ص:32.

[3] - رواه البخاري في كتاب الطلاق، رقم:5304. وأخرجه مسلم في كتاب الزهد والرقائق، رقم:5296، برواية أخرى عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: **(كَافِلُ الْيَتِيمِ لَهُ أو لِغَيْرِهِ أَنَا وَهُوَ كَهَاتَيْنِ فِي الْجَنَّةِ وَأَشَارَ مَالِكٌ بِالسَّبَّابَةِ وَالْوُسْطَى)**

2 ـ حكمها:

الكفالة مستحبة؛ والأصل فيها التبرع[1]، وهي نوع من الإحسان إلى المكفول، والتعاون على البر والتقوى داخل المجتمع الإسلامي.

ثالثا: حِكمة تشريعها:

إذا كان الشارع قد حرم التبني لما فيه من المفاسد كاختلاط الأنساب والتعدي على حقوق الغير، وسد كلَّ ذرائعه، فإنه لم يغلق باب الإحسان والخير بل فتحه وحث عليه ورغب فيه، وجعل أجرا عظيما للشخص الذي يرعى طفلاً محروماً يقوم بشؤونه ويتولاه برعايته. فمن أعظم وجوه الإحسان أن يأخذ رجل أو عائلة طفلا محروما كيتيم وغيره يربيه ويكفله، ويكلؤه بعطفه وحنانه، ويرفع عنه آثار البؤس والفاقة والحرمان ويحفظه من الانحراف[2]، فعن أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: **(كَافِلُ الْيَتِيمِ لَهُ أو لِغَيْرِهِ أَنَا وَهُوَ كَهَاتَيْنِ فِي الْجَنَّةِ وَأَشَارَ مَالِكٌ بِالسَّبَّابَةِ وَالْوُسْطَى)**[3]. كما يمكنه أن يهبه بعض ماله في حياته، أو يوصي له بنصيب منه بما لا زيد على الثلث بعد مماته، لكن دون أن يعطيه نسبه، حتى لا يعتدي على حقوق أولاده وقرابته.

والإسلام يحث على رعاية الأطفال الذين لا يجدون أبا أو أما يرعاهم ويحفظهم، كأطفال المستشفيات والحروب والكوارث الطبيعية واليتامى، حتى يجدوا الحنان والرعاية وينشئوا نشأة سوية، ويتشبعوا بالعطف والحنان، ويكونوا أفرادا صالحين في المجتمع يسهمون في بنائه، وهذا واجب الدولة والأفراد.

رابعا: التفريق بين الكفالة والمصطلحات المشابهة لها:

هناك فرق بين الكفالة كنظام مستقل بذاته له شروطه وموضوعه، وبين بعض المصطلحات التي يمكن أن تشابهه، وهي: التبني والإقرار بالنسب والحضانة، لكن سوف يكون تركيزي بالدرجة الأولى على التبني لخطورة هذا الأخير ولما يترتب عنه من ضياع للحقوق والتعدي على حدود الله تعالى.

1 ـ التفريق بين الكفالة والتبني:

---

[1] ـ الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج:5، ص:161.

[2] ـ عبد الله علوان، **تربية الأولاد في الإسلام**، دار السلام، القاهرة، بيروت، ط:8، سنة 1405 هـ/1985م، ج:1، ص:146.

[3] ـ سبق تخريجه.

أ ـ مفهوم التبني:

ـ تعريفه لغة:

التبني من تبنى تبنيا ويقال تبنى الصبي أو ادعى بنوته أو أتخذه ابنا[1].

ـ تعريفه اصطلاحا:

رغم اختلاف تعاريف الفقهاء والقانونيون للتبني من حيث الصياغة اللفظية، إلا أنها في معظمها تلتقي حول معنى مشترك وهو اتخاذ ولد ليس من صلبه ليقوم بشؤونه، وهذه التعريفات بعضها تناولته من حيث مضمونه، وبعضها الآخر تناولته من حيث غايته.

عرفه الدكتور محمد صبحي نجم بأنه: "هو أن يتخذ الرجل له ولدا ليس من صلبه وعرفه أنه ليس ولده فينتسب هذا المتبنى إلى من تبناه"[2]. وعرفه الأستاذ فضيل سعد بأنه: "هو عملية إلحاق شخص بآخر معلوم النسب أو مجهول مع علمه يقينا أنه ليس منه وهي علاقة بين الطرفين أحدهما وهو الشخص الكبير، امرأة أو رجل و يسمي المتبني، أما الخاضع لهذه العملية هو الطفل المتبنى، والمتبنى إما أن يكون معلوم النسب أو مجهول النسب كاللقيط"[3].

أما الدكتور عبد الرحمان الصابوني فعرفه بقوله: "هو أن يدعي شخص بنوة ولد معروف النسب من شخص معين أو مجهول النسب"[4]. وجاء تعريف الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها على إثر الإعلان المتعلق بالمبادئ الاجتماعية والقانونية المتصلة بحماية الأطفال ورعايتهم في المادة 13 من الفصل المتعلق بالتبني، بالغرض الأساسي من التبني فهو توفير أسرة دائمة للطفل الذي لم يتمكن والداه الأصليان من توفير الرعاية له.

ب ـ موقف الشريعة الإسلامية من التبني:

بقي التبني مباحا فترة من الزمن بعد الإسلام مثل الخمر والربا وغيرها من عادات الجاهلية التي كان الإسلام يعالجها بالحكمة والتدريج حفاظا على

---

[1] ـ المعجم الوسيط، ص:72.

[2] ـ محاضرات في قانون الأسرة –سلسلة دروس العلوم القانونية، جامعة عنابة، ص: 55.

[3] ـ فضيل سعد، **شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)**، ج:1، ص: 224.

[4] ـ كتابه شرح قانون الأحوال الشخصية السوري الجزء 2 (الطلاق و آثاره) 192

استقرار النظام الاجتماعي آنذاك وعدم اضطرابه[1]. وكان زيد بن حارثة في الجاهلية وبعد الإسلام يدعى (زيد بن محمد) حيث تبناه النبي صلى الله عليه وسلم، **وقال**: **(يا معشر قريش اشهدوا أنه ابني أرثه و يرثني)**. ثم حرمت الشريعة الإسلامية التبني بنصوص واضحة الدلالة[2]، فنزل النص القرآني بإبطال التبني وتحريمه تحريما صريحا قاطعا في السنة الخامسة للهجرة، قال تعالى: **(وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ، ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ)**[3]. وفي السنة عَنْ أَبِي ذَرٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ سَمِعَ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: **(لَيْسَ مِنْ رَجُلٍ ادَّعَى لِغَيْرِ أَبِيهِ وَهُوَ يَعْلَمُهُ إِلَّا كَفَرَ وَمَنْ ادَّعَى قَوْمًا لَيْسَ لَهُ فِيهِمْ فَلْيَتَبَوَّأْ مَقْعَدَهُ مِنْ النَّارِ)**[4]. ومعنى كفر: أي جاء بأفعال الكفار لا أنه خرج من الدين. لأن فيه تحريم لما أحل الله وتحليل لما حرم.

فيلاحظ أن الإسلام شدد كثيرا في تحريم التبني وأبطله بنص واضح الدلالة من القرآن الكريم. والتبني الذي أبطله الإسلام هو أن ينتسب الولد لغير أبيه، بحيث يقال فيه (فلان ابن فلان). كما كان قيل لزيد بن الحارثة رضي الله عنه (زيد بن محمد[5]) وكما كان يقال لسالم: (سالم بن حذيفة[1])، فهذا حرام لا

---

[1] - أحمد حماني، **الفتاوى**، منشورات وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، ج:1، ص:509 – محمد مصطفى شلبي، **أحكام الأسرة في الإسلام**، الدار الجامعية، بيروت، ط:4، سنة 1403 هـ/1983م، ص:723.

[2] - د.محمد صبحي نجم، **محاضرة في قانون الأسرة**، ص: 60

[3] - الأحزاب:4و5.

[4] - رواه البخاري في كتاب المناقب، رقم:3508 – ومسلم في كتاب الإيمان، رقم:93.

[5] - هو زيد بن حارثة بن شراحيل بن كعب بن عبد العزى، وكان طفلا حين سبي ووقع بيد حكيم بن حزام بن خويلد حين اشتراه من سوق عكاظ مع الرقيق، فأهداه إلى عمته خديجة فوهبته إلى الرسول صلى الله عليه وسلم، فأعتقه وتبناه، وصار بزيد بن محمد. أحبه الرسول صلى الله عليه وسلم حبا عظيما، وقالت السيدة عائشة رضي الله عنها: (ما بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم زيد بن حارثة في جيش قط إلا أمّره عليهم، ولو بقي حيا بعد الرسول لاستخلفه). زوجه الرسول صلى الله عليه وسلم ابنة عمته زينب، ثم انفصل عنها فتزوجها الرسول صلى الله عليه وسلم مبطلا بذلك عادة التبني، واختار لزيد زوجة جديدة هي أم كلثوم بنت عقبة. من كبار السابقين الأولين وقيل هو أول من أسلم، من الرماة، آخى رسول الله صلى الله عليه وسلم بينه وبين حمزة بن عبد المطلب، عاش خمسا وخمسين سنة، روى عن زيد ابنه أسامة وأخوه جبلة، استشهد في غزوة مؤتة سنة 8 هـ وهو أمير على الجيش. (ابن الأثير، أبو الحسن علي بن محمد، **أسد الغابة**، تحقيق عادل أحمد الرفاعي، دار إحياء

يصح بنصوص الشرع[2]. وكان التبني في الجاهلية يترتب عليه النسب إلى الأب المتبني أو للأم، ويترتب عليه أيضا حق الإرث، والحرمة في النكاح، فأبطل الإسلامُ ذلك كلَّه[3].

وذكر الشيخ أحمد حماني رحمه الله أنه لما احتل الاستعمار الفرنسي الجزائر فتح أبواب التبني الجاهلي، وأباحه فغرق في حمأته بعض الجهلة، ودافعوا عنه باسم الإنسانية، والرحمة، وبقي مستمرا عند البعض بعد الاستقلال مبررين ذلك بمخلفات الاستعمار، وكأنهم أعلم وأرحم من رب العالمين الرحمن الرحيم، حيث كان الجزائريون لا حكم لهم مغلوبين على أمرهم، أما اليوم وقد استقلت الدولة الجزائرية، فالواجب إصلاح ما كان فسد من أمر الحكم في المجتمع[4]. فالله تعالى حكم في التبني بالبطلان، فلا ينبني عليه شيء ولا يترتب عليه شيء، فلا يجوز لمسلم ولا لمسلمة أن يغير اسم طفل، لم يلده من صلبه، ويجعله ابنا له، سواء أكان معروفَ الأبوين أو كان مجهولَهما فلا يجوز ادعاؤه، فمن كان معروفَ الأب نُسب لأبيه، ومن كان مجهول الأبوين فهو أخ في الدين، أو مولى من موالي المسلمين، هذا هو الحكم الصحيح من رب

التراث العربي، بيروت، لبنان، ط1، ج"2، ص:335 – ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي، **الإصابة في تمييز الصحابة**، تحقيق علي محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت، لبنان، ط سنة 1412 هـ/1992م، ج:2، ص:598)

[1] - هو أبو عبد الله سالم بن عبيد بن ربيعة، مولى أبي حذيفة، وكان من أهل فارس، من فضلاء الموالي ومن خيار الصحابة وكبارهم، وهو معدود في المهاجرين لأنه لما أعتقته مولاته زوج أبي حذيفة تولى أبا حذيفة، وتبناه أبو حذيفة، ولذلك عُدَّ في المهاجرين، وهو معدود أيضًا في الأنصار في بني عبيد لعتق مولاته الأنصارية زوج أبي حذيفة له. كان من أهل إصطخر ببلاد فارس وقد وقع عليه سباء فحمل إلى مكة فاشترته ثبيتة بنت يعار، زوجة أبي حذيفة بن عتبة بن ربيعة بن عبد شمس القرشي، ثم أعتقته فتبناه أبو حذيفة، وكان من أوائل المهاجرين إلى المدينة. وإمام المهاجرين بالمدينة، يؤمهم بقباء وكان أكثرهم قرآنًا. قال عنه عمر بن الخطاب وهو يموت: "لو كان سالم حيًّا، لوليته الأمر من بعدي.". قتل شهيدا في معركة اليمامة سنة اثنتي عشرة للهجرة وذلك في خلافة أبي بكر الصديق. (ابن الأثير، **أسد الغابة**، ج:2، ص:366 - ابن حجر العسقلاني، **الإصابة في تمييز الصحابة**، ج:3، ص:13)

[2] - أحمد حماني، **الفتاوى**، ج:1، ص:507.

[3] - أحمد حماني، **الفتاوى**، ج:1، ص:507 - محمد مصطفى شلبي، **أحكام الأسرة في الإسلام**، ص:723و724.

[4] - أحمد حماني، **الفتاوى**، ج:1، ص:509 و516.

العالمين[1]، قال تعالى: (**فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا**)[2].

ج ـ موقف المشرع الجزائري من التبني[3]:

اهتمت عدة اتفاقيات[4] دولية بنظام التبني ونظمت أحكامه خاصة منها المتعلقة بحقوق الطفل[5]، وكثير من الدول الغربية المعاصرة تبنت نظام التبني وقننت أحكامه[6].

---

[1] ـ أحمد حماني، **الفتاوى**، ج:1، ص:509.

[2] ـ الأحزاب:04.

[3] ـ ثبوت النسب ونفيه في القانون الجزائري، كلية الحقوق، جامعة جيجل، http://www.startimes.com/

[4] ـ الإعلان المتعلق بالمبادئ الاجتماعية والقانونية المتصلة بحماية الأطفال ورعايتهم مع الاهتمام الخاص بالحضانة و التبني– قرار صادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة تحت رقم 40 – 85 المؤرخ في ديسمبر 1986.

[5] ـ أصدرت الجمعية العامة قرارها رقم 41-85 المؤرخ في 3 ديسمبر 1986 و المتعلق بإعلان المبادئ الاجتماعية والقانونية المتصلة بحماية الأطفال ورعايتهم مع الاهتمام الخاص بالحضانة والتبني على الصاعدين الوطني و الدولي، فقد أكدت هيئة الأمم المتحدة على ضرورة رعاية الأطفال و إلزام الحكومات باتخاذ التدابير الملائمة لحمايتهم ومن بين هذه الإجراءات هو اتخاذ إجراء التبني و الحضانة ، إذ أكدت في الفصل –ج- المتعلق بالتبني في مواده 13-24 على أن الغرض الأساسي من التبني هو توفير أسرة دائمة للطفل الذي لم يمكن والداه الأصليان من توفير الرعاية اللازمة له وكذا رعاية المصلحة الفضلى للطفل، كما أكدت على ضرورة أن تكفل الدول في تشريعاتها الداخلية حقوق الطفل المتبني بوصفه فرد من أفراد الأسرة المتبنية. كما نصت على أنه في حالة ما إذا تعذر على الدولة أن تجد للطفل أسرة حاضنة أو متبنية توفر للطفل الرعاية اللازمة في بلده الأصلي يجوز لها أن تبحث على وسيلة بديله لتوفير أسرة له خارج موطنه الأصلي، وفي نفس الوقت هذه الدولة الأخيرة ملزمة برعاية الطفل واتخاذ إجراءات التبني لصالحه، كل ذلك مع مراعاة المعاهدات و الاتفاقيات بين الدول في هذا المجال كما أقرت هيئة الأمم المتحدة أنه يجوز للطفل المتبني أن يسافر ويلحق بالوالدين المتبنين له وكذا إمكانية حصوله على جنسيتهم. (خلوفي بشير، نظام التبني و موقف الشرائع السماوية وبعض الشرائع الوضعية منه، مذكرة التخرج)

[6] ـ خلوفي بشير، نظام التبني و موقف الشرائع السماوية و بعض الشرائع الوضعية منه، مذكرة التخرج.

والجزائر باعتبار ترسخ الإسلام في مجتمعها، وباعتبار أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الثاني الذي يحكم مسائل الأحوال الشخصية كما ورد في المادة الأولى من القانون المدني الجزائري فإنها اتفقت مع معظم الدول العربية والإسلامية على منع التبني شرعا وقانونا، فنصت المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري الواردة في الفصل الخامس تحت عنوان النسب حيث ذكرت ما نصه: "يمنع التبني شرعا وقانونا"، وتؤكد نصوص القانون ابتداء من المادة:40 إلى غاية المادة 45 على أن نسب الولد يلحق لأبيه لا لغيره متى توفرت أركان وشروط الزواج الشرعي[1]. وتطبيقا لذلك فالتبني لا يثبت به نسب المتبنى ولا يترتب عليه أي حق من الحقوق التي تثبت غالبا بين الآباء والأبناء، و لا يثبت النسب بالتبني ولو كان الولد المتبنى مجهول النسب، وهذا بخلاف الطفل الملتقط الذي يثبت له النسب لمن ادعاه.

فالتشريع الجزائري إذًا وافق الشريعة الإسلامية في تحريم نظام التبني منعا من اختلاط الأنساب وتداخل الحقوق، لأن التبني يعطي كل الحقوق التي هي ثابتة للابن الحقيقي من نسب و تحريم ونفقة واجبة وميراث، وفي المقابل، فإن المشرع الجزائري يقر نظام الكفالة التي نظم أحكامها في المواد 116 إلى 125 من قانون الأسرة، حيث تتم بعقد شرعي أمام المحكمة أو أمام الموثق، و يستوي أن يكون الولد المكفول مجهول النسب أو معلومه[2].

والمشرع الجزائري بمنعه للتبني يتفق مع الشريعة الإسلامية في محاربة ظاهرة خطيرة لا تزال تنتشر في بعض المجتمعات، وهي ظاهرة تزيف الأنساب واختلاطها، بإلحاق طفل إلى غير نسبه الأصلي، سواء أكان معلوم الوالدين أو مجهولهما، لأن ذلك يعتبر تعديا على أنساب الغير وألقابهم. والقضاء الجزائري بكل مستوياته في عدة قضايا متعلقة بحالات التبني أصدر عدة قرارات بإلغاء التبني، وأبطل كل وثيقة تتضمن هذه الحالة بغض النظر عن الجهة الرسمية التي صدرت عنها. كما قامت المحكمة العليا في قراراتها المختلفة الصادرة عن غرفتها للأحوال الشخصية بإبطال التبني[3]. ويتشدد

[1] - المادة 41 من قانون الأسرة الجزائرية رقم 84-11 - خلوفي بشير، نظام التبني وموقف الشرائع السماوية وبعض الشرائع الوضعية منه، مذكرة التخرج.

[2] - ثبوت النسب ونفيه في القانون الجزائري، كلية الحقوق، جامعة جيجل، (http://www.startimes.com/)

[3] - المجلة القضائية للعدد الخاص 2001 ص:3 وما بعدها – وانظر خلوفي بشير، نظام التبني و موقف الشرائع السماوية وبعض الشرائع الوضعية منه، مذكرة التخرج.

المشرع الجزائري مع من يقوم بالإقرار أو الإدلاء لدى ضابط الحالة المدنية بتصريحات مزيفة تتعلق بطفل ليس ابنه الشرعي لإلحاقه بنسبه[1]، وقد نصت المادة:34 من قانون الحالة المدنية على أن كل شخص ورد ذكره في الوثيقة ولم تكن تصريحاته حقيقية يتعرض للعقوبة المنصوص عليها في نص المادة: 217 قانون العقوبات. وبعض الباحثين اقترح على المشرع الجزائري إدماج هذه المسألة ضمن الجرائم الواقعة على الأسرة ويحدد لها نصا عقابيا[2].

د ـ حكمة تحريم التبني في الشريعة الإسلامية :

ويمكن إجمال حِكم تحريم التبني فيما يلي:

ـ منع اختلاط الأنساب لأنه يؤدي إلى حرمان الطفل من نسبه الأصلي، قال تعالى: (**ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ**)[3].

ـ إقامة العلاقات الاجتماعية على العدل والحق والصدق، والتبني يخل بذلك لأنه نوع من الافتراء والكذب والإدعاء الباطل[4].

ـ التبني يحمّل الأقارب واجبات تترتب على النسب مثل النفقة والميراث والحرمة، لكن التبني يؤدي إلى الاطلاع على العورات والحرمات، وأخذ ما لا يُستحق وحرمان أصحاب الحق، فيجر ذلك إلى الشقاق والحقد بين أفراد القرابة وقطعِ صلة الرحم[5].

ـ إن الإسلام بتشريعاته الأسرية يضع تدابير وقائية لسد أسباب انتشار الفواحش في المجتمع، ويضيق من منافذ إنكار النسب، فكل من طفل ولد على فراش الزوجية استحق النسب الشرعي من أبيه، فعن مُحَمَّد بْن زِيَادٍ قَالَ:

---

[1] ـ لأن الشخص بهذا التصريح الكاذب تعدى على نسب الطفل، سواء أكان معلوم النسب أو مجهول النسب أو ابن زنا، كما يعتبر فعله مخالفا للحقيقة وتعديا على اللقب العائلي.

[2] ـ خلوفي بشير، نظام التبني و موقف الشرائع السماوية وبعض الشرائع الوضعية منه، مذكرة التخرج .

[3] ـ محمد أبو زهرة، **تنظيم الإسلام للمجتمع**، دار الفكر العربي، طبعة سنة 1965 ص: 139.

[4] ـ محمد مصطفى شلبي، **أحكام الأسرة في الإسلام**، ص:723.

[5] ـ محمد مصطفى شلبي، **أحكام الأسرة في الإسلام**، ص:723 و724.

سَمِعْتُ أَبَا هُرَيْرَةَ قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (**الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ**)[1].

ــ الإسلام بمنعه للتبني يصون حقوق وكرامة من جهل نسبه، فله أخوة الدين والولاء، يتمتع بكافة حقوقه المادية والمعنوية، ولا يتحمل أي إثم أو ذنب[2]، وليس هناك ما يمنعه من التمتع بحقوقه المدنية والسياسية، أو من تبوء مكانة سامية في المجتمع، وقد ظهر منهم في تاريخ المسلمين العلماء والقادة والحكام. وأما حديث الناس كما قال الشيخ أحمد حماني فلم يفلت منه أحد، ولو كان أصلح الناس نسبا، وهذه عائشة رضي الله عنها برأها الله مما قال السفهاء، وحكم أنه بهتان عظيم، والإسلام لا يصح فيه أن يحمل أحدٌ عن أحد ذنبَه. هذه هي التربية الإسلامية الصحيحة التي يجب أن يتربى عليها أبناء شعبنا المسلم، وكذلك كان المجتمع الإسلامي الصحيح، فإن فسد ذوق الناس، وزاغوا فلنعد بهم إلى الصراط السوي[3].

هـ ـ التفريق بين الكفالة والإقرار بالنسب:

فالكفالة التزام على وجه التبرع والإحسان والشفقة بضم ولد قاصر للنفقة عليه والقيام بشؤونه من وتربية ورعاية وتعليم، وهي مستحبة؛ أما التبني فهو اتخاذ ابن أو بنت للآخرين بمثابة الولد من النسب الصحيح، أي أن التبني هو أن يدعى شخص بنوة ولد معروف النسب أو مجهول النسب مع علمه بأنه ليس بابنه من صلبه فهذا أمر محرم ولا يصح في الشريعة الإسلامية، في حين أن الإقرار بالنسب أحكامه وشروطه معلومة ومحددة في الشريعة الإسلامية[4]، وقد تضمنته المادتان 44و45 من قانون الأسرة الجزائري، إذ نصت المادة:44 على: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة"، ونصت المادة:45 على: "الإقرار

---

[1] ـ رواه البخاري في كتاب الحدود، رقم:6818، ورواه في كتاب البيوع رقم:2053و2218، ورواه في كتاب الخصومات، رقم:2421، ورواه في كتاب الوصايا، رقم:2745، ورواه في كتاب المغازي، رقم:4303، ورواه في كتاب الفرائض رقم:6749و6765، ورواه في كتاب الأحكام رقم:7182 – ورواه مسلم في كتاب الرضاع رقم:2645 و2646.

[2] ـ قال تعالى: (**وَلا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى**)فاطر:18

[3] ـ أحمد حماني، **الفتاوى**، ج:1، ص:510.

[4] ـ محمد مصطفى شلبي، **أحكام الأسرة في الإسلام**، ص:714 وما بعدها.

بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه".

والإقرار هو أن يقر شخص صراحة أن ولدا معينا ابنا له بنسب صحيح وحقيقي وحالت ظروف معينة أجلت هذا الإقرار، كعقد تم دون تسجيله بين زوجين وأنجبا ولدا، أو أنكر الأب الولد فترة معينة ثم عاد وأعترف بأن عقدا شرعيا تم بينه وبين امرأة نتج عنه ولد شرعي[1].

ولقد نظم قانون الأسرة الجزائري أحكام الإقرار بالنسب، حيث اشترط لصحته شرطين هما: أن ينصب على شخص مجهول النسب، وأن يصدقه العقل أو تصدقه العادة[2]. حيث إن ثبوت النسب يجب أن يثبت بموجب حكم قضائي بعد إجراءات التحقيق التي يجب أن تبحث في شرعية وقانونية الزواج وفي قضية إثبات النسب[3] بخلاف الكفالة التي لا يثبت بها النسب ولا البنوة[4].

و ـ التفريق بين الكفالة والحضانة:

الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وصحته وخلقه[5]. وجاء تعريفها في قانون الأسرة الجزائري في المادة:62 ما نصه: "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظ صحة وخلقا". وهذا التعريف شامل لأهداف الحضانة وأسبابها ومستوعب لكل أفكارها[6].

---

[1] ـ أحمد لعور، نبيل صقر، **الدليل القانوني للأسرة**، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط سنة 2007م، ص:40 وما بعدها.

[2] ـ عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، ص:ص:215.

[3] ـ عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، ص:ص:216.

[4] ـ خلوفي بشير ، نظام التبني و موقف الشرائع السماوية و بعض الشرائع الوضعية منه، مذكرة التخرج

[5] ـ عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 3، سنة 1996م، ص:292و293 - رمضان علي السيد الشرنباصي، **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية**، منشورات الحلبي الحقوقية، ط سنة 2002م، ص:392و393.

[6] ـ عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، ص:293.

والحضانة واجبة، وهي أثر من آثار الطلاق[1]، وهي نوع ولاية وسلطة مثل الكفالة، لكن الشريعة الإسلامية أعطت في الحضانة الأولوية للنساء[2] لأنهن أشفق وأصبر على التربية، بخلاف الكفالة التي يتولاه الرجال والنساء[3]. والمشرع الجزائري حدد الأشخاص الذين لهم الحق في حضانة الولد واستوجب أن يكون بموجب حكم قضائي، مع مراعاة مصلحة المحضون، والحضانة لا تفقده نسبه الأصلي من والديه الشرعيين ولا يلحقه بنسب الحاضن، إذ العلاقة تبقى دائما في إطار الحضانة لا غير، إذ يمكن إسقاط الحضانة وانقضائها وفقا لما هو مقرر في أحكام الحضانة[4]، وعليه يستنتج أن نظام الكفالة نظام مختلف قائم بذاته تشترك مع الكفالة في الرعاية والحماية والحفظ، ولكن الكفالة تمارس من قبل أشخاص ليس بالضرورة أن تكون لهم صلة قرابة مع المكفول، بخلاف الحضانة فالأولوية فيها لقرابته من جهة أم المحضون ثم من جهة أب المحضون، ولذلك فأحكام الحضانة قائمة بذاتها وتؤدي غرض محدد دون المساس بنسب القاصر[5].

خامسا: عموم شمول الكفالة للطفولة المسعفة:

1 ـ كفالة اليتيم:

وأما كفالة اليتيم فهي أن يجعل الرجل اليتيم في بيته أو أن يتكفل به في غير بيته دون أن ينسبه إليه، ودون أن يحرم عليه الحلال أو أن يحل له الحرام كما هو في التبني، فلا يقاس كافل اليتيم على المتبني لفارق الشبه بينهما ولكون كفالة اليتيم مما حث عليه الإسلام لما فيها من الرحمة والرأفة به[6]، قال تعالى : **(وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ**

---

[1] ـ عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، ص:292.

[2] ـ نص قانون الأسرة في المادة 64 المعدلة بالأمر 05-02 على ما يلي: "الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة". والملاحظ أن ترتيب الحاضنين في نص المادة المعدلة مخالف لما هو مقرر في الفقه الإسلامي بخلاف المادة السابقة.

[3] ـ الشرنباصي، **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية**، ص:393.

[4] ـ المواد : 65 ، 66 ، و 67 ، 68 ، 70 قانون الأسرة الجزائري

[5] ـ خلوفي بشير، نظام التبني و موقف الشرائع السماوية و بعض الشرائع الوضعية منه، مذكرة التخرج

[6] ـ عبد الله علوان، **تربية الأولاد في الإسلام**، ج:1، ص:146.

الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ وَلَوْ شَاء اللَّهُ لأَعْنَتَكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ)[1]، وقال: **(وَآتُواْ الْيَتَامَى أَمْوَالَهُمْ وَلاَ تَتَبَدَّلُواْ الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ وَلاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَهُمْ إِلَى أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا)** [2]، وقال: **(وَابْتَلُواْ الْيَتَامَى حَتَّىَ إِذَا بَلَغُواْ النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُواْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلاَ تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُواْ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُواْ عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا)** [3]، وقال: **(إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا)** [4]، وقال: **(وَلاَ تَقْرَبُواْ مَالَ مَالَ الْيَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ)** [5]، وقال: **(وَلاَ تَقْرَبُواْ مَالَ الْيَتِيمِ الْيَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ)** [6]، وقال: **(كَلاَّ بَل لاَّ تُكْرِمُونَ الْيَتِيمَ)** [7]، وقال: **(فَأَمَّا الْيَتِيمَ فَلا تَقْهَرْ)** [8]، وقال: **(أَرَأَيْتَ الَّذِي يُكَذِّبُ بِالدِّينِ فَذَلِكَ الَّذِي يَدُعُّ الْيَتِيمَ)** [9].

وقد جعل الرسول صلى الله عليه وسلم كفالة اليتيم سبباً لمرافقته في الجنة، فعن عَنْ سَهْلِ بن سعد قَالَ: رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: **(وَأَنَا وَكَافِلُ الْيَتِيمِ فِي الْجَنَّةِ هَكَذَا وَأَشَارَ بِالسَّبَّابَةِ وَالْوُسْطَى وَفَرَّجَ بَيْنَهُمَا شَيْئًا)**[10]. ولكن يجب التنبيه على أن هؤلاء الأيتام إذا كانوا ذكورا متى بلغوا الحلم يجب فصلهم عن نساء الكافل وبناته، وإذا كن إناثا وجب مراقبة أبنائه سدا لذرائع الفساد. والنبي صلى الله عليه وسلم أمر بالتفريق بين الأولاد الصلبيين في فراش النوم فما بالك بين الأطفال المكفولين والأطفال الصلبيين، فعَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ

---

[1] - البقرة:220.

[2] - النساء:02.

[3] - النساء:06.

[4] - النساء:10.

[5] - الأنعام:152.

[6] - الإسراء:34.

[7] - الفجر:17.

[8] - الضحى:09.

[9] - الماعون:08.

[10] - رواه البخاري في كتاب الطلاق، باب اللعان، رقم:5304، وفي كتاب الأدب، باب فضل من يعول يتيما، رقم:6005 – ورواه مسلم عن أبي هريرة، كتاب الزهد والرقائق، باب الإحسان إلى الأرملة والمسكين واليتيم، رقم:5296.

قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: **(مُرُوا أَوْلَادَكُمْ بِالصَّلَاةِ وَهُمْ أَبْنَاءُ سَبْعِ سِنِينَ وَاضْرِبُوهُمْ عَلَيْهَا وَهُمْ أَبْنَاءُ عَشْرٍ وَفَرِّقُوا بَيْنَهُمْ فِي الْمَضَاجِعِ)**[1].

2 ـ كفالة اللقيط :

اللقيط لغة بسكون الفاف أو فتحها، ما وجد بعد الطلب، قال تعالى: **(فَالْتَقَطَهُ آلُ فِرْعَوْنَ لِيَكُونَ لَهُمْ عَدُوًّا وَحَزَنًا)**[2]، هو مولود حي حديث العهد بالولادة لا يعرف له أب و لا أم، طرحه أهله إما خوفا من الفقر، أو لعدم وجود من يرعاه، أو للتستر على الجريمة، أو لأي سبب آخر من الأسباب[3]، أو هو كل كل طفل غير بالغ ضل الطريق ولم يعرف له أهل أو نسب، سواء أكان ابن زني أم لا، وقد أوجبت الشريعة الإسلامية التقاطه، وحكمه أنه فرض كفاية على جماعة المسلمين، وإلا فهو فرض عين على من وجده ولم يكن هناك غيره، وهو أحق الناس بإمساكه إلا إذا لم يكن أهلا لرعايته كأن يكون غير أمين أو سيء الخلق والتدين[4].

واستنباطا من نصوص القرآن والسنة ومقاصدها فإن فقهاء الشريعة الإسلامية قرروا عدة أحكام تتعلق باللقيط لتوفير الحماية له، ومن بين هذه الأحكام: وجوب التقاطه إذا خيف عليه الهلاك، وأن الملتقط يكون أحق به من غيره إذا رغب في رعايته ولا ينزع منه إلا لضرورة تتعلق بمصلحة اللقيط، ويتحمل هو نفقته، وإذا أقر الملتقط بالنسب للقيط فإنه يثبت به[5]. وإذا لم يوجد من ينفق على اللقيط وكان فقيرا تحملت الدولة نفقته.

وقانون الأسرة لم يتعرض إلى أحكام اللقيط مجهول النسب، إلا من باب الإشارة فقط في باب النسب، ونجد قانون حالة المدنية نص في المادتين: 64 و67 على نسب اللقيط، وقانون العقوبات أوجب مساعدة كل طفل غير قادر على الحركة واعتبر الامتناع عن المساعدة جريمة معاقب عليها. وعموم نصوص

---

[1] ـ رواه أحمد في مسنده، رقم:6402 و6467 – ورواه أبو داود في كتاب الصلاة، رباب متى متى يؤمر الغلام بالصلاة، رقم:418.

[2] ـ القصص:18.

[3] ـ وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج:5، ص:764.

[4] ـ وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج:5، ص:765.

[5] ـ لأن الإقرار كما هو معلوم شرعا وقانونا يثبت به النسب متى صدقه العقل وجرت به العادة، وله شروط وتفصيلات موضحة ومفصلة عند فقهاء المذاهب. انظر وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج:7، ص:690 وما بعدها.

القانون الجزائري تشير إلى ما يتعلق بنسب اللقيط، فنجد المادة: 44 ق.أ.ج نصت على أنه: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب و لو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة "، وكذلك المادة:119 منه نصت على أن: "الولد المكفول إما يكون مجهول النسب أو معلوم النسب". أما المادة: 120 منه نفس القانون فتنص على: " يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية". وحسب نص المادة: 64 في الفقرة الرابعة من قانون الحالة المدنية فإنه على ضابط الحالة المدنية أن يعطي الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرِّح أية أسماء، يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي.

وبما أن اللقيط مجهول النسب، فمن مصلحته إثبات نسبه، فمن ادعى نسب اللقيط ثبت نسبه منه دون حاجة إلى بينة سواء أكان المدعي أم غيره متى صدقه العقل أو العادة وهي أحكام قررها الفقه الإسلامي[1] وأخذ بها المشرع الجزائري[2]، و إن ادعت امرأة أنها أم اللقيط فإنه يثبت نسبه منها بالدعوى إن كانت غير ذات زوج ولا معتدة أما إذا كانت ذات زوج أو معتدة فيشترط ثبوت نسبه منها تصديق الزوج أو إقامة البينة[3].

سادسا: آثار عقد الكفالة:

هناك عدة آثار تنتج عن الكفالة، وهي نوعان:

الأول: ما يكتسبه المكفول من الحقوق:

1 ـ الحق في الرعاية: يترتب عن الكفالة رعاية الطفل المكفول في جميع شؤونه، والقيام بأموره، وحسن تربيته[4] وتعليمه لا فرق بينه وبين غيره من الأطفال الذين يتربون في كنف أبويه الأصليين، كما تترتب عن الكفالة أيضا

[1] ـ هناك بعض الشروط والأحكام تتعلق بكيفية إثبات النسب بالإقرار مختلف فيها بين الفقهاء تراجع في محلها. انظر الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج:7، ص:693 و694. و، ج:5، ص:767.

[2] ـ انظر المادتين 44و45 من قانون الأسرة الجزائري اللتين سبق ذكرهما.

[3] ـ عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، ص:ص:216 وما بعدها ـ الشرنباصي، **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية**، ص:384 وما بعدها.

[4] ـ أحمد حماني، **الفتاوى**، ج:1، ص:516 و517.

الولاية القانونية عليه، وهو ما نصت عليه المادة 121 من ق.أ.ج: "تخوِّل الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي".

ومن قام بكفالة طفل وأنشأه نشأة صالحة وأنفق عليه وأوصى له بشيء من ماله إذا كان له وعلمه حتى بلغ سن الرشد كان له أجر عظيم عند الله تعالى[1]، وفي الحديث السابق قول رَسُول اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: **(وَأَنَا وَكَافِلُ الْيَتِيمِ فِي الْجَنَّةِ هَكَذَا وَأَشَارَ بِالسَّبَّابَةِ وَالْوُسْطَى وَفَرَّجَ بَيْنَهُمَا شَيْئًا)**[2]. والحديث يفيد عموم الكفالة لكل طفل محتاج إليها.

2 ـ الحق في الوصية والهبة والهدية:

حق الطفل المكفول من الاستفادة من عقود التبرعات، فله الحق في منح هبات وهدايا ووصية في حدود الثلث[3] من أملاك الكافل، تقول **المادة: 123** من ق.أ.ج: "يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، وإن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك، بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازه الورثة".

3 ـ الحق في إدارة وحماية أملاكه:

تمنح الكفالة للكافل الحق في إدارة أملاك الطفل المكفول إذا كان له مال، بما يحقق له منافعه، وأن يجتهد قدر استطاعته في عدم الإضرار بمصالحه أو تضييع أمواله وتبذيرها أو ينفق عليه منها إنفاقا 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".

النوع الثاني: ما لا يستحقه من الحقوق:

1 ـ عدم الحق في الإرث:

الشريعة الإسلامية تمنع توريث من ليس له حق الإرث كالمتبنى مثلا لأن الميراث له شروطه وأحكامه، ومن أسبابه القرابة، وفي تحريم التبني عدم الاعتداء على حقوق الغير لأن إقرار التبني وثبوت التوريث يجعل منه تعدي

[1] ـ أحمد حماني، **الفتاوى**، ج:1، ص:509 و510.

[2] ـ رواه البخاري في كتاب الطلاق، باب اللعان، رقم:5304، وفي كتاب الأدب، باب فضل من يعول يتيما، رقم:6005 – ورواه مسلم عن أبي هريرة، كتاب الزهد والرقائق، باب الإحسان إلى الأرملة والمسكين واليتيم، رقم:5296.

[3] ـ أحمد حماني، **الفتاوى**، ج:1، ص:513.

على تركة الغير بغير وجه حق، وهذا من شأنه أن يثير الضغينة والقطيعة والأحقاد بين الأقارب الحقيقين بسبب هذا الدخيل الذي اغتصب حقوقهم، إضافة إلى ما يتبع ذلك من الوعيد الشديد يوم القيامة، عَنْ أَبِي ذَرٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ سَمِعَ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: (**لَيْسَ مِنْ رَجُلٍ ادَّعَى لِغَيْرِ أَبِيهِ وَهُوَ يَعْلَمُهُ إِلَّا كَفَرَ وَمَنْ ادَّعَى قَوْمًا لَيْسَ لَهُ فِيهِمْ فَلْيَتَبَوَّأْ مَقْعَدَهُ مِنْ النَّارِ**) [1]، وفي رواية أخرى عن سعد بن أبي وقاص وَأَبِي بَكْرَةَ قَالَا سَمِعْنَا النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: (**مَنْ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ وَهُوَ يَعْلَمُ فَالْجَنَّةُ عَلَيْهِ حَرَامٌ**)[2]، وفي رواية لمسلم عَنْ أَبِي عُثْمَانَ قَالَ لَمَّا ادُّعِيَ زِيَادٌ لَقِيتُ أَبَا بَكْرَةَ فَقُلْتُ لَهُ مَا هَذَا الَّذِي صَنَعْتُمْ إِنِّي سَمِعْتُ سَعْدَ بْنَ أَبِي وَقَّاصٍ يَقُولُ سَمِعَ أُذُنَايَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَهُوَ يَقُولُ: (**مَنْ ادَّعَى أَبًا فِي الْإِسْلَامِ غَيْرَ أَبِيهِ يَعْلَمُ أَنَّهُ غَيْرُ أَبِيهِ فَالْجَنَّةُ عَلَيْهِ حَرَامٌ**) [3].

إذا فإن القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة أكد كل منهما على تحريم التبني وأبطلا ما كان سائدا قبل الإسلام، ولم يرتبا عليه أي أثر من ميراث[4] أو نسب أو حرمة، ومن اقترفه كان آثما عند الله تعالى إثما عظيما بإجماع المسلمين.

2 ـ عدم الحق في النسب:

إذا كان الطفل معلوم النسب من جهة الأبوين معا أو من جهة الأم فقط فإنه يحتفظ بنسبه الأصلي إلى أبيه أو إلى أمه. ولا يجوز لمن كفله أو التقطه ولا لضابط الحالة المدنية أو أية جهة رسمية أخرى أن تنسبه إلى الكافل أو للأسرة الكافلة، أو يُسجل في الدفتر العائلي حاملا اسم الكافل مثله مثل بقية الأولاد الصلبيين، لأن ذلك إعلان بالبنوة التي ترتب آثارا تتعلق بالميراث وتحريم الزواج وغيره وكل ذلك لا يجوز شرعا ولا قانونا[5].

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

[1] ـ رواه البخاري في كتاب المناقب، رقم:3508 – ورواه مسلم في كتاب الإيمان، رقم:93.

[2] ـ رواه البخاري في كتاب المغازي، رقم:4327 وفي كتاب الفرائض، رقم:6767 – ورواه مسلم في كتاب الإيمان، رقم:97.

[3] ـ رواه مسلم في كتاب الإيمان، رقم:95.

[4] ـ أحمد حماني، **الفتاوى**، ج:1، ص:513.

[5] ـ أحمد حماني، **الفتاوى**، ج:1، ص:506.

والتربية والتعليم والمعاملة الكريمة وهي حقوق كفلها لـه الإسلام دون أن تكون له بنوة، وقد ورد في الموطأ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ سُنَيْنٍ أَبِي جَمِيلَةَ رَجُلٌ مِنْ بَنِي سُلَيْمٍ أَنَّهُ وَجَدَ مَنْبُوذًا فِي زَمَانِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ قَالَ فَجِئْتُ بِهِ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَقَالَ مَا حَمَلَكَ عَلَى أَخْذِ هَذِهِ النَّسَمَةِ فَقَالَ وَجَدْتُهَا ضَائِعَةً فَأَخَذْتُهَا فَقَالَ لَهُ عَرِيفُهُ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ إِنَّهُ رَجُلٌ صَالِحٌ فَقَالَ لَهُ عُمَرُ أَكَذَلِكَ قَالَ نَعَمْ فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ اذْهَبْ فَهُوَ حُرٌّ وَلَكَ وَلَاؤُهُ وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ)[1]. فالمربي للمنبوذ معفى من النفقة والتربية، إذ يتكفل بهما بيت المال أو الدولة، ولكن له ولاء اللقيط، أي انتسابه على خلاف بين العلماء أهو له أم للمسلمين. فبعض العلماء يقول يختص مربيه بولائه، وبعضهم يقول بل يكون عاما لجميع المسلمين. فمثل هذه المعاملة السامية أفضل من أن يعيش الصغير على نسب مغشوش مزور إذا اكتشفه من بعد كان وقعه على نفسه أعظم مع ما يسببه للآخرين، من حرمان، ومع ما يحرمه عليه من حلال[2].

سابعا: مدى حق الطفل المكفول في اللقب:

يتبين مما سبق عرضه أن الشريعة الإسلامية حرمت التبني وسدت مفاسده ومنافذه غير الشرعية، لكنها فتحت مجالات أخرى تضمن بها رعاية كافية ورحيمة للأطفال المسعفين، ويتمثل ذلك في الكفالة التي تضمن حماية الأنساب وعدم اختلاطها. لكن الملاحظ في واقعنا الاجتماعي أن الأطفال المسعفين حتى ولو كانوا مكفولين يعانون من بعض الصعوبات عند كبرهم، منها استخراج الوثائق والتمدرس والتوظيف وما إلى ذلك، رغم كفالتهم من قبل مؤسسات الرعاية التي تشرف عليها الدولة أو الأسر التي قامت بكفالتهم. الشيء الذي دفع بعض الأسر إلى إعطاء اللقب العائلي، وهو لا يجوز ولو من باب الرحمة والشفقة. وبعضهم بدأ يبحث عن صيغ وأشكال من جهة لا تتصادم مع ما هو مقرر في الشريعة، ومن جهة أخرى تحقق مصلحة الطفل المكفول. علما أن هؤلاء الأطفال نتيجة الفقر والحرمان والإهمال معرضين للضياع والمتاجرة ونزع بعض أعضائهم الداخلية وتهريبهم إلى دول أجنبية، حيث طالعتنا الصحف الوطنية ببعض القضايا المتعلقة من هذا النوع وهي معروضة على المحاكم، وهي مظاهر غريبة عن تعاليم الإسلام وقيم مجتمعنا العريقة،

[1] - رواه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في المنبوذ، رقم:1223.
[2] - أحمد حماني، **الفتاوى**، ج:1، ص:517.

وهي تعبر عما تعانيه الطفولة المسعفة اليوم مما يتطلب اجتهادات فقهية في ضوء نصوص الشرع ومقاصده العامة دون الإخلال بما هو ثابت شرعا[1].

1 ـ فتوى الشيخ أحمد حماني في مسألة لقب المكفول:

أ ـ كيفية إعطاء لقب الكافل للمكفول:

أجاز الشيخ أحمد حماني إعطاء لقب العائلة للطفل الذي يتم كفالته من قبل تلك العائلة إذا لم يترتب عن ذلك منازعة في الحقوق المادية كالميراث وغيره، ولا يترتب حرمة نسب، حيث قال في إجابته على فتوى: (**إذا لم يكن هذا الانتساب سببا لاستحقاق الميراث، 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، فلنرب هذا الصغير على الرضا بالانتساب إلى هذه العائلة والاكتفاء بذلك، وهو مكسب عظيم**) [2].

ويوضح الشيخ حماني معنى حمل المكفول للقب العائلة بقوله: (**إذا انتفى كل ذلك[3] في هذه الحالة المسؤول عنها[4] بحيث لا يحمل في أوراقه اسم الأب، ولا اسم الأم، ولا حق له في الإرث كابن من الأبناء، ولا يحرم التزاوج بينه وبين كافليه، فلا مانع عن أن يحمل لقبا شائعا في أفراد كثيرين، فان 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،**

---

[1] ـ خلوفي بشير ، نظام التبني و موقف الشرائع السماوية و بعض الشرائع الوضعية منه، مذكرة التخرج

[2] ـ أحمد حماني، **الفتاوى**، ج:1، ص:506. وهو جواب عن سؤال تقدم به أحد السائلين.

[3] ـ أي التبني المنهي عنه شرعا، وهو أن يقال فلان بن فلان، ويترتب عنه النسب إلى الأب المتبني، أو للأم، ويترتب عليه أيضا حق الإرث، والحرمة في النكاح، فأبطل الإسلام كل ذلك.

[4] ـ أي جوابا على سؤال أحد المستفتين من مدينة قسنطينة الذي وجهه إليه في 12 أفريل 1981م.

كما جاء في الموطأ عن عمر بن الخطاب إذ قال لمن التقط منبوذا (خذه، فعلينا نفقته ولك ولاؤه). 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) [1].

ورفض الشيخ حماني أن يكتب اسم الطفل مجردا في شهادة ميلاده، وقال رحمه الله لما أرسلت إليه نسخة من شهادة الميلاد: (**بعثت إلينا بطاقة الزيادة التي كتب فيها في البلدية فوجدناها، لا اسم فيها للأب ولا للأم، ونحن لا نوافق على كتابة اسم اللقيط – في دور الحضانة فقط – وينبغي أن يكتب اسم خيالي، بأمه وأبيه بما شملهم، مثل: ابن عبد الله، أو عبيد الله، أو الهامل، أو العاصي، وما شابه ذلك. وكذلك اسم إلام، فليكتب في خانتها، امة الله، أو هنية، أو أم سعد، أو العاصية أو نحو ذلك من الأسماء الخيالية أو البلد. وإما لقبه، فإنه مادام من موالينا فينبغي نسبته إلى قبيلة من القبائل، أو إلى الموضع الذي ولد فيه، أو وجد فيه، أو المدينة مما يعرف ولا ينكر، وبهذا يخفف بعض الشيء مما يلقاه في المجتمع إذا كبر وإن كان عند الله لا يضره ذلك، ولا ينفعه، وإنما المرء بعمله لا بحسبه ولا نسبه)** [2].

ب ـ استدلال الشيخ حماني على الجواز:

ب1 ـ العرف:

العرف الذي كان سائدا في العرب وأقره الإسلام، فقال الشيخ حماني: (**ودليل جواز انتساب المرء إلى غير أهله أن العرب كانوا يسمحون به، حيث ينتسب إلى القبيلة من ليس من أهلها وإنما انتسب إليهم بالحلف والولاء أو الإسلام على يد أحد أبنائها، فهذا يدل على أن المحرم أنما هو الإعلان بالبنوة وترتب آثار البنوة عليها من الميراث وتحريم الزواج، الخ...)** [3].

ب2 ـ عمل الصحابة:

ومما استدل به الشيخ حماني من الآثار ما ورد عَنْ سُنَيْنٍ أَبِي جَمِيلَةَ رَجُلٌ مِنْ بَنِي سُلَيْمٍ **أَنَّهُ وَجَدَ مَنْبُوذًا فِي زَمَانِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ قَالَ فَجِئْتُ بِهِ**

[1] ـ أحمد حماني، **الفتاوى**، ج:1، ص:507 و508.

[2] ـ أحمد حماني، **الفتاوى**، ج:1، ص:510. في سؤال وجه إليه من امرأة وهي أرملة شهيد ليس لها ولد كفلت طفلا وتريد تغيير لقبه فأجابها رحمه الله تعالى وذلك في 10 جانفي 1988م.

[3] ـ أحمد حماني، **الفتاوى**، ج:1، ص:506.

إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَقَالَ مَا حَمَلَكَ عَلَى أَخْذِ هَذِهِ النَّسَمَةِ فَقَالَ وَجَدْتُهَا ضَائِعَةً فَأَخَذْتُهَا فَقَالَ لَهُ عَرِيفُهُ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ إِنَّهُ رَجُلٌ صَالِحٌ فَقَالَ لَهُ عُمَرُ أَكَذَلِكَ قَالَ نَعَمْ فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ اذْهَبْ فَهُوَ حُرٌّ وَلَكَ وَلَاؤُهُ وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ)[1]. فمثل هذه المعاملة السامية أفضل من أن يعيش الصغير على نسب مغشوش مزور إذا اكتشفه من بعد كان وقعه عليه أعظم، مع ما يسببه للآخرين من حرمان وتعدي على الحرمات. ويعلق الشيخ حماني على قول عمر بن الخطاب **(وَلَكَ وَلَاؤُهُ)** بأنه يفتح باب صحة الانتساب، ويتعجب من الذين ينكرون ذلك، فالله سبحانه لم يؤاخذ اللقيط بما فعله أبواه ولم يكتب عليه أن يعلن لكل الناس لأنه لقيط بأن يكتب فوق جبينه: "هذا لقيط "، بل انه جعل له الحق في نسبة يرجع إليها فهو أخ لنا في الدين، وهذا يشمل الأخوة العامة والأخوة لأحدهم، فردا أو قبيلة، أو يكون مولى، قال تعالى: (فان لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم)، وهذا معنى قول عمر في قوله: هو حر لا عبودية لأحد عليه وقوله **(وَلَكَ وَلَاؤُهُ)** أي ينتسب إليك، كما ينتسب الولي فليزمك عقله ولك ارثه إن مات وكل ما يلزمه الولاء، ثم يبين أن العلماء منهم من يجعل ذلك لبيت مال المسلمين، لكن رأي عمر أجدر لأنه من الخلفاء الراشدين، ولأن هذا معهودا في العرب قبل الإسلام وبعد الإسلام وقد قال النبي عليه الصلاة والسلام: **(مَوْلَى الْقَوْمِ مِنْهُم**[2]).

---

[1] - سبق تخريجه.

[2] - ونص الحديث: **(إن مولى القوم منهم، وحليفهم منهم)**، جاء في نصب الراية أن الحديث روي من حديث رفاعة بن رافع الزرقي، ومن حديث أبي هريرة، ومن حديث عمرو بن عوف، ومن حديث عتبة بن غزوان. فحديث رفاعة بن رافع: رواه أحمد في مسنده، وابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب الأدب بلفظ: (مولى القوم منهم، وابن أختهم منهم، وحليفهم منهم، ومن طريق ابن أبي شيبة، رواه الطبراني في معجمه، ورواه الحاكم في المستدرك في تفسير سورة الأنفال، وقال: حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه، ورواه البخاري في كتابه المفرد في الأدب، وأما حديث أبي هريرة: فرواه البزار في مسنده بلفظ: (حليف القوم منهم، وابن أختهم منهم)، وأما حديث عمرو بن عوف: فرواه الدارمي وابن أبي شيبة، وإسحاق بن راهويه في مسانيدهم، والطبراني في معجمه بلفظ: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان قاعداً معهم، فدخل بينهم، ثم قال: "أدخلوا عليّ، ولا يدخل عليّ إلا قرشي" ، قال: فتساللت فدخلت، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "يا معشر قريش هل معكم أحد ليس منكم" ؟ قالوا: يا رسول الله معنا ابن الأخت، والمولى، والحليف، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ابن أخت القوم منهم، وحليفهم منهم، ومولاهم منهم)، ومن طريق ابن أبي شيبة رواه إبراهيم الحربي في كتابه غريب الحديث، ثم قال: والحليف أيمان كانوا يتحالفونها على أن يلزم بعضهم بعضاً، وأما حديث عتبة بن غزوان : فرواه الطبراني في معجمه بلفظ: (ابن أخت القوم منهم، وحليف القوم منهم)، ورواه ابن سعد في الطبقات. جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي (المتوفى : 762هـ)، **نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته**

ثم يستشهد الشيخ حماني بما كان سائدا في الصدر الأول من الإسلام حيث إن موالي رسول الله معدودون في آل البيت وتحرم عليهم الصدقة وقد أراد قوم من عائشة رضي الله عنها أن يكون لهم ولاء بريرة[1] فأبى رسول الله ورفض شرطهم، وخاطب المسلمين: (إن الولاء لمن أعتق)[2]، وهكذا جرى المسلمون وكان عمار بن ياسر من موالي بني مخزوم فهو قريشي مخزومي وكثيرا ما نجد في عظماء المسلمين من يقال فيه فلان من بني فلان، وقد ينتسب إليهم بالحلف كما إذا حالف أحد أبناء القبيلة فيحسب منها وينتسب إليها لمجرد الحلف فيحسب من قريش وما هو في الأصل من قريش بل انه مشهور إلى غيرهم فليس هذا ممنوعا ولا باطلا وقد توسعوا إلى أكثر من ذلك فصار بعض الأعاجم إذا دخل في الإسلام على يد رجل عربي انتسب إلى قبيلته ومن أمثلة ذلك عالم الأندلس الكبير (يحيى بن يحيى الليثي[3]) نسب إلى بني ليث وهي قبيلة

بغية الألمعي في تخريج الزيلعي، تحقيق محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، لبنان/ دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، السعودية، الطبعة الأولى، 1418هـ/1997م، ج:4، ص:148. بتصرف.

[1] - بريرة مولاة عائشة بنت أبي بكر الصديق رضي الله تعالى عنهم، كانت مولاة لبعض بني هلال فكاتبوها، ثم باعوها من عائشة رضي الله عنها. ذكرت كتب السيرة والسنة فضائل كثيرة للصحابية بريرة، وكانت تخدم أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها ورسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، وتصاحبها في الأسفار، وتشارك مع الصحابيات الأخريات لسقاية المجاهدين، ومداواة الجرحى، عرفت ببطولة وشجاعة نادرة. وكانت مثالاً في الكرم والجود والعطاء والزهد والتقوى. وكان لها موقف مشرف في حادثة الإفك، قبل نزول البراءة من الله تعالى. ولها قصة مع زوجها مغيث. وعن عبد الملك بن مروان قال: كنت أجالس بريرة بالمدينة قبل أن ألي هذا الأمر، فكانت تقول: يا عبد الملك، إني لأرى فيك خصالاً، وخليق أن تلي أمر هذه الأمة، فإن وليته فاحذر الدماء؛ فإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: (إن الرجل ليدفع عن باب الجنة أن ينظر إليها على محجمة من دم يريقه من مسلم بغير حق). توفيت رضي الله عنها، في زمن خلافة يزيد بن معاوية. لها حديث عند النسائي، روى عنها عبد الملك بن مروان وغيره، تكلم على حديثها ابن خزيمة وغيره بفوائد جمة. (ابن حجر، أحمد بن علي أبو الفضل العسقلاني الشافعي، **الإصابة في تمييز الصحابة**، تحقيق علي محمد البجاوي، دار الجيل، سنة النشر 1412 – 1992، بيروت، ج:7، ص:534 - ابن الأثير، أبو الحسن علي بن محمد بن عبد الكريم بن عبد الواحد الشيباني الجزري، **أسد الغابة**، دار إحياء التراث العربي، بيروت / لبنان، سنة النشر:1417 هـ - 1996م، الطبعة:الأولى، تحقيق عادل أحمد الرفاعي، ج:7، ص:42).

[2] - رواه مالك في الموطأ في كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخيار، رقم:1028.

[3] - يحيى بن يحيى بن كثير بن بن وسلاس بن شملال بن منغايا، **الإِمَامُ الكَبِيْرُ، فَقِيْهُ الأَنْدَلُس، أَبُو مُحَمَّدٍ اللَّيْثِيُّ، ، الأَنْدَلُسِيُّ، القُرْطُبِيُّ، المَصْمُوْدِيُّ البَرْبَرِيُّ** من قبيلة مصمودة البربرية، كان مولى لبني ليث من قبيلة كنانة العربية فانتسب إليهم، ولد سنة

عربية لأن جده أسلم على يد أحدهم فانتسب فيهم وإن كانت قبيلته في البربر شهيرة غير مغمورة وهي قبيلة (مصمودة[1]) ولهذا انتسب إليها أيضا.

---

152 هـ، هو إمام وفقيه الأندلس صاحب رواية للموطأ التي تعد من أشهر الروايات. سمع من الفقيه زياد بن عبد الرحمن شبطون ويحيى بن مضر وطائفة ثم رحل وهو ابن ثمان وعشرين سنة إلى المشرق، فسمع مالكا بن أنس، وكان مالك يسميه عاقل الأندلس، سمع بمكة من سفيان بن عيينة، وبمصر من الليث بن سعد وعبد الرحمن بن القاسم وعبد الله بن وهب، ثم حج ورجع إلى المدينة ليزداد من مالك، فوجده في مرض الموت، فأقام إلى أن توفاه الله، وشهد جنازته. وتفقه بالمدنيين والمصريين من أكابر أصحاب مالك بن أنس بعد انتفاعه بمالك وملازمته. رجع إلى قرطبة فتصدر العلم والفتيا فيها، وكان كبير الشأن له هيبة واحترام عند الأمراء والعامة، عفيفا متنزها، أثنى عليه علماء كثيرون، وإليه انتهت الرياسة بالفقه في الأندلس، ونشر فيها مذهب مالك. وتفقه به جماعة لا يحصون، وروى عنه غير واحد؛ منهم ابناه عبيد الله، وإسحاق، وأبو عبد الله محمد بن وضاح، وزياد بن محمد بن زياد شبطون، وإبراهيم بن قاسم بن هلال، ومحمد بن أحمد العتبي، وإبراهيم ابن محمد بن باز، ويحيى بن حجاج، ومطرف بن عبد الرحمن، وغيرهم. وكانت وفاته رحمه الله سنة 234 هـ وله 82 سنة. (شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد الذَهَبي، **سير أعلام النبلاء**، تحقيق مجموعة محققين بإشراف شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، ج:20، ص:14 وما بعدها - أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان، **وفيات الأعيان وأنباء الزمان**، دار الثقافة، طبعة سنة 1968م، تحقيق د.إحسان عباس، ج:7، ص:143 وما بعدها).

[1] - مصمودة هي أكبر مجموعة قبلية أمازيغية مغاربية، يتواجد المصامدة بشكل أساسي في جبال الأطلس الكبير والصغير وصاغرو، وسهول سوس والحوز وتادلا، وهضاب حاحا، حوض درعة، كما يتواجدون في مناطق غرب الجزائر . وهم يشكلون نسبة مهمة من سكان المغرب و الجزائر. ورد في كتاب "قلائد الجمان في التعريف بقبائل عرب الزمان" للقلقشندي: (مصمودة من البرانس: مصمودة، بفتح الميم وسكون الصاد المهملة وضم الميم وفتح الدال المهملة وهاء في الآخر، وهم: بنو مصمودة بن برنس بن بربر، قال في العبر: وهم أكثر قبائل البربر، وأوفرهم عدداً، وأوسعهم شعوباً، وبلادهم أقاصي المغرب. قال: ومنهم، الموحدون، أصحاب المهدي بن تومرت. و منهم أبو حفص، أحد العشرة أصحاب ابن تومرت. ومن عقبه ملوك إفريقية، ومنهم العُمريين من بني عدي من قريش الذين يدعون النسبة إلى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب، وأن من النسابة من يزعم أنهم من بني عدي، رهط أمير المؤمنين، لا من عقبه. وأول من ملك منهم: الشيخ أبو محمد بن الشيخ أبي حفص سنة ثلاث وستمائة، نيابة عن بني عبد المؤمن، خليفة المهدي بن تومرت، وتوالت في عقب الشيخ أبي حفص المذكور إلى أن ملك منهم أبو عبد الله محمد بن أبي زكريا يحيى، وتلقب بالمستنصر بالله، وهو أول من تلقب منهم بالخلافة، ثم تواترت في أعقابهم وهم يتلقبون بألقاب الخلافة إلى أن ملك أبو فارس عزوز في شعبان سنة ست وثمانمائة، وهو أبو فارس بن السلطان أبي العباس أحمد، ابن السلطان أبي بكر بن يحيى، ابن إبراهيم بن عبد الواحد، ابن الشيخ أبي حفص). أحمد بن علي القلقشندي، **قلائد الجمان في التعريف بقبائل عرب الزمان**، ص:86.

وأيضا محمد بن إسماعيل البخاري رجل الحديث العظيم أسلم جده الأعجمي على يد أحد رجال اليمن فانتسب إلى قبيلته فقيل فيه الجعفي وهذا كثير جدا. فالانتساب إلى القبيلة قد يكون بالأصالة فيقال فيه: منهم صليبة وقد يقولون منهم بالولاء وإذا كانوا قد اعتقوه أو أعتقوا أباه أو جده، وقد يكون منهم بالحلف إذا كان حليفا لهم أو جده حليفا لهم وقد يكون منهم بمجرد أنه اسلم أو جده أسلم على يد أحدهم، ومثل هذه النسبة صحيحة سليمة لأنها جارية على القواعد في الانتساب ولا زور فيها ولا فجور..... وفي رأي الشيخ أنه يمكن اليوم جعل العائلة ذات اللقب الكبير الشامل لمئات الأسماء بل للآلاف مثل القبيلة قديما مثل قبائل الانتساب إلى المدينة أو الجهة واسع لا غبار عليه. ولا شك أن بعض القبائل كانت ذات عدد كبير مثل مخزوم وبني أمية وبعضها كانت دونها مثل تيم وإذا قيل: إن بلالا تيمي فليس معنى هذا أن بني تيم ولدوه وهذا شأن الألقاب الحديثة في بلادنا فإذا انتسب إليهم فقد يكون ابنهم صليبة وقد يكون مجرد ولاء[1].

وبين الشيخ حماني أن الممنوع بتاتا في التبني هو أن يُجعل للطفل أب لم يلده أو أم لم تلده، وأن يترتب على هذه البنوة والأمومة حقوق لا يستحقها يحرم حلالا لم يحرمه الشارع ويحل حراما لم يحله، ثم ذكر رحمه الله تعالى أنه لو "اخترع للقيط اسم أب خيالي يصدق عليه أنه ابن عبد الله أو عبد الله أو اسم أم، ابن أمة الله فإني لا أرى بأسا بهذا الخيال ما لم يضر بأحد أو يوهم بأنه ابنه فإذا ساعد مثل هذا الخيال دون مضرة بأحد ولا تحليل حرام أو تحريم حلال فأي مضرة في ذلك وهذا ما كنت سئلت عنه فأجبت بالفحوى وكلامي معروض لذوي العلم ومن رأى غيره فليدل بحجة وحسبنا الله ونعم الوكيل"[2].

2 ـ استنتاج وتوظيف لفتوى الشيخ أحمد حماني:

استنادا إلى ما ذهب إليه الشيخ أحمد حماني في فتواه يمكن استخلاص ما يلي:

أ ـ جواز إعطاء لقب العائلة الكبير إلى الطفل المكفول مجهول النسب وقد كان معمولا به في الإسلام، دون أن تترتب عليه بنوة أو يوهم حمله للقب

[1] ـ أحمد حماني، **الفتاوى**، ج:1، ص:518. مع بعض التصرف في النقل.

[2] ـ أحمد حماني، **الفتاوى**، ج:1، ص:519. بتصرف قليل

انتسابه للمكفول. لأن الإسلام يحرص على انتساب كل نسل إلى أصله وهو مقصد شرعي عظيم[1].

أما إذا كان الطفل المكفول معلوم النسب من الجهتين أو من جهة الأم بلقبه الأصلي لا يجوز تسجيله من طرف ضابط الحالة المدنية في الدفتر العائلي لكفليه كما هو مقرر في التشريع الجزائري.

ب - يمكن وضع اسم الطفل المكفول مجهول النسب في الدفتر العائلي للأسرة الكافلة في أوراق إضافية تزاد من قبل مصلحة الحالة المدنية تحمل تلك الأوراق عنوان: "الطفل المكفول" حيث تبين بوضوح أنه طفل مكفول[2]، وهو أمر لا يصادم نصا شرعيا ولا يحل حراما ولا يحرم حلالا، وذلك ييسر للطفل المكفول تسوية أوراقه الإدارية واستخراج وثائق الحالة المدنية بسهولة إذا احتاج إليها عند الدخول المدرسي أو التوظيف أو الخدمة الوطنية أو الزواج أو غيره. وذلك يمكنه من الاندماج في الوسط الاجتماعي وممارسة شؤونه دون حرج وبصفة طبيعية وعادية وقانونية.

ج - ضرورة توضيح في شهادة الميلاد التي تعطى له والتي تستخرج من ذلك الدفتر العائلي المشار إليه أعلاه عبارة "مكفول من عائلة كذا" ويذكر لقب

---

[1] - بين ابن عاشور أن العلماء تكلموا عن حفظ النسل، وبينوا طرق حفظه، لكنهم لم يحددوا معناه بدقة، لذلك بين حقيقته فقال:" وأما حفظ الإنسان، ويعبر عنه بحفظ النسل فقد أطلقه العلماء ولم يبينوا المقصود منه و نحن نفصل القول فيه. وذلك أنه إن أريد به حفظ الإنسان أي النسل من التعطيل فظاهر عده من الضروري..... وأما إن أريد بحفظ النسب حفظ انتساب النسل إلى أصله، وهو الذي لأجله شرعت قواعد الأنكحة و حرم الزنا و فرض له الحد". ويفهم من قول ابن عاشور أنه جعل للنسل معنيين: الأول: حفظ النسل من التعطيل: وهو بهذا المعنى يرتقي إلى مرتبة الضروري، لما يترتب عن تعطيل النسل إلى تقليل النوع الإنساني على وجه الأرض، وهو فساد كبير. وقد بين ابن عاشور وسائل حفظ النسل بهذا المعنى، بمنع الشريعة استئصال أعضاء التناسل للذكر والأنثى، وترك الزواج ولو بقصد التفرغ للعبادة، فقال:" فيجب أن تحفظ ذكور الأمة من الاختصاء مثلا و من ترك مباشرة النساء باطراد العزوبة و نحو ذلك. و أن تحفظ إناث الأمة من قطع أعضاء الرحم التي بها الولادة، و من تفشي إفساد الحمل في وقت العلوق، وقطع الثدي فإنه يكثر الموتان في الأطفال ليعبر الإرضاع الصناعي على كثير من النساء وتعذره في البوادي ". والثاني: حفظ النسل بانتسابه إلى أصله: أي بعدم اختلاط الأنساب، فينسب كل مولود إلى أبيه وأمه. وقد وردت نصوص كثيرة من السنة تنهى أن ينتسب الشخص إلى غير أصله الحقيقي. (ابن عاشور، مقاصد الشريعة، ص:81.)

[2] - وهو مطلب نادى به منذ مدة بعض الناشطين في مجال حقوق الطفل.

العائلة، ويذكر اسمه الخاص به الذي وضع له من قبل ضابط الحالة المدنية عند ولادته.

تنبيه وتوجيه:إن الاجتهاد في توفير الحقوق المادية والمعنوية للطفل المكفول أو المسعف أو الطفل المولود خارج العلاقة الزوجية لا يعني التجاسر على أحكام الشريعة الواضحة الثابتة بتحليل الحرام أو بتحريم الحلال، كمسألة التحايل على التبني بطرق معينة التي تترتب عليها تزييف النسب.

هذا وإن المسألة مراعاة حقوق الطفل المسعف تحتاج إلى مزيد من الاجتهاد الفقهي والتشاور بين الفقهاء والقانونيين والنفسانيين في إطار مبادئ الشريعة السمحة دون الإخلال بقواعدها الثابتة من أجل ضمان حماية أفضل وكافية للطفل المسعف. لكن دون تعدي على الحدود التي رسمتها الشريعة الإسلامية بحيث يُمنح النسب للطفل المكفول فتتصادم الحقوق كما ينادي بذلك بعض المبالغين من الحقوقيين الناشطين في مجال حقوق الطفل.

فالمجال واسع فيما سكتت عنه الشريعة ولم تنص عليه أن تنصب فيه اجتهادات المختصين في الشريعة والقانونيين والحقوقيين في وضع آليات جديدة لحماية الطفل المكفول وضمان حقوقه المادية والمعنوية بما لا يتعارض مع الشريعة، وتمكينه من الاندماج في المجتمع، وتأهيله نفسيا وتربويا وجسديا لأن يكون عنصرا إيجابيا مفيدا.

ثامنا: شروط الكفالة:

1 ـ شروط الكافل:

وضع قانون الأسرة الجزائري[1] عدة شروط لمن يتولى كفالة طفل، وهي:

أ ــ أن يكون مسلما. فلا تسند الكفالة للكافر ولو كان مقيما بالتراب الوطني.

ج ـ أن يكون أهلا وقادرا على القيام بشؤون القاصر من الناحية الجسدية والنفسية. فمن كان مريضا أو معوقا لا يمكن له القيام بشؤون نفسه فضلا عن شؤون غيره.

[1] - في **المادة 118** من ق.أ.ج ونصها: "يشترط أن يكون الكافل مسلما، عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته".

وهذه الشروط تتوافق مع أحكام الفقه الإسلامي، وهي شروط عامة في الحاضن والكافل والولي[1] على اختلاف يسير ببعضها، ويمكن إضافة شرطي الأمانة للكافل وأن يكون المكان أو البيت آمنا لسلامة المكفول ولضمان تربية ورعاية حسنة له. وهي شروط مقررة في الفقه الإسلامية وهي عامة في كل من يتولى تربية ورعاية الطفل سواء أكان كافلا أم حاضنا أو مربيا[2].

2 ـ شروط المكفول:

والكفالة تشمل الطفل المعلوم النسب أو مجهول النسب، وهو ما نصت عليه **المادة 119** من قانون الأسرة الجزائري: **"الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب"**.

وشروطه التي اجتهد في وضعها المشرع الجزائري هي:

أ ـ أن لا يكون المكفول قد بلغ سن الترشيد المدني حسب القانون المدني، أي 19 سنة كاملة عند تقديم الطلب.

ب ـ يشترط لصحة كفالة الطفل المعلوم النسب رضا الوالدين البيولوجيين.

ج ـ يشترط في حالة تسليم الطفل القاصر ذكرا كان أو أنثى من طرف مركز الطفولة المسعفة إلى الكافل تقديم شهادة الوضع التي تسلمها مديريات النشاط الاجتماعي التابعة لوزارة التضامن الوطني و الأسرة أو الجالية الوطنية بالخارج. أما إذا كان الطفل قد سلم من طرف الأم البيولوجية مباشرة للكافل، فيشترط موافقتها إذا كانت معلومة.

د ـ تتم كفالة الأطفال القصر مجهولي النسب بالإقليم الوطني، و يشار إلى ذلك بالعقد التوثيقي أو الأمر الولائي الذي يصدره القاضي في الأصل حماية لهذه الفئة من الأطفال، غير أنه يجوز للقاضي أن يأذن بكفالة الطفل خارج التراب الوطني للجزائريين أو الجزائريات المقيمين بالخارج بعد التأكد من توافر الشروط وبعلم وموافقة الجهة الوصية المخولة قانونا الإشراف على شؤون هذه الفئة.

---

[1] ـ محمد بن رشد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط:6، سنة 1403 هـ/1983م، ج:2، ص:12.

[2] ـ الشرنباصي، **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية**، ص:404.

هـ ـ لا يجوز إسناد كفالة طفل قاصر مجهول النسب لأجنبي أو أجنبية.

3 ـ شروط عقد الكفالة:

أ ـ وجوب توثيق وتحرير عقد الكفالة كتابيا في عقد شرعي.

ب ـ تمنح الكفالة بحضور قاضي أو موثق، برضا الطفل، إذا كان لهذا الأخير أب أو أم.

تاسعا: سقوط الكفالة وإلغاؤها أو التخلي عنها:

نصت **المادة 125** من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة وأن يكون بعلم النيابة العامة وفي حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بذلك وإلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية".

أي أن التخلي عن الكفالة أو إلغائها لأسباب كالإهمال مثلا يتم أمام نفس الجهة التي أمرت بها (الموثق أو القاضي).

وفي حالة وفاة الكافل يحق للورثة المطالبة بهذا الحق، وفي حالة رفضهم تسند الكفالة لجهة القانونية المكلف برعاية هده الفئة، أي الطفولة المسعفة.

الخاتمة:

هذه بعض الأحكام التي تتعلق بالكفالة فقها وقانونا، والغرض من ذلك كيفية ضمان حماية كافية للطفل المكفول، وتوفير رعاية وخدمة وتربية صالحة له، تساعده على الاندماج الطبيعي في المجتمع، والتمتع بنفس الحقوق التي يتمتع بها بقية أطفال المجتمع. والفقه الإسلامي قد نص على أحكام واضحة تتعلق بكفالة الطفل التي لا يجوز التعدي عليها لأنها ثابتة بنصوص شرعية واضحة الدلالة، لكن يمكن أن يكون اجتهاد فيما يتعلق بتوفير حماية ورعاية أكثر للطفل المكفول حتى لا تضيع حقوقه في المجتمع عن طريق التشاور بين المختصين في الشريعة الإسلامية والقانون والناشطين في حقوق الطفل للتوصل إلى إجراءات ووسائل واقتراحات كفيلة للارتقاء بهم. ويبقى دور العائلات والأفراد والمنظمات والجمعيات مهما جدا في الإحسان إلى هؤلاء الأطفال والرفق بهم والتكفل بهم ماديا ومعنويا حتى ينشئوا نشأة سوية تؤهلهم لأن يكونوا عناصر صالحا ومؤهلة تسهم في بناء وطنها.