

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

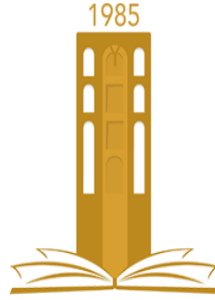
جامعة محمد بوضياف المسيلة

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية

تخصص: قانون الأسرة

كلية: الحقوق والعلوم السياسية

قسم: الحقوق



جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي

إعداد الطالبتين : _ بوساق العالية

_ بوضياف سوسن

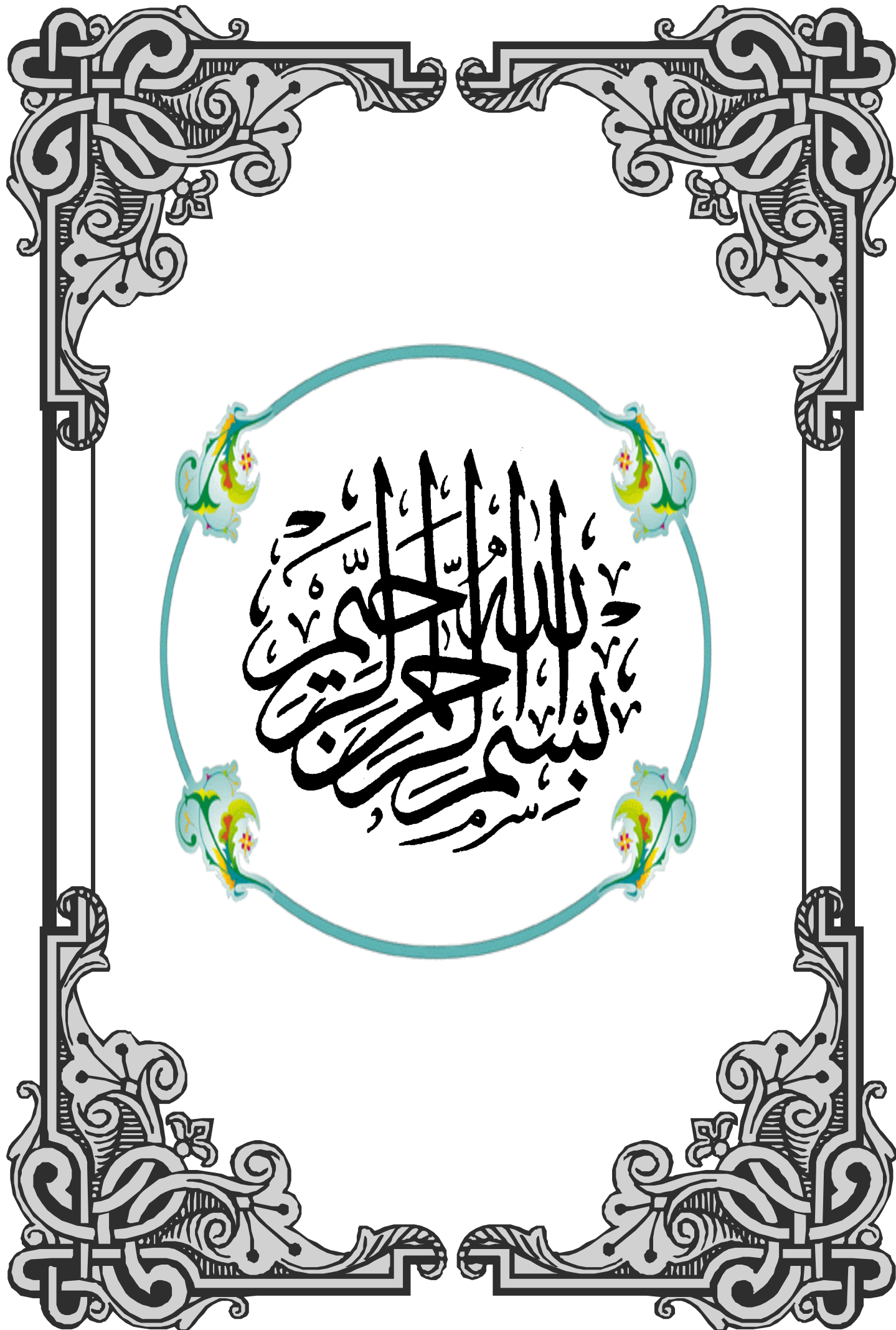
نزلت عنهن

آليات حماية مجهول النسب في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
والقوانين المقارنة

لجنة المناقشة :

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
		جامعة محمد بوضياف المسيلة	رئيسا
شرفة سامية	أستاذة محاضرة _ ب_	جامعة محمد بوضياف المسيلة	مشرفا ومقررا
		جامعة محمد بوضياف المسيلة	مناقشا

السنة الجامعية : 2021 / 2020 م





شكر وعرفان

بعد إتمام هذا البحث بعون الله وتوفيقه نجد أنفسنا ملزمين
بالإعتراف والتقدير والشكر الجزيل، لمن كان لها الفضل
الكبير بعد الله سبحانه وتعالى في إنجاز هذا البحث و إتمامه
الأستاذة المشرفة الفاضلة " الدكتورة شرفة سامية " التي
رافقتنا في كل كبيرة وصغيرة من أجل إتمام هذا العمل كما
نتقدم بالشكر إلى كل أساتذة وعمال كلية الحقوق في جامعة
المسيلة

إلى كل من مدى لنا يد المساعدة من قريب أو بعيد أساتذة و
زميلات وزملاء.

كما لا يفوتنا أن نشكر أعضاء لجنة المناقشة الموقرة لقبولهم
سيعت النظر في مذكرتنا وتخصيص جزءا من وقتهم لقراءتها
وتصويبها، حفظهم الله جميع.





إلى

إلى من كلله الله بالوقار ، إلى من علمني العطاء بدون انتظار إلى من أحمل إسمه بكل إفتخار إلى أبي رحمه الله وأسكنه فسيح جناته.

إلى من أرضعتني الحب والحنان إلى رمز الحب والسعادة والأمان إلى من أنارت دربي أمي الغالية حفظها الله ورعاها.

إلى إخوتي سعيد، علي، مبارك، خيرالدين إلى جميع زوجاتهم وأبنائهم.

إلى أخواتي ورفيقاتي في هذه الحياة البتول، يمينه، إسمهان، فطوم، هيبه إلى أزواجهم وأبنائهم.

إلى زملائي وزميلاتي في العمل وفي الدراسة دون استثناء.

إلى أبنائي في القسم كل واحد باسمه.

إلى من شاركتني هذا العمل أختي وصديقتي سوسن بوضياف.

إلى كل من أعرفهم ويعرفونني، إلى من أتمنى أن تبقى صورهم في ذاكرتي أهدي لكل هؤلاء عملي هذا.

العالية

إلى

إلى روح جدي وجدتي طيب الله ثراهم واسكنهم
فسيح جناته

إلى من علمني العطاء بدون انتظار والمثابرة والثقة
بالنفس والصمود أمام كل عواقب الحياة، أحمل
اسمه بكل إفتخار أبي العزيز

إلى من قال فيها الرسول الكريم " الجنة تحت أقدام
الأمهات " أُمي الغالية

إلى أخي نزيه وزوجته وإبنه أمير

إلى أختاي مايا وتسنييم

إلى جميع عائلة بوضياف، بن محمد، وشاكر

إلى زميلتي وأختي وشريكتي في العمل بوساق العالية

إلى جميع زميلاتي وزملائي في الدراسة

إلى جميع أساتذتي

سوسن





مقدمة

إهتم الإسلام بالأسرة التي تعتبر هي اللبنة الأساسية لبناء المجتمع وأعطى لها أهمية بالغة، وجعل أساس قيامها الزواج الصحيح الذي يربط بين الزوجين برباط شرعي، ولعل المغزى من ذلك والغاية هو المحافظة على مقصد حفظ النسب لما ينتج من نسل عن هذه العلاقة، إلا أن هذه الغاية في حفظ هذا الحق ألا وهي النسب قد تحرم منه فئة معينة وهي فئة مجهولي النسب.

وللمحافظة على هذه الفئة وصيانتها، وعدم تعريض الأنساب للاختلاط، فإن فقهاء الشريعة وضعوا أحكام وضوابط لحفظ حقوقهم وكفالة رعايتهم، كما تعمدت جل التشريعات الوضعية، بوضح العديد من الأحكام التي تتعلق بمصير هؤلاء الأطفال وحمايتهم حيث تم سن قوانين من أجل هذا الغرض، وتعتبر الجزائر من الدول التي أولت اهتماما كبيرا بمصلحة هذه الفئة من الأطفال، ويتجلى ذلك من خلال وضع المشرع الجزائري آليات عديدة لحمايته من جهة وكذا من خلال مصادقة الجزائر على اتفاقية حقوق الطفل من جهة أخرى، وقد ساهمت بعض التشريعات المقارنة مسار المشرع الجزائري في ذلك.

رغم ذلك فإن هذا الطفل "مجهول النسب" لا يزال يعاني التهميش والاحتقار في ظل عجز الدول عن التكفل به وإعطائه أبسط الحقوق كإنسان أو كغيره من الأطفال معلومي النسب، "وحقه الثابت والوحيد هو الاعتراف به مع ضرورة إعادة النظر في آليات قانونية أكثر مرونة لتسوية وضعيته وإدماجه في المجتمع".

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية دراسة هذا الموضوع كونه موضوع حساس يمس طرفا من أطراف الحياة، ألا وهو الطفل الذي سيصبح عنصرا هاما في المجتمع، ويجب أن يستدرك أمره فتراعى إحتياجاته ومتطلباته، حتى لا نخسره مستقبلا ونجني من سوءه بسوء تقصيرنا في حقوقه ابتداء، خاصة وأن الدراسات تؤكد على أن مجهول النسب المحروم من والديه يعاني اضطرابات سلوكية في شخصيته مما يجعله يفكر في أسباب تخلي والديه عنه، وهذا ما يؤثر عليه ويصبح طفلا عنيفا في المجتمع.

- الدافع والحافز للإطلاع والوقوف على جديد المادة العلمية من فقه وقانون وقوانين مقارنة.

أسباب إختيار الموضوع:

1- أسباب ذاتية:

يرجع السبب في اختياري بحث هذا الموضوع لشدة ميولي إليه خاصة وأني موظفة بقطاع النشاط الاجتماعي، وما أَلحظه وألمسه من معاناة هذه الفئة من شتى الجوانب.

2- الأسباب الموضوعية:

يعتبر موضوع آليات الحماية لمجهولي النسب من الموضوعات التي تتسم بالندرة حسب ما توصلنا اليه من خلال بحثنا.

- التهميش الذي تعيشه فئة مجهولي النسب سواء من الناحية القانونية أو الاجتماعية.

- إن مجهول النسب له ظروف أدت به الى جهل نسبه، وهو غير مسؤول عن ذلك بالمقابل نجده فئة لا بأس بها وتحتل نسبة هامة داخل المجتمع، حيث 45 ألف مولود غير شرعي سنويا في الجزائر، وهذا حسب إحصائيات الرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الإنسان التي تحصلنا عليها من مديرية النشاط الاجتماعي.

أهداف الدراسة:

إن الباحث عند اختياره لموضوع ما قصد دراسته فإنه يتطلع من خلاله إلى وضع لمستته فيه بتحقيق أهداف معينة ومن بين هذه الأهداف.

- العمل على إيجاد آليات لحماية مجهولي النسب لأن آلية الكفالة لا تقي بالقدر الكافي في حماية مجهول النسب حتى لا تصبح حقوقه وكذا حفظ مكانته في المجتمع،
- محاولة إيجاد سبل للمحافظة عليه كي لا يتعرض لتهميش والضياع.

- نظرا لكون مجهول النسب من الفئة الهشة من المجتمع، والتي تمر بوضعيات مزرية فإننا اصبوا من خلال الدراسة للوقوف على مختلف الآليات التي رصدت لحمايته سواء في الفقه الإسلامي أو القانون الجزائري والقوانين المقارنة.

الإشكالية:

- فيما تتمثل آليات حماية مجهول النسب في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري والقوانين المقارنة وما مدى نجاعتها؟

المنهج المتبع:

لدراسة موضوعنا انتهجنا المنهج الوصفي حيث اعتمد في وصف حالة مجهولي النسب، وكذلك المنهج التحليلي حيث اعتمد في تحليل الأحكام الخاصة بهم، والنصوص التي لها علاقة بالموضوع مع الأخذ بالمنهج المقارن عند المقارنة بين التشريعات المغربية القانون الجزائري والقوانين المقارنة في آليات الحماية.

صعوبات البحث:

لا يخفى على أي باحث أن أي البحث العلمي يتطلب من الباحث بذل الجهد والاستقصاء والتحري للوصول إلى الأهداف المسطرة إلى أنه تجدر الإشارة إلى بعض الصعوبات التي تعرضنا إليها خلال دراستنا لهذا البحث.

- صعوبات التعامل مع كتب مصادر الفقه الإسلامي.

- قلة المراجع الخاصة بدراسة آليات حماية مجهول النسب خاصة القانونية منها.

- صعوبة التنقل بحرية بسبب جائحة كورونا، مما صعب علينا التنقل إلى جامعات الوطن بحثا على المادة العلمية.

• الدراسات السابقة

- على الرغم من قلة الدراسات المتخصصة في موضوع آليات حماية مجهول النسب في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري والقوانين المقارنة إلى أنه قد وجدت حسب ما توصلت إليه في بحثي بعض الدراسات والتي أذكر منها:

- أطروحة دكتوراه، الحماية القانونية لطفل، دراسة مقارنة "الجزائر، تونس، المغرب، جامعة الجزائر 1، سنة 2015/2014.

- الحماية القانونية لطفل مجهول النسب في التشريع الجزائري، جامعة أكلي محند، البويرة 2020/2019.

- حماية حقوق مجهول النسب شرعا وقانونا، جامعة المسيلة، 2020/2019.

- رسالة ماستر، النظام القانوني لكفالة مجهولي النسب في ظل قانون الأسرة الجزائري، جامعة حمة لخضر، الوادي، 2017/2016.

- مجهول النسب في التشريع الجزائري، جامعة جيلالي بونعامة، 2015/2014.

- حماية مجهول النسب في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، جامعة زيان عاشور، الجلفة 2014/2013.

حيث بالنسبة الى أطروحة الدكتوراه نجدها تطرقت الى موضوع الحماية لطفل بصفة عامة والطفل الحدث بصفة خاصة في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة، أما رسائل الماستر تكلمت على الحماية لمجهول النسب في شقيه الفقه والقانوني لكن في التشريع الجزائري فقط دون التطرق إلى القوانين المقارنة، كذلك نجدها عالجت الحماية القانونية فقط دون الحماية الاجتماعية.

خطة الدراسة:

من أجل الإجابة على الإشكالية المطروحة، اعتمدنا على تقسيم موضوعنا إلى مقدمة و خاتمة و فصلين أساسيين:

- الفصل الأول: مفهوم آليات مجهول النسب وطرق إثباته، وتم تقسيمه إلى مبحثين.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي

المبحث الثاني: طرق إثبات ونفي النسب.

- أما الفصل الثاني: الآليات التشريعية والاجتماعية لحماية مجهولي النسب في الشريعة

الاسلامية والتشريع الجزائري والتشريعات المقارنة وتم تقسيمه كذلك إلى مبحثين:

المبحث الأول: الآليات التشريعية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري والقوانين المقارنة.
المبحث الثاني: الآليات الاجتماعية لحماية مجهول النسب في الشريعة الإسلامية والنظام
الجزائري والأنظمة المقارنة.

الفصل الأول

مفهوم مجهول النسب وطرق نفيه وإثباته وآليات حمايته



المبحث الأول : الإطار المفاهيمي

المبحث الثاني: طرق إثبات النسب و نفيه في الفقه الإسلامي والقانون

الجزائري و القوانين المقارنة

يعاني الأطفال المحرومون من دفيء وحنان الأسرة واستقرارها، وغياب دورها في المحافظة والسهر على سلامتهم وضمان حقوقهم من الانتهاك، وفي مقدمتهم الأطفال مجهولي النسب التي أصبحت ظاهرة تعرف انتشارا كبيرا مؤخرا، وهذا راجع إلى تدني الوازع الديني والأخلاقي في المجتمع، وقد أولت الدول العربية اهتمامها بالطفل عموما وهذه الفئة خصوصا.

سنتناول في هذا الفصل في المبحث الأول سنتطرق الإطار المفاهيمي لمجهول النسب، وآليات حمايته والأسباب التي أدت لوجوده، والمبحث الثاني طرق إثبات النسب ونفيه .

المبحث الأول : الإطار المفاهيمي

سنتناول في هذا المبحث مفهوم مجهول النسب وآليات حمايته وأسباب وجوده.

المطلب الأول : مفهوم آليات الحماية ومجهول النسب.

الفرع الأول : تعريف آليات الحماية.

أولا : تعريف الآلية

1- في اللغة : من الآلة : وهي الوساطة بين الفاعل والمنفعل في وصول أثر الفاعل إليه¹، تأتي بمعنى الأداة، وهي ما اعتمدت به من الأداة، ويكون واحدا أو جمعا².

2- في الاصطلاح : وسيلة من وسائل الضغط القانوني، سواء كان مادي أو معنوي، يلجأ إليها لإحترام حقوق الإنسان وحياته العامة³.

¹ - عبد الحميد صالح حمدان، التوقيف على مهمات التعاريف، للشيخ عبد الرؤوف بن المناوي، ط1، 1410هـ-1990م، عالم الكتب عبد الخالق ثروة، القاهرة، ص59.

² - محمود عبد الرحمان المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، دار الفضيلة للنشر والتوزيع و التصدير، ج1، ص23.

³ - أحمد الرشيد، حقوق الإنسان، دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق، كلية الاقتصاد و العلوم السياسية، جامعة القاهرة، ص175.

وقد عرفت كذلك بأنها مطابقة العمل المطلوب القيام به على ما تم فعله¹.

وتعرف بأنها الإجراءات والوسائل والمعايير التي تعمل بها الهيئات والمؤسسات والمرافق الدستورية والإدارية، لتحقيق النظام الرقابي في الدولة بفعالية، لحماية الحقوق والحريات والمصلحة العامة²، وتعتبر كذلك مجموع الإجراءات والأجهزة المتوفرة على المستويين الوطني والدولي لحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية³.

ومنه فإن الآليات هي الوسائل التي تمتاز بها المؤسسات الرقابية بهدف حماية الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدساتير والقوانين، سواء الوطنية أو الدولية، والسهر والحث على تحقيقها ومعاقبة كل من يقوم بتجاوزها وانتهاكها.

وتكمن أهمية الآليات باتخاذ مجموعة من الترتيبات القانونية والمؤسسية التي تهتم وتسعى للارتقاء بحقوق الإنسان والحريات العامة وحمايتها⁴.

ثانيا : تعريف الحماية.

1- في اللغة : مشتقة من الفعل حمى، فيقال حمى الشيء حميا، وعندما يقال حمى الشيء معناه حمى المريض، بمعنى حماه مما يضره، حماية القوم حماية، بمعنى الدفاع والمدافع⁵.

2- في الاصطلاح : وقاية شخص، أو مال أو شيء ضد المخاطر، وضمان أمنه وسلامته، وذلك عن طريق وسائل قانونية ومادية⁶.

¹ - عبد الله سافور، الحكم الرشيد واستراتيجيات التغيير في العالم النامي، جامعة فرحات عباس سطيف، الجزائر، 2007، ج1، ص193.

² - الحاج كرزادي، الحماية القانونية للانتخابات، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون دستوري، كلية الحقوق، معهد العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2003، ص39.

³ - نادية خلفه، آليات حماية حقوق الإنسان في المنظومة القانونية الجزائرية، رسالة دكتوراه، تخصص قانون دستوري، كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2009-2010، ص35.

⁴ - رضوى سيد أحمد محمود عمار، المجلس الدولي لحقوق الإنسان، دراسة قانونية سياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص28.

⁵ - ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت 1956، ط2، ج14، ص197.

⁶ - بلخير سديد، الحماية الجزائية للرابطة الأسرية، رسالة ماجستير، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، جامعة باتنة، 2005-2006، ص13-14.

إذن مصطلح الحماية هو مجموع الإجراءات المتخذة من المشرع لحفظ الشيء والدفاع عنه¹. ونرى أن هناك فرق بين آليات الرقابة وآليات الحماية، والأساتذة الذين عرفوا الآليات على أنها وسائل وقاية لا نوافقهم الرأي بحسب طبيعة الموضوع الذي ندرسه.

الفرع الثاني : تعريف مجهول النسب.

مجهول النسب مركب مضاف، ولتعريفه لابد من تعريف كل مصطلح على حدة، ومن ثم تعريفهما معا.

أولا :النسب.

- 1- في اللغة : هو القرابة، ويقال : النسب، أي الصلة، وانتسب إلى أبيه أي التحق به².
- 2- في الاصطلاح الشرعي : علاقة الدم، أو رباط السلالة الذي يربط الإنسان بأصوله وفروعه وحواشيه³.

وكذلك هو القرابة، والمراد بها الرحم، وهو لفظ يشبه كل من بينك وبينه قرابة، قربت أو بعدت، كانت من جهة الأب أو من جهة الأم⁴.

3- في الاصطلاح القانوني :

هو الذي يتبع فيه الولد أباه في القانون والدين والحضارة، ويبنى عليه الميراث، وتنتج عنه موانع الزواج، وتترتب عليه حقوق و واجبات أبوية وبنوية⁵.

¹ - لنكار محمود، الحماية الجنائية للأسرة، رسالة دكتوراه (غير منشورة)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، 2010، ص38.

² - المعجم الوجيز، معجم اللغة العربية، ص493.

³ - أحمد محمد، موضوع النسب في الشريعة الإسلامية، ص18.

⁴ - محمد بن عمر الشافعي، حاشية البكري على شرح الرحبية، دمشق، دار القلم، 1406هـ-1986م، ط3، ص32.

⁵ - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (أحكام الزواج)، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010م، ط6، ج1، ص371.

التعريفات من إختصاص الفقهاء لا المشرعين بإستثناء المشرع المغربي الذي عرفه في المادة 150 من مدونة الأسرة المغربية بأنه "لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى الخلف"¹.

ثانيا : مجهول النسب.

سبق و أن عرفنا النسب، فنقتصر في هذا الموضع على معرفة مصطلح مجهول ثم تحديد المصطلح ككل.

1- في اللغة :

أ- مجهول : إسم مفعول، من جهل الشيء لم يعرفه²، والجهل نقيض العلم³.

ب- مجهول النسب : كمركب من خلال تعريف اللفظين، فانه يراد بمجهول النسب من لا يعلم إتصاله بقرابته، ووالده خاصة، ويقابله معروف القرابة.

2- في الاصطلاح الشرعي : هو الذي لا يدري له اب في مسقط رأسه⁴، وعند المالكية هو مجهول الانتساب لأب معين⁵.

3- في القانون الجزائري والقوانين المقارنة :

أ- في القانون الجزائري : المشرع الجزائري لم يعرف مجهول النسب سواء في قانون الأسرة الجزائري أو في قانون الحالة المدنية، لكن حسب نص المادة 62 الفقرة الثانية التي نصت على " يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين

¹ - قانون رقم 70.03، مدونة الاسرة المغربية، صيغة محينة بتاريخ 25 يناير 2016.

² - إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، ص143 .

³ - ابن منظور، لسان العرب، طبعة دار الجبل، ص425.

⁴ - ابن عابدين، محمد امين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، (المتوفي 1252هـ)، الدر المختار وحاشية ابن عابدين، دارالفكر، بيروت، ط2، 1412هـ-1992م، ج6، ص127.

⁵ - محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، (المتوفى 1230هـ)، الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي، دار الفكر، دط، ج3، ص3412.

عن أبوين مجهولين¹.

وحسب نص هذه المادة المشرع الجزائري لم يفرق بين اللقيط ومجهول النسب.

ب- في القانون المصري : المشرع المصري تحدث عن الطفل اللقيط تحت عنوان الرعاية البديلة، حيث انه تكلم في المواد من 46 إلى 49 من قانون الطفل المصري على الشروط الواجب توافرها في الأسرة البديلة².

ج- في القانون المغربي : المشرع المغربي أيضا لم يعطي تعريف لمجهول النسب، ولكن أصدر قانون يخص كفالة الأطفال المهملين حسب نص المادة الأولى التي نصت على ما يلي : " يعتبر مهملا الطفل من كلا الجنسين الذي لم يبلغ 18 سنة شمسية كاملة إذا أوجد في إحدى الحالات الآتية : إذا ولد من أبوين مجهولين، أو ولد من أب مجهول وأم معلومة تخلت عنه بمحض إرادتها"³.

نرى بان القوانين الوضعية العربية لم تعطي تعريف واضح وخاص بمجهول النسب، والتشريع الجزائري لم يفرق بينه وبين اللقيط وهذا المصطلح الاكثر تداولاً في مجتعا.

ثالثا : المصطلحات التي ذات صلة بمجهول النسب.

1- اللقيط :

أ- في اللغة : هو الطفل الذي يوجد مرميا على الطريق، لا يعرف أبوه ولا أمه، اللقيط المنبوذ الذي التقط⁴.

ب- شرعا: اسم لحي مولود ظل أو طرحه أهله، خوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الريبة¹

¹ - الأمر رقم 20/70 في 19-02-1970، المتعلق بقانون الحالة المدنية، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، الصادرة بتاريخ 09-08-2014، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الصادرة بتاريخ 20-08-2014، العدد 49، ص 03 .

² - القانون رقم 12 سنة 1996، المتعلق بالطفل المصري، المعدل بالقانون 126 لسنة 2008 .

³ - ظهير شريف، رقم 172.02.1 صادر في فاتح ربيع الآخر 1423، 13 يونيو 2002، بتنفيذ القانون رقم 01.15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، الصادرة بتاريخ 19/08/2002، السنة الواحد والتسعون، العدد 5031، ص 2316

⁴ - ابن منظور لسان العرب، دار المعارف الأميرية، ج 7، ص 393

ومنه نرى بان مصطلح لقيط اشمل من مجهول النسب، فهو يزيد عليه في الجهل بالأم فهو مجهول من الطرفين الأم والأب معا، أما مجهول النسب فتكفي فيه جهالة الأب.

2- المنبوذ : هو الملقى²، والتقط الشيء أي لقطه وعثر عليه صدفتا، وسمي لقيط باعتبار مآله بعد أن يلقي وي طرح يتم لقطه³
فمصطلح اللقيط اشمل من مصطلح المنبوذ.

3- الدعي : الذي يكون نسبه مجهولا⁴، أو يدعي ابنا لغير أبيه⁵.
ومنه نستخلص بأن الدعي ممكن أن يكون غير معروف الأبوين أي مجهول النسب، ويمكن أن يكون معلوم الأبوين، وتبناه أشخاص آخرون وأدعو بنوته.
فمصطلح الدعي اشمل من مصطلح اللقيط، ففي حالة الجهل يعد لقيطا، وفي حالة العلم لا يعد لقيطا.

4- الطفل

المسعف : هذا المصطلح يشمل جميع المصطلحات التي سبق وذكرناها.
أ- التعريف اللغوي والاصطلاحي : * في اللغة : ولد صغير يتراوح عمره بين الولادة والبلوغ⁶.
* في الإصطلاح : الصبي من حين الولادة إلى البلوغ⁷.
* **المسعفة :** الإسعاف قضاء الحاجة⁸، والمساعدة : المساعدة، وهي إعانة المنكوبين¹.

¹ - وجبه لله سليمان أبو معلى، أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي، ص5

² - المبسوط السرخسي، دار المعرفة، ج10، ص210 .

³ - ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق، ج7، ص207 .

⁴ - ابن نجيم الحنفي، نفس المرجع، ص207

⁵ - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن الكريم، ج14، ص121.

⁶ - احمد مختار عبد الحميد عمر، (توفي : 1424هـ)، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، ط1، 1429هـ- 2008م، ج2، ص1405

⁷ - محمد رواس قلعي، حامد صادق قنبي : معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، 1408هـ- 1988م، ص291.

⁸ - أبو عبد الرحمان الخليل بن احمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري، (توفي 170 هـ) : العين، المحقق : مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، ج1، ص340.

ب- التعريف القانوني: تمثل فئة أيتام الدولة حسب المادة 246 من قانون الصحة العمومية أين يوضح الوضعية المادية والمعنوية فيكون إستقبالهم تحت وصاية الإسعاف اليومي وهم :
*المولود من أب وأم معلومين ومتروك منهما ولا يمكن الرجوع اليه وليست لديه أية وسيلة لكسب العيش فهو يتيم فقير .

*الولد المولود من أبوين مجهولين ووجد في مكان ما أو حمل الى مؤسسة وديعة وهو لقيط
*الذي سقطت عنه سلطة الأبوين بموجب تدبير قضائي وعنصر الوصاية عليه الإسعاف اليومي للطفل².

فالطفولة المسعفة هي تلك الفئة من الأطفال المحرومين من دفئ وحنان الأسرة لأسباب قاهرة، وتودع في مراكز خاصة للتكفل بهم من جميع النواحي النفسية، والاجتماعية، والتربوية وغيرها³ .

المطلب الثاني : أسباب وجود مجهول النسب.

ليس لمجهول النسب ذنب أن يوجد في المجتمع من غير أبوين معروفين، ولا يحتمل وزر ذلك ويجب علينا أن لا نحمل هذا الطفل الجرم الذي اقترفه غيره في حقه، وديننا الحنيف دين الرحمة والعدل والمساواة في قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾⁴.
وإذا نظرنا إلى أسباب وجود اللقيط في المجتمع نجد نوعين من الأسباب، أسباب عامة وأسباب خاصة نبرزها كالاتي :

¹ - الجوهري : الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ج4، ص1374.

² - الامر رقم 77/67، المتعلق بالصحة العمومية، الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، بتاريخ 1976/10/23 .

³ - دخينات خديجة، وضعيات الأطفال غير الشرعيين في المجتمع الجزائري، " دراسة ميدانية في مدينة باتنة"، اطروحة لنيل الماجستير في علم الاجتماع، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2011-2012، ص38

⁴ - القرآن الكريم، سورة الأنعام، الآية 166.

الفرع الأول : الأسباب العامة.

أولاً : الفقر والعيلة.

قد تمرض المرأة مرضاً مزمناً مع عدم وجود عائل، ومع ضيق الحال وكثرة الأطفال تتركه في المستشفى أملاً منها في أن يجد من يحن عليه ويربيه بعيداً عن الفقر والحرمان، فيأخذه أحد الكفلاء فيسميه، ويربيه ويتولى الإنفاق عليه، وينشأ لقيطاً مع أنه في الحقيقة من أب وأم حقيقيين بزواج شرعي.¹

ثانياً : الضياع والضلال والرقعة.

قد يسرق الطفل وهو في المهد في غفلة من أهله، بقصد الإيذاء أو لغرض الإستغلال أو لعدم إنجاب أطفال، ثم يندم الفاعل، ويخشى أن يكشف أمره فيتورط فيلقيه في مكان ما تخلصاً منه، أو أن يظل الطفل عن أهله في سوق أو سيارة أو ما شابه ذلك، ولا يتم التعرف عليه وهو صغير لا يعرف شيئاً عن أبويه، ولا يتم العثور على أبويه، فيلتقطه ويكفله أحد الناس ويقوم برعايته وإدارة شؤونه.²

ثالثاً : الحروب والكوارث الطبيعية.

في حالة الحروب ونزوح الناس من ديارهم وتشردهم قصراً وعنوة من شدة ما يتعرضون له من قتل وتدمير، يتركون أبنائهم خوفاً من وهلعاً، ومذعورين من هول المذابح. ثم يتم العثور على أبنائهم ويتم أخذهم من غير أن يعلم والديهم ويتم كفالتهم وتربيتهم على إنهم مجهولي النسب ويحملون إسم لقيط. وبنفس الصورة ما يحدث في الكوارث الطبيعية.³

¹ - وجيه عبد الله سليمان أبو معيلق، أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي، مقارنة بقانون الأحوال الشخصية المعمول به في قطاع غزة، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية، غزة، 2006م، ص9.

² - وجيه عبد الله سليمان أبو معيلق، نفس المرجع، ص9.

³ - وجيه عبد الله سليمان أبو معيلق، نفس المرجع، ص10.

الفرع الثاني : الأسباب الخاصة.

أولا : الزنا.

حرم ديننا الحنيف الزنا ووضع العقوبة المناسبة للحد منه والقضاء عليه فقال تعالى:

﴿ وَلَا تَقْرَبُوا الزَّانِيَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا ﴾¹.

وقال سبحانه وتعالى: ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيَشْهَدَ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ ﴾².

لأنه من نتائج هذا الإجماع ضياع الأنساب وإيجاد اللقطاء الذين يعاقبون بجرمة هؤلاء الوحوش البشرية، أي هم ضحايا لمرتكبي هذه المنكرات³.

ثانيا : عجز الأم عن إثبات النسب.

أن يكون الولد ثمرة زواج عجزت الأم عن إثباته، أو أن يكون من إفرازات زواج المسيار

حيث يشترط الطرفان أو احدهما عدم الإنجاب، فإذا ما حدث الحمل حصلت المشكلة، فيتم السعي لحلها بالتخلص من الولد خشية تبعات هذا الأمر التي تنعكس على الطرفين دون التفكير في مصير هذا الطفل⁴.

ثالثا: الشك والريبة بين الزوجين.

فقد يشك الزوج تجاه الزوجة بأن يكون مصابا بمرض الشك، أو قد تكره الزوجة زوجها كرها شديدا بسبب فساد أخلاقه أو بسبب إيذائه لها، فتفارقه وهو لا يعلم بحملها فيقوم هذا الزوج بالتخلص من الطفل ظنا منه انه ليس ابنه، وتقوم المرأة بالتخلص

¹ - القرآن الكريم، سورة الاسراء، الآية 32.

² - القرآن الكريم، سورة النور، الآية 2.

³ - صفية الوناس حسين، مجهول النسب بين التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي، كلية العلوم الاسلامية، قسم الفقه وأصوله، الخروبة، الجزائر، ص423.

⁴ - صفية الوناس حسين، نفس المرجع، ص423.

من الطفل لقطع آخر ما كان يربطها بذلك الرجل، فتلقي به في أي مكان دون التفكير في مصيره¹.

المبحث الثاني: طرق إثبات النسب و نفيه في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري و القوانين المقارنة

يعتبر النسب من أهم النتائج التي تنترب عن الزواج، لأنه يتعلق بنسب الأولاد اللذين يكونون ثمرة هذا الزواج، وقد أحاط الشارع الحكيم النسب وأولاه أهمية كبيرة لقوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَيَنْعَمَتِ اللَّهُ هُمْ يَكْفُرُونَ﴾².

وقوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾³.

سنتناول في هذا المبحث مطلبين المطلب الاول سنتناول فيه ثبوت النسب، ونفي النسب المطلب الأول: طرق ثبوت النسب.

نظرا لأهمية الموضوع، ومنعا لاختلاط الأنساب لم يعترف الشارع الحكيم في موضوع النسب سوى ما ينتج عن الزواج الصحيح، إذ جعله طريقا أصليا في ثبوت النسب، ومن ثبت نسبه من أبيه بواسطة الزواج كان هذا النسب صحيحا ولا نحتاج إلى إثباته بواسطة أخرى. المقصود بالإثبات هو إقامة المدعي الدليل على ثبوت ما يدعيه قبل المدعى عليه أم الثبوت فهو قيام الحق المدعى به، وهذا الفعل قائم بذات الشيء المدعى به، قبل المدعى عليه

ونتيجة الإثبات والثبوت وأن لا يحكم به القاضي وفيه إجابة المدعي إلى طلبه أو رفضه وهنا يلزم الثبوت أمام القاضي.

¹ - صفية الوناس حسين، نفس المرجع، ص 424 .

² - القرآن الكريم سورة النحل الآية 72

³ - القرآن الكريم سورة الفرقان الآية 54

لقد اتفق الفقهاء على بعض أدلة الإثبات وهي: الزواج، الإقرار، الشهادة، البينة، الوطء بالشبهة.... الخ واختلفوا في القرائن والدليل الكتابي واليمين¹.

الفرع الأول: ثبوت النسب بالزواج الصحيح

اتفق الفقهاء على أن الولد الذي تأتي به المرأة المتزوجة زواجا صحيحا ينسب إلى زوجها²، استنادا الى الحديث النبوي الشريف " الولد للفراش وللعاهر الحجر"³.

والمراد بالفراش: المرأة التي يستفرشها الرجل ويستمتع بها.⁴

ولقد اخذ المشرع الجزائري بهذه القاعدة في قانون الاسرة، حيث اعتبر الزواج الصحيح سببا شرعيا لثبوت النسب حسب نص المادة 40 التي نصت: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال ولم ينغه بالطرق المشروعة"⁵. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها، إذ جاء في قرار لها: " من المقرر شرعا أن الولد للفراش وللعاهر الحجر"⁶.

فالزواج الصحيح من الناحية القانونية هو الذي استوفى أركانه وشروطه المنصوص عليها في المادة 09 والمادة 09 مكرر⁷، يعني انه إذا كان الزواج مستوفيا لجميع الأركان والشروط اعتبر صحيحا وعد صالحا لإثبات النسب.

¹ _ أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003، ص21.

² - وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ج7 ص 681

³ - صحيح مسلم، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، حديث 3688، 4/371

⁴ - وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ج7، ص681

⁵ - قانون رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم 84- 11، المؤرخ في 198 /06/09،

المتضمن تقنين الاسرة الجزائري

⁶ - المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1997/07/08، ملف رقم165408، م ق، سنة2001، ص67

⁷ - قانون رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم 84- 11، المؤرخ في 198 /06/09،

المتضمن تقنين الاسرة الجزائري

المقصود بالإثبات هو إقامة المدعي الدليل على ثبوت ما يدعيه قبل المدعى عليه أم الثبوت فهو قيام الحق المدعى به، وهذا الفعل قائم بذات الشيء المدعى به، قبل المدعى عليه.

ونتيجة الإثبات والثبوت وأن لا يحكم به القاضي وفيه إجابة المدعي إلى طلبه أو رفضه وهنا يلزم الثبوت أمام القاضي.

لقد اتفق الفقهاء على بعض أدلة الإثبات وهي: الزواج، الإقرار، الشهادة، البينة، الوطء بالشبهة.... الخ واختلفوا في القرائن والدليل الكتابي واليمين¹.

1- الزواج:

هو عقد يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر، كذلك هو عقد بين الرجل والمرأة تحل له شرعا، غايته إنشاء رابطة مشتركة للحياة²

العقد الصحيح هو سبب شرعي لثبوت النسب للولد، في أثناء قيام الزوجية أو العدة أو الوفاة إذا كان الدخول ممكنا، فإذا ثبت أنه غير ممكن ولم يلتقط قط، فإن النسب لا يثبت لقول الرسول صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش وللعاهر الحجر"³ ومعنى هذا أن ولد الزنا لا يلحق نسبه بأبيه، بل ينسب فقط لأمه، فالزواج الصحيح هو الذي يفيد حل المعاشرة بين الزوجين ويحدد لكلاهما الحقوق وما عليهما من واجبات، فإن حصل بعد المعاشرة أولاد فإنهم ينسبون لأبائهم إذا استوفى هذا الزواج كل الشروط⁴.

¹ _ أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003، ص21.

² _ فهد بن سعد الجهني، استلحاق مجهول النسب ونسب المنبوذ، دراسة فقهية مقاصدية، ندوة الأسرة المسلمة والتحديات المعاصرة، ص 9_10.

³ _ صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش حرة كانت أو أمة حديث رقم: 6368.

⁴ _ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص371

⁵ _ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط3، 2000، ص471.

2- الإقرار: يعتبر الإقرار اعتراف شخص بحق أو واجب عليه لآخر، سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصده¹ والمشرع لم يأتي بتعريفه في قانون الأسرة، غير أن القانون المدني عرفه في المادة 341 على أنه "الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة"، ونجده في المادة 40 من قانون الأسرة وبصفة خاصة في المادتين 44 و45 منه .

فالإقرار إخبار عن ثبوت حق للغير على نفس المقر، وقيل أنه إخبار من الشخص بحق عليه للغير، كما يقال أنه اعتراف بحق مالي أو غيره من الحقوق²
قال تعالى: ﴿ قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي ۖ قَالُوا أَقْرَرْنَا ۖ ﴾³ فالإقرار وسيلة لإثبات النسب وهو إخبار الشخص بوجود قرابة بينه وبين شخص آخر.

أ- أنواع الإقرار وشروطه:

تتمثل أنواع الإقرار في الإقرار بالنسب والإقرار بالبنوة، والإقرار بالأبوة والأمومة لمجهول النسب.

1 - الإقرار بأصل النسب: هو إقرار فيه تحميل النسب على المقر ابتداءً أو مباشرة مثال ذلك أن يقر شخص بأن فلان ابنه، أو أن فلان أب له⁵.
قال السرخسي: "إذا أقر بابن فإنما يقر على نفسه لأن الأب يتحمل نسب الولد على نفسه وهذا الإقرار إما إقرار ببنوة أو بأبوة وقد يكون إقرار بالأمومة⁴.

2- الإقرار بالبنوة: وجب توفر شروط هي:

أ- أن يكون الولد مجهول النسب بمعنى أن لا يعرف له أبوه.

¹ _ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط3، 2000، ص.471

² - سورة آل عمران، الآية 81.

³ _ أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص86.

⁴ - سورة آل عمران الآية 81.

⁵ _ أحمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية لنشر، لبنان، ط2، 1977، ص699

ب- أن لا يصرح المقر أن ولده من زنا، فإن صرح بإقراره في ذلك لا يثبت النسب منه لأن ولد الزنا لا ينسب لأبيه.

ج- أن يصدقه الولد المقر له إن كان مميزا وأهل للمصادقة.

3- الإقرار بالأبوة والأمومة: كما يصح للمرأة والرجل والمرأة بنوة الولد وتثبت الأبوة والأمومة بثلاث شروط هي¹:

أ- أن يكون المقر مجهول الأب والأم

ب- أن يصدقه المقر له مطلقا

ج- أن يكون من الممكن أن يولد مثل هذا الولد للمقر

4- الإقرار بفرع النسب: ويكون الإقرار بالقرابة الغير مباشرة كالإقرار بالأخوة، العمومة وبمعنى آخر هو ذلك الإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير وهو ما نصت عليه المادة 45 من قانون الأسرة الجزائري² كأن يقول هذا أخي بمعنى ابن إبنني.

3- الشهادة: يقصد بها أخبار صادقة لإثبات حق في مجلس القضاء يقول الحنفية إن القياس يأبى أن تكون الشهادة حجة في الأحكام لأنها خبر محتمل للصدق ومحتمل للكذب والخبر المحتمل لا يمكن اعتباره دليلا قاطعا غير أن النصوص الشرعية دلت على الشهادة قال تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾³ وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " شأهاذك أو يمينك" وقال أيضا "البينة على من ادعى" .

كما أن حاجة الناس الداعية لكثرة الخصومات بين الناس وإقامة الحجة للعلم في كل خصومة وإضافة لتك النصوص الاستشهاد بالشهود وأوردت العدد المطلوب لشهادة، وإقامة

¹ _ بن عصمان نسرین، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، غير منشورة 2008، ص9.

² _ تنص م45 من ق أ ج "الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه".

³ _ سورة البقرة الآية 282

البينة دلالة على ثبوت النسب المدعى به وكان ثبوته بالبينة أقوى من مجرد ثبوته بالدعوى أو الإقرار.

4-البينة: هي شهادة الشهود رغم اختلافها من مذهب لآخر بعد إجماعهم على ثبوتها برجلين عدلين أو رجل و إمرأتين عدول لقوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾¹ فما ورد في هذه الآية ينطبق على الشهادة في الحقوق بتنوعها بما فيها النسب، فالبينة في إثبات النسب أمر كاشف له، وهي أقوى من الإقرار به سواء تعلق بثبوت الزوجية الصحيحة أو بإثبات النسب بالوطء بالشبهة، معناه إن أنكر المدعي أن يقيم البينة على دعواه، فإن أقامها تثبت له القرابة التي ادعاها وتثبت له الحقوق والأحكام التي تبني عليها².

5-الوطء بالشبهة:

الشبهة هي الأمر الذي يشبه به الكاتب وليس بثابت فيه واصل ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم " ادرؤوا الحدود بالشبهات "، ووطء الشبهة هو غلط في من حل له في المستقبل وقيل هو كل وطء حرام، لأحد فيه ينفي الحرمة ويضرب الفقهاء مثلاً بقولهم من وطء أمة ولده لا يجب عليه قيام الوطء في محل الشبهة⁴.

أولاً-إمكانية الاتصال بين الزوجين بعد العقد.

أ- في الفقه الاسلامي.

لم يختلف الفقهاء على إمكانية التلاقي بين الزوجين كأحد شروط ثبوت النسب بالزواج الصحيح³، وقد اشترط جمهور الفقهاء إمكان الدخول، أي إمكان التلاقي بين الزوجين بعد العقد عادة، فلو انتفى إمكان التلاقي لا يثبت النسب⁴.

¹ _ سورة البقرة الآية 282.

² _ أفرودة زبيدة، المرجع السابق، ص60.

³ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، سنة 1863، ص387

⁴ محمد أحمد الدردير أبو البركات، الشرح الكبير، دار الفكر لبنان، ج3، د.ط، ص216

ب- في التشريع الجزائري

حسب نص المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على أنه: " ينسب الولد ألبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال..."¹ .

المشرع الجزائري اكتفى بإمكانية الاتصال بين الزوجين بعد العقد الشرعي مثلما ذهب اليه الجمهور .

وأكدته المحكمة العليا في قرارها: "من المقرر قانونا أنه ينسب الولد ألبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"².

كما اختارت أغلب التشريعات العربية مذهب الجمهور الذي اشترط إمكان التالقي لثبوت النسب .

* في التشريع المصري

أخذ برأي الجمهور في المادة 15 من المرسوم بقانون رقم 20 لسنة 1929 " لا تسمع عند الإنكار، دعوى النسب لزوجة ثبت عدم التالقي بينها وبين زوجها من حين العقد"³

* في التشريع السوري

أخذ المشرع السوري أيضا برأي الجمهور وذلك في المادة 206 من قانون الاحوال الشخصية والتي نصت على " لا يثبت النسب إذا ثبت عدم التالقي بين الزوجين..."⁴

* في التشريع المغربي

كذلك أخذت المدونة المغربية برأي الجمهور وذلك في الفصل الخامس والثمانون من المدونة إذ نصت على ما يلي " الولد للفراش ان مضى على عقد الزواج أقل مدة الحمل

¹ قانون رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم 84- 11، المؤرخ في 198 /06/09، المتضمن تقنين الاسرة الجزائري

² - المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1993/11/23، ملف رقم 99000، م ق، سنة 2001، ص 64

³ قانون الاحوال الشخصية المصري

⁴ قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 09 بتاريخ 1953/09/07 المعدل والمتمم بالقانون رقم 34 الصادر بتاريخ 1975/12/31 م، دمشق، الفكر القضائي للمعلوماتية، طبعة مزيدة ومنقحة سنة 2000

وأمكن الاتصال وإلا فالولد المستند لهذا العقد غير لاحق¹

ثانيا - مدة الحمل

لا يثبت نسب الحمل إلا إذا كان في فترة واقعة بين اقل فترة حمل وأقصاها.

1- أدنى مدة للحمل

أ- في الفقه الإسلامي

اتفق الفقهاء على أن اقل مدة للحمل هي ستة أشهر من وقت الدخول وإمكان الوطء في رأي الجمهور، ومن وقت عقد الزواج في رأي أبي حنيفة، لأن المرأة هي فراش للزوج ويلحقه الولد لعموم الحديث "الولد للفراش"، ودليل الجمهور أن المرأة ليست بفراش إلا بإمكان الوطء، وهو مع الدخول.

ودليل إجماع العلماء على اقل مدة الحمل قوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾²

وقوله تعالى: ﴿وَفِصْلُهُ فِي عَامَيْنِ﴾³، الآية الأولى حددت الحمل والفصال، أي

الفطام بثلاثين شهرا، وحددت الآية الثانية الفصال بعامين، فبإسقاط مدة العامين للفصال

تكون مدة الحمل ستة أشهر، والواقع والطب يؤيدان ذلك⁴

ب- أدنى مدة حمل في الطب

اقل مدة للحمل يعيشها الجنين إذا ولد بعد تمامها هي ستة أشهر عند الأطباء، والجنين

لا يكون قابلا للحياة إذا ولد قبل نهاية الشهر السادس وبداية الشهر السابع، لأن الجهاز

¹ - عبد الكريم شهبون شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ج1، الزواج والطلاق والولاية ونتائجها ط2 مزينة ومنقحة

دار النشر د س ط ص 349

² القرآن الكريم سورة الاحقاف الآية 14

³ القرآن الكريم سورة لقمان الآية 13

⁴ أبي الوليد محمد بن احمد بن محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، صحتها وقابلها على عدة نسخ مهمة

نخبة من العلماء الأجلاء، ج2، ص352

العصبي والتنفسي لم يتطور بشكل ملائم، والستة أشهر هي أدنى مدة للحمل يمكن أن يولد فيها المولود تام الخلقة¹.

ونرى بان قوانين الأحوال الشخصية العربية أخذت بنفس رأي الفقهاء فيما يخص ادنى مدة حمل.

ج- في قانون الأسرة الجزائري

حسب قانون الأسرة الجزائري حدد المشرع مدة الحمل بستة أشهر حسب نص المادة 42 التي نصت على أن: "اقل مدة للحمل ستة أشهر"²:

* في التشريع السوري

تنص المادة 128 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أن "اقل مدة للحمل مائة وثمانون يوما"³.

* في التشريع المغربي

جاء في الفصل 84 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية " اقل مدة الحمل ستة أشهر"⁴.

* في التشريع الكويتي

نصت المادة 166 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أن "اقل مدة للحمل ستة أشهر قمرية"⁵.

¹ محمد سليمان النور، مدة الحمل بين الفقه والطب وقوانين الأحوال الشخصية المعاصرة، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية العدد 70 سنة 2007، ص 288

² قانون رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11، المؤرخ في 198 /06/09، المتضمن تقنين الأسرة الجزائري

³ - قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 09 بتاريخ 1953/09/07 المعدل والمتمم بالقانون رقم 34 الصادر بتاريخ 1975/12/31 م، دمشق، الفكر القضائي للمعلوماتية، طبعة مزيدة ومنقحة سنة 2000

⁴ عبد الكريم شهبون، ص 345

⁵ أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان مشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي وما عليه العمل في محاكم الكويت، مكتبة الفالح، د.ط ص 680

2-2 أقصى مدة للحمل

أ- في الفقه الإسلامي

لا يوجد بشأن أقصى مدة لا في المصحف الشريف ولا السنة النبوية، لذلك اختلف الفقهاء في تقدير أقصى مدة من الحمل اختلافا كبيرا¹.

* الحنفية سنتان وهو قول السيدة عائشة رضي الله عنها " لا يبقى الولد في رحم امه اكثر من سنتين، ولو بفلكة مغزل "، فان ولد الحمل بسنتين من يوم موت الزوج او طلاقه، ثبت نسبه من أبيه المطلق أو الميت.

* الشافعية والحنابلة أربع سنين، لان ما لا نص فيه يرجع فيه إلى الوجود، وقد وجد الحمل لأربع سنين، لا ننساء بني عجلان يحملن أربع سنين، فاذا ولدت المرأة لأربع سنين فما دون من يوم موت الزوج او طلاقه، ولم تكن تزوجت، ولا وطئت، ولا انقضت عدتها بالقروء ولا بقضاء الحمل، فإن الولد لاحق بالزوج.

بلغني عن امرأة حملت خمسة سنين، وسنة: * اما عند المالكية خمس سنين حيث قال مالك قمرية هو رأي محمد بن عبد الحكم من المالكية².

ب- أقصى مدة حمل في الطب

غالب مدة حمل عند الاطباء 280 يوما، وهي تساوي تسعة اشهر وثلاثا تقريبا، وغالب مدة حمل مدة تقريبية قد تنقصاو تزيد عن اسبوع او اسبوعين³. ورأي الاطباء بشأن أقصى مدة حمل لا يتعارض مع الشرع، ذلك لعدم ثبوت نص يقيني قاطع يفيد مخالفة هذه الحقيقة العلمية الثابتة، ذلك ألن كل الذي ثبت من آراء الأئمة اليرقي إلى مرتبة اليقين⁴.

¹ ابي الوليد محمد بن احمد بن محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، صححها وقابلها على عدة نسخ مهمة نخبة من العلماء الاجلاء، ج2، ص352

² - وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، ج7، ص 277

³ - محمد سليمان النور، نفس المرجع، ص 315

⁴ - محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، الخطبة والزواج، شهاب الجزائر، ط2، سنة2000، ص 426

وبما أنه لا توجد أقصى مدة حمل لا في كتاب الله الكريم ولا في السنة النبوية الشريفة،
قداختلفت القوانين العربية في تقدير أقصى مدة للحمل كالتالي:

ج- في التشريع الجزائري

حسب نص المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على " اقل مدة للحمل ستة 06 أشهر وأقصاها عشرة 10 أشهر"¹. العشرة أشهر التي حددها المشرع الجزائري كأقصى مدة حمل وذلك حتى يشمل جميع الحالات النادرة، إعمالا لمبدأ وجوب الاحتياط في النسب². وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها" من المقرر قانونا ان اقل مدة حمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، ومن ثم فان القضاء بما يخالف ذلك يعد خارقا للقانون"³.

* في القانون المغربي

جاء في الفصل 84 من مدونة الاحوال الشخصية المغربية التالي " اقل مدة الحمل ستة اشهر وقصاها سنة مع مراعاة ما ورد في الفصل 76"⁴.

* في القانون السوري

نصت المادة 128 من قانون الاحوال الشخصية السوري على انه " أقل مدة ...وأكثرها سنة شمسية"⁵.

* القانون الكويتي

نصت المادة 166 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على " قل مدة الحمل... وأكثرها خمس وستون وثلاثمائة يوم"¹.

¹ قانون رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11، المؤرخ في 198 /06/09، المتضمن تقنين الاسرة الجزائري

² - بوزيد خالد، اثبات النسب بالطرق العلمية في قانون الاسرة والقانون المقارن، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، جامعة وهران 2 محمد بن احمد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2017-2018، ص157

³ - المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1990/01/22، ملف رقم 57756، م ق، سنة 1992، ص 71

⁴ عبد الكريم شهبون، نفس المرجع، ص046

⁵ قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 09 بتاريخ 1953/09/07 المعدل والمتمم بالقانون رقم 34 الصادر بتاريخ 1975/12/31 م، دمشق، الفكر القضائي للمعلوماتية، طبعة مزيدة ومنقحة سنة 2000

الفرع الثاني: ثبوت النسب بالإقرار

أولا : في الفقه الاسلامي

الإقرار بالنسب نوعان، إقرار على نفس المقر، وهو أن يقر الأب بالولد أو الإبن بالوالد، ويصح الإقرار من الرجل ولو في مرض الموت، بشروط أربعة متفق على أغلبها بين المذاهب وهي:

* أن يكون المقر به مجهول النسب

* أن يصدقه الحس

* أن يصدقه المقر له في اقراره ان كان اهلا للتصديق

* ألا يكون فيه حمل النسب على الغير

أما الإقرار المحمول على غير المقر فهو الإقرار بما يتفرع عن أصل النسب، كان يقر شخص ويقول هذا أخي، أو هذا عمي، أو هذا جدي، ويصح بالشروط السابقة ويزيد شرط وهو تصديق الغير².

أي الإقرار هو إخبار بحق، أو إظهار حق.

ثانيا- في التشريع الجزائري والقوانين المقارنة :

أ- في التشريع الجزائري :

نصت المادة 44 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "يثبت النسب بالاقرار بالبنوة

والأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة"³.

يثبت النسب بالشروط التالية:

أن يكون المقر له مجهول النسب، أن يكون عاقلا، بالغا، وأن يكون فارق السن بين

المقر والمقر له يحتمل صدق الإقرار، و أن يصدقه المقر له، إذا كان بالغا عاقلا.

¹ أحمد الغندور، نفس المرجع، ص676

² وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ج7، ص 690-691-692-693.

³ قانون رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم 84 - 11، المؤرخ في 198 /06/09، المتضمن تقنين الأسرة الجزائري.

والإقرار بالنسب من غير البنوة والأبوة والأمومة، لا يسري على غير المقر إلا إذا صدق عليه¹.

ويثبت نسب الولد من المرأة بإقرارها متى لم يكن له والدة معروفة، أما فيما يتعلق بنسب الولد بأبيه فيكون بإقرار الشخص على نفسه مباشرة ولا يحمله على غيره، وهذا في حالة ما إذا كان الوليد مجهول النسب، أما إذا كان معروف النسب فلا يحتاج الى إثبات نسب آخر².

ب- في القوانين المقارنة :

القانون المغربي :

نصت المادة 158 من مدونة الأسرة المغربية على أنه " يثبت النسب بالفرش أو بإقرار الأب..."³.

ونرى أن القانون الجزائري والقانون المغربي إتفقا مع الشريعة الإسلامية في الأخذ بالإقرار كوسيلة من وسائل إثبات النسب.

الفرع الثالث: ثبوت النسب بالبينة

أولاً: في الفقه الاسلامي

البينة حجة متعدي لا يقتصر أثرها على المدعى عليه، بل يثبت فيحقه وحق غيره، وثبوت النسب بالبينة أقوى من الإقرار، لأن البينة أقوى الأدلة.

ونوع البينة التي يثبت بها النسب، هي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين عند أبي حنيفة، وشهادة رجلين فقط عند المالكية، وجميع الورثة عند الشافعية والحنابلة.

والشهادة تكون بمعينة المشهود بها و سماعه، فإذا رأى الشاهد أو سمعه بنفسه، جاز له أن يشهد، وإذا لم يره أو يسمعه بنفسه، لا يحل له أن يشهد⁴.

¹ الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء القانون والفقه و القضاء، ط3، ج1، ص156.

² العربي بختي، نظام الاسرة في الاسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة، ط1، 2013، ص211.

³ قانون رقم 70.03، مدونة الاسرة المغربية، صيغة محينة بتاريخ 25 يناير 2016.

⁴ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج7، ص 695

ثانيا- في التشريع الجزائري والقوانين المقارنة :

أ-في التشريع الجزائري :

نصت المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على أنه " يثبت النسب.....بالبينة...."، حيث إعتبر المشرع الجزائري البينة أحد الطرق لإثبات النسب، و أكدت المحكمة العليا ذلك، إذ" من المقرر قانونا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار والبينة: جاء في قرار لها وبنكاح الشبهة، ومن ثم فان القضاء بهذا المبدأ يعد تطبيقا سليما للقانون، ولما كان الثابت في قضية الحال ان الطاعنة لم تثبت أية حالة من الحالات التي نص عليها قانون الأسرة فإن قضاة الموضوع برفضهم إلى طلبها الرامي إلى تسجيل الزواج وإثبات نسب البنت قد طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك إستوجب رفض الطعن"¹.

فالبينة بشهادة الشهود في إثبات النسب أمر كاشف، وهي أقوى من الإقرار به، سواء تعلق بثبوت الزوجية الصحيحة، أو بإثبات النسب بالوطء بشبهة².

ب-في القوانين المقارنة :

في القانون المغربي :

وحسب نص المادة 158 من مدونة الأسرة المغربية التي نصت على " يثبت النسب...بشهادة عدلين، أو بينة السماع...."، حيث ان المشرع المغربي أدرج شهادة العدلين وبينة السماع ضمن وسائل إثبات النسب³.

ونرى كذلك أن المشرع المغربي إتفق مع المشرع الجزائري وأخذا بالبينة كوسيلة من وسائل إثبات النسب، و هذا يعني أنهما يوافقان الشارع الحكيم في ذلك.

¹ المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1991/05/21، ملف رقم 74712، م ق، سنة 1994، ص 56

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم باحدث اجتهادات المحكمة العليا)، احكام الزواج، ج 1، ط 6، 2010، ص 389.

³ - قانون رقم 70.03، مدونة الاسرة المغربية، صيغة محينة بتاريخ 25 يناير 2016

الفرع الرابع: ثبوت النسب بنكاح الشبهة

أولا: في الفقه الاسلامي

هو الإتصال الجنسي غير الزنا، وليس بناءا على عقد زواج صحيح أو فاسد، فإن أتت إمراة بولد بعد مضي ستة أشهر أو أكثر من وقت الوطء، ثبت نسبه من الواطء، وإن كان قبل مضي ستة أشهر، لا يثبت النسب منه¹

ثانيا- في التشريع الجزائري والقوانين المقارنة :

أ- التشريع الجزائري :

تنص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على مايلي " سثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار، أو بالبينة، أو بنكاح الشبهة، أو بكل زواج تم فسخه قبل الدخول، طبقا للمواد 32، 33، 34، من هذا القانون"²

ومنه فان إثبات النسب بنكاح الشبهة هو واحد من الطرق التي تضمنتها المادة 40 من قانون الأسرة، ونكاح الشبهة هو نكاح يقع صحيحا من حيث المبدأ لم يتبين أنه إشتمل على خطأ أو مانع³

حيث أكدت المحكمة العليا في قراراتها أن نكاح الشبهة سبب من أسباب ثبوت النسب، إذ جاء في قرار لها" من المقرر قانونا أنه يثبت الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا"، ومن المقرر قانونا أيضا" انه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار والبينة وبنكاح الشبهة، وبكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون، ومن ثم فان القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقانون"⁴.

¹ - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج7، ص 688.

² - قانون رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11، المؤرخ في 198 /06/09، المتضمن تقنين الأسرة الجزائري

³ - عبد العزيز سعد، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد، احكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط3، ص108.

⁴ - المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 15/06/1999، ملف رقم222674، م ق، سنة2001، ص 88

وعليه فإن أتت امرأة بولد بعد مضي ستة أشهر أو أكثر من وقت الوطء، ثبت نسبه من الواطء لتأكد أن الحمل منه، وإن أتت به قبل مضي ستة أشهر من وقت الوطء لا يثبت النسب لتأكد أن الحمل حدث قبل ذلك، إلا إذا إدعاه إذ يكون قد وطئها بشبهة أخرى، و إذا ترك الرجل الموطوءة بشبهة يثبته النسب من الواطئ كما يثبت بعد الفرقة من الزواج الفاسد وبهذا يكون المشرع الجزائري أخذ بمذهب الإمام أحمد بن حنبل¹.

ب- في القوانين المقارنة :

أ- القانون السوري :

أخذ المشرع السوري بالمذهب الحنبلي حيث نصت المادة 133 من قانون الأحوال الشخصية السوري على " الموطوءة بشبهة إذا جاءت بولد بين أقل مدة حمل وأكثرها يثبت نسبه من الواطئ"²

ب- القانون المغربي :

هو كذلك أخذ بمذهب الإمام أحمد حيث نص الفصل 87 من مدونة الأسرة المغربي على " الخالية من الزوج إذا وطئت بشبهة وجاءت بولد ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها يثبت نسبه من الواطئ"³.

ومنه نجد أن التشريع الجزائري والتشريعات العربية أخذت بالمذهب الحنبلي في مسألة ثبوت النسب بنكاح الشبهة.

الفرع الخامس: إثبات النسب بالطرق العلمية:

أولاً: في الفقه الاسلامي:

تفرق فقهاء الشريعة الإسلامية في تكييفهم للبصمة الوراثية على النحو التالي :

أغلبية الفقهاء المعاصرين إعتبروا أن البصمة الوراثية قرينة عملية قطعية في إثبات النسب

¹ بوزيد خالد، مرجع سابق، ص 190.

² - قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 الصادر 1953/09/07.

³ - عبد الكريم شهبون، نفس المرجع، ص 357.

ومنهم من إعتبرها قرينة ظنية لا ترقى إلى حد القرائن القطعية، لأنها عرضة للخطأ .
وهناك من رأى بأنها قرينة قوية لا تقدم أي دليل شرعي نهائيا، ولا يقام عليها حكم ما
لم تدعمها بيانات أخرى¹.

ثانيا- في التشريع الجزائري والقوانين المقارنة :

أ- في التشريع الجزائري :

نصت المادة 40 فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري على أنه " يجوز للقاضي اللجوء إلى
الطرق العلمية لإثبات النسب"² .

وتطبيقا لهذه الفقرة، يمكن إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية، والمتمثلة في إجراء
تحاليل البصمة الوراثية، المندرجة ضمن الطرق العلمية المذكورة³.

ب- في القوانين المقارنة :

القانون المصري :

لم ينص المشرع المصري صراحة على الطرق العلمية في قانون الأحوال الشخصية إلا
أنه يستنتج من خلال الشرط الثالث من نص المادة 7 " لا تقبل عند الإنكار دعوى الإقرار
بالنسب أو الشهادة على الإقرار بعد وفاة المورث، إلا إذا وجدت أوراق رسمية مكتوبة
جميعها بخط المتوفى وعليه إمضاءه، أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الإدعاء"⁴.
نرى أنه من ناحية اثبات النسب بالطرق العلمية قد اختلف الفقهاء بين مؤيد ومعارض
لها، أما من الناحية القانونية فنجد أن التشريع الجزائري والمصري أخذوا بالطرق العلمية
كوسيلة لإثبات النسب.

¹ - تقرير اللجنة العلمية للمجتمع الفقهي الاسلامي عن البصمة الوراثية، مجلة المجمع الفقهي الاسلامي، مكة المكرمة،
رابطة العالم الاسلامي، العدد 16، السنة 2003، ص 292.

² - قانون رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11، المؤرخ في 198/06/09،
المتضمن تقنين الأسرة الجزائري

³ - العربي بلحاج، بحوث قانونية في قانون الاسرة الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2014، ص 223.

⁴ - قانون الأحوال الشخصية المصري الجديد، رقم: 01 سنة 2000.

الفرع السادس: إثبات النسب بالقيافة في الفقه الاسلامي

وتجدر الإشارة الى ان القانون الوضعي لا يعمل بالقيافة في اثبات النسب

إختلاف الفقهاء في إثبات النسب بالقيافة إلى رأيين:

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى إثبات النسب بالقيافة، وأجازوا الإعتماد عليها في إثباته عند التنازع وعدم الدليل الأقوى منها، أو عند تعارض الأدلة الأقوى منها¹.

وإستدلوا بما روي عن عائشة رضي الله عنها، قالت: دَخَلَ عَلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ذَاتَ يَوْمٍ وَهُوَ مَسْرُورٌ، فَقَالَ: "يا عَائِشَةُ، أَلَمْ تَرِي أَنَّ مُجَزَّزًا الْمُذَلَّجِيَّ دَخَلَ عَلَيَّ رَأَى أُسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ وَزَيْدًا وَعَلَيْهِمَا قَطِيفَةٌ، قَدْ غَطَّيَا رُؤُوسَهُمَا وَبَدَتْ أَقْدَامُهُمَا، فَقَالَ:

إِنَّ هَذِهِ الْأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ"². والحديث دليل على إعتبار القيافة في ثبوت النسب .

أما الحنفية قررو أن النسب لا يثبت بالقيافة، أو بقول القائف. فإذا تنازع شخصان في نسب ولم تكن بينة إنتسب إليهما لإستوائهما في النسب، أما إذا سبقت دعوة أحدهما فهو ابنه، لأنه أثبت حقه في وقت لم ينازع فيه أحد، إلا إذا أتى آخر ببينة لأن البينة أقوى³.

وحسب إطلاعنا وبحثنا لمجموعة القوانين التي توفرت لدينا، لم نجد حتى قانون يُعْمَل بالقيافة كوسيلة لإثبات النسب.

المطلب الثاني: نفي النسب في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري والقانون المقارن.

الأصل أنه متى ما تم الزواج صحيحا، وأمكن الإتصال بين الزوجين، ومضت المدة

التي أقرها الشرع والقانون ثبت نسب الولد من الأبوين معا، ولا يجوز للزوج نفي المولود إلا عن الطرق المشروعة.

سنتناول في هذا المطلب طرق نفي النسب وهي اللعان والطرق العلمية.

¹ - عون المعبود، شرح سنن أبي داود، ج6، ص256.

² - صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب القائف، رقم 6771، ج8، ص157 وصحيح مسلم، كتاب الرضاة باب العمل بالحق القائف الولد رقم: 1459، ج2، ص 1081.

³ - الهداية في شرح بداية المبتدي، دار احياء التراث العربي، بيروت، ج2، ص415.

الفرع الأول.: نفي النسب عن طريق اللعان

أولا :في الفقه الإسلامي.

هو شهادات مؤكدات بأيمان من الجانبين، مقرونة بلعن وغضب.

وشروطه : أن يكون من زوجين مكلفين فلهذا قال: (من قذف زوجته المكلفة بزنا)

في قُبُل أو دُبُر ولو في طهر وطئ فيه فله إسقاط الدعنه إن كانت محصنة

أو التعزيز إن لم تكن محصنة (باللعان)¹. لقوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ

لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدَتْ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ٥١﴾²

ثانيا-في التشريع الجزائري والقوانين المقارنة :

أ-في التشريع الجزائري :

لم يورد المشرع الجزائري عبارة " لعان " صراحة في المادة 41 من قانون الأسرة

الجزائري، وإن كان قد أشار إلى معناها بقوله " ينسب الولد لأبيه متى ما كان الزواج شرعيا

وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"³ غير أن عبارة اللعان قد وردت في المادة 138

من قانون الأسرة في الفصل الخاص بالميراث حيث نصت على أن يمنع من الإرث اللعان⁴.

أما القضاء الجزائري فقد إستقر على اعتماد اللعان كطريق مشروع لنفي النسب ومما جاء

فيه (لا يكون نفي النسب إلا باللعان وهو وحده الطريق المشروع للنفي وفقا لنص المادة41

من قانون الأسرة)⁵.

¹ - منصور بن يونس البهوتي، هداية الراغب(شرح عمدة الطالب)، ص573.

² - القرآن الكريم، سورة النور، الآية6

³ - قانون رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11، المؤرخ في 198 /06/09،

المتضمن تقنين الاسرة الجزائري

⁴ - طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في القانون، فرع العقود

ومسؤولية، جامعة امحمد بوقرة، كلية الحقوق والعلوم التجارية، بومرداس، ص22

⁵ -قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2018/12/05، ملف رقم1233783 <https://elmouhami.com>

ب- القانون القوانين المقارنة :

أ- القانون الكويتي :

أما القانون الكويتي فقد نص على هذا الموضوع من خلال المادة 176 التي نصت على أنه يجوز للرجل أن ينفي عنه نسب الولد خلال سبعة أيام من وقت الولادة أو العلم بها، كما نصت أيضا المادة 177 من نفس القانون على أنه يجب أن تتخذ إجراءات دعوى الطلاق خلال خمسة عشر يوما من وقت الولادة والعلم بها¹.

ب- القانون المغربي :

قد جعل المشرع المغربي من خلال مقتضيات المادة 153 من مدونة الأسرة المغربية اللعان من بين الأسباب من بين التي يعتمد في نفي النسب، لكن دون أن يبين مفهومه أو يحدده².

نرى أنه بالرغم من عدم إدراج كلمة لعان صراحة في القانون الجزائري، إلا أن القضاء الجزائري أخذ باللعان كوسيلة لنفي النسب، وبهذا يكون القانون الجزائري وافق الشريعة الإسلامية، وكذلك القوانين المقارنة، أخذت باللعان كوسيلة لنفي النسب.

الفرع الثاني: نفي النسب عن طريق البصمة الوراثية

أولا: في الفقه الإسلامي

لا يجوز استعمال البصمة الوراثية لنفي نسب ثابت، ولا تحل محل اللعان في نفي النسب حيث تنحصر الطرق في الشريعة الإسلامية لنفي النسب في اللعان فقط، بينما يمكن استخدام البصمة الوراثية في حالات التنازع، وجهالة النسب والإختلاط بين المواليد³.

¹ - قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984

² - قانون رقم 70.03، مدونة الأسرة المغربية، صيغة محينة بتاريخ 25 يناير 2016

³ - علي محي الدين القره داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، ص 57-58.

ثانيا: في التشريع الجزائري والقوانين المقارنة :

أ-التشريع الجزائري :

المشرع الجزائري في تعديله الأخير أضاف البصمة الوراثية كوسيلة أو دليل في إثبات النسب، حيث أصبحت المادة 40 فقرة 2 تنص على أنه "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، هذه الفقرة الجديدة تجيز للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب، ومنه يبقى الأمر مقتصرًا على اللجوء إلى اللعان فقط في النسب¹.

ب-القوانين المقارنة :

القانون الإماراتي :

القانون الإماراتي وحسب المادة 79 منه، للمحكمة الاستعانة بالطرق العلمية لنفي النسب، بشرط ألا يكون قد تم ثبوته قبل ذلك².

ومنه نرى أن القانون الجزائري لم يأخذ بالطرق العلمية كوسيلة لنفي النسب، حيث إعتد فقد على اللعان كوسيلة وحيدة للنفي، وهنا كذلك المشرع وافق الفقه الإسلامي. أما في القوانين المقارنة فقد إقتضت بعض التشريعات العربية على إعتداد البصمة الوراثية كدليل للنفي والإثبات فهي بذلك لم تبقى بعيدة عن التقدم العلمي، وإنما حاولت أن تستفيد منه على المستوى القانوني.

¹ - مجاهدي إبراهيم، استخدام البصمة الوراثية و أثرها في الإثبات، مجلة البحوث والدراسات القانونية، جامعة الاغواط، العدد الثامن، 2017، ص285.

² - قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28 لسنة 2005.

خلاصة الفصل :

نجد أن المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة، لم تعطي تعريف واضح وصريح خاص بمجهول النسب، والمشرع الجزائري لم يفرق بينه وبين اللقيط، والمصطلحات التي لها صلة بمجهول النسب هي : لقيط، منبوذ، الدعي، والطفل المسعف.

وفيما يخص إثبات النسب، فنجد إن التشريع الجزائري والقوانين المقارنة وافقت الفقه الإسلامي في وسائل الإثبات، ماعدا في مسألة أقصى مدة للحمل التي كان فيها إختلاف كبير، بين الفقهاء والقوانين العضوية والأطباء، وبما أنه لم يرد فيها نص لا من الكتاب ولا من السنة، كان رأي التشريع الجزائري موافق لرأي الأطباء الذي يرى بأن أقصى مدة للحمل هي تسعة أشهر ويمكن أن تزيد عن أسبوع أو أسبوعين، وهو الرأي الأكثر منطقية وواقعية.

أما عن القيافة فيأخذ بها الفقهاء كوسيلة لإثبات النسب وهنا إختلفت القوانين الوضعية مع الفقه، حيث أن القوانين الوضعية لم تأخذ بالقيافة كوسيلة لإثبات النسب.

وفيما يخص طرق نفي النسب، في الفقه الإسلامي هناك طريقة واحدة وهي اللعان، أي يتم نفي النسب فقط عن طريق اللعان وهذا لحساسية النسب وحرص الشريعة الإسلامية على حفظ الأنساب من التعدي عليها والإفتراء بين الأزواج، وكذلك وافقهم التشريع الجزائري بالرغم من عدم إدراج كلمة لعان صراحة في التشريع الجزائري في حالة نفي النسب، إلا أن القضاء الجزائري يأخذ فقط باللعان كوسيلة لنفي النسب ولم يأخذ بالطرق العلمية.

على عكس القوانين المقارنة التي أخذت بالطرق العلمية لنفي النسب كطريقة ثانية بعد اللعان، لتواكب العصر والتطورات العلمية.

الفصل الثاني



الآليات التشريعية و الإجتماعية لحماية مجهولي النسب



المبحث الثاني: الآليات التشريعية لحماية مجهول النسب

المبحث الأول: الآليات الإجتماعية لحماية مجهول النسب

يعتبر مجهول النسب ضحية مجتمع نتج عن علاقة غير شرعية، خارج الإطار الذي ضبطته الشريعة الإسلامية وهو الزوج، وبالتالي وجب علينا أن نوضح بعض الآليات التي من شأنها توفير الحماية لهاته الفئة الهشة، فمجهول النسب يحتاج إلى هذه الرعاية وهذه الحماية بشتى أنواعها والمتمثلة في الآليات التشريعية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والآليات الاجتماعية في النظام الداخلي والنظم المقارنة، فكل مجتمع يختلف في تقنين ووضع هاته الآليات وبالتالي سنتطرق في هذا الفصل لدراسة هذه الآليات بشكل مفصل بحيث نتناول في المبحث الأول الآليات التشريعية لحماية مجهول النسب في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة والآليات الاجتماعية في النظام الداخلي والنظم المقارنة .

المبحث الأول: الآليات التشريعية لحماية مجهول النسب

تعتبر الجزائر من أوائل الدول التي صادقت على الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989 حيث أن المشرع الجزائري وحفاظا على هذه الفئة من الأطفال قرر تنظيم حقوقهم كما فعلت من قبله الشريعة الإسلامية وكذلك ما تسعى إليه اتفاقية حقوق الطفل. تشكل الطفولة في الجزائر شريحة هامة من المجتمع يتوجب العناية بها ووقايتها من الوقوع في الانحراف لذا نجد التشريع الجزائري كان من بين التشريعات الفائزة التي جسدت هذه الحماية في سن عدة قوانين تناولت حماية هذه الفئة.

المطلب الأول: آليات الحماية لمجهول النسب في الشريعة الإسلامية.

بقدر احتياج الطفل مجهول النسب إلى هوية فإنه يحتاج إلى الرعاية، لأنه في المرحلة الأولى من الطفولة لا يحس بمشكل الهوية بقدر ما يحس بنقص الرعاية، لذلك حثت الشريعة الإسلامية على حماية كل شخص يحتاج للرعاية، وبشكل خاص من يفقد والديه مثل اليتيم أو مجهول النسب وقد ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم عن حديث سهل بن سعد رضي الله عنه أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا وأشار بالسبابة والوسطى، وفرج بينهما " وعن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

"خير بيت في المسلمين بيت فيه يتيم يحسن إليه، وشر بيت في المسلمين بيت فيه يتيم يساء إليه " ثم قال بأصبعيه: "أنا وكافل اليتيم في الجنة كهاتين، وهو يشير بأصبعيه".وتظهر الحماية من خلال نظام الكفالة في المجتمع المسلم من خلال التشريع الإسلامي لنظام التكفل والبحث عن الأسر الكافلة .

الفرع الأول : نظام الكفالة و التبني في الشريعة الإسلامية:

الحفاظ على الأسرة المسلمة وحمايتها يعتبر من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية من خلال جلب المصالح ودرء المفاسد، أين أقرت تحريم التبني، الذي كان يسود في عصر الجاهلية وتعويضه بالكفالة

أولاً: ماهية الكفالة

1_تعريف الكفالة ومشروعيتها

الكفالة لغة : مصدر: كفّل يكفل بفتح الفاء وكسرهما كفالة، والكفيل: المثل وجمعها: كفلاء، ويقال للأنتى: كفيل، وقد يقال للجمع كفيل و كفلاء، كفيل عن الصغير رباه وانفق عليه وجعله كافلاً له ¹.

والكفالة: الضم: يقال كفّل فلان فلانا بمعنى ضمه إليه.

ومنه قوله تعالى ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا¹﴾ أي جعله يضمها إلى نفسه ليعولها ويقوم بتربيتها، وتكفل به كله: ضمه، وجاء في الحديث "أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا"²: أي يضمه إليه في التربية.³

والكفالة والضمان والحمالة والزعامة والصبارة والقبالة كلها بمعنى واحد¹.

1_ إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص793.

2 _ سورة آل عمران جزء من الآية 37.

3 _ البخاري في كتاب الأدب باب فضل من يعول يتيماً 104/4 ح6005.

4 _ ابن منظور، لسان العرب "مادة كفّل"، ج11، ص702، الفيروز آبادي: القاموس المحيط 1361، الرازي: مختار

الصالح 575، أبو البقاء الكوفي: الكليات 775، سعدي أبو حبيب: القاموس الفقهي 321_322.

إصطلاحاً: تعددت عبارات العلماء في تعريف الكفالة منها:

تعريف الحنفية

عرف الحنفية الكفالة بتعريفات عدة أوضحها²: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصل في المطالبة مطلقاً بنفس أو بدين أو عين³.

تعريف المالكية

يعبر المالكية عن لفظ الكفالة في كتبهم بالحالة تارة وبالضمان تارة أخرى. فعرف المالكية الضمان بتعريفات عدة أوضحها⁴: التزام دين لا يسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له⁵.

تعريف الشافعية والحنابلة

بالنظر إلى كتب الشافعية والحنابلة نجدهم يعبرون عن الكفالة بالضمان، ويخصصون لفظ الكفالة، بالكفالة بالنفس أو بالبدن، فالكفالة بالبدن عندهم صورة من صور الضمان. فيعرف الشافعية الضمان بأنه: التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو احضار عين مضمونة أو بدن من يستحق حضوره⁶.

أما تعريف الحنابلة

يعرف الحنابلة الضمان على النحو التالي:

¹ _ ابن منظور، لسان العرب مادة حمل ج11، ص216، الزبيدي: تاج العروس 265/9، المعجم الوسيط 408، ابن فارس: معجم مقاييس اللغة ج3، ص329، الفيروز آبادي القاموس المحيط 1351/1350 .

² _ وهناك تعريفات أخرى للحنفية منها : "ضم ذمة في التزام المطالبة بالدين " نجم الدين النسفي :طلبة الطلبة 284.

³ _ ابن عابدين :حاشية رد المحتار ج5، ص281.

⁴ _ ومن تعريفات المالكية للضمان "التزام مكلف غير سفيه ديناً على غيره أو طلبه من عليه لمن هو له .الدردير الشرح الصغير ج3، ص429_430 .أو هو "شغل ذمة أخرى بالحق .الحطاب :مواهب الجليل ج5، ص95.

⁵ _ ابن عرفة: شرح حدود ابن عرفة ج2، ص427.

⁶ _ الجمل: حاشية الجمل عللا شرح المنهج ج3/، ص377 الغمراوي: السراج الوهاج 240، الشربيني الخطيب:الإقناع312.

الضمان هو التزام من يصح تبرعه أو ما وجب أو ما يجب على غيره مع بقاءه¹.

2- خصائص وأنواع الكفالة

تتميز الكفالة بعدة خصائص عن باقي الأنظمة المشابهة لها، مثل الحضانة والتبني يمكن إجمالها فيما يأتي.

- الكفالة التزام على وجه التبرع، يقوم بها الكفيل حفاظا ورعاية وحماية لطفل القاصر، بموازاته مع ابنه الأصلي، فيما يخص النفقة وكل متطلبات الحياة.
- الكفالة عقد فيه ثلاث أطراف هم الكفيل والمكفول والهيئة التي تبرم العقد مع الكفيل الدولة أو من يقوم مقامها، فهي لا تقوم إلا إذا أبرمت أما الجهات القضائية أو التي لها السلطة و الحكم².
- الكفالة جاءت كوسيلة لتعويض هذه الضحية "مجهول النسب" من الدفء الأسري الذي حرم منه، فيسند إلى الشخص الراغب في التكفل به، بعد استقائه لكافة الشروط التي يجب أن يتحلى بها خدمة لمصلحة الطفل.
- عقد الكفالة عقد مؤقت، أي ليس أبدي قد ينتهي لأحد الأسباب، منها وفاة الكافل، أو إصابته بأحد المعوقات التي تجعله غير قادر على رعاية القاصر.
- الكفالة نظام بديل للتبني المحرم، فيها منع التعدي على حقوق الأولاد والأنساب والحقوق الميراثية².
- الكفالة تهدف الى تحقيق بعض مقاصد الشريعة الإسلامية من حفظ الدين والمال ونفس المكفول.

1_ إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص793.

2_ تنص المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة، أو أمام الموثق، وأن تتم برضا من له أبوين.

3_ محمد عبد الجواد محمد، حماية الطفولة في الشريعة الإسلامية والقانون، منشأ المعارف جلال حزي وشركائه، الإسكندرية، مصر د.ت.ط.ص.67_68.

1- 1: حكم الكفالة

اتفق جمهور العلماء على مشروعية الكفالة مستندين على ذلك من الكتاب والسنة والاجماع، والقياس، والمعقول.

1- من الكتاب

قال الله تعالى: ﴿ قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُوا مَوْثِقًا مِّنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلاَّ أَن يُحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّا آتَوْهُ مَوْثِقَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَىٰ مَا نَقُولُ وَكِيلٌ ¹﴾

في هذه الآية يعقوب عليه السلام طلب من أبنائه ضمانا قويا، وهو أن يعاهدوا الله تعالى عهدا موثقا أن يعيدوه إليه، وقدموا لأبيهم الموثيق بذلك والكفالة شكل من أشكال الموثيق والضمانات التي تتم بين الناس .

فهذه الآية أصل في جواز الحماله "الكفالة" ودليل على مشروعيتها، إذ أن الضمان والحماله والكفالة مفادها واحد ²

2- من السنة

جاء في السنة عن أبي أمامة أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "العارية مؤداة، والمنحة مردودة، والدين مقضي والزعيم غارم" ³.

هنا الحديث دل على أن الكفيل يلزمه أداء ماتكفل به، وهذا دليل على مشروعية الكفالة ⁴.

3- من الإجماع

اجمع العلماء على مشروعية الكفالة، ولا يزال المسلمون يكفل بعضهم بعضا من عصر النبوة إلى يومنا هذا من غير نكي ³.

¹ - سورة يوسف الآية 66.

² - القرطبي، الجامع للأحكام القرآن ج9/، ص232_233، المنتخب: في تفسير القرآن الكريم ج342، الرازي: التفسير الكبير ج18، ص175.

³ - السرخسي: المبسوط ج19، ص162، ابن الهمام: فتح القدير، ج7، ص163، القرافي: الذخيرة، ج9، ص191، الإحسائي: تبيين المسالك ج4، ص24، الغرياني مدونة الفقه المالكي، ج4، ص99.

⁴ - زهية سي يوسف عقد الكفالة، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع الجديدة، تيزي وزو، 2001، ص16.

4- من القياس

وأما القياس فإنه باب معروف، فيجوز قياساً على العارية والقرض وغيرهما، ولأنه توثق بالحق فيجوز كالرهن¹.

5- من المعقول

الكفالة من الأمور الجائزة بل قد تكون أحياناً من المستحبات إذا أدت إلى فض المنازعات أو إلى تخلص المدين من الحبس أو من الإلحاح في الطلب على من عليه الحق ونحو ذلك من الأمور المحرجة للأصيل وأهله، وذلك يوصف الكفيل بالكرم والرجولة والمروءة².

1-2: أنواع الكفالة

للكفالة نوعين كفالة بالمال وكفالة بالنفس

1- الكفالة بالمال: هي التي يلتزم فيها الكفيل التزاماً مالياً، ككفالة أحد آخر بدين عليه أو كالكفالة بالمال المغصوب³.

2- الكفالة بالنفس: هي الإلتزام بإحضار بدن من عليه الحق⁴

ومعنى هذا هي عقد وثيقة تتضمن أن يلتزم الكفيل بموجب هذا العقد بإشراك نفسه، وضمها بجانب ذمة المكفول عنه في المسؤولية تجاه صاحب الحق المكفول له، على أن يكون دور الكفيل إحضار المكفول عنه إلى مجلس الحكم أو القضاء.

ثانياً: مفهوم التبني وأحكامه في الشريعة الإسلامية

تعددت التعاريف حول التبني، غير أن حكمه واحد هو تحريم الإسلام لتبني، لذا سنتطرق إلى التعريف ثم إلى حكمه وذلك بالاستدلال من الكتاب والسنة.

¹ _ أبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس "القرافي"، الذخيرة في فروع المالكية، ج9، ص191.

² _ محمد إسماعيل، الفقه الواضح ج3، ص79.

³ _ علي حيدر، درر الأحكام، ص 616.

⁴ _ العبيد، أصول المنهج الإسلامي، ص 346.

1- تعريف التبني

التبني بمفهومه الواسع لديه معنيين لغوي واصطلاحي

لغة: التبني من يتبنى تبنيًا، وتبنى الجسم أكتنز وامتلاء وأصله بنى وهو بناء الشيء بضم بعضه إلى بعض، ومنه ضم الولد إلى الرجل¹

اصطلاحًا: لقد تعددت تعاريف التبني من قبل الفقهاء ودارسي القانون ويمكن أن نشير فمنهم من عرفه بحسب مضمونه ومنهم من عرفه بحسب غايته

1 - التبني أن يتخذ الشخص ابن غيره المعروف بنسبه ابنا له،²

2- التبني هو أن يعهد انسان إلى آخر معلوم النسب أو مجهوله، وينسبه إلى نفسه³.

3- التبني هو ادعاء بنوة طفل معلوم النسب عن طريق تجريده من نسبه إلى أبيه وإعطائه نسب شخص، أو ادعاء بنوة طفل مجهول النسب باسناده إلى شخص آخر معلوم النسب دون مسوغ شرعي⁴.

4 - التبني هو أن يضم الرجل طفلا الى نفسه مع علمه أنه ولد غيره ومع هذا يلحقه بنسبه وأسرته ويثبت له كل أحكام البنوة وآثارها مع اباحة اختلاط وحرمة الزواج واستحقاق الميراث⁵

2_1_ خصائص التبني

يتميز نظام التبني بعدة خصائص، تميزه عن غيره من الأنظمة المشابهة وهي:

- التبني نظام تعود جذوره إلى العصور الجاهلية، والمجتمعات الغربية عند الرمان واليونان.
- يرد التبني على الأطفال القصر ذكورا و إناثا، ويتم إلحاق نسب المتبني القاصر بنسب المتبني، وجعله بمرتبة ابنه الشرعي وذلك بمساواته في الحقوق كأن يرث معه بنفس المرتبة¹

¹ _ علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، قاموس المصطلحات وتعريفات علم الفقه والفلسفة والمنطق والتصوف والنحو والصرف والعروض والبلاغة، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، مصر، 2004، ص33

² _ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، أحكام الزواج، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط6، 2010، ص418 .

³ _ عمر بن محمد السبيل، أحكام الطفل اللقيط، دراسة فقهية مقارنة، ط1، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض، 2005.

⁴ _ عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2013، ص151.

⁵ _ يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، ط2، دارالبعث، قسنطينة، الجزائر، 1404هـ، 1984م، ص186.

- إمكانية تبني أي طفل بغض النظر عن جنسيته.
- يغلب على التبني الطابع الشكلي² والإجرائي فهو بمثابة عقد بين المتبني والهيئات المتكفلة بالطفل المتبني.
- يتميز التبني بخاصية أنه يتم بموجب حكم قضائي²، بعد إجراءات تحقيق معمقة رعاية لمصلحة الطفل الفضلى " في الدول التي تأخذ بنظام التبني".

3_1_ حكم التبني في الشريعة الإسلامية

حرم الإسلام التبني عدلاً ورحمة فالعدل أن ينسب الإنسان لأبيه الحقيقي لا أن ينسب إلى أب مستعار لقوله تعالى: ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا ۝﴾³.

هنا يتجلى أمر ناسخ من الله لما كان في ابتداء الإسلام من جواز دعاء الأبناء الأجانب وهم الأدعياء، بمعنى أن التبني قبل الإسلام كان أمراً جائزاً ثم تم تحريمه واستبداله بالكفالة، فأمر الله تعالى أن يقطع هذا الاستلحاق وهذه النسبة، فلا يكون للشخص أبوان لقول الرسول عليه الصلاة والسلام: (من ادعى لغير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفاً ولا عدلاً)³، أيضاً قوله صلى الله عليه وسلم: "ليس من رجل ادعى لغير أبيه وهو يعلم إلا كفر"⁴ وبهذا انتهى أمر التبني في التشريع الإسلامي وأصبح رابطة غير معترف بها، لا يترتب عليه أي حكم ومن أقدم عليه كان آثماً وكان عمله عملاً باطلاً.

¹ _ أنظر القانون رقم 58/27 المؤرخ في 4 مارس 1958، المتعلق بقانون الأحوال الشخصية التونسي.

² _ أنظر الفصل 13 من قانون رقم 27 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بقانون الأحوال الشخصية التونسي

³ _ سورة الأحزاب الآية 5.

⁴ _ يحي النوي، رياض الصالحين، باب التحذير من ارتكاب ما نهى الله عزوجل، ص.364

⁵ _ تقي الدين أبي الفتح، إحكام الأحكام، الجزء 2، المكتبة الشاملة الحديثة، ص.208.

إن هذا التشديد على تحريم التبني ما هو إلا حكمة الإسلام لحماية الأسرة وروابطها لأن التبني يؤدي إلى اختلاط الأنساب واغتصاب لنسب الغير وتجريد الطفل من هويته ونسبه الأصلي وينجر عنه من ضياع حقوق الأفراد خاصة الميراث إذا كان الله تعالى حرم التبني فقد فتح مجال آخر للعناية بمجهولي النسب ألا وهو الكفالة¹.

الفرع الثاني: إثبات نسب مجهول النسب في الشريعة الإسلامية بطرق اثبات النسب المشروعة

"حتى نتفادى التكرار لقد تم ذكر ذلك في الفصل الأول في الصفحة 16.

النسب صلة الشخص بغيره على أساس القرابة القائمة على صلة الدم، والغالب استعمال كلمة نسب هو نسب الشخص لأبيه، وهذا لما أبطل الإسلام نظام التبني أمر الله عز وجل أن ينسب الشخص لأبيه، فالتبني هو تصريح باتخاذ شخص معلوم النسب أو مجهول النسب ولدا له، وليس بولده الحقيقي "والتبني منشئ لنسب وليس مثبتا لبنوة حقيقية¹.

أولا: أهمية النسب

علاقة النسب في جوهرها علاقة إنسانية، تثبت للإنسان بمجرد كونه إنسانا، فتلتصق بشخصيته وتثبت له بمجرد أن يولد حيا، والنسب مكانة مرموقة عند العرب قبل الإسلام وبعده، وقد جاءت الشريعة الإسلامية بحفظه ورفع مكانته حتى أوصلته لحد الضروريات واعتبرته من الكليات الخمس.

قال ابن القيم: "اثبات النسب فيه حق الله، وحق للولد، وحق للأب، ويترتب عليه من الأحكام الوصل بين العباد ما به قوام مصالحهم، فأثبتته الشرع بأنواع الطرق التي لا يثبت بمثلها نتاج حيوان³.

¹ _ أنظر: محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 63.

² _ العربي بختي، احكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط1، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية 2013، ص 213.

وبناء على أن النسب الثابت حق للأطراف الأربعة كان حقا لا يقبل البيع ولا الهبة ولا الوصية، ولا تنازل عنه بأي وجه من الوجوه بمقابل الولاء لحمه، كلحمة النسب، لا يباع ولا يوهب لهذا كله أسست الشريعة أحكاما وأقرت حدودا لرعاية هذا يورث المقصد الضروري وصيانتته¹.

ثانيا: القيافة

نعرف القيافة، ثم نوضح حكم إثبات النسب بها

1 -تعريف القيافة

أ- لغة: القيافة حرفة القائف مصدر قاف من قاف قوفا وقيافة، وهي إتباع الأثر .

ب- اصطلاحا: هي الحاق الأولاد بأبائهم وأقاربهم، استنادا إلى علامات وإلى شبه بينهم، وهذا كان شائعا في الجاهلية، لكن نهى عنه الإسلام وجعل موازين شرعية في كيفية الحاق الأولاد بالأباء².

2-حكم اثبات النسب بالقيافة:

اختلف العلماء في الحكم بالقيافة في اثبات النسب عند الاشتباه، وعدم الدليل على معرفته من بينة أو فراش على مذهبين³.

المذهب الأول: عدم صحة الحكم بالقيافة في اثبات النسب عند الاشتباه وإلى هذا ذهب الحنفية واستدلوا بما يأتي به حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال :جاء رجل من بني فزارة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : إن امرأتي ولدت غلاما أسود فقال: الرسول صلى الله عليه وسلم "هل لك من ابل " قال: نعم، قال :ما ألوانها؟ قال :حمر، قال: "هل فيها من أورك" قال: نعم، قال "فأنى ذلك؟" قال: لعله نزع عرق، قال :فلعل ابنك هذا نزع" هذا

¹ _ ابن قيم الجوزية شمس الدين أبي عبد الله، مرجع سابق، ص425.

² _ المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، 1379هـ، 1960م، ط2.

³ _ عمر بن محمد السبيل، أحكام الطفل اللقيط، دراسة فقهية مقارنة، دار الفضلية، الرياض السعودية، ط1، 2005.ص

3_ أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الجزء6، الطبعة الثانية، ص244.

الحديث بين النبي صلى الله عليه وسلم: أن لا عبرة لشبهه وأن مجرد الشبه غير معتبر فقد يشبه الولد أيا كان أو أبائه أو أجداده³.

المذهب الثاني: اعتبار الحكم بالقيافة طريقا من طرق اثبات النسب عند الاشتباه بهذا قال الشافعية والحنابلة والظاهرية والمالكية في أولاد الإمام المشهور، قال النبي صلى الله عليه وسلم في ابن الملاعنة "إن جاءت به أحمر قصيرا كأنه وحره فلا أراها إلا قد صدقت وكذب عليها وإن جاءت به أسود أعين ذا أليتين فلا أراه إلا قد صدق عليها " فجاءت به على المكروه من ذلك¹.

الفرع الثالث: آليات الحماية لمجهول النسب في القانون الجزائري

أولا: الآليات القانونية لحماية مجهول النسب:

لقد أولت القوانين الجزائرية حماية قانونية لهذه الفئة من الأطفال مجهولي النسب، من خلال إعطائها مجموعة من الحقوق المختلفة مثله مثل الأطفال معلومي النسب تجسدت هذه الحماية من خلال قوانينه المختلفة قانون العقوبات، قانون الجنسية، قانون الحالة المدنية وكذا قانون الأسرة الجزائري هذا من جهة ومن جهة أخرى تجسدت هذه الحماية من خلال تبني المشرع الجزائري لنظام الكفالة .

1- آليات الحماية لمجهول النسب من خلال قانون الأسرة:

لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري إلى أحكام مجهول النسب إلا من باب الإشارة في مواطن متفرقة في باب النسب وحسب نص المادة 44 من هذا القانون: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة"².

¹ _ القرافي، الفروق، أنوار البروق في أنواء الفروق، عالم الكتب، بدون طبعة، ب ن، الجزء 4، ص233.

² _ المادة 44 من القانون 84_11 مؤرخ في 9/6/1984 يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05_02 مؤرخ في 27/2/2005 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 15 بتاريخ 27/2/2005، ص18.

والمرشح الجزائري في قانون الأسرة لم يأتي بتعريف الإقرار، غير أنه عرفه في القانون المدني في المادة 341 على أنه: "الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة¹.

ويجد موقعه من بين طرق إثبات النسب عامة في المادة 40 من قانون الأسرة، وبصفة خاصة في المادتين 44 و 45 منه².

ويمكن تعريفه: بأنه الإقرار بالشيء، وهو أن يصرح الشخص صراحة بقيامه بفعل معين وتصديق واقعة معينة، وإقرار الرجل والمرأة نسب طفل، هو اعترافه الصحيح بأنه أب الطفل، أو أمه، سواء كان ذكرا أو أنثى³.

2- آليات حماية مجهول النسب من خلال قانون العقوبات:

لكل طفل الحق في الحياة سواء ولد من نسب معلوم أو مجهول وتتدخل القانون في هذا المجال مسلطا عقوبة الإعدام على كل شخص يقتل طفلا حديث العهد بالولادة وفقا لنص المادتين 159 و 261 من قانون العقوبات⁴.

كما نصت المادة 341 وما يليها من قانون العقوبات على معاقبة كل من يترك طفلا أو يعرضه للخطر في مكان خال من الناس وتختلف العقوبة حسب العجز الذي لحق الطفل فقد تصل إلى الإعدام إذا تبين بعد وفاة الطفل أن الفاعل قد تعمد قتل الطفل.

¹ _ الأمر 58_75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم الصادر بالجريدة الرسمية العدد 78.

² _ القانون رقم 84_11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02_05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فبراير 2005 الصادر بالجريدة الرسمية العدد 15.

³ _ باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، إقرار، بينة، تلقيح اصطناعي، البصمة الوراثية، نظام تحليل الدم، دار الهدى، الجزائر بدون سنة، ص 61.

⁴ _ الأمر رقم 66_156 مؤرخ في 8/6/1966، يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 16_02 مؤرخ في 19/6/2016 ج ر ع 37 بتاريخ 22/7/2016، ص 04.

أ- جريمة عدم التصريح بميلاد الطفل

نصت المادة 61 من قانون الحالة المدنية على أنه¹: يجب أن يصرح بالمواليد خلال خمسة أيام من الولادة إلى ضابط الحالة المدنية للمكان، وإلا فرضت العقوبات المنصوص عليها في المادة 442 من قانون العقوبات، والتي نصت في الفقرة الأولى منها على أنه: كل من حضر ولادة طفل ولم يقدم عنها الإقرار المنصوص عليه في القانون خلال الموعد المحدد يعاقب من 10 أيام على الأقل إلى شهر على الأكثر ومن 100 دج إلى 1000 أو بإحدى العقوبتين .

كما نصت المادة 62 من قانون الحالة المدنية: يصرح بولادة طفلا الأب أو الأم أو الأطباء والقابلات أو أي شخص آخر من متولي الولاية وعندما تكون الأم قد ولدت خارج منزلها فالشخص الذي ولدت عنده هو من يقوم بالتصريح على الولادة².

ب - جريمة عدم تسليم طفل حديث العهد بالولادة:

نصت المادة 442 من قانون العقوبات يعاقب بالحبس من 10 أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 100 إلى 100 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من وجد طفل حديث الولادة ولم يسلمه إلى ضابط الحالة المدنية، ما لم يوافق على التكفل به ويقر بذلك أمام جهة البلدية التي ينسب الطفل في دائرتها.

كما نصت المادة 321 من نفس القانون على أنه يعاقب بالسجن من 5 سنوات إلى 10 سنة كل من نقل عمدا أو أخفى أو استبدل طفل بطفل آخر أو تدخل على أن الطفل ولد امرأة لم تضع³.

¹ - الأمر رقم 70_20 مؤرخ في 19/2/1970 يتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14_08 مؤرخ في 9/8/2014 ج ر عدد 49، بتاريخ 20/8/2014، ص 3.

² - القاضي بن رزق الله اسماعيل، محاضرة حول حقوق الطفل وفق التشريع الجزائري، جامعة تبسة، دفعة 2008/2009، ص 7.

³ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري في ضوء الممارسة القضائية، ديوان الطبع لنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة 2، ص 120.

وإذا لم يثبت أن الطفل قد ولد حي فتكون العقوبة هي الحبس من شهرين إلى 5 سنوات وإذا أثبت أن الطفل لم يولد حي فتكون العقوبة هي الحبس من شهر إلى شهرين.

3- آليات حماية مجهول النسب من خلال قانون الجنسية:

حسب قانون الجنسية الجزائري كل ولد من أب جزائري وأم جزائرية له الجنسية الجزائرية أصلية، و استثناء وطبقا للمادة 7 من قانون الجنسية¹ نجدها تنص على اعتبار الطفل 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 جنسيته.

ومن خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري قد وضع شرطين أساسيين من أجل منح الجنسية الجزائرية الأصلية بناء على حق الإقليم وهما:

أ- شرط الولادة بالجزائر:

كي تثبت الجنسية الأصلية حسب نص المادة 7 من قانون الجنسية يجب أن يكون الولد مولودا بالجزائر أي من مستشفيات الجزائرية أو عثر عليه أما أحد مساجد أو ملاجئ ترابها، ويشترط النص أن يكون الطفل حديث العهد بالولادة حتى تقوم القرينة على أنه ولد بالجزائر وهذه المسألة مسألة واقع تخضع لتقدير القضاة².

ب- شرط كون الولد مجهول الأبوين:

مفاد هذا الشرط أن يكون كلا الوالدين مجهولين غير معروفين، ويعتبر الولد مجهول الأبوين حتى وإن كانت الأم معروفة الهوية، أي الاسم لكنها مجهولة الجنسية. وعليه نستنتج أنه كل من ولد في الجزائر بغض النظر عن ما إذا كان والديه معلومين مجهولين، وكذا بغض النظر عن جنسيتهم، تمنح له الجنسية الجزائرية.

¹ _ الأمر رقم 70_86 مؤرخ في 15/12/1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، المعدل والمتمم بالأمر 05_01 مؤرخ في 27/2/2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد15، بتاريخ 27/2/2005، ص15.

² _ الأمر رقم 70_86، المرجع نفسه .

والمرجع الجزائري أخذ برابطة الإقليم مثله في ذلك مثل أغلب تشريعات العالم التي تمنح جنسيتها الأصلية لكل مولود يولد على إقليم دولتها دون الإعتداد باعتبارات أخرى.

4- آليات حماية مجهول النسب من خلال قانون الحالة المدنية :

تماشيا مع نص المادة 28 من القانون المدني تنص المادة 64 من قانون الحالة الأمر 20/70 مؤرخ في 19 فبراير 1970¹ "يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء المولودين من أبوين مجهولين والذي لم ينسب لهم المصريح أي أسماء، يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي، كما تنص المادة 67 من نفس الأمر على وجوب قيام الشخص الذي يجد مولود حديث الولادة بالتصريح بذلك إلى ضابط الحالة المدنية وهو بدوره يقوم بأمرين:

أ- تحرير محضر مفصل يبين فيه تاريخ وساعة ومكان التقاط الطفل وسنه الظاهري، وجنسيته وأية علامة يمكن أن تسهل معرفته والسلطة أو الشخص الذي آتى به اليه ويسجل المحضر في سجل الحالة المدنية.

ب - يعد ضابط الحالة المدنية عقدا يكون بمثابة عقد ميلاد².

ثانيا: نظام الكفالة كآلية لحماية مجهول النسب في القانون الجزائري

الكفالة هي نظام، أوجدته أحكام الشريعة الإسلامية وتبنته كل النظم القانونية الحديثة في العالم الإسلامي، يتولى أساسا تأمين رعاية من طرف ذوي البر والإحسان، للأولاد القصر الذين فقدوا من يعيلهم أو كان في حالة مادية أو صحية لا تسمح له بذلك ولتفادي أي تجاوز في حق الطفولة وأي استغلال لها وضع المشرع إجراءات صارمة وشروط محدد تضمن تحقيق الهدف المرجو من الكفالة.

¹ - لأمر رقم 70_86 مؤرخ في 15/12/1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، المعدل والمتمم بالأمر 05_01 مؤرخ في 27/2/2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد15، بتاريخ 27/2/2005، ص15.

² - القاضي بن رزق الله، مرجع سابق، ص73.

1- مفهوم الكفالة

مصطلح الكفالة له عدة معاني، فمنها ما يعني ضمان الدين ومنها ما يعني الولاية على المال ومنها ما يعني الولاية على النفس القاصرة.

- تعريف الكفالة

لغة: تعني الكفالة في اللغة العربية الضم وزعامة وحماية ومنها قوله تعالى: "وكفلها زكريا"¹ أي ضمن القيام بأمرها وتكفل بها.

فهي من كفل يكفل كفالة، إذا فالكافل هو القائم بأمر اليتيم والمربي له، لقوله تعالى "وأنا به زعيم، أي وأنا به كفيل"².

إصطلاحاً :

أ - الكفالة حسب قانون الأسرة: عرفها المشرع في المادة 166 الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب لابنه وتتم بعقد شرعي.

فالكفالة عبارة عن التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي، وعلى هذا المنوال فالكفالة هي عبارة عن التزام تطوعي لتكفل برعاية طفل قاصر من تربية ورعاية بنفس الطريقة التي يتعامل بها الأب مع ابنه. في مرحلة سنين الجمر التي مر بها المجتمع الجزائر بداية التسعينات التي ترتب عنها وجود أمهات عازبات ليست لهن القدرة على إعالة أنفسهن فما بالك برعاية أطفال قصر بحيث أحكام الكفالة كان لها أثر إيجابي في تلك الفترة بحيث فتحت الباب للأسر التي ترغب في الإنجاب³.

¹ _ سورة آل عمران الآية 37.

² _ علي محمد عبد الحافظ السيد، عقد الكفالة وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي، الطبعة 1، دار الفكر الجامعي مصر، 2008، ص4.

³ _ محمد عبد الجواد محمد، حماية الطفولة في الشريعة الإسلامية والقانون، منشأ المعارف جلال حزي وشركاؤه، الإسكندرية، مصر، ص 67_ 68 .

ب - الكفالة في القانون المدني:

عرفتها المادة 644 من التقنين المدني الكفالة بأنها عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ

إلتزام بأن يتعهد للدائن أن يفي بهذا الإلتزام، إذا لم يفي به المدين نفسه.

من هذا التعريف يتبين لنا أن عقد الكفالة إنما ينشأ عن وجود علاقة مديونية تقوم بين الدائن والمدين، وأن المدين في الإلتزام الأصلي ليس طرفاً في عقد الكفالة رغم أنه يلعب دوراً في إنفاذها، وقد تتم الكفالة من جهة أخرى دون علم المدين أو حتى رغم معارضته إذ نصت المادة 647 من القانون المدني تجوز كفالة المدين دون علمه، وتجوز أيضاً رغم معارضته فالكفالة هنا تركز على إلتزام أصلي، وتعمل على الوفاء به، فهي تابعة دائماً له ومن ثمة فهي ترتب إلتزام شخصي في ذمة الكفيل محله الوفاء بالإلتزام الأصلي إن لم يفي به المدين، ومنه لا يكون مصدر الإلتزام المكفول هو العقد دائماً بل تتعدد مصادره بمصادر الإلتزام المعروفة، وهي العقد، الإرادة المنفردة، الفعل المستحق لتعويض أو القانون بينما التزم الكفيل الناشئ عن عقد الكفالة مصدره دائماً واحد وهو العقد¹.

2- شروط الكفالة:

لقد أقر المشرع الجزائري مجموعة من الشروط المتعلقة بالكفالة، وذلك من أجل ضمان حماية أكبر للأطفال مجهولي النسب، وكذا ضمان أن تكون العائلة والشخص صاحب الكفالة أهل لهذه الكفالة التي ستضمن حياة أفضل لهذه الفئة من الأطفال، والتي هي بحاجة كبيرة إلى الرعاية والحماية، و هذه الشروط انقسمت بين شروط متعلقة بالكافل وأخرى متعلقة بالمكفول².

¹ - علي محمد عبد الحافظ السيد، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق ص 7.6.5.

² بليل صبرينة، شعلال نعيمة، عقد الكفالة في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص11.

³ العربي بختي، مرجع سابق، ص213.

1 - الشروط المتعلقة بالكافل

بالرجوع إلى المادتين 117 و 118 من قانون الأسرة الجزائري نجد أنهما تنص على مجموعة من الشروط العامة التي يجب أن تتوفر في الكافل سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، وهذه الأخيرة يمكن حصرها في:

أ- لإسلام: فنجد أن قانون الأسرة أوجب أن يكون الكافل مسلما أي يدين بدين الإسلام حتى يستطيع أن يتكفل بطفل مسلم، لأن هذا الأخير قد يؤثر على الطفل المكفول ويجره إلى تغيير دينه وبالتالي تكون الكفالة نقمة عليه بدل أن تكون نعمة³.

أما إذا كان طالب الكفالة أجنبي الجنسية حسب نص المادة 13 مكرر 1 من القانون 10/05 أجاز المشرع للأطراف الأجانب التقدم أمام القاضي الجزائري بطلب الكفالة وبغض النظر عن دينهم فإن قواعد الإسناد المحددة في المادة السالفة الذكر تستوجب على القاضي فقط مراعاة قانوني مقدم طلب الكفالة والطفل المكفول عند إنشاء العقد وعليه فإذا رأى القاضي الجزائري أن قانوني الأجانب يجيز الكفالة، مع العلم أن طالب الكفالة والمكفول ليس من جنسية واحدة فهنا القاضي بعد التحقيق الذي يجريه يقوم بتحرير عقد الكفالة.

أما حالة ما إذا كانا من نفس الجنسية الكافل والمكفول وقانونهما يجيز الكفالة هنا نفس الشيء القاضي يحرم عقد الكفالة.

لكن إذا كان أحد القوانين لا يجيز فإنه بالطبع لا يمكن تحرير عقد الكفالة لأن المادة 13 مكرر 1 تلزم القاضي أن يراعي القانونين معا يوم تحرير العقد في حين آثار الكفالة يحكمها قانون الكافل فقط¹.

ب- الأهلية: ويعني أن يكون هنا الكافل بالغا راشد غير محجور عليه لسبب الجنون أو العته، وهذه حالة ظاهرة إذ يمكن التعرف على الشخص طالب الكفالة هل متمتعاً بقواه

العقلية أم لا؟ حيث نصت المادة 116 من قانون الأسرة على هذا الشرط بعبارة عاقل، أن يكون الكافل يتمتع بالأهلية القانونية الكاملة¹.

ج - القدرة: هذا الشرط مفاده أن يكون الكافل قادرا جسديا وماديا على التكفل بالقاصر. والمراد بالقدرة الحالة المالية والاقتصادية لطالب الكفالة، إذا لا يعقل لطالب الكفالة أن يكون بطلا ولا وليس له مورد رزق، إذ أنه عمليا يطلب القضاة من طالبي الكفالة تقديم كشف الراتب الشهري للتحقيق من هذه القدرة، وإلا رفض الطلب مراعاة لمصلحة الطفل².

والشيء الملاحظ أنه من المفروض مثل هذه الشروط المتعلقة بالوضعية المادية للكافل أن ينظمها بمقتضى التشريع ويبين كيف تثبت هذه الوضعية هل بشهادة العمل أم بكشف الراتب أم بالسجل التجاري، وغيرها من الوثائق الضرورية في العقد حتى لا تطرح مشاكل عملية أمام القاضي والمتقاضي.

إن هذه الإشكاليات هي عملية يواجهها المواطن والقاضي يوميا إذ كان من المفروض النص عليها صراحة في قانون الأسرة حتى يزول الغموض ولا يكون تناقض في التأويلات بين جهات القضاء الجزائري وكما توفر أحسن رعاية للطفل القاصر.

فهو غير واضح إذ الكثير يقتصره على الرجل وهناك البعض لا يميز بين المرأة والرجل لكن بقراءة نص المادة 118 من قانون الأسرة نجد المصطلح يؤكد على الكافل الرجل وليست المرأة الكافلة، فمن المفروض أن ينص المشرع على أن للمرأة الحق في طلب الكفالة لأنها هي أولى من الرجل في رعاية الطفل وتنشئته وتربيته وإعطائه الحنان بحكم أن مرحلة الطفولة تكون دائما بين أحضان المرأة وليست بين أحضان الرجل بحكم طبيعة كل منهما لكون الرجل معظم وقته يسعى في الخارج.

1_ لحسين بن شيخ آثملويا، مرجع سابق، ص110.

1 _ طلبية مالك، التبني والكفالة، مذكرة نيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 14، سنة 2003. 2004. ص30.

2 - طلبية مالك، مرجع سابق ص35.

أما فيما يخص جواز الشخص المغنوي طلب الكفالة:

فإنه لا يوجد نص قانوني يجيز للأشخاص الاعتبارية الحق في الكفالة مثل المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال والهيئات والمنظمات والجمعيات ذات الطابع الاجتماعي، مع العلم أن مثل هذه الأشخاص الاعتبارية عادة لها إكتفاء مالي وتسيير بشري لائق يمكنها من التكفل بالأطفال مجهولي النسب، وحتى معلومي النسب الذين عائلاتهم ليست لهم الإمكانيات المادية المعيشية اللازمة، إذ أنه من الأحسن النص عليها في قانون الأسرة وإعطائها الحق في الكفالة أحسن من أن تقوم عائلات ببيع أبنائها لعدم القدرة أو قتلهم، لأنه هناك عدة عائلات تقوم ببيع أبنائها لا شيء وإنما لعدم توافر الوسائل المالية المعيشية.

2- الشروط المتعلقة بالمكفول:

إن القانون الجزائري لم ينص على شروط خاصة متعلقة بالمكفول ومنه يمكن لأي طفل سواء معلوم أو مجهول النسب أن يكون مكفولا، لكن الشرطين الوحيدين اللذين يمكن أن نستنتج من المادتين 116 و 119 من قانون الأسرة هما:

- أن يكون غير بالغ لسن الرشد والذي هو محدد في القانون المدني ب19 سنة، وعليه يلاحظ أن المشرع لم ينص على السن التي تشترط في المكفول صراحة في أحكام الكفالة الموجودة في قانون الأسرة.

- وجوب احتفاظ المكفول بنسبه إذا كان معلوم النسب.

3 - الجهات المختصة بتلقي الطلب وإبرام عقد الكفالة:

توجد ثلاثة جهات مختصة وهي: الجهات القضائية - مكاتب التوثيق - مكاتب البعثات الدبلوماسية بالخارج¹.

¹ _ طلبه مالك، التبنّي والكفالة، مرجع سابق ص22.

أ- الجهة القضائية:

عملا بأحكام المادة 117 من قانون الأسرة فإن المحاكم هي المختصة بإبرام عقد الكفالة لأنها صاحبة الولاية العامة لنظر في جميع القضايا المدنية، فعلى طالب الكفالة أن يقدم طلبه إما إلى قاضي الأحوال الشخصية أو إلى رئيس المحكمة وفقا لسلطاته الولائية للنظر في حالة الأشخاص.

تجدر الإشارة في هذا الأمر السالف الذكر أنه يمكن أن يكون أبوي المكفول معلومين، كما يمكن أن يكونا مجهولين وبذلك يصدر الأمر بنفس الكيفيان السالفة الذكر¹.

كما أن عقد الكفالة كذلك يصدر بموجب حكم قضائي في شكل تبادل عرائض وفقا للأوضاع العادية الذي يختص بها قاضي الأحوال الشخصية.

وعليه فإن رئيس المحكمة أو قاضي الأحوال الشخصية عندما يتلقى الطلب يقوم بدراسة الملف جيدا مراعيًا توافر شروط انعقاد الكفالة طبقا لأحكام قانون الأسرة مع مراعاة أنه طبقا للتعديل الجديد في القانون المدني في المادة 13 مكرر 1 فإن القاضي الجزائري بموجب قواعد الإسناد يمكن أن يصدر حكم أو أمر بالكفالة طرفيه أجنيين أو أحد أطرافه أجنب مقيمين على الإقليم الجزائري وذلك مراعيًا للقانون الداخلي لكلا الطرفين الكافل والمكفول عند إبرام العقد إذا كان يسمحان بالكفالة أم لا وعليه توسعت اختصاصات القاضي الداخلي بعدما كانت مقتصرة على الأطراف الجزائرية فقط.

ب- القاضي:

القاضي يباشر إجراءات التحقيق مراعاة لمصلحة الطفل المكفول:

بحيث عمليا يتطلب حضور جميع أطراف العقد وإبداء رضا أبوي المكفول إن كان على قيد الحياة زيادة على ذلك إحضار الشاهدين الذين يثبتان سيرة طالب الكفالة وأمانته، وإن كانت من المستحسن أن ينتقل القاضي ويجري معاينة ميدانية لحالة طالبي الكفالة قصد

¹ _ ملحق نموذج للكفالة رقم: 06

الإطلاع على النوايا التي أدت إلى طلب الكفالة ومدى استعدادهما لتحمل هذه المسؤولية وظروفهم المادية و الإجتماعية.

ومن خلال إجراء هذا التحقيق و الإنهاء منه يقرر القاضي أما الموافقة على طلب الكفالة أو الرفض حسب ما إذا كان التحقيق سلبيا أو إيجابيا ومن ثم يصدر الأمر بإسناد الكفالة.

بعد إصدار الأمر أو الحكم فإنه لا ينفذ إلا بعد أن يصبح نهائيا وعملية التسليم تتم تلقائيا بين طالب الكفالة والشخص الذي كان بحوزته المكفول دون حضور النيابة أو تحرير محضر بالتسليم¹.

ج - الموثق: بموجب المادة 117 من قانون الأسرة فإنه يجوز للموثق بناءا على طلب ذوي الشأن تحرير عقد كفالة وذلك بعد إجراء تحقيق أمامه ومراعي مدى توافر شروط الكفالة، وبمجرد تحرير هذا العقد تصبح له القوة التنفيذية مثل الحكم القضائي ولا يحتاج إلى المصادقة من طرف القاضي².

د - البعثات الدبلوماسية: فيما يتعلق بالمقيمين بالخارج من الجالية الجزائرية إذ أن تقديم الطلب يكون من ذوي الشأن إلى رؤساء البعثات الدبلوماسية وهذه الأخيرة إما تقبل أو ترفض الطلب³.

4- الطبيعة القانونية للكفالة:

هي عبارة عن نظام قانوني محدد في قانون الأسرة، إذ يلزم على كل شخص احترام أحكامه لكونه يتعلق بالنظام العام إذ سلطان الإرادة في عقد الكفالة محدود جدا، وتكون حرية الإرادة إلا عند النية والرغبة في طلب الكفالة وما بقي من ذلك فهو خاضع لأحكام قانون

¹ _ طلبه مالك، مرجع سابق، ص23.

² _ الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، طبعة 1، ديوان المطبوعات الجامعية 2005م، ص169.

³ _ أنظر للملحق رقم 5 بالنسبة للجالية الجزائرية في المهجر.

الأسرة وإن كان للكافل الحق في الرجوع في الكفالة فإن لنيابة طلب اسقاطها مراعاة لمصلحة الطفل إذ تبين أن الكافل ليس أهل لرعاية الطفل المكفول².

وقبل معرفة الطبيعة القانونية للكفالة وجب أولاً بيان متى يكون التصرف عقد، ومتى يكون نظام قانوني؟

- العقد هو ارتباط ايجاب وقبول لإنشاء التزام أو نقله أو تعديله.
- كما أنه التزام بموجبه يلتزم شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما¹ والعقد عادة ما يكون ملزم للطرفين².

إضافة إلى ما سبق ذكره، فإن العقد يقوم على ثلاثة أركان نظمها المشرع في القانون المدني وهي :

- الرضا: المواد من 59 إلى 91

- المحل: المواد من 96 إلى 98

- السبب

ومعنى هذا أن إرادة الطرفين في قانون الأسرة شروط في الكفالة فمنها شروط خاصة بالكافل وأخرى خاصة بالمكفول سبق وتطرقت لها في شروط الكفالة.

5- انقضاء الكفالة

أ- انقضاء الكفالة بطلب والدي المكفول إذا كان معلوم النسب

جاء قانون الأسرة صريح في مسألة انقضاء عقد الكفالة بالنسبة لمعلومي النسب، وذلك إذا ما عبر والديه عن نيتهم في استرجاع ولدهم المكفول وذلك في نص المادة 124 من قانون الأسرة التي ورد فيها³ إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة المكفول إلى ولايتهما يخير

¹ _ أنظر المادة 45 القانون المدني 75_58 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

² _ أنظر المادة 55 القانون المدني 75_58 المعدل والمتمم، المرجع نفسه.

³ _ القانون رقم 11_84 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم في 27 فيفري 2005م.

الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز وإن لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول.

ب- انقضاء الكفالة بوفاة الكافل أو المكفول:

إن وفاة الكافل أو المكفول يؤدي إلى انقضاء عقد الكفالة، فوفاة المكفول يعد سببا من أسباب انقضاء عقد الكفالة، وذلك راجع إلى أن محل العقد القيام بقاص، لم يعد هذا الأخير موجود، وبالتالي فإن العناية والرعاية والتربية لم يعد لها محل في التطبيق لعدم وجود من تقوم لمصلحته، وذلك بوفاة من أقرت لمصلحته فإذا توفى المكفول وانقضت الكفالة فما مصير المال المملوك للمكفول.

6- إجراءات الكفالة

1-6: على مستوى المستشفى: هنا يكون دور المساعدة الاجتماعية على مستوى مصلحة الولادة، فهي التي ترى الأم البيولوجية وتقوم بتقديم محضر التخلي لها لكي تملئه كذلك لابد من تقديم الأم البيولوجية إلى نسخة من بطاقة التعريف الوطني وإذا لم تتوفر لديها بطاقة تعريف تعطي شهادة الميلاد زائد صورة شمسية، ثم تسألها المساعدة الاجتماعية هل تتخلى عن الطفل بصفة مؤقتة أو بصفة نهائية، وفي المحضر الموجود على مستوى المستشفى تكتب أمامه صفة التخلي وفي الأخير تقوم الأم بإمضائه من جهة وإمضاء المساعدة الاجتماعية من جهة أخرى، وبعدها تقوم المساعدة الاجتماعية بتسجيله في البلدية مقدمة معه مجموعة من الوثائق وهي: صورة طبق الأصل لبطاقة التعريف الوطني، شهادة طبية للولادة، جدول الإرسال¹.

2-6: على مستوى دار الحضانة: في المدة التي تكون الأم تتخذ القرار النهائي في أن تبقي الطفل تحت حضانتها أو التخلي عنه أي المدة المخولة له شهرا أو ثلاثة أشهر بوضع المحضون في دار الحضانة ليعيش فيها تلك المدة المقررة عندما يبلغ 3 أشهر، ولم تأتي أمه

¹ _ مقابلة سميرة بن خرموش، مكلفة بمصلحة التلاحم الاجتماعي لطفولة والشبيبة، مدير النشاط الاجتماعي لولاية المسيلة

البيولوجية لإسترجاعه، يحال إلى مديرية النشاط الاجتماعي، وهنا لا يمكن للأمم البيولوجية أن تطلب إعادة الطفل لحضانتها¹.

3-6: على مستوى النشاط الاجتماعي: تأخذ المساعدة الاجتماعية ملف الطفل وتبحث في الملفات الموجودة على مستوى مصلحة الأم والطفل بالنشاط الاجتماعي عن ملف العائلات التي تريد التكفل بطفل، ولكن قبل منح كفالة الطفل لتلك العائلة تقوم بالكشف والتحري عن هذه الأسرة الكفيلة، بحيث تقوم هذه الأخيرة بالخروج مع أخصائي نفسي لإجراء التحريات بعدها تقوم بمنح قرارها قد يكون إيجابي أو سلبي، كما أن هنا لجنة مكونة من 10 أعضاء يقومون بالمصادقة على هذه الكفالة هذا إذا كان الطفل معلوم الأم، أما إذا كان الطفل مجهول الأبوين فإن مديرية النشاط الاجتماعي تقوم بدراسة الملف ولا بد أن يحتوي الملف على الوثائق التالية :

- طلب خطي يحدد فيه جنس الطفل ممضي من طرف الزوجين - شهادة الميلاد لكلا الزوجين - الشهادة العائلية للحالة المدنية - شهادة السوابق العدلية للزوجين - شهادة عمل وكشف الراتب لثلاثة أشهر - صورتين شمسيتين لزوجين - عقد ملكية السكن أو الإيجار شهادة الإقامة - شهادة طبية للحالة الصحية لزوجين - شهادة السجل التجاري أو شهادة العمل - عقد الزواج - صورة طبق الأصل لبطاقة التعريف الوطني - ويتم طلب هذه الوثائق حتى يتم الإطمئنان للحالة الاقتصادية للكافل وضمان وسط معيشي حسن للمكفول.

ولا تمنح الموافقة إلا بعد التأكد من ضرورة توفر الوثائق، ثم بعد ذلك تقوم المصلحة بتشكيل لجنة مكونة من مجموعة من الأعضاء لدراسة الملف وإعطاء رأيها فإذا قبلت اللجنة الكفالة تقوم بإبلاغ الكافل ويقوم هذا الأخير بإحضار الوثائق، بعدها تسجل الكفالة في محرر رسمي عند رئيس المحكمة، أما فيما يخص الوالدين فيحضر مكانهما باعتبارهما غير موجودين المساعدة الاجتماعية التي تمثل الدولة بتفويض الوالي².

¹ _ ملحق الشروط الخاصة بالكافل: رقم 2

² _ مقابلة سميرة بن خرموش، مرجع سابق .

7- التخلي عن الكفالة

يكون التخلي عن الكفالة أمام الجهة التي أقرت الكفالة، ويجب أن تكون النيابة على علم بذلك التخلي من أجل الولد المكفول، الكفالة تنتقل إلى ورثة الكفيل بعد موته بشرط أن يلتزم بهذه الكفالة والتزام الورثة بالكفالة يجب أن يكون أمام المحكمة أو أمام الموثق، لأن الإلتزام بالكفالة هو في حقيقة إنشاء الكفالة على وجه التبرع.

إذا توفى الكفيل ولم يكن له ورثة، أو لم يلتزم الورثة بالكفالة وجب على القاضي أن يسند أمر الكفالة إلى جهة من جهات الدولة المختصة برعاية الأولاد.

8- آثار الكفالة

عند قيام عقد الكفالة صحيحا، فإنه يترتب آثار على الكافل والمكفول، وينشأ حقوق لكل من هما على الآخر.

ومن هنا سنتناول في أولا آثار الكفالة على الكافل، ثم نتطرق في ثانيا إلى آثار الكفالة على المكفول.

1-5: آثار الكفالة على الكافل

هناك آثار كبيرة تترتب على عقد الكفالة اتجاه الكافل تكون في الأغلب التزامات أكثر منها حقوق باعتبار عقد الكفالة تبرعي وتتمثل في الولاية على نفس المكفول وماله¹.

أ- النفقة والرعاية على الطفل المكفول

يجب على الكافل الإنفاق على المكفول من ماله كما لو أنه ابنه، ينفق عليه وذلك باعتبار الولد المكفول منزلة الابن الشرعي فإذا كان المكفول ولدا فإن النفقة عليه تكون حتى بلوغه سن الرشد أما بالنسبة إذا كان المكفول بنتا فإن النفقة والكفالة سارية إلى أن تتزوج أي الدخول بها على الوجه المشروع².

¹ _ شرين زهير أبو عبدو، معالم الأسرة المسلمة في القرآن الكريم، رسالة ماجستير، غير منشورة، الجامعة الإسلامية، كلية أصول الدين، قطاع غزة، فلسطين، ص91.

² _ بن زردة عبد العزيز، احكام الأطفال مجهولي النسب في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، د س ن، ص50.

ب- الولاية على نفس ومال المكفول

إذا كانت الكفالة تعطي للكافل الولاية على المكفول وتجعله بمثابة الأب له فإن هذا لا يعني أنها ترتب نفس الآثار بين الأبناء الأصليين وآبائهم وتتجسد هذه الولاية بالنسبة للكافل على المكفول في المحافظة على نفس المكفول وصيانتته. وعليه فالولاية تنتقل من الكافل إلى المكفول إذا كان معروف النسب، أما إذا كان مجهول النسب من مديرية النشاط الاجتماعي باعتبارها الولي القانوني له، تكون له ولاية على نفس ومال المكفول¹.

ج- الاستفادة من المنح العائلية:

نص قانون الأسرة على الحق في المنح العائلية والدراسة الممنوحة للمكفول التي تصرف عادة على الولد الأصلي بأن يقبضها الكافل بعد اثبات أن القاصر تحت ولايته ومسؤوليته ويقوم برعايته.

د- آثار الكفالة على المكفول:

يتمثل أثر الكفالة على المكفول في تغيير اللقب العائلي للمكفول حتى يوافق لقب الكافل، حيث تم تنظيم تغيير اللقب العائلي في الجزائر بموجب المرسوم 157-71² ويلاحظ من خلاله أن مسألة تغيير اللقب تكتسيها نوعية من التعقيدات، حيث يشترط المرور بمجموعة من الإجراءات القانونية.

وقد أجري تعديلا على المرسوم المتعلق بتغيير الألقاب يتضمن طبقا للمادة 121 من قانون الأسرة إجراءات جديدة فيما يتعلق بمنح لقب العائلات الكافلة لأطفال مجهولي النسب المكفولين، من بينها إمكانية التقدم بطلب تغيير اللقب آليا عبر الأنترنت وهذا المرسوم التنفيذي المؤرخ في 8 أوت 2020، والصادر في الجريدة الرسمية، الذي يحمل تعديلا جديدا

¹ _ أنظر المادة 121 من قانون الأسرة 84_11 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

² _ مرسوم تنفيذي رقم 71_157 مؤرخ في 3/6/1971، المتعلق بتغيير اللقب، ج ر ج، العدد 47، الصادر بتاريخ 11/6/1971.

لمرسوم الراحل هواري بومدين، وينص على : "يمكن لشخص الذي كفل بشكل قانوني طفلا مجهول النسب من الأب أن يقدم باسم هذا الطفل ولفأئذته إلى وكيل الجمهورية لمان إقامته أو لمكان ميلاد الطفل طلب تغيير اللقب العائلي للطفل ومطابقته مع لقبه " ¹.

وفي حالة وجود أم الطفل معلومة وعلى قيد الحياة للطفل المكفول، فإن القانون الجزائري يشترط على الكافل أن يحصل على موافقتها قبل منح لقبه العائلي للطفل المكفول مجهول الأب، في حين ينص التعديل الجديد على أنه "في حالة تعذر ذلك، يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بمطابقة اللقب العائلي للطفل مع لقب الكافل، بناء على طلب هذا الأخير بشرط تقديم تصريح شرفي بأن مساعيه للاتصال بأم الطفل المكفول لم تكلل بنتيجة. والتعديل الجديد لمرسوم تغيير اللقب فيما يتعلق بمطابقة لقب الكفيل بالمكفول جاء لسد ثغرة في المرسوم بالنسبة للطفل مجهول النسب في حالة غياب الأم إلى جانب غياب الأب، والمجلس الإسلامي الأعلى برئاسة الراحل الشيخ حماني قد أفتى في العام 1992 بجواز منح لقب العائلة الكافلة للطفل المكفول إذا كان مجهول النسب.

فمطابقة لقب الطفل المكفول مع لقب العائلة التي تكفلت به لا يعني أنه سيصبح متبني، لأن التبني يمنح الطفل كامل الحقوق كما لو كان ابنا حقيقيا لتلك العائلة الكافلة، في حين تبقى حقوق الطفل المكفول محدودة في الرعاية المادية مع الاحتفاظ بحالة الكفالة التي تميز الطفل المكفول على الأبناء من صلب الكافل.

تقدم الاعتراضات المتعلقة بتغيير اللقب العائلي إلى وكيل الجمهورية الذي أودع الطلب أمامه خلال مهلة ستة أشهر ابتداء من تاريخ النشر، وبعد انتهاء مهلة الاعتراض يرفع وكيل الجمهورية الملف كاملا إلى وزير العدل حافظ الأختام إلكترونيا، الذي يتولى عرضه على

¹ _مرسوم تنفيذي رقم 20_223 مؤرخ في 2020/8/8 يعدل ويتم المرسوم رقم 71_157 المتعلق بتغيير اللقب، ج ر ج، العدد 47 الصادر بتاريخ 2020/8/11

لجنة لإبداء رأيها تتشكل هذه اللجنة من ممثلين عن وزارة العدل وممثلين عن الوزارة المكلفة بالداخلية يعينون من قبل السلطات المعنية لهذا الغرض¹.

بحيث يصدر الأمر في خلال الثلاثين يوم الموالية لتاريخ تقديم الطلب من وكيل الجمهورية محل تسجيل وإشارة على هامش سجلات العقود ومستخرجات عقد الحالة المدنية لمقر ميلاد الطفل المكفول، وإذا كان هذا المقر خارج دائرة اختصاصه يقوم بإخطار وكيل الجمهورية المختص إقليميا للقيام بذلك².

ثالثا: الطرق العلمية لإثبات النسب

على ضوء التطور العلمي الحاصل في كافة الميادين بما في ذلك علم الوراثة وفي مقدماتها البصمة الوراثية، وهي من وسائل اثبات النسب وذلك لتمييزها بالدقة في معرفة الصفات الوراثية المميزة للشخص، والتي لا يتشابه فيها إنسان مع آخر.

وعلى ذلك الأساس نتطرق إلى مفهوم البصمة الوراثية وضوابط إستخدامها وموقف المشرع الجزائري والقضاء من ذلك.

1- مفهوم البصمة الوراثية:

نعرف البصمة الوراثية من خلال مدلولها اللغوي و الإصطلاحي والعلمي.

أ- التعريف اللغوي:

تتركب جملة البصمة الوراثية من عبارتين البصمة والوراثة لذلك نعرف كل واحدة على حدى.

البصمة: بصم يبصم بصما فهو باصم ويقال بصم الشخص يعني ختم بطرف إصبعه، ورسم وطبع، وأصلها في اللغة الغلظة والكثافة.

¹ _ أنظر المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 20_223، مرجع سابق.

² _ أنظر المادة 5 مكرر 2 من المرسوم التنفيذي رقم 20_223، المرجع نفسه.

الوراثية: من مصدر ورثة يقال ورث أباه يرثه ورثا ووراثته وإرثا ورثه وتعني الانتقال والبقاء، وأورثه الشيء منحه إياه وتركه له ¹.

ب- التعريف الإصطلاحي: هي البنية الجينية نسبة إلى الجينات أي المورثات التفصيلية التي تدل على كل على هوية كل شخص بعينه وهي وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقيق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية وإثباتها، ولا سيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها الكثير من الفقهاء، في غير الحدود الشرعية، وتمثل عنصرا مهما في مجال اثبات النسب شأنها شأن القيافة التي يذهب إليها جمهور الفقهاء في اثبات النسب المتنازع عليه ².

ج- التعريف العلمي للحمض النووي: الحمض النووي ADN

الحمض النووي أو ما يعرف ADN هو عبارة عن مركب كيميائي معقد ذو وزن جزئي لا يمكن للكائن الحي الاستغناء عليه، وهو الذي يحمل المعلومات الوراثية، يوجد هذا الحمض في أنوية الخلايا للكائنات الحية لذا يطلق عليه الحمض النووي ويشكل هذا الأخير نظاما يحدد خصائص كل فرد باختلافه من شخص لآخر.

رابعا: ضوابط استخدام البصمة الوراثية

إن البصمة الوراثية أسلوب عصري يحتج بها في العديد من ميادين الإثبات وفض النزاعات، إلا أن العمل بها لا بد أن يحاط بجملعة من الضوابط وهي:

1 - الضوابط المهنية: وتتمثل هذه الضوابط في:

أ- تولي مهمة الكشف عن الطبيعة الشخصية خبراء وفنيون مسلمون باعتبار نتائجها ستكون حقائق تبني عليها أحكام شرعية، لأن غير المسلم لا يؤتمن في مثل هذه الأمور إلا أنهم

¹ _ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج1، د ط، دارالجيل، بيروت، د س ن، ص182.

² _ لمريني سهام، ضوابط وشروط العمل بالبصمة الوراثية في مجال الإثبات، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، العدد7، 2012، ص63.

سباقون لإكتشافها وانشاء مخابر لها¹.

- ب- وجوب الكفاءة والدراية التامة بأدق التفاصيل لهذا الأسلوب، بالإضافة إلى الأمانة والموضوعية، وهذا يجب خلو أطراف الخصومة من أي عداوة مع القائمين على ذلك²
- ج- من أجل مصداقية أكثر يجب تكرار التحليل في مختبرين منفصلين، أو عمل التحليل في مختبر واحد من طرف خبيرين، غير أن مسألة التكرار كانت محل خلاف للصعوبات التي تواجه الأفراد، وفي هذا الصدد تقول الدكتورة أقروفة زبيدة أن المسألة متروكة لسلطة القاضي باعتبار الفحوص الجينية تدخل في أعمال الخبرة التي تخضع لشروط صارمة
- 2- الضوابط الموضوعية:**

تتمثل الضوابط الموضوعية في:

- أ- يمنع استخدام الشفرة الوراثية للتأكد من نسب ظاهر مستقر بأحد الطرق الشرعية لما في ذلك من إثارة الشكوك مع التماس القبول المسبق الحر من المعنى في حالة استخدامها، وللقاضي كامل السلطة التقديرية في إحالة الأطراف المعنية على اختبارات الكشف الوراثي³
- 2- يستخدم فحص ADN في المجالات التي حصرها الفقهاء كالتنازع حول النسب أو كنتيجة لانعدام الأدلة أو تعارضها أو إتفاقها⁴.

الفرع الخامس: موقف القانون والقضاء الجزائري في مسألة اثبات النسب بالطرق العلمية

نتطرق في هذا الفرع إلى موقف المشرع في قانون الأسرة من مسألة الإثبات بالطرق العلمية، ثم موقف المحكمة العليا من ذلك.

¹ _ إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2012، ص247.

² _ إقروفة زبيدة، مرجع سابق، ص248.

³ _ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة وفق آخر التعديلات وعدم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ج1، أحكام الزواج، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، 2010، ص403.

⁴ _ شرقي نصيرة، اثبات النسب في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص 2013، ص44.

أولاً: موقف المشرع الجزائري في قانون الأسرة:

لم يعترف قانون الأسرة الجزائري عند صدوره لأول مرة سنة 1984 بالطرق العلمية لإثبات النسب، باعتبار أن الطرق العلمية في ذلك الوقت لم تكن متطورة جداً، لأن طريقة البصمة الوراثية ظهرت سنة 1985 أي بعد صدور قانون الأسرة الجزائري، إضافة إلى ذلك كان هناك جدل فقهي بين علماء الدين حول شرعية استعمال الطرق العلمية في مجال إثبات النسب .

فالطرق العلمية لم تكن مقبولة من الناحية الشرعية لإثبات النسب، غير انه مع مرور الوقت أصبحت فكرة استعمال الطرق العلمية تحظى بقبول من طرف علماء الدين وبالأخص بعدما أكدت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية سنة 2001 بأنه لا يوجد مانع شرعي لاستعمال البصمة الوراثية لإثبات النسب.

فالمشرع الجزائري بدوره قرر مسايرة هجه التطورات العلمية والفقهية في مجال اثبات النسب وفي هذا المجال صدر سنة 2005 القانون 02/05 المؤرخ في 2005/2/27 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، فقد جاءت المادة 40 من قانون الأسرة تنص في فقرتها الثانية على مايلي: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب " فمنذ سنة 2005 أصبح بإمكان القاضي اللجوء إلى استعمال الطرق العلمية من أجل إثبات النسب، مثلاً في حالة تنازع اثنين في مجهول النسب أو عدول الأب عن استلحاق مجهول النسب أو إنكار ابنه أو في حالة ادعاء امرأة بأبومتها لشخص ما دون تقديم دليل على اثبات ولادتها له غير أن يتعين علينا أن نشير أن اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، لا بد أن يكون في إطار وجود عقد زواج شرعي.

لأن الكثير من الناس في الجزائر يعتقدون أن استعمال الطرق العلمية لا يحتاج إلى وجود علاقة زوجية مثلما هو الحال في الدول الغربية، في حين أن ذلك غير صحيح، فقانون الأسرة الجزائري مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، ووفقاً لأحكام الشريعة فإن مسألة إثبات النسب تخضع لضوابط شرعية أهمها وجود علاقة زوجية شرعية عملاً بالقاعدة

الشرعية التي تقول: "الولد للفراش وللعاهر الحجر" حيث أن الطفل الذي يولد نتيجة علاقة غير شرعية أي علاقة زنا لا يمكن المطالبة بإثبات نسبه للأب وإنما ينسب لأمه¹.
هذا ما جاءت به المادة 41 من قانون الأسرة.

ثانيا: مناقشة قرار المحكمة العليا رقم 355188 في اثبات نسب الولد غير الشرعي

لعل بعض القرارات القليلة المخالفة لقانون الأسرة ولما استقر عليه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في اثبات نسب الطفل غير الشرعي مردها سكوت المشرع عن التحديد الدقيق للأحكام النسب وعدم تعرضه لبعض الجزئيات تماما وظبطها في مواد قانونية رغم أهميتها وتركها لإجتهاد القضاة، مما حمل القضاة عبئا إضافي بالبحث عن الأقوال الفقهية المختلفة والمقارنة بينها، مما أدى أحيانا إلى صدور قرارات متناقضة حتى عن المحكمة العليا بالرغم من أن دورها تفسير القانون وتوحيد الاجتهاد القضائي لذا وجب إعادة صياغة النصوص القانونية بادراج مواد جديدة لكل الجزئيات التي لم يتعرض لها ومثال ذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا بحيث :

1- يمكن طبقا لنص المادة 40 من قانون الأسرة إثبات النسب عن طريق الخبرة القضائية ADN ولا ينبغي الخلط بين اثبات النسب بالزواج الشرعي مادة 41 من نفس القانون وبين الحاق النسب بالعلاقة غير الشرعية².

وجاء في تسبيب القرار حيث بالإطلاع على القرار المطعون فيه الذي يتبنى الحكم المستأنف يتبين منه أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى الحاق نسب المولود المطعون ضده واعتباره أبا له كما أثبتته الخبرة الطبية ADN معتمدين في ذلك على المادة 40 من قانون الأسرة رغم أن هذه الأخيرة تفيد أنه يثبت النسب بعدة طرق منها البينة، ولما كانت الخبرة العلمية ADN أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه

¹ _ أنظر المادة 41 من قانون الأسرة 02_05، المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فبراير 2005، الصادر بالجريدة الرسمية، العدد 15.

² _ أنظر نص المواد 41، 40 من قانون الأسرة. نفس المرجع.

بناءا على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن ولا تختلط عليهم الأمور بين زواج شرعي المادة 41 ق أ وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية، وخاصة أن كلاهما يختلف عن الآخر ولكل منهما آثار شرعية كذلك.

ولما ثبت في قضية الحال أن الولد من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة فإنه يلحق به الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه¹.

كما نجد أن المشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية أخذ بقول الجمهور على عدم جواز استلحاق ولد الزنا، وأن الإستلحاق لا يثبت به النسب، إن كانت العلاقة التي نتج عنها هذا الطفل غير شرعية "ولا تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية، وخاصة أن كلاهما يختلف عن الآخر ولكل منهما آثار شرعية كذلك، ولما ثبت من قضية الحال أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة فإنه يلحقه له " ويعتبر التطبيق غير سليم لما نص عليه قانون الأسرة، ومخالفا لما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا في كل القضايا المعروضة عليها التي لم يثبت فيها نسب الطفل غير الشرعي، فاشتراط الزواج ركن هام وجوهري .

كما أن اعتماد المحكمة العليا على تحاليل البصمة الوراثية واعتبارها مندرجة في البيئة التي نصت عليها المادة 40 من قانون الأسرة، حيث ذكرت في القرار أنه "باعتبار أباله كما أثبتته الخبرة الطبية ADN معتمدين في ذلك على المادة 40 من قانون الأسرة رغم أن هذه الأخيرة تفيد أنه يثبت النسب بعدة طرق ومنها البيئة، ولما كانت الخبرة العلمية ADN أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه فإن مردود عليه عدة أوجه وهي:

أ- أن القرارات الصادرة عن المحكمة العليا لم تفسر البيئة بالمعنى العام بأنها الدليل والحجة والبرهان، وإنما مقتصرة على شهادة الشهود ولم تعتبر في قرارات سابقة على تحليل الدم،

¹ _ المحكمة العليا، المجلة القضائية، ملف رقم 355180 قرار بتاريخ 2006/3/5 العدد الأول، 2006، ص469.

والذي أخذت به في هذه القضية التي يندرج في مفهوم البينة ومثال ذلك الملف رقم 222674 التي نصت على أن اثبات النسب قد حددته المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة الذي جعل له قواعد اثبات مسطرة وضوابط محددة تقي بكل الحالات التي يمكن أن تحدث ولم يكن من بين هذه القواعد، تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع الذي دل على أنهم قد تجاوزوا، سلطتهم الحاكمية إلى التشريعية الأمر الذي يتعين معه نقض القرار¹.

ب- أن القانون المدني قبل تعديله اعتبر البينة هي شهادة الشهود، أي أنه فسرهما بالمعنى الخاص وليس العام، فاستعمل مصطلح البينة لتعبير عن شهادة الشهود، واستبدل بعد التعديل كلمة البينة بكلمة شهادة الشهود، أي أن المشرع لا يفرق بينهما، وهو أيضا ما قام به أغلب فقهاء القانون المدني وأخذت به الكثير من التشريعات العربية كالقانون المصري والتونسي والمغربي .

ج- أن المحكمة العليا في كل قراراتها لم تثبت نسب الطفل غير الشرعي مهما كانت الأدلة التي ترفض لإختلال ركن جوهري وهو العلاقة غير الشرعية بين الزوجين، إذ لا يمكن الاعتماد على تحليل البصمة الوراثية ولا قيمة لهذا التحليل لأن العلاقة الجنسية بين الزوجين غير شرعية²

المطلب الثاني: آليات الحماية لمجهول النسب في القوانين والمواثيق الدولية والقوانين المقارنة

الفرع الأول: آليات حماية مجهول النسب في القوانين والمواثيق الدولية

اهتمت الهيئات الدولية بحقوق الطفل سواء كان معلوم النسب او مجهولا بدءا من سنة 1924 بإقرار عصبة الأمم "إعلان جنيف لحقوق الطفل" وتلاه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أصدرته هيئة الأمم المتحدة سنة 1948 ثم صدر إعلان حقوق الطفل الذي أصدرته الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1959، وكانت الأمم المتحدة قد سبقت، وأنشأت

¹ _ المحكمة العليا القضائية، العدد الخاص، ملف رقم 222674، قرار بتاريخ 15/6/1999، ص 91.

² _ المحكمة العليا القضائية، نفس المرجع السابق

منظمة الأمم المتحدة للطفولة اليونسف 1946، وصولاً إلى العهدين الدوليين الخاصين بالحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية في 1966، وفي نوفمبر 1989 وافقت الجمعية العام للأمم المتحدة على اتفاقية حقوق الطفل، فحقوق الطفل تجد¹ دعماً كبيراً من قبل الاتفاقيات الدولية عامة ومن الوكالات المتخصصة خاصة، سواء كان الطفل معلوماً أو مجهول النسب، كما أن منظور العلاقات يختلف من دولة إلى أخرى ففي العالم الغربي خلافاً للعالم الإسلامي والعربي، ينظر إلى الطفل مجهول النسب نظرة عادية بحكم ثقافتهم المتفتحة خاصة منها العلاقات بين الرجل والمرأة، أما العالم الإسلامي فالإسلام يحرم العلاقات خارج إطار الزواج.

وقد أكدت الاتفاقية الدولية لسنة 1989² على مبدأ المساواة في الحقوق بين جميع الأفراد سواء عاديّين أو مجهولي النسب فهم يتمتعون بالحقوق الواردة في اتفاقية حقوق الطفل بصفة عادلة مهما كان لونهم، أو جنسيتهم أو لغتهم وغيرها، فأتى إعداد هذه الاتفاقية برز اتجاه يدعو إلى مبدأ المساواة وعدم التمييز بين الأطفال الشرعيين والأطفال غير الشرعيين، وذلك أخذ بما ورد في وثائق حقوق الإنسان، وقد عارض هذا الاتجاه جانب من الدول الإسلامية على أساس أن الإسلام يحضر الزنا ويحضر إنجاب أطفال خارج علاقة زوجية صحيحة وتوفيقاً للاتجاهات المتعارضة جاء نص المادة 1\2 بصيغة توفيقية تجنبت الإشارة الصريحة للمساواة بين الأطفال الشرعيين وغير الشرعيين وجاء في المادة نفسها أن الدول الأطراف تحترم الحقوق الموضحة في الاتفاقية وتضمنها لكل طفل يخضع لولايتها أو الوصي القانوني عليه مهما كان لونه أو لغته أو دينه أو جنسيته أو عجزه أو مولده أو أي وضع آخر.

¹ _ كوفي عنان الأمين العام السابق للأمم المتحدة، وضع الأطفال في العالم 2000، اليونسف، عمان، المطبعة الوطنية ص4.

² _ اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، الجزء 41 رقم 1 سنة 2000، تصدر عن كلية الحقوق جامعة الجزائر، ص1991.

الفرع الثاني: آليات حماية مجهول النسب في القوانين المقارنة.

تمهيد:

تعتبر الدول المغاربية المعنية بالدراسة كالجائر تونس والمغرب من الدول التي تولي اهتماما كبيرا بمصلحة الطفل، سواء من خلال المصادقة على اتفاقية حقوق الطفل أو عن طريق التشريع لمسائل تتعلق بحماية حقوق الطفل عموما وبالطفل مجهول النسب ومن هنا سوف نتطرق إلى الحماية القانونية لطفل مجهول النسب في التشريع المغربي وأخيرا الحماية لطفل مجهول النسب في التشريع التونسي.

أولا- الحماية القانونية لمجهول النسب في القانون المغربي:

بما أن المغرب طرف في اتفاقية حقوق الطفل صادقت عليها في 12 جويلية 1993¹ فإنه عمل على ادخال عدة تعديلات على قوانينه الداخلية بشكل تحترم معه المعايير الدولية لرعاية الطفل لقد أصبح المشرع المغربي حمايته على الطفل ابتداء من أعلى تشريع في البلاد وهو الدستور² ومن بعده مدونة الأسرة، خاصة المادة 54 منها³، وقانون الجنسية والحالة المدنية، فيما يتعلق بهويته وقانون الكفالة والقانون الجنائي وعلى إثر ذلك سوف نبين مدى الحماية القانونية للطفل المهمل أو مجهول النسب في كل هذه الأحكام .

1- آليات الحماية لمجهول النسب من خلال مدونة الأسرة

يعتبر النسب حقا أصيلا من حقوق الطفل لأن معظم الحقوق الأخرى تعتمد في نشأتها على ثبوت النسب، هذا الحق قد يحرم منه الطفل مجهول النسب وعلى هذا الأساس كان من مبادئ اتفاقية حقوق الطفل عدم التمييز في المولد بين الأطفال وأن يكون لهم قدر الإمكان

¹ - ظهير شريف رقم 1.93.363، صادر بتاريخ 1996/11/21 بنشر الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة، في 1989/11/20، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 4440 بتاريخ 1996/12/19 ص 2847.

² - ظهير الشريف رقم 1.11.91 صادر في 2011/7/29، بتنفيذ نص الدستور، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 5964 مكر بتاريخ 1996/12/19 ص 2847.

³ - ظهير الشريف رقم 1.04.22 صادر في 2004/2/3، بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 5184 بتاريخ 2004/2/5، ص 418.

الحق في معرفة والديهم وتلقي رعايتهم ومن هذا المنطلق تطرقت مدونة الأسرة المغربية¹ لطفل غير الشرعي من خلال الكتاب الثالث المتعلق بالولادة ونتائجها عند تنظيمها لمقتضيات البنوة ذلك في المواد من 142 الى 149 حيث ميزت بين البنوة الشرعية وغير الشرعية.

فإذا انعدمت أسباب قيام النسب يعبر عن الطفل في هذه الحالة بالطفل غير الشرعي أو الولد الناتج عن خارج إطار الزواج أو ابن الزنا أو اللقيط أو ما اصطلح على تسميته في التشريع المغربي بالطفل المهمل وهي كلها مسميات ذات صلة بالطفل مجهول النسب من خلال هذه المواد المنظمة اساس لموضوع البنوة، نلاحظ أن المشرع حددها في الفصل 142 "تتحقق البنوة بتتسل الولد من أبويه وهي شرعية وغير شرعية "

فالبنوة غير الشرعية وهي المعرفة بالبنوة الطبيعية وبشأنها ميزت مدونة الأسرة بين البنوة في اتجاه الأب الطبيعي وفي اتجاه الأم، حيث أقرت المادة 148 من هذه المدونة على أنه "لا يترتب على البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب أي أثر من آثار البنوة الشرعية "في حين أقرت في الفقرة الأخيرة منها "تعتبر بنوة الأمومة شرعية في حالة الزوجية والشبهة والإغتصاب " كما نصت المادة 146 من نفس المدونة على أنه "تستوي البنوة للأم في الآثار التي تترتب عليها سواء كانت ناتجة عن علاقة شرعية أو غير شرعية "

وبالرجوع الى المادة 158 من مدونة الأسرة نجد المشرع المغربي أقر من خلالها أن النسب قد يثبت بواسطة الإقرار، الأمر الذي نظمته في المواد من 160 إلى 162 وسماه بالاستلحاق أيضا إذا أنه يثبت النسب بإقرار الأب ببنوة المقر به ولو في مرض الموت بشرط أن يكون الولد معلوم النسب.

كما نجد اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 في بندها 3 من المادة 20 قد اعترفت بالكفالة كأحدى الوسائل الهادفة لحماية الطفل المحروم من بيئته العائلية الأمر الذي أكد

¹ _ ظهير الشريف رقم 1.04.22، بتاريخ 2004/2/3، بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، ج رعد 5184، بتاريخ 2004/2/5، ص418.

عليه المشرع المغربي بتاريخ 13 جوان 2002، حيث أصدر قانونا يتعلق بكفالة الأطفال المجهولين¹، تضمن هذا القانون تحديد المقصود بالطفل المهمل، مفهوم الكفالة في نطاق أحكامه وبيان ما يجب القيام به في حالة العثور على طفل وليد فكل مقتضيات خاصة بالكفالة تنصب في خلق أكثر حماية ممكنة لهذه الفئة المهملة في المجتمع.

2- آليات الحماية لمجهول النسب من خلال القانون الجنائي

لحماية حق الطفل في التسجيل بسجلات الحالة المدنية، عاقب القانون الجنائي على الجنايات والجنح التي تحول دون التعرف على هوية الطفل في الفصول 468-469 منه حيث جرم عدم التصريح بالازدياد وفي الأجل القانوني إذ عاقب الأشخاص المعنيين على الفعل بالحبس من شهر إلى شهرين وبغرامة من مائة وعشرين إلى مائتي درهم، وذلك في الحالات التي يكون فيها التصريح واجبا .

هذا الفصل حدد الأشخاص المعنيين الذين حضروا الولادة أو وقعت في محلهم ولم يقوموا بالتصريح أما الفصل 469 من نفس القانون جرم كل من عثر على وليد ولم يخطر به ضابط الحالة المدنية ولا السلطات المحلية، بنفس العقوبة المذكورة بالفصل 469 بالرجوع الى الفصل 31 من قانون الحالة المدنية الذي نص على أنه "يعاقب بغرامة مالية من 300 إلى 1200 درهم كل من وجب عليه التصريح بولادة طفل ولم يقم بهذا الإجراء في الأجل القانوني².

¹ _ ظهير الشريف معتبر بمثابة قانون رقم 1.93.165 الملغى بمقتضى ظهير الشريف رقم 1.02.172 صادر في 2002/6/13 بتنفيذ القانون رقم 01.15 المتعلق بكفالة الأطفال المجهولين، ج رالعدد 5031 صادر بتاريخ 2002/8/19، ص2316.

² _ ظهير الشريف رقم 1.02.239 صادر في 2002/10/3 بتنفيذ القانون رقم 37.99 المتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 5054 بتاريخ 2002/11/7 ص3150.

3- آليات الحماية لمجهول النسب من خلال قانون الجنسية

نظم المشرع المغربي موضوع الجنسية بموجب القانون الصادر في 1958/9/19 المعدل بالقانون رقم 62.06¹، وبناء على الفصل 07 منه "يعتبر مغربيا الولد المولود في المغرب من أبوين مجهولين " حيث يتبين من هذا الفصل أن الجنسية الأصلية تسند للطفل مجهول النسب بناء على ضابط الميلاد وهو حق الإقليم :العثور على طفل في هذه الصورة غير مقيد بمرحلة عمرية، فيكتسب الجنسية المغربية بناء على حق الإقليم حتى ولو تأخر علم السلطات بواقعة العثور عليه².

وبموجب الفصل 6 من نفس القانون الخاص بالجنسية المترتبة على النسب أو البنوة يعتبر مغربيا الولد المولود من أب مغربي أو أم مغربية وتماشيا مع هذا التعديل أصبح لرابطة الدم دور مهم في اسناد الجنسية المغربية الأصلية إذ أصبح بإمكان المرأة المغربية إسناد جنسيتها لأبنائها ولو ترتب ازديادهم خارج إطار الزوجية.

كما يمكن لطفل مجهول النسب اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة، وهذا من المستجدات التي جاء بها قانون 62.06 ذلك في إطار الملائمة مع الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالطفل، وهذا ما ورد في الفصل 9 من هذا القانون.

4- آليات الحماية لمجهول النسب من خلال قانون الحالة المدنية

استنادا لقانون 37.99 المتعلق بالحالة المدنية، وبناء على ما جاء به من مقتضيات من حق الطفل في اسم يميزه عن غيره، الذي يشكل أحد العناصر التي تكون هويته إلى جانب حقه في التسجيل في الحالة المدنية كيفا كانت بنوته شرعية م غير شرعية، حيث لا يوجد نص قانوني يمنع الطفل مجهول النسب من تقييده في سجلات الحالة المدنية، إذ تنص المادة 16 من هذا القانون "تصرح بالابن المجهول الأب أمه أو من يقوم مقامها، كما يختار

¹ _ ظهير الشريف رقم 1.58.250 بتاريخ 1958/9/5، قانون الجنسية المغربية، المعدل بالقانون رقم 62.06 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.80 بتاريخ 2007/3/23 الجريد الرسمية للمملكة المغربية عدد 5513 بتاريخ 2007/4/3، ص1116.

² _ محمد المهدي، الجنسية المغربية في ضوء مستجدات القانون 62.06، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، الرباط، 2010، ص69.

له اسما شخصيا واسم أب مشتق من أسماء العبودية لله تعالى واسما عائليا خاص به" ويجب أن يقع التصريح داخل أجل 30 يوما ابتداء من تاريخ وقوع الولادة لدى ضابط الحالة المدنية المختص¹.

الفرع الثالث: الحماية القانونية لمجهول النسب في التشريع التونسي

لم ينظم المشرع التونسي وضعية خاصة بالطفل مجهول النسب منذ صدور مجلة الأحوال الشخصية في 13 أوت 1956 ودخولها حيز التنفيذ جانفي 1957 إلى 28 أكتوبر 1988 تاريخ صدور قانون اسناد اللقب العائلي للأطفال مجهولي النسب²، فبصدور هذا الأخير أصبح الحديث عن تنظيم وضعية قانونية للأبناء غير الشرعيين واردا في القانون التونسي، باعتبار أن هذا القانون مكنهم من القيام بدعوى اثبات الأبوة وهو قانون جاء مواكبة لاهتمام عالمي بالطفل وبحقوقه³ من بينها مصادقة تونس على الاتفاقية المتعلقة بحماية الأطفال وخاصة اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل²، وإصدار مجلة حماية الطفل سنة 1995⁴.

أولا - آليات الحماية لمجهول النسب من خلال مجلة الأحوال الشخصية

خص المشرع التونسي الطفل اللقيط ضمن هذه المجلة بأربع مواد تضمنها الكتاب السابع من المادة 77 إلى المادة 80 والمتعلقة بتنظيم أحكام اللقيط حيث نص الفصل 78 على أنه "يبقى اللقيط بيد ملتقطه ولا يأخذه منه أحد إلا إذا ظهر أبواه وحكم الحاكم بذلك

¹ _ محمد الشافعي، الاسم العائلي والشخصي في نظام الحالة المدنية بالمغرب، سلسلة البحوث القانونية، المطبعة والوراقة الوطنية، ط1، مراكش، ص69.

² _ عبد الله الأحمدى، حقوق الإنسان والحريات العامة في القانون التونسي، شركة أوريبس للطباعة والنشر، تونس، 1993، ص147.

³ _ اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل بتاريخ 20 نوفمبر 1989، المصادق عليها بالقانون 92 لسنة 1991 المؤرخ في نوفمبر 1991 والمنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية بمقتضى أمر عدد 1865 لسنة 1991 المؤرخ في 10 ديسمبر 1991.

⁴ _ القانون عدد 92 لسنة 1995 بتاريخ 9 نوفمبر، يتعلق بإصدار مجلة حماية الطفل، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 90 بتاريخ 10 نوفمبر 1992، ص2205.

"وجاء في الفصل 77 من نفس المجلة على أن "من تكفل بلقيط واستأذن الحاكم وجبت عليه نفقته إلى أن يصير قادرا على الكسب، مالم يكن لذلك اللقيط مال.

كما ورد كوسيلة أيضا لإثبات بنوة الأطفال مجهولي النسب بالفصل الأول من قانون 1998 المتعلق بإسناد اللقب العائلي للطفل مجهول النسب، حيث أبقى المشرع التونسي للإرادة الشخصية دورا هاما لإثبات النسب ولإثبات البنوة الطبيعية، ولعل الإقرار هنا يأتي كأهم وسيلة نعتمد عليها أساسا على الإرادة الشخصية التي تبرز بصفة جلية ومباشرة.

ثانيا: آليات الحماية لمجهول النسب في القانون رقم 27 لسنة 1958¹.

يعتبر المشرع التونسي هو الوحيد الذي يأخذ بنظام التبني خلافا للدول العربية، هذا بالإضافة إلى نظام الكفالة، حيث رتب المشرع هذين النظامين ضمن قانون واحد.

1- الوضعية القانونية لطفل مجهول النسب في نظام التبني

نظم المشرع التونسي مؤسسة التبني على خلاف التشريعات العربية التي حذت حذو الشريعة الإسلامية ومنعت التبني، ويختلف التبني عن الإقرار بالبنوة باعتبار أن التبني هو إلحاق شخص معروف النسب أو مجهوله بنسبه والتصريح بأنه يتخذه ولدا، بينما الإستلحاق أو الإقرار بالبنوة هو اعتراف ينسب حقيقي لشخص مجهول النسب إذ هو اعتراف ببنوة ولد خلف من مائة بنوة حقيقية، التبني إذن ليس إظهارا لحالة واقعية كما في الإستلحاق بل هو إيجاد وإحداث لها، لذلك فإن له أثرا فوريا غير رجعي.

في نفس السياق تنص المادة 21 من اتفاقية حقوق الطفل على أن تضمن الدول التي تقر أو تجيز نظام التبني إيلاء مصالح الطفل الفضلى الاعتبار الأول.

وهكذا يكون قانون 1958 قد جاء ليمنح فئة من الأطفال مجهولي النسب من إتمام هوياتهم والحصول على وضعية الأطفال الشرعيين بمقتضى الفصل 15 من هذا القانون،

¹ _ القانون عدد 27 لسنة 1958 مؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني، المنقح بالقانون عدد 69 لسنة 1958 المؤرخ في 19/6/1958، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، 34 بتاريخ 23_26 جوان 1958، ص890.

وباعتبار أن التبني بمثابة الولادة الثانية للطفل مجهول النسب فقد مكنه المشرع من خلال الفصل 14 من حمل لقب المتبني¹.

وإن كان التبني يمكن الطفل مجهول النسب من الحصول لأول مرة على هوية كاملة فهو يمكنه أيضا من التمتع بحقوق الابن الشرعي فقد نص الفصل 15 من قانون 4 مارس 1958 على أنه " للمتبنّى نفس الحقوق التي للأبن الشرعي وعليه ما عليه من الواجبات وللمتبني إتجاه المتبني نفس الحقوق التي يقرها القانون للأبوين الشرعيين وعليه ما يفرضه من الواجبات عليهما " إذ نص المشرع على حقوق وواجبات متبادلة بين كل من المتبني والمتبني بحيث يصبح الطفل بمثابة الابن الشرعي للزوجين المتبنين والزوجان بمثابة الأبوين الشرعيين للطفل المتبني.

2- الوضعية القانونية لمجهول النسب في نظام الكفالة

إذا لم ينجح الطفل مجهول النسب في اثبات نسبه على معنى الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية، وإذا لم يفلح في اقتناص فرصة التبني التي رشح اليها أو التي تمت ووقع الرجوع فيها، وإذا لم يثبت بنوته على معنى قانون 1998، فإن بقاءه مجهول النسب يعتبر أمرا لا مفر منه وفي هذا الإطار مكنه المشرع من بعض الحلول المنقوصة التي يمكن أن توفر له السند العائلي الذي ينقصه ألا وهو الكفالة واستنادا لما جاء بالفصل الثالث من قانون 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني أن "الكفالة عقد يقوم بمقتضاه شخص رشيد يتمتع بحقوقه المدنية أو هيئة بكفالة طفل قاصر".

وحسب الفصل الرابع من قانون 1958 فإن عقد الكفالة يبرم لدى شخصين عدلين بين الكفيل من جهة وبين أبوي المكفول أو أحدهما إذا كان ميتا أو مجهولا أو من يمثله من جهة أخرى ويصادق عليها حاكم الناحية، فالكفالة هي عقد بين الكفيل وولي الطفل المكفول وهي أمه ويتم إبرامه لدى عدلين نظرا لأهمية مضمون العقد باعتباره يتعلق بكفالة طفل قاصر، وبالرجوع إلى نص الفصل الثالث المذكور من قانون 1958 فيما تعلق بالكفالة أو المكفول

¹ _ ينص الفصل 14 من القانون عدد 27 لسنة 1958 على أن "يحمل المتبني لقب المتبني"

حيث نجد أن الكفالة لا يمكن أن يكون موضوعها طفل بلغ سن الرشد أو طفل وقع ترشيده على معنى ومن خلال نص الفصول 153.158.159 من مجلة الأحوال الشخصية¹. باعتبار أن الكفالة هي وسيلة لتوفير سند عائلي لطفل قاصر مجهول النسب ضرورة أن عقد الكفالة ينتهي آليا ببلوغ المكفول سن الرشد².

إن عقد الكفالة يمكّن الطفل مجهول النسب من الحق في الرعاية دون الحق في الهوية ويخول له الحق في السند العائلي دون الحق في النسب، فعلاقة الكفيل بالطفل المكفول لا تعدو أن تكون علاقة تكافل وتضامن ضرورة أن عقد الكفالة لا ينشأ نسبا كما هو الشأن في التبني، ولا يسند لقبا عائليا وأقصى ما يمكن أن يربته هو الحق في الرعاية والمراقبة والنفقة.

ثالثا: آليات الحماية في القانون رقم 92 لسنة 1995³.

عرفت تونس تطورا ملحوظا في تشريعاتها الإجتماعية والانسانية في السنوات الأخيرة ولعل أهم هذه التشريعات مجلة حماية الطفل التي شكلت وفي ظل هذا القانون نص الفصل 18 من مجلة حماية الطفل على أنه "يتمتع الطفل بكل ضمانات القانون الإنساني الدولي المنصوص عليها بالمعاهدات الدولية المصادق عليها بصفة قانونية ويمنع تشريك الأطفال في الحروب والنزاعات المسلحة.

وقد أقر الحق في الهوية للطفل مجهول النسب صلب الفصل 5 من مجلة حماية الطفل، واعتبرت الفصل 20 من نفس المجلة الحالات الصعبة التي تهدد صحة الطفل أو سلامته البدنية أو المعنوية تتمحور حول فقدان الطفل لوالديه وبقائه دون سند عائلي كما أضاف الفصل 21 من نفس المجلة أن المقصود بالإهمال تعريض سلامة الطفل العقلية أو النفسية أو البدنية للخطر، سواء بتخلي الأبوين عنه بمكان أو مؤسسة عمومية أو خاصة أو

¹ _ ينص الفصل 153 على أنه "يعتبر محجورا للصغر من لم يبلغ سن الرشد وهي عشرون سنة كاملة " وينص الفصل 158 على أنه : "يمكن للحاكم ترشيد الصغير مقيدا أو مطلقا " أما الفصل 159 ينص على أنه : "لا يمكن ترشيد الصغير إذا لم يتم الخامسة عشرة " .

² _ الفصل 7 من قانون 8مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني، المرجع السابق .

³ _ القانون رقم 92 لسنة 1995 المؤرخ في 9/11/1995، المتعلق بإصدار مجلة حماية الطفل، المرجع السابق.

بهجر محل الأسرة لمدة طويلة ودون توفير المرفق اللازم له او رفض قبول الطفل من كلا الأبوين عند صدور قرار في الحضانة أو الامتناع عن علاجه .

غير أن أبرز وجه من أوجه الحماية القانونية للأطفال مجهولي النسب صلب مجلة حماية الطفل تكمن في الفصل 5 الذي جاء فيه: "أن لكل طفل الحق في الهوية منذ ولادته وتشمل الهوية الاسم واللقب العائلي وتاريخ الولادة والجنسية " وهي حماية تعززت بصدور قانون رقم:

75 لسنة 1998 المؤرخ في 9 نوفمبر 1998 والمتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال مجهولي النسب.

رابعاً: آليات الحماية لمجهول النسب في القانون رقم 75 لسنة 1998

لم يتعرض المشرع التونسي إلى الطفل مجهول النسب المعبر عنها في الفقه القانوني التونسي بالطفل الطبيعي إلا عرضاً صلب الفصل 152 قائلاً: " يرث ولد الزنا من الأم وقرباتها وترثه الأم وقرباتها" إلا أن المشرع تفتن إلى أهمية اللقب العائلي وأثره على نفسية الطفل وشخصيته فامتدت عنايته إلى الأطفال مجهولي النسب فصدر القانون رقم 81 لسنة 1985¹.

وقد تعزز ذلك التوجه بصدور القانون رقم 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998² المتعلق بإسناد اللقب العائلي للأطفال مجهولي النسب والذي ألغى القانون رقم 81 المذكور آنفاً، ثم صدر القانون رقم 51 لسنة 2003 لينقح قانون 1998 ويدخل عليه العديد من التعديلات وهنا اتجهت إرادة المشرع سنة 1998 إلى التفكير في ارساء نظام قانون خاص بوضعية الأبناء المولودين خارج اطار الزواج فكان أن وضعت اللبنة الأولى لذلك النظام، بسن القانون الذي أقر بحق الطفل مجهول النسب في اثبات الأبوة وفي مقدمتها

¹ _ القانون رقم 81 لسنة 1985، مؤرخ في 11 أوت 1985، يتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال مجهولي النسب، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 59 بتاريخ 16_20 أوت 1985، ص 1033.

² _ القانون رقم 75 لسنة 1998 مؤرخ في 28 أكتوبر 1998، المرجع السابق.

الحق في حمل اللقب العائلي للأب والحق في الرعاية من نفقة وحضانة، حيث خول هذا القانون إمكانية اسناد لقب الأب متى تم التعرف عليه إما نتيجة اقراره أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني لإثبات الأبوة البيولوجية للأطفال المولودين خارج اطار الزواج وبعدها يتحصل الطفل مجهول النسب على البعض من حقوق الطفل الشرعي كالرعاية والحضانة والنفقة والولاية في ارتباطها بالحق في اللقب العائلي واثبات بنوته وحمل واجبات على الأب.

البيولوجي الذي ينسب الطفل إليه.

لقد وفر المشرع لطفل مجهول النسب لأول مرة أساس قانونيا يمكنه من حمل لقب والده البيولوجي بعد إثبات العلاقة البيولوجية بينهما ومن هنا يتساوى الطفل مجهول النسب مع الطفل الشرعي من حيث حمل لقب الأب، وإن اختلفا من حيث أن حمل لقب الأب حق بالنسبة للطفل الشرعي ولكنه مجرد امكانية أو أولوية بالنسبة لطفل مجهول النسب.

غير أن المشرع التزم الصمت بخصوص حق الطفل الذي أسند له لقب الأب في الإرث، فبعد أن عدد جملة من الآثار المترتبة عن اثبات العلاقة البيولوجية بين الطفل ووالده وسكت عن أهم يتمتع به الطفل بعد وفاة والده وهو حقه في الإرث باعتباره وارثا شرعيا لقيام رابطة دموية بينه وبين والده المورث.

الفرع الرابع: الحماية القانونية لمجهول النسب في القانون المصري¹.

تتص المبادئ الأساسية لدولة المصرية من زمن على ضرورة بذل الدولة جهدا خاصا لرعاية وحماية الطفولة وإيلائها الاهتمام الخاص وتنفيذ البرامج المتخصصة، وقد كانت مصر واحدة من أول ست دول في العالم التي دعمت المقترح البولندي الخاص بمشروع اتفاقية حقوق الطفل المقدم للأمم المتحدة عام 1979 واستضافت مدينة الإسكندرية لقاء دولي لتشاور حول المقترح، فقد دعت هي وخمس دول أخرى لعقد مؤتمر القمة العالمي من أجل الطفل عام 1990، وكانت أيضا واحدة من البلدان العشرين الأولى التي صادقت على

¹ _ الحماية القانونية للطفل، كونسورتيو للإستشارات القانونية، المجلة القانونية، الإسكندرية، مصر

اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، وفي نفس العام 1990، وهي أكثر اتفاقية تم التصديق عليها عالميا في تاريخ التشريع الدولي، لتظهر مصر للعالم دعمها وقناعتها الراسخة وريادتها في مجال حماية الطفولة . فأهتمت دائما بأن تكون جزءا من الآليات الدولية لحقوق الطفل منذ تأسيس لجنة حقوق الطفل عام 1991، كما تم انتخاب مصر لتصبح عضوا في المجلس التنفيذي لمنظمة الأمم المتحدة لطفولة "يونيسف"، ولعبت مصر دورا بارزا في دعم التصديق على اتفاقية حقوق الطفل على المستوى العربي والإسلامي، وشاركت في مؤتمر القمة الإسلامية الذي خرج بتوصية الأمم المتحدة لتعديل مادة التبني في الاتفاقية لتصبح التبني والكفالة حتى تحفز الدول الإسلامية على التصديق ورفع تحفظاتها على المادة 21 من الاتفاقية.

أولا: الحماية القانونية لمجهول النسب في قانون الجنسية.

الجنسية الأصلية هي الجنسية التي تثبت للفرد فور ميلاده وقد أسسها المشرع المصري بناء على حق الدم الأصلي من جهة أو حق الدم الثانوي من جهة الأم كما أسس الجنسية الأصلية بناء على الميلاد في مصر إذا ولد الطفل مجهول الأبوين تلاقيا لانعدام الجنسية ودرء لازدواج الجنسية فقد سمح لمزدوج الجنسية بالحق في التخلي عن الجنسية المصرية إذا ثبت له جنسية أجنبية في ذات الوقت.

1. الجنسية الأصلية المبنية على الحق الدم من جهة الأب أو الأم:

تنص المادة 2 من القانون رقم 154 لسنة 2004 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 26 لسنة 75 بشأن الجنسية المصرية على أنه يكون مصرياً من ولد لأب مصري أو لأم مصرية، وبتثبيت لنا من هذا النص أن المشرع المصري اعتد في ثبوت الجنسية المصرية الأصلية للابن بميلاده لأب مصري أو أم مصرية على قدم المساواة بينهما إذ سوى في هذا التشريع الجديد بين حق الدم الأصلي من جهة الأب وحق الدم الثانوي من جهة الأم طبقاً لمبدأ المساواة الذي ينص عليه الدستور المصري الذي يقض بأن المصريين لدى القانون

سواء لا تفرقة بينهم بسبب الجنس أو النوع أو الدين أو اللون إذا كان الأب هو رب الأسرة ويدور في فلكه باقي أفراد الأسرة فهنا يقتضي النص توافر شرطين:

• تمتع الأب أو الأم بجنسية مصر العربية سواءا كانت جنسية تأسيسية أو أصلية أو جنسية طارئة وقت ميلاد الطفل.

• ثبوت نسب الولد إلى أبيه أو أمه قانونا إذ لا يكفي أن يكون أحد الوالدين مصرياً وقت الميلاد وإنما يتعين ثبوت نسب الطفل من أبيه أو أمه قانوناً طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية في مصر أو بإحدى الطرق الثلاث بالفراش أو الإقرار أو البيعة، لكن السؤال المطروح: إذا تم ميلاد الابن في الخارج، فأى قانون يجب تطبيقه في هذه الحالة؟ هنا تقضي قاعدة التنازع الخاصة بالنسب بتطبيق قانون الجنسية من يراد الانتساب إليه على مسائل النسب من حيث طرق إثباته ومن ثم يتعين تطبيق القانون المصري الذي يقضي بالشريعة الإسلامية.

2. الجنسية المصرية الأصلية على حق الإقليم:

تقضي الفقرة الرابعة من المادة الثانية من قانون الجنسية المصرية بأن يكون مصرياً من ولد في مصر من أبوين مجهولين، ويعتبر اللقيط في مصر مولوداً فيها مالم يثبت العكس، ويتبين في هذا النص أنه يشترط للحصول على الجنسية المصرية الأصلية في هذه الحالة، هناك شرطان:

• حدوث الميلاد في إقليم الأراضي المصرية أو الإقليم البحري أو الجوي كذلك إذا وقع في طائرة أو سفينة تحمل العلم المصري طبقاً لقواعد القانون الدولي فإذا حدث الميلاد في الخارج فلا يطبق هذا النص ولا يمكن الحصول على الجنسية المصرية الأصلية.

• أما بالنسبة لشرط الثاني فيقضي أن يكون الأبوين مجهولين أي أن يكونا غير معروفين إذا يتعين أن تكون الأم مجهولة والأب لا يثبت نسبه للابن قانوناً حتى ولو كان معروفاً في الواقع.¹

¹ - نجوى علي عتيقة، حقوق الطفل في القانون الدولي، دار المستقبل العربي، القاهرة، 1995، ص52.

ثانيا: الحماية القانونية لمجهول النسب في الحالة المدنية.

اهتمت الدولة المصرية بإصدار تشريعات التي تحث على توفير الرعاية والحماية للأطفال مجهولي النسب في المادة 80 من الدستور المصري على أن لكل طفل فور الولادة الحق في اسم مناسب ورعاية أسرية وتغذية أساسية، وتنمية دينية ووجدانية ومعرفية. وتلتزم الدولة برعايته وحمايته عند فقدانه أسرته.

تنص المادة 12 سنة 1996 على أحقية كل طفل في استخراج وثيقة رسمية تثبت وجوده "شهادة ميلاد"، أي كانت ظروف ولادته، في حين نصت اللائحة التنفيذية التي صدرت عام 2010 على أنه في حالة وجود أم لديها طفل بلا أب شرعي يكتب الطفل باسم والدته، ويسجل باسم أب افتراضي لحين إثبات نسبه.¹

المبحث الثاني: الآليات الاجتماعية لحماية مجهول النسب

إن الطفولة مرحلة هامة في تكوين شخصية الإنسان، فلا تخلو أية نظرية نفسية أو تربوية عن التأكيد على مدى أهمية هذه الفترة ودورها الحاسم في إعداد الفرد، الذي يتولى مسؤولية بناء وتقديم الأمم ورعايتها، فلا تنمية اقتصادية ولا مشروع اجتماعي ولا نهضة فكرية دون حماية ورعاية حقيقية لحقوق هذه الشريحة بكل أطيافها يتامى، مجهولي نسب وغيرها، وقد أدرك المصلحون هذه الحقيقة فأولوها كامل العناية وعلقوا مصير الأمة بتربية الطفل وحمايته فخلد الإمام عبد الحميد بن باديس ذلك بقوله: "يا نشء أنت رجأؤنا وبك الصباح قد إقترب" وقد تحققت، إنه ما من أمانة في عنق العالم تفوق في قديسياتها الأطفال وما من واجب يعلو في أهميته، واجبنا في ضمان احترام الجميع لحقوق الأطفال كي تكون حياتهم خالية من الخوف والفاقة فيتزعرعوا في عالم يسوده السلام .

إن في هذه البحث أردنا أن نلقي الضوء على فئة من فئات الطفولة وهم مجهولي النسب الذين قليلا ما تسلط عليهم أشعة شمس الباحثين، فهم الذين يورثون ذنبا من غير

¹ - قانون الطفل المصري رقم 12 لسنة 1996 والمعدل بالقانون 126 لسنة 2008.

ذنب وتلحق بهم جريمة بلا جريمة اقترفوها، لذا احتضنت الشريعة الإسلامية والقوانين الإنسانية هذه الفئة، وحرصت على أمنها ورعايتها .

المطلب الأول: آليات الحماية الاجتماعية لمجهول النسب في الشريعة الإسلامية والنظام الجزائري.

تمهيد:

نتطرق في هذا المطلب إلى الآليات الاجتماعية لحماية مجهولي النسب، وذلك من خلال الحماية التي يوفرها التنظيم الجزائري والتنظيمات المقارنة من أجل المحافظة على مجهول النسب وحمايته ورعايته رعاية سليمة.

الفرع الأول: آليات الحماية لمجهول النسب في الشريعة الإسلامية.

اعتبرت الشريعة الإسلامية الأولاد نعمة كبرى ومصدرا لسعادة الأبوين في الدنيا والآخرة قال تعالى: ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾¹ إلا أن هذه النعمة قد تتحول في لحظة غفلة إلى نقمة، تتبعها ندامة مستمرة، مبتدأ ذلك ظهور حمل نتيجة علاقة غير شرعية، أو نتيجة تنكر أحد الوالدين أو كلاهما لهذا الولد الناتج عن زواج غير رسمي، وهنا يكون المجتمع أمام ظاهرة اجتماعية خطيرة اصطلح على تسميتها ب الطفولة المحرومة أو مجهولي النسب.

ورغم الحرص البالغ من المنظمات الدولية -منها اليونيسيف- على الرعاية النفسية والاجتماعية لهذه الفئة المحرومة إلا أن الفضل المسبق يبقى لشريعة الإسلامية في كفالة حقوق الطفل مجهول النسب قبل ولادته وبعدها إلى أن يشب ويصير فردا نافعا في مجتمعه. فالرعاية الحسنة والكفالة المحترمة في ظل تعاليم الإسلام حق ضروري أوجبه نصوص الشريعة الإسلامية على الفرد والمجتمع من خلال الآيات والأحاديث الدالة على مبدأ التكافل الاجتماعي والتعاون على البر والتقوى وكذا الآليات المختلفة كالزكاة والوقف والحضانة والكفالة والولاية.

¹ _سورة الكهف، الآية 46.

ولتطبيق الحسن لهذه المنظومة التشريعية المتنوعة والمتكاملة وجب تضافر جهود كل من الأسر بنوعيتها الطبيعية والبديلة، والمجتمع بدافعه الخيري، والدولة بأجهزتها المختلفة كدور الرعاية ومراكز الطفولة والمصحات العلاجية وكذا المنظمات الوطنية والدولية المهتمة بشؤون الطفل.

1 - آليات الحماية النفسية لمجهول النسب

لتفادي الآثار النفسية السلبية عنيت الشريعة الإسلامية بكفالة حقوق مجهول النسب المتمثلة في الحق في الحياة والحق في الاسم والجنسية، والحق في دين له، وحق الحرية والإشهاد عند إنتقاطه.

أ- الحق في الحياة لمجهول النسب

هو حق أصيل لباقي الحقوق فإذا أهدر هذا الحق فلا قيمة لباقي الحقوق الأخرى، ولهذا اعتبرت الشريعة الإسلامية مضيع الطفل مجهول النسب عمدا آثم¹، وذلك أنه نفس إنسانية جاءت النصوص الشرعية لحمايتها، قال تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءُ لَهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا﴾².

وقد خصت الشريعة الإسلامية النهي عن قتل الأطفال خشية الفقر في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةً إِمَّا يَكُنْ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا﴾³.

ب - الحق في الاسم والجنسية لمجهول النسب

يعتبر الاسم والجنسية، مقومات الشخصية القانونية، وقد اعتبرت الشريعة الإسلامية الاسم أحد جوانب الهوية واشترطت الإحسان في ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: (إنكم تدعون يوم القيامة بأسمائكم وأسماء آبائكم فأحسنوا أسماءكم)⁴ فمن حق الطفل مجهول

¹ _ محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، دار المعرفة بيروت، 1414هـ_1993م، ج10، ص209.

² _ سورة النساء، الآية 93.

³ _ سورة الإسراء الآية 31.

⁴ _ رواه أبو داود، كتاب الأدب، باب في تغيير الأسماء رقم: 4948، أنظر أبو داود، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قره بلي، دار الرسالة العالمية، ط1، 2009م.

النسب أن يدعى باسم محترم إسلامي، كما له أن يتمتع بجنسية الدولة التي التقط فيها، وهذا ما نص عليه الفقهاء الأولون لما قرروا إعطاء الطفل مجهول النسب مسلماً أو كافراً الحق في العيش داخل إطار الدولة الإسلامية متمتعاً بكافة الإمتيازات المالية والإجتماعية، ولا تخفى أهمية الاسم والجنسية بالنسبة لمجهول النسب من جهة توطين الثقة في نفسه واطمئنان الآخرين له ومساواته معهم.

ج- الحق الديني لمجهول النسب

حرص الفقهاء على تسجيل الديانة لمجهول النسب عند إلتقاطه، كما حرصوا على توفير الجو المناسب لهذا الطفل حتى يشب على مبادئ الدين، وتستقر وجدانه ويعرف مركزه في المجتمع، ولتحديد ديانة مجهول النسب الملتقط اتبع الفقهاء عدة اعتبارات منها:

- النظر إلى العلامات أو الممتلكات التي وجدت عنده أثناء التقاطه كالصليب مثلاً.
- بالنظر إلى المكان الذي وجد فيه، فالمسجد دال على الإسلام والصومعة دالة على غير الإسلام

- بالنظر إلى تحكيم الأغلبية، في دار الإسلام أو دار الكفر¹.

د- حق الحرية والإشهاد عند التقاط مجهول النسب:

أجمع الفقهاء على أن مجهول النسب حر، لأن الحرية هي الأصل والرق طارئ وعارض ويجب العمل بالأصل² وإن كان موضوع الحرية أمر لا نقاش، إلا أن الإشهاد على الإلتقاط أمر ضروري خاصة إذا خشية عليه الإسترقاق بالاتجار به، أو الاستيلاء على ماله³.

¹ _ أنظر: السرخسي، مرجع سابق، ج10، ص215.

² _ ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، 1425هـ_2004م، ج4، ص93.

³ _ أسامة عمر الأشقر، حقوق الطفل اللقيط من المنظور الفقهي، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، العدد77، 1430هـ_2009م، 502 بتصرف.

2- آليات الحماية الاجتماعية لمجهول النسب

الطفل مجهول النسب جزء لا يتجزأ من نسيج المجتمع وهو رجل الغد، لهذا حرصت الشريعة الإسلامية بكل الوسائل على إدماجه في الجماعة وإزالة كل الفوارق التي من شأنها أن تحسّه بالنقص مع أقرانه في المجتمع ومن بين هذه الوسائل أو الآليات.

أ- الأسرة البديلة لمجهول النسب:

تبقى الأسرة الأصلية "الطبيعية" هي الحاضنة المثلى للطفل، لكن عند عجز هذه الأخيرة أو فقدانها تكون أمام حل بديل لرعاية هذا الطفل مجهول النسب، وهذا ما يصطلح على تسميته بالأسرة البديلة، حيث تحتضن هذه الأسر الطفل مجهول النسب وترعاه رعاية نفسية و اجتماعية لتعويضه عن الحرمان الذي يعيشه، إلا أن واقع هذه الرعاية يختلف باختلاف الظروف المادية والاجتماعية للأسر الحاضنة، فقد تكون هذه الرعاية تطوعية دون مقابل في حالة يسر الحاضن أو اكتفائه وقد تكون الرعاية مقابل القيام بأعمال داخل المنزل وخارجه¹.

1- الأسرة البديلة التطوعية:

هي نوع من الرعاية الأسرية البديلة، تقدم لطفل مجهول النسب ما يحتاجه من عناية وتربية دون أجر أو مقابل، دافعها الوحيد هو حب الخير ونيل الأجر والثواب من الله تعالى ويعد هذا النوع مظهرا من مظاهر التكافل الاجتماعي الذي رغبت فيه النصوص الشرعية². قال تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الَّذِينَ هُمُ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ ۚ﴾³. فالآية تحث على مشاركة اليتيم في الطعام والشراب وكل الأمور ومعاملته على أنه واحد من أهل البيت، ولهذا وصف الله تعالى عباده المتقين المصلين بـ ﴿وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ

¹ _ لوييزة مكسح، الرعاية الاجتماعية للطفولة بين اليونسيف والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة باتنة، الجزائر، 2009، ص95.

² _ مكسح، المرجع نفسه، ص96، 95.

³ _ سورة البقرة، الآية 220.

﴿لِّلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ﴾¹. وقد جاء في الحديث أن: "خير بيت في المسلمين بيت فيه يتيم"²، كما أن المتتبع لآثار الصحابة والتابعين يجد أن اليتيم كان يعيش في كنف ملتقطيه معي الحقوق .

2- الأسرة البديلة غير التطوعية:

تقوم هذه الأسر بتوفير الرعاية للطفل مقابل قيامه ببعض الأعمال سواء داخل المنزل أو الحقل أو في مصنع ..وهي بذلك تقدم الرعاية وفقا لما تسمح به إمكانياته . وبالرغم من أن ظروف هذا الطفل قد تتحسن تدريجيا إلا أن سلبيات هذا النوع من الرعاية ظاهرة في استغلال حاجة الأطفال واستعمالهم في اشغال البيت والتسول، ودفعهم إلى العمل المبكر مما يعرضهم للخطر والإهمال وحرمانهم من حق اللعب³، وتبقى تعاليم الإسلام السامية وتوجيهاته الربانية هي الضمانة الوحيدة لتحقيق علاقات الود والرحمة بين الأسرة البديلة والطفل مجهول النسب، سواء كانت الرعاية بدافع الخير والأجر الأخرى أو كان بمقابل مادي أو عمل محترم مقابل بقاء هذا الطفل تحت كفالة هذه الأسرة.

2- الكفالة لمجهول النسب:

هي نوع آخر من أنواع الرعاية الاجتماعية البديلة للطفل مجهول النسب، حيث يتولى الكافل رعاية شؤون الطفل مجهول النسب حتى يكبر ويشد عوده، وبذلك يكون الكافل هو صاحب الرعاية والمسؤولية عن الطفل المكفول مجهول النسب، قال تعالى في حق مريم ابنة عمران: ﴿فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾⁴.

ولهذا يعد عقد الكفالة في الشريعة الإسلامية تطبيقا عمليا لمبدأ التكافل الاجتماعي ومظهرا من مظاهر التعاون على البر والتقوى، وهو في الوقت ذاته بديل عن عادة التبني التي حرمها الإسلام بعدما كانت سائدة في المجتمع الجاهلي.

¹ _ سورة المارج الآيتين 25، 24.

² _ رواه ابن ماجه، كتاب الأدب، باب اليتيم رقم:3679، دار الفك، بيروت .

³ _ مكسح، مرجع سابق، ص97.

⁴ _ سورة آل عمران، الآية 37.

- ولتحقيق الهدف الأسمى من تشريع كفالة الطفل مجهول النسب وتنشئته تنشئة سليمة ذكر الفقهاء في مؤلفاتهم شروطا معينة في من يتولى رعاية هذا الطفل مجهول النسب منها:
- **التكليف:** فلا تصح الكفالة من الصبي والمجنون عند الجمهور¹، عدا المالكية.
 - **الحرية:** فلا تصح الكفالة من العبد والمكاتب إلا بأذن سيده، وهذا قول الجمهور² عدا الحنفية
 - **الرشد:** ويقصد به صلاح في الدين والمال، وقد اشترط جمهور الفقهاء³ عدا الحنفية هذا الشرط في الكافل، فلا تصح كفالة السفية ولا المبذر.
 - **العدالة والأمانة:** فلا تصح كفالة الفاسق عند الجمهور⁴ فالفاسق ليس من أهل الولاية .
 - **الإسلام:** هذا شرط خاص متعلق بحالة اسلام الطفل مجهول النسب، فيشترط في الكافل أن يكون مسلما فلا ولاية لكافر على مسلم، وهذا مذهب الجمهور⁵ عدا الحنفية.
- 3- دور الرعاية لمجهول النسب:**

إذا عجزت كل من الأسرة الطبيعية والأسرة البديلة عن كفالة الطفل مجهول النسب فإن مؤسسات الرعاية هي الأسلوب الأمثل لإحتضان هذه الفئة الضعيفة.

وقد أولت اهتماما بالغا كل دول العالم بهذا النوع من الرعاية المؤسساتية، وعملت على تزويدها بخبراء في التربية والسلوك وأخصائيين نفسانيين وأطباء... الخ، من أجل خلق جو أسري يحاكي الوسط العائلي المفقود.

وترعى هذه المؤسسات الأطفال الذين لا يمكن لأسرهم أن ترعاهم بسبب مرض الوالدين، مرضا خطيرا أو مزمنًا ويكون الأطفال في حالة ارتباط انفعالي شديد بأسرهم،

¹ _ علاء الدين علي بن سليمان المردودي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل تحقيق: محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، ط1، 1957م، ج6، ص439.

² _ النووي، مرجع نفسه، ج5، ص419.

³ _ ابن رشد، مرجع سابق، نفس الصفحة ونفس الجزء.

⁴ _ ابن رشد، مرجع نفسه، نفس الجزء والصفحة.

⁵ _ ابن رشد، مرجع سابق، نفس الجزء ونفس الصفحة.

ويرفضون الرعاية في أسرة بديلة، وكذلك الأطفال الذين يعانون من مشكلات نفسية أو جسمية أو عقلية خطيرة بحيث لا يمكن وضعهم في أسر بديلة ويحتاجون إلى رعاية مكثفة وملاحظة مستمرة متخصصة، وكذلك الأطفال الفارين من سلطة والديهم وأسرههم الطبيعية والفرارين أيضا من الأسر البديلة التي يوضعون فيها¹.

وكذلك الأطفال الذين حرّموا من أحد الأبوين أو كلاهما وتربوا في كفالة أقربائهم أو أسرة بديلة ثم استحال استمرار العيش فيها.

ومن هنا كان الدور الفعال لهذه الدور الاجتماعية في رعاية الطفولة المحرومة وتنشئتها تنشئة طبيعية متوازنة، قادرة على الاندماج في الوسط الاجتماعي دون عقد نفسية أو مشاكل سلوكية أو أزمات إجتماعية.

ولا شك أن العديد من التعاليم الإسلامية تدعو إلى هذا النمط التكافلي في المجتمع، وما تصريف أسهم الزكاة والوقف للصالح العام إلا أمثلة على شمولية الإسلام ورحمته بكل فئات المجتمع حتى ولو كانت هذه الفئة نتيجة عمل محرم.

الفرع الثاني: آليات الحماية لمجهولي النسب في النظام الجزائري.

عرفت الحماية الاجتماعية في الجزائر منذ الإستقلال تطورا كبيرا تجسد من خلال العديد من التنظيمات والقرارات والإجراءات التي تم اتخاذها والتي تهدف الى تحقيق شمولية التغطية الاجتماعية لكافة الفئات الناشطة والشرائح الاجتماعية وتحسين مستويات المعيشة²، كما تعتبر الحماية الاجتماعية حقا يجسد العقد الاجتماعي بين الدولة والمواطن ويعزز الولاء الوطني عبر عدد من الإجراءات وآليات التضامن الاجتماعي من منطلق الإنصاف والحماية بين شرائح المجتمع.

¹ _ أنظر مكسح، مرجع سابق، ص101.

² _ تهتان مراد، ضبط وتقييم تكاليف الحماية .

أولاً: التكفل القانوني لمجهول النسب:

اتخذت الدولة بعض الإجراءات والقوانين وذلك من أجل حمايته هذه الفئة ورعايتها والتكفل بها من جميع الجوانب.

1- تعريف التكفل: هو تكفل شخص مسموح له بذلك عندما يكون له دافع لذلك ويجب أن تقيم إيجابيات المتكفل ويوجد نوعان من التكفل¹.

أ- التكفل الكلي والكامل: وهو الأكثر استعمالاً وكمالاً، والعلاقات مع الأسرة الأصلية تنقطع وتنتهي والطفل يندمج كلياً مع العائلة الجديدة.

ب -التكفل البسيط: المتكفل يحتفظ بكل حقوقه في العائلة الأصلية في المقابل له حقوق محدودة في العائلة التي تكفلت به، هذه العملية يمكن أن تنتهي بمجرد طلب من المتكفل أو المتكفل به².

2- كيفية التكفل بالطفل مجهول النسب: يتم وضع الطفل والتخلي عنه من طرف الأم بالإمضاء على محضر التخلي، لأن الطفل هنا يمر بعدة مراحل وتتخذ الإجراءات التالية للتكفل به ويستقبل بمركز الطفولة المسعفة الأطفال عن طريق:

-العدالة كأبناء المسجونات.

- الأمن، اللقطاء

- المستشفى المواليد الجدد غير الشرعيين.

يتم استقبال هؤلاء الأطفال برسالة من مديرية النشاط الاجتماعي وعند إمضاء الأم على محضر التخلي عن الطفل، يعتبر ذلك الطفل من المتخلي عنهم نهائياً، أما الأطفال المؤقتون فيؤخرون إلى حين انتهاء مهلة التفكير التي تمنح للأم³.

¹ - المدرسة العليا للقضاء، مدونة النصوص التشريعية والتنظيمية الخاصة بالأطفال، يونيسيف، ص141.

² _ نفس المرجع السابق، ص142.

³ _ مقابلة: إدارة عيادة التوليد سليمان عميرات بالمسيلة.

أما الأطفال المتخلى عنهم نهائيا بإمكان أي أسرة حرمت من الأطفال أن تتقدم بطلب التكفل إذا أرادت ذلك حيث يتوفر الطلب على شروط من بينها:

• شهادة العمل.

• شهادة صحية لتأكد من صحة وسلامة المتكفل.

• إضافة إلى عقد السكن

• كشف الراتب للمتكفل

قبل تسليم الطفل إلى العائلة تقوم المساعدة الاجتماعية بزيارة مفاجئة إلى العائلة التي تود التكفل بهذا الطفل للتأكد من صحة المعلومات وكذا الشروط الواجب توفرها سواء من الناحية الاجتماعية أو النفسية، بعدها يعقد مجلس العائلة برئاسة مدير النشاط الاجتماعي زائد أعضاء المجلس وهم على التوالي:

• مدير المركز

• طبيب المؤسسة

• أخصائية اجتماعية

• أخصائية نفسانية

يعقد المجلس لدراسة الملفات بحيث يمكن عقده مرة في الأسبوع أو مرة في الشهر حسب الطلبات، تدرس الملفات وتمنح الموافقة أو العكس، وفي حالة الموافقة تتصل مديرية النشاط الاجتماعي بالمتكفل لاستلام الطفل.

3- الشروط القانونية والشرعية لتكفل بمجهول النسب:

• يجب على الزوج والزوجة أن يكتبوا طلبا إلى مدير الصحة والحماية الاجتماعية.

• فتح تقرير استكشاف وملاحظة الأسباب التي أدت بهم للتكفل بالطفل.

• يجب أن يكونا مسنين في العمر أو ظروفهما المعيشية سيئة أو مرضى أو يمران بأزمة

قلقل أو متهوران، وهذا كله لتجنب الخطر الذي يلحق بالطفل.

- من الأفضل التكفل بالأطفال الصغار جدا وذلك لسهولة اندماجه في الأسرة المتكفلة¹.

4- كيفية الحصول على طفل مجهول النسب من المؤسسة الإيوائية:

- التقدم بالطلب لمديرية النشاط الاجتماعي.
- تقوم مديرية النشاط الاجتماعي ببحث في حالة الأسرة الراغبة في رعاية الطفل ويتم البث في البحث الاجتماعي سواء بالقبول أو الرفض من قبل لجنة المديرية.
- في حالة الرفض يمكن للجنة إعادة النظر في الطلب.
- أما في حالة الموافقة يتم تسليم الطفل للأسرة بعد أن يوقع على عقد الكفالة وفقا لنموذج الخاص بذلك².

- تلتزم الأسرة المتكفلة بإخبار المديرية فورا عن كل تغيير في حالتها الاجتماعية أو محل اقامتها أو أي تغيير يطرأ على حياة الطفل لتلقي المساعدة من مديرية النشاط الاجتماعي.

5- مفهوم الأسرة البديلة:

إن مفهوم الأسرة البديلة هو شكل من أشكال رعاية وتربية الأطفال الأيتام أو مجهولي النسب أو الأطفال الذين يتعذر على آبائهم رعايتهم بسبب مرضهم أو احتجازهم في السجن وقد ظهر هذا النمط من الرعاية بدلا من وضع الطفل في مؤسسة تقوم بالمهمة، وقد ساعد هذا الأسلوب في رعاية الأطفال المحرومين من رعاية أبويهم بدلا من تنشئة الأطفال داخل مؤسسات ايوائية تنعكس على حياة الطفل في المستقبل³.

وفكرة الأسرة البديلة تقوم على احتضان طفل يتيم أو من في حكم اليتيم من قبل إحدى الأسر التي يعيش بينها كأحد أطفالها ويتظلل بمظلة الأسرة الطبيعية ويجد منها جميع الإشباعات التي يحتاجها سواء نفسية واجتماعية أو المادية لينمو نموا متوازنا بين ركني الحياة الأسرية السوية، ويحقق التكيف الاجتماعي النفسي المتوازن، وهو يختلف تماما عن

¹ _ مقابلة: سميرة، مرجع سابق

² _ ملحق رقم: 1-2.

³ _ حمدي السكري، معجم مصطلحات العلوم الاجتماعية، دار المعارف المصرية، مصر، 2000، ص 208_209.

نظام التبني فلا يوجد في هذا النظام تسمية الطفل باسم الأسرة وتبقى المحرمية قائمة إلى أن تقطع برضاة من الزوجة أو إحدى أقارب الزوجين.

فالأسرة البديلة أو ما يسمى بالأسرة الحاضنة هي التي تقوم باحتضان الطفل مجهول النسب بدلا من العيش داخل مؤسسة إيوائية، لتعويضه عن أسرته الطبيعية التي حرم منها ليكتسب منها ما ينقصه من الاحتياجات الفردية الضرورية في تكوينه الاجتماعي والنفسي، ويستقي منها المبادئ والقيم الدينية و الأسرية التي لا يمكن أن يحصل عليها في المؤسسة الإيوائية على أن تكون الأسرة مكونة من الزوجين عند احتضان الطفل، ويتوفر لديهم المكان المناسب لتنشئة الطفل مجهول النسب تنشئة صحيحة وسليمة¹.

6- الحالات التي تحتم إنهاء الرعاية لمجهول النسب في الأسرة المتكفلة:

- إذا تقدمت الأسرة المتكفلة بطلب تبدي فيه بعدم رغبتها في رعاية الطفل.
- إذا توفي أحد الوالدين المتكفلين أو كليهما.
- إذا تبين أن هناك انحراف في السلوك داخل الأسرة المتكفلة يصعب علاجه.
- إذا تبين عدم تعاون الأسرة البديلة وعدم تنفيذها لتوجيهات مديرية النشاط الاجتماعي.
- إذا تبين أن الأسرة منحرفة.

ثانيا: تعريف الكفالة:

ورد في لسان العرب لأبن منظور، كفل معناه: تكفلت بالشيء، معناه قد ألزمته نفسي وأزلت عنه الضيعة والذهاب والكافل القائم بأمر اليتيم المربي له وهو الكفيل الضمين والضمين له ولغيره راجع إلى الكافل، أي أن اليتيم سواء كان الكافل من ذوي أرحامه وأنسابه أو كان أجنبيا لغيره تكفل به².

- في قانون الأسرة: الكفالة عبارة عن التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقته وتربيته ورعايته قيام الأب بابنه تتم بعقد شرعي وفقا للمادة 116 قانون الأسرة.

¹ _ عبدالله بن ناصر، أطفال بلا أسر، دار الفكر العربي، بيروت، 1999، ص9.

² _ ابن منظور، لسان العرب، طبعة جديدة، دار المعارف، القاهرة، ص39.

وعلى هذا فالكفالة عبارة عن التزام تطوعي لتكفل برعاية طفل قاصر وهي إحدى صور الرعاية البديلة لمعلوم النسب أو مجهوله.

• **في القانون المدني:** هي عقد من خلاله يكفل شخص ما تنفيذ التزام قائم على عاتق شخص معين أو محتمل القيام به مستقبلا، إذ يعتمد للدائن بأن يفي به المدين نفسه عند حلول الأجل المادة 644 قانون المدني¹.

ثانيا: شروط الكفالة:

إن الكفالة تتم بموجب عقد شرعي، فإن هذا العقد لا يبرم إلا إذا توافرت كافة الشروط المحددة قانونا بالنسبة للكافل والمكفول، حسب المادة 118 و119 من قانون الأسرة، وهناك شروط خاصة بالكافل وأخرى خاصة بالمكفول².

1. الشروط المتعلقة بالكافل:

أوردها المشرع الجزائري في نص المادة 118 من قانون الأسرة بحيث يشترط أن يكون الكافل مسلما عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته حيث جاءت بصفة عامة، وهذا ما يثير إشكالات عديدة لدى الأشخاص والقضاة من حيث عدم تحديد إن كان الكافل ذكرا أو أنثى من جهة وعدم تحديد موقف المشرع من موافقة الزوجين أو كان الكافل متزوجا أصلا³.

• يجب على الجهة المكلفة بإبرام عقد الكفالة أن تحقق من توافر هاته الشروط أم لا، فإذا اتضح للقاضي أو الموثق عدم توافرها في الكافل رفض الطلب أما إذا توافرت هذه الشروط حدد العقد من قبل الجهات المختصة، لكن عمليا القاضي يتحقق من عدة شروط أخرى ضرورية.

يمكن تلخيص هاته الشروط المذكورة في المادة 118 من قانون الأسرة في النقاط التالية:

¹ _ المادة 644 من القانون المدني الجزائري.

² _ أنظر المادتين 119، 118 من قانون الأسرة .

³ _ المادة 118، مرجع نفسه.

• أن يكون الكافل مسلماً، يشترط في الكافل أن يكون متحداً في الدين مع الولد المكفول، وقد قال الحنابلة إن الوالد أحق بكفالة ولده، وإن كان كافراً لم يتبعه في دينه لأنه محكوم بإسلامه، ولأمه ولا ولاية للكافر على المسلم، لكن يثبت نسبه منه.¹

ويكمن في منع الكفالة على غير المسلم في الخوف على الطفل في دينه، حيث إن كان الكافل على دين غير الإسلام قد يغير دين الطفل المكفول إلى دينه.

• أن يكون متمتعاً سلامة العقل، ويكون أهلاً للقيام بشؤون المكفول وقادراً على رعايته²، وهي نفس الشروط المفروضة على الوصي والمقدم، ولا بد للقاضي أو الموثق التأكد من توافر هذه الشروط قبل منح الكفالة والمقصود بالقدرة هي القدرة المالية والجسدية، وعلى القاضي إجراء تحقيق لتأكد من ذلك. وكذا التعرف على مدى صحة ادعاءات الكافل وسلوكه في المجتمع، لتحقيق الغاية المرجوة من ذلك وهي حماية القاصر وضمان وجوده في أمان، وكذا ضمان حسن تربيته ورعايته³.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد في قانون الأسرة سن الكافل إلا من خلال نصه على الأهلية في المادة 118 قانون الأسرة وبلوغه سن الرشد 19 سنة في المادة 40 من القانون المدني، كما أنها توجد شروط أخرى لم يذكرها المشرع الجزائري، لكن من الناحية العملية موجودة وتتمثل في:

- أن تكون الكفالة من قبل الزوجين.
- ألا يزيد عدد الأطفال عن عدد محدد.

¹ - العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص 213.

² - الحوئي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية، ط2، 2008.

³ - لحسن ابن الشيخ آثت ملوياً قانون الأسرة، نصاً وشرحاً، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة الجزائرية، 2014 ص 110.

- أمانة الكافل وحسن سيرته، وإذا أقبل أحد الزوجين على الكفالة، يتعين موافقة الزوج الآخر¹.

2-الشروط الخاصة بالمكفول:

- لم يحددها المشرع الجزائري في قانون الأسرة بالنسبة للمكفول، ويمكن حصر الشروط في:
- سن الطفل محل الكفالة، بحيث يجب على القاضي أو الموثق إجراء تحقيق قبل إبرام عقد الكفالة، فقانون الأسرة اشترط أن يكون ولدا قاصر وهذا ما يحيلنا إلى أحكام القانون المدني المادة 2/40 التي تنص على أن القاصر هو الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني 19 سنة، فالمشرع كان من المفروض تحديد السن صراحة في أحكام الكفالة².
- والحكمة من صغر سن المكفول حتى يمكن السيطرة عليه وتربيته وتنشئته وإدماجه داخل الأسرة الكافلة وإلا فلا فائدة من وجود الكفالة إذا بلغ سن الرشد.
- المكفول إما أن يكون معلوم النسب أو مجهوله³، حسب المادة 119 من قانون الأسرة، فالقاصر مجهول النسب هو الولد غير معلوم الأب أو قام الأب الذي انتسب اليه بنفي نسبه عنه، يكون مجهول النسب مطلقا إذا لم يعرف له أب ولا أم، ويضاف اليه اللقيط.

نجد المشرع الجزائري أغفل عدة شروط لم يذكرها في قانون الأسرة من بينها:

- ❖ لم يتحدث عن جواز الكفالة من طرف الشخص المعنوي، إذ لا يوجد نص يجيز للأشخاص الاعتباريين الحق في الكفالة مثل: المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال، والهيئات والمنظمات والجمعيات ذات الطابع الاجتماعي، مع العلم أن هذه الشخصيات المعنوية لديها مركز مالي وتسيير لائق يمكنها التكفل بالأطفال اللقطاء أو مجهولي النسب

¹ _ الغوثي بن ملح، نفس المرجع، ص168.

² _ المادة 2/40 من الأمر 58_75 المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق ل: 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون 10_05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 الجريدة الرسمية، العدد 44، الصادر في 26 جوان 2006 المعدل والمتمم بالقانون 05_07 المؤرخ في 13 مايو 2007 الجريدة الرسمية، العدد 31 المؤرخ في 2007/5/13.

³ _ بيدويري كريمة، مرجع سابق، ص14.

إذ من الأحسن النص عليها في قانون الأسرة فالمشرع المغربي نص على حق الأشخاص المعنوية في طلب الكفالة نصا صريحا¹.

❖ أيضا أغفل المشرع شرط موافقة الزوجين طالبي الكفالة إذا كانا معا على قيد الحياة إذ أنه يشترط موافقة الزوج الآخر على الكفالة إذا أقبل أحد الزوجين عليها².

ثالثا- آثار عقد الكفالة:

عند قيام عقد الكفالة صحيحا فإنه يترتب أثارا للكافل والمكفول، وينشأ حقوق لكل من هما على الآخر.

1- بالنسبة للكافل:

هناك آثار عدة تترتب على عقد الكفالة اتجاه الكافل في الأغلب تكون التزامات منها حقوق، باعتبار عقد الكفالة تبرعي.

• الولاية على نفس المكفول:

تخول الكفالة حق الولاية على الطفل المكفول³، وتعرف الولاية اصطلاحا بأنها تجعل لصاحبها القدرة على التصرف في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه كالتربية والتعليم والتزويج⁴، والولاية على النفس هي ولاية الحفظ والتربية ورعاية الصغير والقيام بما يحتاجه، وكذا تزويج من كان قاصرا⁵.

فبمقتضى الكفالة تنتقل الولاية الشرعية للكافل، على نفس المكفول حسب المادة 121 من قانون الأسرة، فالكافل يتمتع بكل الصلاحيات التي تتصل بالولاية على النفس، من تربية المكفول ورعايته⁶.

¹ _ عنثير نور الهدى، مرجع سابق، ص15.

² _ الغوثي بن ملح، مرجع سابق، ص169.

³ _ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص422.

⁴ _ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة، ط2، دار النهضة العربية، ص254.

⁵ _ لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2014، ص109.

⁶ _ الغوثي بن ملح، مرجع سابق، ص173.

• الولاية على مال المكفول:

بمقتضى أحكام الكفالة تخول له الولاية القانونية على مال الطفل المكفول فإنه يتعين الرجوع إلى أحكام الولاية على مال القاصر¹.

ويقصد بالولاية على المال في لغة القانون: السلطة التي يتمتع بها الشخص في أن يقوم بتصرفات قانونية على مال الغير، فتنتج هذه التصرفات آثارها في حقهم، وذلك بغرض حماية صاحب المال والذي لا يكون قادرا على ذلك بسبب نقص أهليته أو انعدامها حقيقة وحكما، وهي من أهم صور النيابة القانونية من حيث أنها تتميز عن الصور الأخرى في مسألتين هما شخص النائب المسمى بالولي وشخص المناب عنه وهم أولاده القصر².

والمشرع نجده قد وضع قواعد على الكافل احترامها عند إدارته لأموال القاصر وهذه القواعد تتعلق بالسلطات التي يعطيها القانون للولي، وبالتالي الكافل أثناء ممارسته لولايته على مال القاصر المكفول يشترط أن يتصرف تصرف الرجل الحريص في أموال القاصر، والرجل الحريص هو الذي يدرس الواقعة ونتائجها المستقبلية سواء سلبية أو إيجابية ثم يوازن بين الضرر والمنفعة³.

• الاستفادة من المنح العائلية:

ينص قانون الأسرة على الحق في المنح العائلية والدراسة الممنوحة للمكفول التي تصرف عادة على الولد الأصلي بأن يمنحها الكافل بعد إثباته أن القاصر تحت ولايته ومسؤوليته ويقوم برعايته.

ب- بالنسبة لطفل المكفول:

الطفل المكفول هو محل عقد الكفالة وبسببه ينشأ العقد، ومن بين الآثار التي تنجر عن قيام عقد الكفالة لفائدة المكفول مايلي:

¹ _ المادة 88 من قانون الأسرة.

² _ الغوثي بن ملح، مرجع سابق، ص174.

³ _ بيدويري كريمة، مرجع سابق، ص61

1- جواز الهبة أو الوصية للمكفول:

أ- الوصية: المشرع وجد بديلا عن الإرث بحيث أجاز للكافل التبرع من أمواله للطفل المكفول بالوصية أو الهبة¹

بحيث إذا كان المكفول لا يرث من مال كافله فإنه بذلك لا يعني أنه قد حرم تماما من هذا الحق، إذ أنه يجوز للكافل أن يوصي لهذا المكفول بجزء من ماله عن طريق الوصية، فهي تبرع لما بعد الموت، وهذا التصرف لا يترتب الا بعد وفاة الموصى²، فحسب قانون الأسرة فإنه: لا وصية لوأرث³.

وبما أن المكفول لا تربطه قرابة بالكافل لعدم ثبوت النسب فإنه لا يعتبر وارثا، ومن ثمة تجوز الوصية فيه " لا تصح الوصية الا بالشروط المنصوص عليها في المادة 186 من قانون الأسرة ".

ب- الهبة: منح المشرع للكافل الحق في التبرع بأمواله للمكفول عن طريق الهبة، وعرفها بأنها تمليك بلا عوض⁴، وتتعدد بوجود الإيجاب والقبول⁵، ينقل بموجبها الواهب ملكية كل أو جزء من أمواله إلى الموهوب له مع جواز تعليقها على شرط حتى تسري عليه وتصبح نهائية في حق الواهب، وتصدر الهبة من شخص سليم العقل لم يحجر عليه إلى شخص بغض النظر عن سنه، جنسه ودرجة قرابته فهي تصح للقريب والبعيد⁶.

2- إمكانية تغيير لقب المكفول مجهول النسب ومنحه لقب الكافل، بحيث أحال المشرع إلى نص المادة 4/64 من قانون الحالة المدنية، التي يسمح لضابط الحالة المدنية بإعطاء اسم للطفل مجهول النسب⁷، وقبل صدور قانون الأسرة 11/84 تدخل المشرع بموجب المرسوم

¹ _ انظر نص المادة 123 من قانون الأسرة.

² _ أنظر المادة 184 من قانون الأسرة.

³ _ المادة 189 من نفس القانون.

⁴ _ المادة 1/202 من قانون الأسرة .

⁵ _ المادة 206 من نفس القانون.

⁶ _ بليل صبرينة، شعلال نعيمة، مرجع سابق، ص50.

⁷ _ المادة 4/64 من قانون الأسرة.

التنفيذي ليعدل ويخفف من حزم وشدة عدم إمكانية الطفل القاصر مجهول النسب حمل لقب الكافل والذي نظمه بالمرسوم التنفيذي 71-157 المؤرخ في 3 جوان 1971 المتعلق بتغيير اللقب¹، ثم أصبح ملغى وبعد صدور المرسوم 92-24 المتعلق بتغيير اللقب، حيث بموجبه يمكن للكافل أن يطلب تغيير لقب المكفول ليصبح مطابقا لقبه بشرط أن يكون الطفل مجهول نسب الأب وأن يكون قاصرا، وبموافقة الأم في حالة وجودها على قيد الحياة، فينبغي أن ترفق موافقتها المقدمة في شكل عقد.

شرعي بالطلب²، كما أجرى تعديل على المرسوم نفسه يتضمن طبقا لنص المادة 121 من قانون الأسرة إجراءات جديدة يمنح من خلالها لقب العائلات الكافلة للأطفال مجهولي النسب المكفولين من بينها إمكانية التقدم بطلب تغيير اللقب الكترونيا، وهذا المرسوم التنفيذي المؤرخ في 8 أوت 2020 الصادر في الجريدة الرسمية العدد 47 الذي يحمل تعديلات جديدة، بحيث ينص على أنه "يمكن للشخص الذي كفل بشكل قانوني طفلا مجهول النسب من الأب أن يقدم باسم هذا الطفل ولقائده إلى وكيل الجمهورية لمكان إقامته أو لمكان ميلاد الطفل، بطلب تغيير اللقب العائلي لطفل ومطابقته مع لقبه³.

المادة 5 مكرر1: حيث يترتب على المرسوم المتضمن تغيير اللقب، التسجيل والإشارة على الهامش في سجلات وعقود ومستخرجات عقد الحالة المدنية ضمن الشروط والحالات التي ينص عليها القانون، يعدل اللقب بموجب أمر من رئيس المحكمة، ويتم النطق به بناء على طلب من وكيل الجمهورية الذي يخطره وزير العدل بالطلب المذكور في المادة الأولى من المقطع 2 أعلاه⁴.

¹ _ عنتر نور الهدى، مرجع سابق، ص27.

² _ المرسوم التنفيذي 92_24 المؤرخ في 8 رجب 1412هـ، الموافق: 13 جانفي 1992، يتم المرسوم 71_157 المؤرخ في 3 جوان 1971، المتعلق بتغيير اللقب، الجريدة الرسمية العدد 05، المؤرخة في 22 جانفي 1992.

³ _ عنتر نور الهدى، مرجع سابق، ص28

⁴ _ عنتر نور الهدى، نفس المرجع.

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

المطلب الثاني: آليات الحماية الاجتماعية لمجهول النسب في الأنظمة المقارنة.

تعد حماية مجهول النسب من أهم الحقوق التي يجب ان يتمتع بها مثل أقرانه من الأطفال في المجتمع وهذا لكون تلك الحماية لها تأثير على نفسيته من جهة، وعلى نموه ونشأته النشأة السليمة العادية من جهة أخرى، وقد كانت الشريعة الإسلامية صاحبة السبق في تناول هذه الحماية والنص عليها كحقوق واجبة من القرآن والسنة النبوية الشريفة.

كما كفلت كل تشريعات العالم هذه الحقوق للطفل تطبيقا للمواثيق الدولية الصادرة بهذا الخصوص، فنجد على سبيل المثال الاتفاقيات الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989 والتي تعد محور حقوق الطفل، والتشريعات المغاربية لا سيما الجزائري، المغربي والتونسي لم تحد عن ما جاءت به الشريعة الإسلامية والاتفاقية الدولية، فخصصوا في دساتيرهم مواد وفصول تعنى بتنظيم هذه الحقوق وعلى الرغم من قلتها إلا أنه شكلت مبادئ لحماية حقوق الطفل، وقد كرست هذه المبادئ في القوانين الداخلية لهذه الدول وكذا النصوص التنظيمية المطبقة لها التي شملت كل الحقوق بالتفصيل عاكسة بذلك الأهمية التي أولتها هذه الدول لفئة الطفولة .

الفرع الأول: آليات الحماية الاجتماعية لمجهول النسب في النظام التونسي:

أولاً: تكريس الولاية والكفالة وإباحة التبني في تونس

تقوم مؤسسات الولاية العمومية والتبني والكفالة بوظيفة تأمين حماية للطفل في اطار التكافل والتضامن بين أفراد المجتمع، إذ تمكن هذه الآليات الطفل فاقد للسند العائلي من احتضانه من طرف الهيئة العمومية المتمثلة في الدولة عبر هياكلها ومؤسساتها، ومن فرصة العيش ضمن عائلة تحتضنه وتؤمن له الحماية و العيش الكريم في اطار محيط أسري طبيعي، ولئن تشابه هذه الأطر القانونية في بعض أوجهها إلا أنها تختلف في طبيعتها

القانونية، ومن حيث شروطها وآثارها¹. إضافة الى هذه الأطر الثلاثة أضاف المشرع التونسي إطار رابعا يتمثل في وضع الأطفال لدى العائلات².

1- الولاية العامة:

نظم القانون رقم 27 المؤرخ في 1958/3/4 الولاية على الأطفال اللقطاء والمهملين، حيث جعل من الدولة وليا لمن لا ولي له في شخص متصرف في المستشفيات ومعاهد ومديري الإصلاحات ومناوي الأطفال عندما يتعهدون بحفظهم والولاية في جميع الحالات الأخرى³. ويعد الولي العمومي في حكم الولي الشرعي بالنسبة للقصر الذين هم تحت نظره والذين يفتقدون لمظلة الولاية الخاصة، بحيث له عليهم نفس الحقوق من تربية وتعليم وغير ذلك مما للولي الشرعي على أبنائه، ولهم عليه نفس الواجبات من نفقة وحضانة وغير ذلك مما يحتاجه القاصر ويلزم به وليه، ولذلك يتحمل الولي العمومي المسؤولية المدنية على أعمال الأطفال اللقطاء أو المهملين تماما مثل الأولياء الشرعيين حسب مقتضيات الفصل 93 من مجلة الالتزامات والعقود، كما يخضع إلى رقابة الولاية العامة التي يملكها القضاء على التصرف في حق القصر⁴.

أ- الشروط المتوفرة في المتبني⁵:

- ❖ أن يكون المتبني متزوجا ويمكن للقاضي إعفاء الشخص الذي فقد زوجته بالوفاة أو الطلاق من شرط الزواج إذا دعت مصلحة الطفل لذلك.
- ❖ يجب أن يكون المتبني رشيدا متمتعا بحقوقه المدنية ذو أخلاق حميدة قادر على تحمل مسؤولية التبني.

¹ - والي عبد اللطيف، الحماية القانونية لحقوق الطفل، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون العام، جامعة الجزائر 1_ بن يوسف بن خدة_ كلية الحقوق، 2014_2015، ص58.

² _ المرجع نفسه، نفس الصفحة.

³ _ المرجع نفسه، نفس الصفحة.

⁴ _ والي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص59.

⁵ - الفصول 11، 10، 9 من القانون رقم 27 المؤرخ في 1958/3/4.

- ❖ يشترط مصادقة زوج المتبني على طلب التبني.
- ❖ أن لا يقل الفرق بين عمر المتبني والمتبني عن خمسة عشر سنة حتى تنشأ بينهما علاقة أبوة وبنوة حقيقية، إلا أنه انه يمكن في بعض الحالات التغاضي عن هذا الشرط إذا كان المتبني ابن زوج المتبني.
- ب- الشروط المتوفرة في المتبني¹:

- ❖ يجب أن يكون المتبني طفلاً قاصراً ذكراً أو أنثى².
- ❖ يمكن أن يكون الطفل المتبني أجنبياً أما بالنسبة للمتبني فإن النص لم يفصل في مسألة جنسيته التي تبقى خاضعة لإجتهاد القاضي حسبما تقتضيه المصلحة الفضلى للطفل ومقتضيات النظام العام³.
- كما أن عقد التبني يتم بحكم يصدره حاكم الناحية بمكتبه بحضور المتبني وزوجته أو عند الاقتضاء بمحضر والدي المتبني أو من يمثل السلطة الإدارية المتعھدة بالولاية العمومية عن الطفل الكفيل ويصدر حاكم الناحية حكمه بالتبني بعد التحقق من توفر الشروط القانونية ويصادق عليها الحاضرين ويكون حكماً نهائياً⁴.

4- وضع مجهولي النسب لدى العائلات الكافلة:

الإيداع العائلي آلية قانونية لإحتضان الأطفال الفاقدين للسند العائلي أو الذي لا تسمح وضعية عائلاتهم بصفة مؤقتة أو بصفة نهائية القيام بتربيتهم ورعايتهم⁵، وقد نظم المشرع التونسي من خلال القانون عدد 47 لسنة 1967 المؤرخ في 1967/11/21، حيث ينص الفصل الأول منه "على أن الأطفال الفاقدين للأسرة والمهملين أو الذين لا تسمح وضعية

¹ _ الفصل 12 من القانون رقم 27 المؤرخ في 1958/3/4.

² _ والي عبداللطيف، المرجع السابق، ص60.

³ _ المرجع نفسه.

⁴ _ حافظ العبيدي، حق المتبني في معرفة حقيقة هويته في القانون التونسي والقانون المقارن، مجلة القضاء والتشريع، العدد 10، 2009، ص58.

⁵ _ المرجع السابق، ص60.

عائلاتهم بصفة مؤقتة أو بصفة نهائية القيام بتربيتهم ورعايتهم، يمكن أن يعهد بهم إلى عائلات مؤهلة لهذا الغرض من طرف كتابة الدولة للشباب والرياضة والشؤون الاجتماعية وتتكفل هذه العائلات بهم بعد الاتفاق مع الوصي الشرعي إذا كان موجوداً".

وتلتزم العائلة التي قبلت هؤلاء الأطفال بالرعاية والتربية لهم طيلة المدة المتفق عليها مع كتابة الدولة للشباب والرياضة والشؤون الاجتماعية، كما تستطيع كذلك أن تحول هذا الوضع إلى كفالة وحتى إلى تبني طبقاً للأحكام الصادرة في القانون رقم 27 المتعلق بالولاية والكفالة والتبني¹.

كذلك يمكن للعائلة المستقبلية للطفل مقابلاً مالياً عبارة عن منحة شهرية تضبط بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية، كما خوله لها الإيداع العائلي لرئيس العائلة وهذا بوصفها حاضناً للقاصر².

الفرع الثاني: آليات الحماية الاجتماعية لمجهولي النسب في النظام المغربي

عالج القانون المغربي مشكلة الأطفال المسعفين من خلال القانون رقم 01-15³، المتعلق بكفالة الأطفال المهملين حيث نصت المادة 9 منه على: «أن تستند كفالة الأطفال الذين صدر حكم بإهمالهم إلى الأشخاص والهيئات الآتي ذكرها».

الزوجان المسلمان اللذان استوفيا الشروط التالية:

- أن يكون بالغين السن القانوني، وصالحين للكفالة أخلاقياً واجتماعياً، ولهما وسائل مادية كافية لتوفير احتياجات الطفل.

- ألا يكون قد سبق الحكم عليهما معا أو على أحدهما من أجل جريمة ماسة بالأخلاق أو جريمة ضد الأطفال.

- أن يكونا سليمين من كل مرض معدي، أو مانع من تحمل مسؤوليتهما.

¹ _ حافظ العبيدي، حق المتبني في معرفة حقيقة هويته في القانون التونسي والقانون المقارن، ص 61

² _ نفس المرجع. ص 61

³ _ الجريدة الرسمية المغربية، العدد 5031 الصادر بتاريخ 2020/8/19، ص 2362.

-ألا يكون بينهما وبين الطفل الذي يرغبان في كفالته، أو بينهما وبين والديه نزاع قضائي، أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة المكفول.

-المرأة المسلمة التي توفرت فيها الشروط الأربعة المشار إليها في البند الأول من هذه المادة.

-المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال والمنظمات والجمعيات ذات الطابع الاجتماعي المعترف لها بصفة المنفعة العامة المتوفرة على الوسائل المادية والموارد والقدرات البشرية المؤهلة لرعاية الأطفال وحسن تربيتهم وتنشئتهم تنشئة إسلامية.

أولاً: الكفالة في القانون المغربي:

لم يعرف القانون المغربي الكفالة إلا حديثاً، وبالضبط سنة 1993 عند صدور أول قانون يتعلق بالأطفال المهملين، وجاء نتيجة مصادقة المغرب على الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل في نفس السنة التي ألزمت مادتها 20 الدول الأطراف بتوفير رعاية بديلة للطفل المحروم بصفة مؤقتة أو دائمة في بيئة عائلية¹.

وتم إلغاء هذا القانون بسبب قصوره وعدم معالجته لجميع الإشكالات التي ظهرت على أرض الواقع وأصدر المشرع المغربي ظهير الشريف رقم 1.02.172 الصادر في 13/6/2002 بتنفيذ القانون 01-15 المتعلق بالأطفال المهملين²، نظم بموجبه كيفية الحصول على طفل قصد التكفل به، وأعطى هذا القانون الطفل الذي ترد عليه الكفالة، بحيث لم يعرف الطفل المهمل وإنما حدد الحالات التي يكون فيها الطفل مهملاً من خلال المادة الأولى منه التي تنص على أنه "يعتبر مهملاً من كلا الجنسين الذي لم يبلغ سنه ثماني عشرة سنة شمسية كاملة إذا وجد في إحدى الحالات التالية :

- إذا ولد من أبوين مجهولين أو ولد من أب مجهول وأم معلومة تخلت عنه بمحض إرادتها.
- إذا كان يتيماً أو عجز أبواه عن رعايته وليست له وسائل مشروعة للعيش.

¹ _ أنظر المادة 20 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، سنة 1989.

² _ الجريدة الرسمية المغربية، نفس المرجع

- إذا كان أبواه منحرفين ولا يقومان بواجبهما في رعايته وتوجيهه أو لديهم كان لديهم عجز يمنعه من رعايته.

وعرفت المادة الثانية من القانون 01/15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين الكفالة بأنها "الإلتزام برعاية طفل مهمل وتربيته وحمايته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده ولا يترتب عن الكفالة حق في النسب ولا حق في الإرث" وحسنا فعل المشرع المغربي بان وضع مسألة النسب ونص عليها صراحة على عكس المشرع الجزائري الذي تركها غامضة وخاصة بعد صدور المرسوم 92/24، بحيث الكفالة لا تتيح كفالة الطفل المهمل الحق في النسب ولا الحق في الإرث، وانما إذا ارتأى الكافل جعل المكفول يستفيد من مال، فيكون ذلك عن طريق الهبة أو الوصية أو تنزيل أو صدقة لضمان حياة كريمة للمكفول في حالة وفاة الكافل، والقاضي المكلف بشؤون القاصرين المتواجد ضمن دائرة اختصاصه محل اقامة الطفل المكفول هو الذي يسهر على اعداد العقد اللازم لذلك وعلى حماية حقوق المكفول، حيث يعين هذا القاضي عدلين لتلقي الإشهاد بذلك ويوثق التصرف تقاديا لكل نزاع بين الكافل والمكفول أو بين المكفول وورثة الكافل¹.

ورغبة من المشرع المغربي في توفير المزيد من الحماية للطفل المهمل حدد شروط التكفل بالإضافة إلى الأشخاص والمؤسسات والهيئات المخول لها صلاحية التكفل وهي طبقا للمادة 09.

1- الأشخاص الطبيعية: يمكن أن تسند الكفالة إلى زوجين معا، أو إلى امرأة بمفردها.

أ- الشروط بالنسبة لزوجين

- أن يكون مسلمين

- أن يكون بالغين لسن الرشد القانوني وصالحين للكفالة أخلاقيا واجتماعيا، ولهما وسائل مادية كافية لتوفير حاجيات الطفل.

¹ _ أنظر المادة 209 من مدونة الأسرة المغربية.

- ألا يكون قد سبق الحكم عليهما معا أو على أحدهما من أجل جريمة ماسة بالأخلاق أو مرتكبة ضد الأطفال.

- أن يكونا سليمين من كل مرض معد أو مانع من تحمل المسؤولية الملقاة على عاتقهم.

- أن لا يكون بينهم وبين الطفل الذي يرغبان في كفالته نزاع قضائي أو خلاف عائلي.

ب- الشروط بالنسبة للمرأة: نفس الشروط المذكورة في الزوجين.

2- الأشخاص المعنية: هناك نوعان من التنظيم المؤسسي بالمغرب مؤسسة الطفولة، وجمعيات ومنظمات رعاية الطفولة، وأهم شرط في هذه المؤسسات أن تكون عمومية أو معترف لها بصفة المنفعة العامة، ويجب أن تتوفر على الوسائل المادية والموارد والقدرات البشرية المؤهلة لرعاية الأطفال وحسن تربيتهم وتنشئتهم تنشئة إسلامية¹.

2- الجهة المختصة بإسناد الكفالة:

الجهة المختصة هو قاضي شؤون القاصرين الواقع بدائرة نفوذ مقر إقامة الطفل المهمل¹. بحيث تقوم الجهة الراغبة في كفالة الطفل المهمل تقديم طلب بشأن اسناد الكفالة مرفق بالوثائق المثبتة لاستيفاء الشروط المشار إليها سابقا مع نسخة من شهادة ميلاد الطفل المراد كفالته²، وقبل أن يصدر الأمر بإسناد .

الكفالة يقوم القاضي بجمع المعلومات حول الظروف التي تسند فيها كفالة الطفل المهمل، ويكون ذلك عن طريق بحث خاص يجريه بواسطة لجنة متكونة من ممثل النيابة العامة وممثل للسلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف والشؤون الإسلامية وممثل السلطة المحلية، وممثل للسلطة الحكومية المكلفة بالطفولة، ويهدف هذا البحث لمعرفة الشخص طالب الكفالة مستوفيا للشروط المنصوص عليها في المادة 9 من هذا القانون، وإذا كان البحث إيجابيا يصدر القاضي المكلف بشؤون القاصرين أمرا يتضمن منطوقه اسناد كفالة الطفل المهمل

¹ يوسف البحيري، حماية الطفل في التشريع المغربي بين الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد 3، 2010، الطبعة 1، المطبعة والوراقة الوطنية الداوديات، مراكش، ص 234.

² _ أنظر المادة 14 من قانون كفالة الأطفال المهملين.

إلى الشخص أو الجهة التي طلبت الكفالة، وتعيين الكافل مقدما على المكفول وشمول هذا الأمر بالنفاذ المعجل بقوة القانون رغم كل طرق الطعن¹.

كما يترتب على الكفالة باعتبارها تصرف قانوني مجموعة من الحقوق للطفل المكفول في مواجهة الكافل حيث على الكافل أن يفي بالتزاماته اتجاه المكفول تحت رقابة قاضي شؤون الأسرة الذي بإمكانه إلغاء الكفالة وهذا طبقا للمادة 19 من القانون 01/15، كما أقر المشرع المغربي إمكانية اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة، ورتب آثارا على الأمر المتعلق بإسناد الكفالة تتمثل في تحمل الكافل أو المؤسسة أو الهيئة المعنية بتنفيذ الالتزامات المتعلقة بالنفقة على الطفل المكفول وحضنته ورعايته وضمان تنشئته في جو سليم، مع الحرص على تلبية حاجياته الأساسية الى حين بلوغه سن الرشد القانوني طبقا للمقتضيات الواردة في مدونة الأسرة المتعلقة بالحضانة والنفقة، وإذا كان المكفول أنشئ فإن النفقة تستمر إلى غاية زواجها وإذا كان المكفول عاجزا عن الكسب أو معاقا تبقى النفقة مستمرة، وخول القانون المغربي للكافل بإمكانه الاستفادة من التعويضات والمساعدات الاجتماعية المخولة للوالدين عن أولادهم من طرف الدولة والمؤسسات العمومية أو الخاصة، ويعتبر الكافل مسؤولا مدنيا عن أفعال المكفول².

الفرع الثالث: آليات الحماية لمجهولي النسب في النظام المصري.

اعتنى القانون المصري بالأطفال المحرومين من أسرهم، وذلك بتطبيق نظام الأسر البديلة، بحيث ينتفع بنظام هاته الأسر الفئات التالية:

- اللقطاء
- الأطفال غير الشرعيين الذين يتخلى عنهم وذوهم

¹ _ أنظر المادة 16 من قانون كفالة الأطفال المهملين وكذا المرسوم 2.03.600 الصادر بتاريخ 2004/6/7 المتعلق بتطبيق المادة 16 من القانون 01_15، الجريدة الرسمية، العدد 223، الصادر بتاريخ 2004/6/11، ص 2671.

² _ أنظر المادة 22 من قانون كفالة الأطفال المهملين.

• الأطفال الضالون الذين لا يمكنهم الإرشاد عن ذويهم وتعجز السلطات المختصة عن العثور عن محل إقامتهم.

• الأطفال الذين يثبت من البحث الاجتماعي استحالة رعايتهم في أسرهم الأصلية، مثل: أولاد المسجونين، وأولاد نزلاء مستشفيات الأمراض العقلية، والأطفال الذين لا يوجد من يرعاهم من ذوي قرباهم أو مشردون نتيجة انفصال الأبوين، وطبقا لنص المادة 75 من اللائحة التنفيذية يخدم نظام الأسر البديلة أطفال المراحل الآتية¹:

1. الأطفال الذين جاوز سنهم سنتين، تكون رعايتهم لدى أسر بديلة، أو داخل دور الإيواء التابعة لوزارة الشؤون الاجتماعية وتستمر الرعاية حتى تمام سن الثامنة عشر سنة.

2. يجوز الاستمرار في رعاية من تجاوز سن 18 حتى 21 بموافقة إذا كان ملحقا بالتعليم أو لم يستقر بعد، سواء للعمل أو الزواج، وذلك بموجب قرار من لجنة الأسر البديلة بمديرية الشؤون الاجتماعية بالمحافظة².

أولا: الشروط الواجب توافرها في الأسرة البديلة.

اشتراط المشرع المصري في المادة 87 من اللائحة التنفيذية لتسليم الطفل إلى أسرة بديلة على ما يلي:

• أن تكون الأسرة مصرية وديانيتها الإسلام مالم تثبت أن الطفل المطلوب إلحاقه غير مسلم.

• أن تكون الأسرة من زوجين ناضجين وصالحين أخلاقيا واجتماعيا ولا يقل عمر كل منهما عن 25 ولا يزيد عن 55 سنة.

• ألا يكون عدد الأطفال الموجودين في الأسرة أكثر من اثنين إلا إذا كانوا قد وصلوا إلى مرحلة الاعتماد على النفس، ولا يسمح للأسرة برعاية أكثر من طفل أو طفلين شقيقين إلا بموافقة مديرية الشؤون الاجتماعية.

¹ _ فاطمة أحمد زيدان، تشريعات الطفولة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص117.

² _ المرجع نفسه، نفس الصفحة .

- أن يكون مقر الأسرة البديلة في بيئة صالحة تتوفر فيها المؤسسات على الشروط التي توفر الراحة النفسية والجسمية لأفراد الأسرة.
- أن يكون دخل الأسرة كافيا لسد إحتياجاتها
- أن تكون ظروف الأسرة البديلة ووقتها يسمحان لها برعاية الطفل
- أن تقبل الأسرة البديلة إشراف ممثلي إدارة الأسرة والطفولة بالشؤون الاجتماعية، ويشمل هذا الإشراف زيارة منزل الأسرة ومقابلة الطفل البديل ومتابعة أحواله.
- أن تتعهد الأسرة البديلة، إذا كان الطفل معلوم النسب لديها بأن يكون الاتصال في شؤونه عن طريق إدارة الأسرة والطفولة ويحظر عليها تسليمه ولو مؤقتا لوالديه أو أحدهما أو إلى أي شخص آخر إلا عن طريق إدارة الأسرة والطفولة.
- أن تقبل الأسرة البديلة التعاون مع إدارة الأسرة والطفولة في وضع الخطط لصالح الطفل البديل فيما يخص "عودته لأسرته أو نقله إلى بيت بديل آخر أو مؤسسة اجتماعية.
- أن تتعهد الأسرة البديلة كتابة بالحفاظ على نسب الطفل¹.
- كما يمكن نقل الطفل من الأسرة البديلة إلى أسرة أخرى وهذا طبقا لنص المادة 103 من اللائحة التنفيذية في الحالات التالية:

- إذا تغيرت الظروف البيئية والاقتصادية للأسرة البديلة.
- إذا ثبت أن هناك اهمال أو انحراف في السلوك يصعب علاجه داخل الأسرة البديلة
- اذا لم تتعاون الأسرة البديلة مع المشرفة الاجتماعية المختصة ويجب أن ينقل الطفل البديل من أسرة إلى أخرى أو مؤسسة اجتماعية في حالتين:
- وإذا ثبت من تتبع الأسرة البديلة من تقارير مكتب حماية الآداب عنها تسلك سلوكا

مشينا

- إذا تقدمت الأسرة البديلة بطلب يتضمن عدم رغبتها في استمرار الرعاية لطفل².

¹ _ نفس المرجع السابق، ص118.

² _ فاطمة أحمد زيدان، المرجع السابق، ص120.

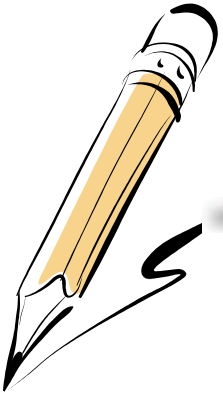
خلاصة الفصل:

نجد أن المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة لم تنظم حقوق مجهولي النسب بالشكل الكافي في قانون الأسرة، بالنسبة إلى للقانون الجزائري وقانون الأحوال الشخصية بالنسبة إلى القانونين التونسي والمصري وكذلك مدونة الأسرة بالنسبة إلى القانون المغربي، وبالتالي كان لابد لهم من اعطاء الحماية الكافية لهؤلاء الضعفاء حفاظا عليهم من الضياع وذلك بإدراج هذه الحقوق وتوضيحها في مواد قانونية في فصل خاص بها في قانون الأسرة.

كما أن الآلية التي وفرها كل من التشريع الجزائري والتشريع المصري والمغربي وهي آلية الكفالة ودور الرعاية التي تهتم بحماية شؤون مجهولي النسب بالرغم من فعاليتها إلا أنها تحتاج إلى تفعيل في الواقع الملموس، كذلك بالنسبة الى المشرع التونسي بالرغم من اقراره بآلية ثانية مكملة للآلية الأولى ألا وهي التبني حيث نجد المشرع التونسي كرس الكفالة وأجاز التبني، إلى أنه يمكن أن تخلق آليات أخرى بديلة بدلا من التبني بحكم تحريمه من الشريعة الإسلامية، إلى أن التفعيل يبقى دائما حبيس أدراج لا يحمي مجهول النسب بالشكل المطلوب.



خاتمة



من خلال عرض موضوع بحثنا هذا حاولنا الإلمام بموضوع آليات الحماية القانونية وآليات الحماية الإجتماعية لطفل مجهول النسب في التشريع الجزائري والقوانين المقارنة بحيث تطرقنا إلى آليات الحماية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري وبعض الإتفاقيات الدولية ومن ثم بعض التشريعات المقارنة وختاماً إلى إجراءات كفالة الطفل مجهول النسب في الأسر البديلة حيث لاحظنا.

_ شمولية الشريعة الإسلامية وتوسعها في ضمان وكفالة حقوق مجهول النسب حيث،

_ منحت له الحق في الحياة.

_ وضمنت له حق النفقة والحضانة وحقه في الميراث

كما قررت الشريعة إذا ادعى نسبه مدعى قبلت دعواه وذلك ضماناً لمصلحته حتى لا يضيع نسبه.

_ عجز القوانين الوضعية سواء في التشريع الجزائري وفي التشريعات الأخرى في تكريس الحماية الفعلية والقانونية لفئة مجهول النسب بوجود بعض الثغرات، على سبيل المثال في قانون الجنسية قد يحضى بجنسية الدولة لكن هذه الجنسية لا تعطي له كامل الحقوق كشهادة الميلاد مثلاً، وبالتالي قد يواجه صعوبة في وثائق الدراسة مثلاً .

_ تتكفل بعض الأسر بأطفال هذه الفئة وقد تطرأ مشاكل مستقبلية تؤدي إلى رجوع مجهول النسب الى الشارع وهذا ما يعد سبب من اسباب انتشار الظاهرة مرة أخرى .

أما بالنسبة إلى المواثيق الدولية نجد أن اتفاقية حقوق الطفل قد حددت له بعض الحقوق المدنية مثل الحق في الجنسية، بحيث يأخذ جنسية البلد الذي عثر عليه فيه.

أما بالنسبة إلى التشريع الجزائري، وبما أن الجزائر صادقت على اتفاقية حقوق الطفل سنة 1989 وأصبحت ملزمة بتطبيق ما جاء في هذه الاتفاقية والتشريع الجزائري كباقي التشريعات العربية كتشريع المصري والتشريع المغربي لم يعرف الطفل مجهول النسب وإنما أعطى له جملة من الحقوق هي :

_ حيث نجد أن التشريعات العربية كالتشريع المصري والمغربي و التونسي تضمنت نصوص خاصة بالطفل على عكس التشريع الجزائري الذي خلت نصوصه القانونية من نصوص خاصة بالطفل.

ومن بين ما جاء به التشريع الجزائري نظام الكفالة الذي يعد النظام الوحيد لطفل مجهول النسب وشدد على الكافل في حالة إعتدائه على المكفول في قانون العقوبات حسب تعديل 2014، كذلك إلى قانون الحالة المدنية حسب نص المواد 62 و 67 حي ضمنت له الحق في الاسم والحق في الجنسية والحق في التعليم والصحة .

كما وضعت جمة من الإجراءات التي من شأنها ضمان عيشه في أمان وسلام في مؤسسات الطفولة المسعفة أو لدى الأسر البديلة الكافلة طبقا للمرسوم التنفيذي 12/04 .

فبالرغم من كل هذه النصوص القانونية إلى أنه يبقى في نظر المجتمع طفلا مجهول النسب وإن توفرت وحقت لديه حقوقه وهو طفل فقد يحرم من حقوقه وهو بالغ بحيث نجده يعاني الويل في الدراسة أو العمل خاصة بالنسبة إلى الأطفال المتكفل بهم داخل المؤسسات المسعفة فعندما يبلغون سن 18 فانه سيخرج من المؤسسة سواء كان فتاة أو فتى بدون دراسة وبدون عمل وحتى بدون مأوى. وهنا يطرح السؤال يا ترى ماذا سيفعل هؤلاء عندما يجنى عليهم بالطرد من هذه المؤسسات وماذا سيكون مصيرهم وما هو مستقبلهم وهذا هو السبب المؤدي إلى الانحراف في المجتمع.

إن الباحث عند اختياره لموضوع ما قصد دراسته فإنه يدرك أو يتطلع من خلاله إلى وضع لمسته فيه بتحقيق أهداف معينة وعرض نتائج ومن بين النتائج المتوصل إليها:

النتائج:

1_ نجد الشريعة الإسلامية أول من تطرقت إلى مجهول النسب لقوله تعالى في سورة آل عمران الآية 37: " فتقبلها ربها بقبول حسن وانبتها نباتا حسنا وكفلها زكريا كلما دخل عليها زكريا المحراب وجد عندها رزقا قال يا مريم أنى لك هذا قالت هو من عند الله إن الله يرزق من يشاء بغير حساب "

2_المشرع الجزائري في قوانينه الداخلية توجد ثغرات ولا تتصف بالكمال لأنها لم تحقق الحماية الفعلية لمجهول النسب ومثال ذلك ما وجدناه في منح الجنسية نجد منحها مجرد حبر على ورق فقط على عكس ما أثبتته الواقع العملي.

3_ كذلك المشرع الجزائري أحيانا يفاقم في الظاهرة وذلك بالتخلي عن مجهولي النسب بمجرد بلوغه سن الثامن عشر سنة والرمي به إلى الشارع عكس التشريع المصري الذي يضمن الرعاية لمجهول النسب حتى سن الحادية والعشرين إذا كان ملحقا بالتعليم أو لم يستقر بعد.

4_ غياب الطابع الردعي من طرف التشريعات العربية عكس ما كانت تفعله الشريعة الإسلامية وهذا ما أدى إلى انتشار الظاهرة بشكل رهيب وجعل الطفل مجهول النسب هو من يدفع الثمن.

5_ موضوعنا متشتت بين الكتب والقوانين ليس له مراجع واضحة خاصة بالنسبة للآليات كمصطلح حيث وجدنا هناك من يعرفها بأنها وسيلة أو أساليب أو طرق أو تدابير أو سياسات متبعة لتصدي لفعل أو قول ما، وآخر على أنها ضمانات واختلاف الدور الفعلي الذي وضعت من أجله .

التوصيات:

1_ سن التشريعات التي توفر حماية كافية للطفل مجهول النسب في جميع الجوانب، خاصة بالنسبة للتشريع الجزائري فلم نجد نص خاص بحماية هذه الشريحة على عكس التشريع المصري، والتشريع التونسي والمغربي.

2_ إعطاء مجهولي النسب حقهم من العدالة والاحترام كأقرانهم من أطفال المجتمع دون تمييز.

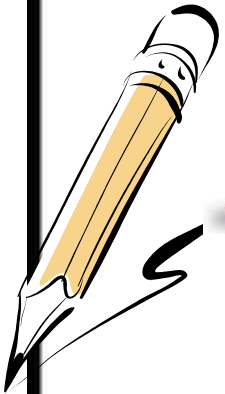
3_ يجب أن توفر لهم الدولة مدارس لكي يكملوا دراستهم وهم خارج مؤسسة الطفولة.

4_ تأمين مأوى لهم كي يستطيعون العيش بسلام، خاصة بعد سن الرشد وعند خروجه من المؤسسة باتجاه الشارع.

5_ سن قوانين من شأنها خلق فرص عمل لهاته الفئة، وبالتالي تعتبر كآلية فعالة لحماية هذه الفئة من الضياع .

قائمة

المصادر والمراجع



قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: القرآن الكريم:

ثانياً: كتب الحديث والسنة النبوية

1. أحمد بن إسماعيل الكناني البوصيري، زوائد ابن ماجه على الكتب الخمسة ج1، ط1، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 1414هـ، 1993م، باب حق اليتيم، حديث رقم 1219.
2. البخاري في كتاب الأدب باب فضل من يعول يتيماً ج4، ح6005.
3. البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الأدب، باب فضل من يعول يتيماً، حديث رقم 7182.
4. رواه ابن ماجه، كتاب الأدب، باب اليتيم رقم: 3679، دار الفك، بيروت.
5. رواه أبو داود، كتاب الأدب، باب في تغيير الأسماء رقم: 4948، أنظر أبو داود، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قره بلي، دار الرسالة العالمية، ط1، 2009م.
6. صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب القائف، رقم 6771، ج8 وصحيح مسلم، كتاب الرضاة باب العمل بالحق القائف الولد رقم: 1459، ج2.
7. صحيح مسلم، كتاب الرضاة، الولد للفراش وتوقي الشبهات، حديث 3688، ج4.
8. ابن عابدين، محمد امين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، (المتوفي 1252هـ)، الدر المختار وحاشية ابن عابدين، دارالفكر، بيروت، ط2، 1412هـ-1992م، ج6.
9. ابن عرفة: شرح حدود ابن عرفة ج2.
10. محمد أحمد الدردير أبو البركات، الشرح الكبير، دار الفكر لبنان، ج3، د.ط.
11. محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي المالكي، (المتوفى 1230هـ)، الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدوسقي، دار الفكر، دط، ج3.
12. محمد بن عمر الشافعي، حاشية البقري على شرح الرحبية، دمشق، دار القلم، 1406هـ-1986م، ط3 .

13. منصور بن يونس البهوتي، هداية الراغب (شرح عمدة الطالب).
- ثالثا : كتب اللغة و المعاجم:
14. إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط .
15. ابن منظور لسان العرب، دار المعارف الأميرية، ج 7 .
16. ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق، ج 7 .
17. أبو عبد الرحمان الخليل بن احمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري، (توفي 170هـ) العين، المحقق : مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، ج 1 .
18. أحمد مختار عبد الحميد عمر، (توفي : 1424هـ)، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، ط1، 1429هـ-2008م، ج2.
19. جمال الدينابي الفاضل محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت 1956، ط2، ج 14 .
20. الجوهري : الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ج4.
21. السرخسي :المبسوط 162/19، ابن الهمام: فتح مدونة الفقه المالكي 99/4 .
22. علاء الدين علي بن سليمان المردودي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل تحقيق: محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، ط1، 1957م، ج6.
23. علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، قاموس المصطلحات وتعريفات علم الفقه والفلسفة والمنطق والتصوف والنحو والصرف والعروض والبلاغة، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، مصر، 2004.
24. القاموس المحيط 1361، الرازي :مختار الصحاح 575، أبو البقاء الكوفي :الكليات 775، سعدي أبو حبيب :القاموس الفقهي .
25. القرطبي الجامع لأحكام القرآن 232/9_233، المنتخب: في تفسير القرآن الكريم 342، الرازي :التفسير الكبير ج18.

26. المبسوط السرخسي، دار المعرفة، ج 10 .
27. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج 1، د ط، دارالجيل، بيروت، د س ن.
28. محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنبي : معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، ط 2، 1408هـ-1988م .
29. محمود عبد الرحمان المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، دار الفضيلة للنشر والتوزيع و التصدير، ج 1 .
30. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، 1379هـ، 1960م، ط 2.
- رابعا : كتب الفقه:
31. ابن القيم الجوزية، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، تحقيق: نايف بن أحمد الحمد، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، جدة، د س ن.
32. ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، 1425هـ-2004م، ج 4.
33. ابن قيم الجوزية شمس الدين أبي عبدالله .
34. أبي الوليد محمد بن احمد بن محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، صحتها وقابلها على عدة نسخ مهمة نخبة من العلماء الأجلاء، ج 2.
35. أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، صحتها وقابلها على عدة نسخ مهمة نخبة من العلماء الاجلاء، ج 2.
36. أحمد الغندور، ، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان مشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي وما عليه العمل في محاكم الكويت، مكتبة الفالح، د. ط .
37. أحمد محمد، موضوع النسب في الشريعة الإسلامية.
38. أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003 .

39. العبيد، أصول المنهج الإسلامي.
40. العربي بختي، نظام الاسرة في الاسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة، ط1، 2013 .
41. علي محي الدين القره داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي.
42. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، سنة 1863 .
43. محمد إسماعيل، الفقه الواضح ج3.
44. محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، الخطبة والزواج، شهاب الجزائري، ط2، سنة 2000 .
45. يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، ط2، دارالبعث، قسنطينة، الجزائر، 1404هـ، 1984م.
- خامسا: المراجع والبحوث القانونية:
46. أحسن بوسقيعة، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري في ضوء الممارسة القضائية، ديوان الطبع لنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2.
47. أحمد الرشيدى، حقوق الإنسان، دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق، كلية الاقتصاد و العلوم السياسية، جامعة القاهرة.
48. أحمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية لنشر، لبنان، ط2، 1977.
49. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
50. باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، إقرار، بينة، تلقيح اصطناعي، البصمة الوراثية، نظام تحليل الدم، دار الهدى، الجزائر بدون سنة.
51. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم باحدث اجتهادات المحكمة العليا)، أحكام الزواج، ج1، ط6، 2010 .

52. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة وفق آخر التعديلات وعدم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ج1، أحكام الزواج، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، 2010
53. حمدي السكري، معجم مصطلحات العلوم الاجتماعية، دار المعارف المصرية، مصر، 2000.
54. رضوى سيد احمد محمود عمار، المجلس الدولي لحقوق الإنسان، دراسة قانونية سياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010.
55. صفية الوناس حسين، مجهول النسب بين التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي، كلية العلوم الاسلامية، قسم الفقه وأصوله، الخروبة، الجزائر.
56. طلبة مالك، التبني والكفالة، مذكرة نيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 14، سنة 2003 - 2004 .
57. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط3، 2000 .
58. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط3، 2000.
59. عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2013.
60. عبد العزيز سعد، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد، احكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط3 .
61. عبد الكريم شهبون شرح مدونة الاحوال الشخصية المغربية، ج1، الزواج والطلاق والولادة ونتائجها ط2 مزيدة ومنقحة دار النشر د س ط .
62. عبد الله الأحمدى، حقوق الإنسان والحريات العامة في القانون التونسي، شركة أوربيس للطباعة والنشر، تونس، 1993
63. عبد الله سافور، الحكم الرشيد واستراتيجيات التغيير في العالم النامي، جامعة فرحات عباس سطيف، الجزائر، 2007، ج1 .

64. عبدالله بن ناصر، أطفال بلا أسر، دار الفكر العربي، بيروت، 1999.
65. العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.
66. علي محمد عبد الحافظ السيد، عقد الكفالة وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي، الطبعة 1، دار الفكر الجامعي مصر، 2008 .
67. عمر بن محمد السبيل، أحكام الطفل اللقيط، دراسة فقهية مقارنة، ط1، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض، 2005.
68. عمر بن محمد السبيل، أحكام الطفل اللقيط، دراسة فقهية مقارنة، دار الفضيلة، الرياض السعودية، ط1، 2005
69. الغوثي بن ملح، قانون الاسرة على ضوء القانون والفقه و القضاء، ج1، ط3.
70. الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ط2، 2008
71. فاطمة أحمد زيدان، تشريعات الطفولة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
72. فهد بن سعد الجهني، استلحاق مجهول النسب ونسب المنبوذ، دراسة فقهية مقاصدية، ندوة الأسرة المسلمة والتحديات المعاصرة
73. لحسن ابن الشيخ آثث ملوبا قانون الأسرة، نصا وشرحا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة الجزائر، 2014 .
74. لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2014.
75. محمد الشافعي، الاسم العائلي والشخصي في نظام الحالة المدنية بالمغرب، سلسلة
76. محمد المهدي، الجنسية المغربية في ضوء مستجدات القانون 62.06، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، الرباط، 2010.

77. محمد سليمان النّور، مدة الحمل بين الفقه والطب وقوانين الأحوال الشخصية المعاصرة، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية العدد 70 سنة 2007 .
78. محمد عبد الجواد محمد، حماية الطفولة في الشريعة الإسلامية والقانون، منشأ المعارف جلال حزي وشركاؤه، الإسكندرية، مصر .
79. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة، ط2، دار النهضة العربية .
80. نجوى علي عتيقة، حقوق الطفل في القانون الدولي، دار المستقبل العربي، القاهرة، 1995.
81. يوسف البحيري، حماية الطفل في التشريع المغربي بين الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد3، 2010، ط1، المطبعة والوراقة الوطنية الداوديات، مراكش.
- سادسا: الأوامر والقوانين والاتفاقيات:
82. القانون رقم 12 سنة 1996، المتعلق بالطفل المصري، المعدل بالقانون 126 لسنة 2008 .
83. ظهير الشريف معتبر بمثابة قانون رقم 1.93.165 الملغى بمقتضى ظهير الشريف رقم 1.02.172 صادر في 13/6/2002 بتنفيذ القانون رقم 01.15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، ج رالعدد 5031 صادر بتاريخ 2002/8/19، ص2316. _
84. كوفي عنان الأمين العام السابق للأمم المتحدة، وضع الأطفال في العالم 2000، اليونسيف، عمان، المطبعة الوطنية .
85. اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، ج 41 رقم 1 سنة 2000، تصدر عن كلية الحقوق جامعة الجزائر
86. قانون الأحوال الشخصية المصري الجديد، رقم:01 سنة 2000.
87. قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم28 لسنة 2005
88. قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984

89. الجريدة الرسمية المغربية، العدد 5031 الصادر بتاريخ
90. القانون رقم 81 لسنة 1985، مؤرخ في 11 أوت 1985، يتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال مجهولي النسب، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 59 بتاريخ 16_20 أوت 198
91. قانون الاحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 الصادر 1953/09/07
92. الامر رقم 77/67، المتعلق بالصحة العمومية، الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، بتاريخ 1976/10/23 .
93. ظهير شريف، رقم 172.02.1 صادر في فاتح ربيع الآخر 1423، 13 يونيو 2002، بتنفيذ القانون رقم 01.15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، الصادرة بتاريخ 2002/08/19، السنة الواحد والتسعون، العدد 5031
94. المادة 2/40 من الأمر 58_75 المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق ل: 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون 10_05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 الجريدة الرسمية، العدد 44، الصادر في 26 جوان 2006 المعدل والمتمم بالقانون 05_07 المؤرخ في 13 مايو 2007 الجريدة الرسمية، العدد 31 المؤرخ في 2007/5/13.
95. المرسوم التنفيذي 24_92 المؤرخ في 8 رجب 1412هـ، الموافق :13 جانفي 1992، يتم المرسوم 71_157 المؤرخ في 3 جوان 1971، المتعلق بتغيير اللقب، الجريدة الرسمية العدد 05، المؤرخة في 22 جانفي 1992.
96. القانون رقم 58/27 المؤرخ في 4 مارس 1958، المتعلق بقانون الأحوال الشخصية التونسي.
97. الفصل 13 من قانون رقم 27 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بقانون الأحوال الشخصية التونسي

98. القانون عدد 27 لسنة 1958 مؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني، المنقح بالقانون عدد 69 لسنة 1958 المؤرخ في 19/6/1958، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، 34 بتاريخ 23_26 جوان 1958
99. ظهير الشريف رقم 1.58.250 بتاريخ 5/9/1958، قانون الجنسية المغربية، المعدل بالقانون رقم 62.06 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.80 بتاريخ 23/3/2007 الجريد الرسمية للمملكة المغربية عدد 5513 بتاريخ 3/4/2007
100. الأمر رقم 66_156 مؤرخ في 8/6/1966، يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 16_02 مؤرخ في 19/6/2016 ج ر ع 37 بتاريخ 22/7/2016
101. الأمر رقم 70/20 في 19-02-1970، المتعلق بقانون الحالة المدنية، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، الصادرة بتاريخ 09-08-2014، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الصادرة بتاريخ 20-08-2014، العدد 49، ص 03 .
102. الأمر رقم 70_20 مؤرخ في 19/2/1970 يتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14_08 مؤرخ في 9/8/2014 ج ر عدد 49، بتاريخ 20/8/2014
103. قانون رقم 70.03، مدونة الاسرة المغربية، صيغة محينة بتاريخ 25 يناير 2016.
104. الأمر رقم 70_86 مؤرخ في 15/12/1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، المعدل والمتمم بالأمر 05_01 مؤرخ في 27/2/2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 15، بتاريخ 27/2/2005.
105. الأمر 75_58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم الصادر بالجريدة الرسمية العدد 78.
106. اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل بتاريخ 20 نوفمبر 1989، المصادق عليها بالقانون 92 لسنة 1991 المؤرخ في نوفمبر 1991 والمنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية بمقتضى أمر عدد 1865 لسنة 1991 المؤرخ في 10 ديسمبر 1991.

107. ظهير شريف رقم 1.93.363، صادر بتاريخ 1996/11/21 بنشر الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة، في 1989/11/20، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 4440 بتاريخ 1996/12/19
108. قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 09 بتاريخ 1953/09/07 المعدل والمتمم بالقانون رقم 34 الصادر بتاريخ 1975/12/31 م، دمشق، الفكر القضائي للمعلوماتية، طبعة مزيعة ومنقحة سنة 2000
109. ظهير الشريف رقم 1.02.239 صادر في 2002/10/3 بتنفيذ القانون رقم 37.99 المتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 5054 بتاريخ 2002/11/7 .
110. ظهير الشريف رقم 1.04.22، بتاريخ 2004/2/3، بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، ج ر عدد 5184، بتاريخ 2004/2/5.
111. ظهير الشريف رقم 1.04.22 صادر في 2004/2/3، بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 5184 بتاريخ 2004/2/5.
112. قانون رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11، المؤرخ في 198 /06/09، المتضمن تقنين الاسرة الجزائري
113. ظهير الشريف رقم 1.11.91 صادر في 2011/7/29، بتنفيذ نص الدستور، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 5964 مكرر بتاريخ 1996/12/19.
114. مرسوم تنفيذي رقم 20_223 مؤرخ في 2020/8/8 يعدل ويتم المرسوم رقم 157_71 المتعلق بتغيير اللقب، ج ر ج، العدد 47 الصادر بتاريخ 2020/8/11
115. القانون عدد 92 لسنة 1995 بتاريخ 9 نوفمبر، يتعلق بإصدار مجلة حماية الطفل، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 90 بتاريخ 10 نوفمبر 1992.

سابعا: الدراسات والبحوث الأكاديمية:

116. إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2012

117. بلخير سديد، الحماية الجزائية للرابطة الأسرية، رسالة ماجستير، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، جامعة باتنة، 2005-2006.

118. بن زردة عبد العزيز، احكام الأطفال مجهولي النسب في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، د س ن

119. بن عصمان نسرین، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، غير منشورة 2008

120. بوزيد خالد، اثبات النسب بالطرق العلمية في قانون الاسرة والقانون المقارن، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، جامعة وهران 2 محمد بن احمد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2017- 2018

121. الحاج كرزادي، الحماية القانونية للانتخابات، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون دستوري، كلية الحقوق، معهد العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2003 .

122. دخينات خديجة، وضعيات الأطفال غير الشرعيين في المجتمع الجزائري، " دراسة ميدانية في مدينة باتنة"، اطروحة لنيل الماجستير في علم الاجتماع، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2011-2012.

123. رقي نصيرة، اثبات النسب في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص 2013

124. شرين زهير أبو عبدو، معالم الأسرة المسلمة في القرآن الكريم، رسالة ماجستير، غير منشورة، الجامعة الإسلامية، كلية أصول الدين، قطاع غزة، فلسطين

125. طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في القانون، فرع العقود ومسؤولية، جامعة احمد بوقرة، كلية الحقوق والعلوم التجارية، بومرداس
126. العربي بلحاج، بحوث قانونية في قانون الاسرة الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2014
127. القاضي بن رزق الله اسماعيل، محاضرة حول حقوق الطفل وفق التشريع الجزائري، جامعة تبسة، دفعة 2008-2009.
128. لمريني سهام، ضوابط وشروط العمل بالبصمة الوراثية في مجال الإثبات، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، العدد7، 2012.
129. انكار محمود، الحماية الجنائية للأسرة، رسالة دكتوراه(غير منشوره)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، 2010.
130. لويزة مكسح، الرعاية الاجتماعية للطفولة بين اليونسيف والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة باتنة، الجزائر، 2009
131. نادية خلفه، آليات حماية حقوق الإنسان في المنظومة القانونية الجزائرية، رسالة دكتوراه، تخصص قانون دستوري، كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2009-2010.
132. والي عبد اللطيف، الحماية القانونية لحقوق الطفل، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون العام، جامعة الجزائر1_بن يوسف بن خدة_ كلية الحقوق، 2014_2015
133. وجيه عبد الله سليمان أبو معيلق، أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي، مقارنة بقانون الأحوال الشخصية المعمول به في قطاع غزة، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية، غزة، 2006م.

ثامنا: قرارات المحكمة العليا:

134. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2018/12/05، ملف

رقم 1233783 <https://elmouhami.com>

135. المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1990/01/22، ملف رقم 57756، م ق،

سنة 1992 .

136. المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1997/07/08، ملف رقم 165408، م

ق، سنة 2001 .

137. المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1991/05/21، ملف رقم 74712، م

ق، سنة 1994.

138. المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1999/06/15، ملف رقم 222674، م

ق، سنة 2001 .

139. المحكمة العليا، المجلة القضائية، ملف رقم 355180 قرار بتاريخ 2006/3/5

العدد الأول، 2006.

140. المحكمة العليا القضائية، العدد الخاص، ملف رقم 222674، قرار بتاريخ

1999/6/15 .

141. المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1993/11/23، ملف رقم 99000، م ق،

سنة 2001 .

تاسعا: المجالات العلمية:

142. أسامة عمر الأشقر، حقوق الطفل اللقيط من المنظور الفقهي، مجلة الشريعة

والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، العدد 77، 1430 هـ_2009م، 502 بتصرف.

143. تقرير اللجنة العلمية للمجتمع الفقهي الاسلامي عن البصمة الوراثية، مجلة المجمع

الفقهي الاسلامي، مكة المكرمة، رابطة العالم الاسلامي، العدد 16، السنة 2003 .

144. تهتان مراد، ضبط وتقييم تكاليف الحماية .

145. حافظ العبيدي، حق المتبني في معرفة حقيقة هويته في القانون التونسي والقانون المقارن، مجلة القضاء والتشريع، العدد 10، 2009.
146. الحماية القانونية للطفل، كونسورتيو للإستشارات القانونية، المجلة القانونية، الإسكندرية، مصر
147. مجاهدي إبراهيم، استخدام البصمة الوراثية و أثرها في الإثبات، مجلة البحوث والدراسات القانونية، جامعة الاغواط، العدد الثامن، 2017.
- عاشرا: المواقع الإلكترونية:
148. -المدرسة العليا للقضاء، مدونة النصوص التشريعية والتنظيمية الخاصة بالأطفال، يونسيف، [http://www.univ.medea.dz/faclg/pnr tahten.pdf](http://www.univ.medea.dz/faclg/pnr%20tahten.pdf), 14 :30,8/4/2017 .
- 149.

الملاحق



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التشغيل والتضامن الوطني
ال مديرية العامة للتضامن الوطني

- إجراءات و كيفية الوضع القانوني

- كفالة -

"هي إلزام شرعي على وجه التبرع و هذا عن طريق التكفل، رعاية، تربية و حماية الطفل القاصر بنفس الطريقة التي يتخذها الأب مع طفله" و" يمكن أن يكون الطفل المتكفل به معروف أو مجهول النسب المادة 116- 119 من قانون الأسرة فصل 7

النصوص المنظمة لهذا الترتيب :

- قانون الأسرة ، الفصل 7 من المادة 116 إلى 125 .
- المرسوم الرئاسي رقم 92 - 461 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992 المتضمن المصادقة مع تصريحات تأويلية على الاتفاقيات الخاصة بحقوق الطفل التي صادقت عليها الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة 20 نوفمبر 1989 .
- المرسوم التنفيذي 92-24 المؤرخ في 15 جانفي 1992 المتمم للمرسوم رقم 71-157 المؤرخ في 03 جوان 1971 المتعلق بتغيير اللقب.

الوضعية القانونية للطفل المكفول :

- يجب أن يكون الطفل المكفول:
- قاصرا محتفظا بنسبه إذا كان معروف النسب.
- مستفيد من المنح العائلية و المدرسية كالتي تمنح إتجاه الطفل البيولوجي .

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التضامن الوطني والأسرة

Correspondance/.....

رقم...../.....

شهادة وضع طفل
بوسط عائلي

نحن مدير النشاط الاجتماعي و التضامن ، الوصي المفوض للأطفال المحرومين
من العائلة لولاية المسيلة
أشهد ان الطفلة المسماة: المولودة في:
قد وضع بصفة نهائية تحت كفالة السيد / و زوجته القاطنين
.... منذ تاريخ : الى غاية يومنا هذا.

سلمت هذه الشهادة للمعني بالامر قصد استعمالها في حدود ما يسمح به القانون

مدير النشاط الاجتماعي والتضامن

2 - 2

الشروط التي يجب توفرها لدى الكفيل:

- بشروط أن يكون الكفيل :
- مسلماً .
- عاقلاً، قادراً على القيام بشؤون المكفول و رعايته .
- الحد الأعلى للسن هو 60 سنة بالنسبة للرجل و 55 سنة للمرأة و هذا يبقى تحت إعتبار اللجنة المكلفة بدراسة ملفات طلبات الكفالة .
- دخل الطالبين للكفالة يتعدى الحد الأدنى للأجر بعد طرح كل الأعباء الشهرية.
- يجب توفر سكن لائق و صحي لطالبي الكفالة.

تشكيل ملف الكفالة :

1- الطالبون القاطنون بالوطن :

- يرسل أو يداع الملف في نسختين بمديرية النشاط الإجتماعي للولاية و يتكون من:
- طلب خطي تحفيزي.
- إستمارة التحقيق النفسي الإجتماعي منجزة من طرف المساعدة الإجتماعية مملوءة بصفة مدققة، متضمنة رأي صريح و إمضاء مدير النشاط الإجتماعي.
- شهادة الميلاد لكلا الزوجين.
- بطاقة عائلية للحالة المدنية أو شهادة شخصية للحالة المدنية للعازبات .
- كشف السوابق العدلية لكلا الزوجين.
- شهادة عمل لكلا الزوجين.
- كشف الرواتب للأشهر الثلاثة الأخيرة لكلا الزوجين.
- شهادتان طبيتان للزوجين تثبت الحالة الصحية حاملة لإمضاء و ختم للطبيب المعالج لكلا الزوجين.
- شهادة تبرر عقد الإقامة (شهادة الملكية، عقد الإيجار أو وصل الكراء).
- صور شمسية جديدة.

تغيير اللقب و/أو مطابقة اللقب :

ترسل طلبات تغيير اللقب إلى وزارة العدل، مديرية شؤون الحالة المدنية بساحة بئر حاكم الأبيار الجزائر.

يمكن للشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة ولدا قاصرا مجهول النسب من الأب أن يغير اللقب و/أو يطابق لقب الطفل المكفول بلقبه إذ أنه يتقدم بطلب تغيير اللقب بلقب هذا الولد و لفائدته و ذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي عندما تكون أم الولد القاصر معلومة و على قيد الحياة فينبغي أن ترفق موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب كما هو منصوص عليه في أحكام المرسوم التنفيذي 92-24 الموافق لـ 13 جانفي 1992 المتمم للمرسوم 71-51 الموافق لـ 03 جوان 1971 المتعلق بتغيير اللقب و/أو مطابقة اللقب .

علما بأن مطابقة اللقب لا تمنح الحق في النسب كما أنها لا تسمح بتسجيل الطفل المكفول على دفتر العائلي.

تشكيلة الملف قصد تغيير اللقب و مطابقة اللقب:

- طلب تغيير اللقب و/أو مطابقة اللقب.
- شهادة ميلاد الطفل المكفول.
- نسخة من عقد الكفالة المصادق عليها.

ملاحظة :

ترسل نسخة من الحكم الخاص بتغيير اللقب و/أو مطابقة اللقب خلال شهر إلى ضابط الحالة المدنية الذي يسجل على هامش شهادة ميلاد الطفل المكفول تغيير اللقب .

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
REPUBLIQUE ALGERIENNE DEMOCRATIQUE ET POPULAIRE
وزارة التضامن الوطني والأسرة وقضايا المرأة

MINISTERE DE LA SOLIDARITE NATIONALE DE LA FAMILLE ET DE LA CONDITION DE LA FEMME

Direction de l'action sociale et de la solidarité

wilaya de M'sila

Correspondance/....

مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن

كولالية المسيلة

رقم 32/2014

السيدة /

مديرة النشاط الاجتماعي والتضامن

إلى السيدة /

وزيرة التضامن الوطني والأسرة

وقضايا المرأة

المديرية العامة للأسرة وقضايا المرأة

والتلاحم الاجتماعي

الموضوع: ف/ي الإطارات المكاتبين بملف طلبات الكفالة ومؤسسات الطفولة

المرجع: مراسلتكم رقم 240 المؤرخة في 2014/05/20

المرفقات: قرار

بناء على مراسلتكم المشار إليها بالمرجع أعلاه والمتعلقة بأسماء رؤساء المصالح

المكلفين بدراسة ملفات الكفالة.

يشرفني أن أبلغ سيادتكم بأن اللجنة المكلفة بدراسة طلبات ملفات الكفالة تتكون من:

- رئيس مصلحة التضامن والعائلة والحركة الجندرية.

- رئيس مكتب العائلة.

- رئيس مكتب التسيير ومتابعة المؤسسات المتخصصة.

- مساعدة إجتماعية

- أخصائية نفسانية.

أما عن اللجنة المكلفة بدراسة ملفات فتح مؤسسات الطفولة الصغيرة فهي مبنية وفقا للقرار المرفق.

تقبلوا فائق الاحترام والتقدير

مديرة النشاط الاجتماعي والتضامن

السيدة /

4

- 2 بالنسبة للجالية الجزائرية بالمهجر :

- يرسل الملف لدى المصالح القنصلية في نسختين ، بالإضافة إلى الوثائق المطلوبة والمذكورة أعلاه بالنسبة لطالبي الكفالة بالتراب الوطني يتضمن الملف مايلي :

- تحقيق إجتماعي مملوء و موقع قانوني من طرف مصالح القنصلية المختصة والمعنية .
- نسخة طبق الأصل من بطاقات و وثائق التعريف أي البطاقة القنصلية

لا يتم إبداء الرأي النهائي لوضع طفل في إطار نظام الكفالة إلا بعد إمضاء الام البيولوجية لمحضر التخلي وهذا بعد مرور الثلاثة أشهر القانونية وكذا بعد إجراء المقابلة النفسية للمختصة النفسية أو الفرقة النفس إجتماعية لمكان الوضع مع العائلة الطالبة للكفالة.

- تشكيلية الملف للحصول على عقد الكفالة :

يقدم الملف لدى المحكمة و يتكون من :

- 1- طلب خطي موجه إلى السيد رئيس المحكمة.
- 2- شهادة الميلاد لكلا الزوجين.
- 3- سجل السوابق العدلية لكلا الزوجين.
- 4- شهادة الجنسية للكفيل.
- 5- عقد الزواج
- 6- شهادة عمل لكلا الزوجين.
- 7- كشف الرواتب الثلاثة الأشهر الأخيرة لكلا الزوجين.
- 8- شهادة الميلاد للطفل.
- 9- شهادة وضع في إطار الكفالة موقعة من طرف مديرية النشاط الإجتماعي.

ملحق بالقرار رقم 10824... المؤرخ في 27 صفر 1442
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف المسيلة - كلية الحقوق والعلوم

نموذج التصريح الشرفي
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،
السيد (د): بوساق العالي الصفة: طالب، اسم طالب
الجامع (د) لمطابقة التعريف الوطنية رقم: 630393 والصادرة بتاريخ: 2014/06/26
المسجل (د) بكنية / معبد الحقوق قسم قانون الأسرة
والمكلف (د) بإنجاز أعمال بحث (مذكورة للتخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه).
عنوانها: أليات حماية مضمون الميثاق الوطني للتحريات الديمقراطية
والقانون الجزائري والقوانين المقارنة
أصرح بشرفي أنني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية
المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

توقيع المعني (د)



التاريخ: 2021/06/16



د. المصطفى السعدي النقي
رئيس اللجنة
مختبر حقوق

ملحق بالقرار رقم 1082/..... المؤرخ في
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف المسيلة - كلية الحقوق والعلوم

نموذج التصريح الشرفي
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا المصفي أسفله،
السيد (د): د. بوضياف المسيلة الصفة: طالب. باحث طالب
الجامع (د) لسطافة التعريف الوطنية رقم: 202895149 والصادرة بتاريخ: 2021/05/02
المسجل (د) بكنية / معيد الحقوق قسم: قانون الأسرة
والمكلف (د) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه).
عنوانها: النزاهة العلمية في النزاع في الفقه الإسلامي
والتقانون الجزائري، والقوانين المتعارضة
أصرت بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية
المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

توقيع المعني (د)

التاريخ: 2021/06/06

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

عقد كفالة

المادة 116 من قانون الأسرة

رئيس قسم شؤون الأسرة

وزوجته السيدة

بعد الاطلاع على طلب السيدة

المودع بتاريخ 2017/10/30

المتضمن تعيينه ككفيل للقاصر

بعد الاطلاع على الوثائق المرفقة، لا سيما

- شهادة التكفل الصادرة عن مديرية الحماية الاجتماعية لولاية

المورجة في

- محضر سماع الطالب بتاريخ 2017/10/30 الرامي إلى التكفل بالولد المجهول الأبوين

بعد الاطلاع على المواد 116 إلى 122 من قانون الأسرة و المواد 492 إلى 497

من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

بعد إستطلاع رأي وكيل الجمهورية بتاريخ 2017/10/30 الذي أبدى رأيه

لتطبيق القانون

تأمر بتعيين

السيدة

المولودة في

ابن

و ابن

العنوان

المهنة

السيدة

المولودة في

ابن

و ابن

العنوان

المهنة

بصفتهما كفيلان بشؤون القاصرة المسماة

المولودة في

مع القول بالتزام الكافل بتربية المكفول تربية إسلامية، و رعايته صحيا و أخلاقيا، و الإنفاق عليه، و السهر على تعليمه و معاملته معاملة الأب الحريص، و حمايته والدفاع عليه أمام القضاء، و تحمل المسؤولية المدنية عن تصرفاته الضارة. و الترخيص للكافل بقبض المنح المالية و العلاوات و التعويضات المستحقة له قانونا، و الإمتضاء على جميع الوثائق الإدارية و وثائق السفر، و الخروج معه خارج الوطن. و يكون للمكفول حرية التصرف في شؤونه بعد بلوغه سن الرشد القانوني. بعد تلاوة مضمون الكفالة على الكافل و قع معا على الأصل.

إمضاء الكافل

حرر بمكتبنا في 2017/10/10

رئيس قسم شؤون الأسرة



فهرس المحتويات



فهرس المحتويات

شكر وتقدير

اهداء

مقدمة: أو

الفصل الأول : مفهوم مجهول النسب وطرق نفيه وإثباته وآليات حمايته

المبحث الأول : الإطار المفاهيمي 7

المطلب الأول : مفهوم آليات الحماية ومجهول النسب. 7

الفرع الأول : تعريف آليات الحماية. 7

أولا : تعريف الآلية 7

ثانيا : تعريف الحماية. 8

الفرع الثاني : تعريف مجهول النسب. 9

اولا :النسب. 9

ثانيا : مجهول النسب. 9

ثالثا : المصطلحات التي ذات صلة بمجهول النسب. 11

المطلب الثاني : اسباب وجود مجهول النسب. 13

الفرع الأول : الأسباب العامة. 14

أولا : الفقر والعيلة. 14

ثانيا : الضياع والظلال والرقعة. 14

ثالثا : الحروب والكوارث الطبيعية. 14

الفرع الثاني : الأسباب الخاصة. 15

أولا : الزنا. 15

ثانيا : عجز الأم عن اثبات النسب. 15

ثالثا: الشك والريبة بين الزوجين. 15

المبحث الثاني: طرق إثبات النسب و نفيه في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري و

القوانين المقارنة 16

المطلب الأول: طرق ثبوت النسب. 16

الفرع الأول: ثبوت النسب بالزواج الصحيح. 17

أولاً- إمكانية الاتصال بين الزوجين بعد العقد	21
ثانيا -مدة الحمل	23
الفرع الثاني: ثبوت النسب بالإقرار	27
أولاً: في الفقه الاسلامي:	27
ثانيا :في القانون الجزائري	27
الفرع الثالث: ثبوت النسب بالبينة	28
أولاً: في الفقه الاسلامي	28
ثانيا: في القانون الجزائري	29
الفرع الرابع: ثبوت النسب بنكاح الشبهة	30
أولاً: في الفقه الاسلامي	30
ثانيا: في القانون الجزائري:	30
الفرع الخامس: اثبات النسب بالطرق العلمية:	31
أولاً: في الفقه الاسلامي:	31
ثانيا : في القانون الجزائري	32
الفرع السادس: اثبات النسب بالقيافة:	33
المطلب الثاني: نفي النسب في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري والقانون المقارن.....	33
الفرع الأول: نفي النسب عن طريق اللعان	34
أولاً: في الفقه الإسلامي	34
ثانيا :في القانون الجزائري	34
الفرع الثاني: نفي النسب عن طريق البصمة الوراثية	35
أولاً: في الفقه الإسلامي	35
ثانيا: في القانون الجزائري	36
خلاصة الفصل	37

الفصل الثاني: الآليات التشريعية و الإجتماعية لحماية مجهولي النسب

تمهيد:	39
المبحث الأول: الآليات التشريعية لحماية مجهول النسب	39

المطلب الأول: آليات الحماية لمجهول النسب في الشريعة الإسلامية.....	39
الفرع الأول : نظام الكفالة و التبني في الشريعة الإسلامية:.....	40
أولاً: تعريف الكفالة.....	40
ثانياً: مفهوم التبني وأحكامه في الشريعة الإسلامية.....	44
الفرع الثاني: إثبات النسب لمجهول النسب في الشريعة الإسلامية.....	47
أولاً: أهمية النسب.....	47
ثانياً: القيافة.....	48
الفرع الثالث: آليات الحماية لمجهول النسب في القانون الجزائري.....	49
أولاً: الآليات القانونية لحماية مجهول النسب:.....	53
ثانياً: نظام الكفالة كآلية لحماية مجهول النسب في القانون الجزائري.....	53
ثالثاً: الطرق العلمية لإثبات النسب.....	67
رابعاً: ضوابط استخدام البصمة الوراثية.....	68
الفرع الخامس: موقف القانون والقضاء الجزائري.....	69
أولاً: موقف المشرع الجزائري في قانون الأسرة:.....	70
ثانياً: مناقشة قرار المحكمة العليا رقم 355188 في اثبات نسب الولد غير الشرعي....	71
المطلب الثاني: آليات الحماية لمجهول النسب في القوانين والمواثيق الدولية والقوانين المقارنة.....	73
الفرع الأول: آليات حماية مجهول النسب في القوانين والمواثيق الدولية.....	73
الفرع الثاني: آليات حماية مجهول النسب في القوانين المقارنة.....	75
أولاً- الحماية القانونية لمجهول النسب في القانون المغربي:.....	75
الفرع الثالث: الحماية القانونية لمجهول النسب في التشريع التونسي.....	79
أولاً - آليات الحماية لمجهول النسب من خلال مجلة الأحوال الشخصية.....	79
ثانياً: آليات الحماية لمجهول النسب في القانون رقم 27 لسنة 1958.....	80
ثالثاً: آليات الحماية في القانون رقم 92 لسنة 1995.....	82
رابعاً: آليات الحماية لمجهول النسب في القانون رقم 75 لسنة 1998.....	83
الفرع الرابع: الحماية القانونية لمجهول النسب في القانون المصري.....	84

أولاً: الحماية القانونية لمجهول النسب في قانون الجنسية.....	85
ثانياً: الحماية القانونية لمجهول النسب في الحالة المدنية.....	87
المبحث الثاني: الآليات الاجتماعية لحماية مجهول النسب.....	87
المطلب الأول: آليات الحماية لمجهول النسب في الشريعة الإسلامية والنظام الجزائري.....	88
الفرع الأول: آليات الحماية لمجهول النسب في الشريعة الإسلامية.....	88
الفرع الثاني: آليات الحماية لمجهولي النسب في النظام الجزائري.....	94
أولاً: التكفل القانوني لمجهول النسب:.....	95
ثانياً: شروط الكفالة:.....	99
ثالثاً- آثار عقد الكفالة:.....	101
المطلب الثاني: آليات الحماية لمجهول النسب في الأنظمة المقارنة.....	106
الفرع الأول: آليات الحماية لمجهول النسب في النظام التونسي:.....	106
أولاً: تكريس الولاية والكفالة وإباحة التبني في تونس.....	106
الفرع الثاني: آليات الحماية لمجهولي النسب في النظام المغربي.....	109
أولاً: الكفالة في القانون المغربي:.....	110
الفرع الثالث: آليات الحماية لمجهولي النسب في النظام المصري.....	113
أولاً: الشروط الواجب توافرها في الأسرة البديلة.....	114
خلاصة الفصل:.....	116
خاتمة:.....	118
قائمة المصادر والمراجع:.....	122
الملاحق:.....	137
فهرس المحتويات:.....	148
ملخص	

المخلص :

إن الطفل مجهول النسب من أكثر الفئات الاجتماعية التي تعاني في صمت وتصارع من أجل البقاء، ورعاية وحماية حقوقه المختلفة، بحيث سعت الشريعة الإسلامية إلى تحقيقها وكفالتها له، كما انتهج المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة عدة نصوص قانونية، تكفل له هذه الحماية وهذا عن طريق القوانين الموجودة في قانون الجنسية أو الحالة المدنية أو قانون الأسرة وكذا المراسيم التنفيذية، كما كفلت جل التشريعات سواء الجزائرية أو التشريعات المقارنة آليتين لرعاية الطفل مجهول النسب وهما الكفالة ومؤسسات الرعاية، كما نجد المشرع التونسي أقر بنظام التبني بموجب القانون رقم: 27 المؤرخ في 1958/3/4 كآلية لحماية هاته الفئة، وهذا ما تم تحريمه من طرف الشريعة الإسلامية، وبالتالي يجب خلق آليات أخرى لحماية هاته الفئة.

إلى أنه يمكننا القول أن آليات الحماية لم ترتق إلى درجة تجعل مجهول النسب يعيش بشكل طبيعي مثل أقرانه وهذا راجع لنقص في الرعاية البديلة والتعامل مع الهوية لمجهول النسب داخل المجتمع.

الكلمات المفتاحية: الآليات، مجهول النسب، الكفالة، التبني .

Résumé

Les enfants nés hors mariage est une catégorie sociale qui souffre et qui lutte pour subsister .

L'islam ainsi que le législateur algérien ont protégé les différents droits de cet enfant en concervant des textes juridiques et des lois ayant une relation étroite avec la nationalité, l'état civil et la loi de la famille .

Les différentes législations (algérienne ou comparée) ont élaboré deux mécanismes pour protéger cette catégorie : les établissements d'aide sociale et l'adoption.

On trouve que le législateur tunisien a affirmé la loi de l'adoption selon le décret n°=27 daté le 4/03/1958 comme un mécanisme qui préserve à l'enfant né hors mariage, c'est ce qui est interdit par la charia islamique, et donc d »autre mecanismes doivent etres créés pour protéger cette categorie.

Tous ces mécanismes demeurent insuffisants pour que cette catégorie d'enfants puisse vivre d'une façon naturelle comme tous les autres enfants .

Les mots clés : mécanismes _ né hors mariage _ la prise en charge _ l'adoption.