

جامعة زيان عاشور الجلفة
كلية العلوم القانونية والإدارية
قسم: الحقوق

حماية مجهولي النسب بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر
تخصص أحوال شخصية

تحت إشراف الأستاذ:
- شريط محمد

من إعداد الطالبة:
• قشام سعدية

لجنة المناقشة:

د. بشيري عبد الرحمانرئيسا
أ. شريط محمدمقرا
أ. جمال عبد الكريممناقشا

السنة الجامعية 2013 - 2014 م

جامعة زيان عاشور الجلفة
كلية العلوم القانونية والإدارية
قسم: الحقوق

حماية مجهولي النسب بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر
تخصص أحوال شخصية

تحت إشراف الأستاذ:

- شريط محمد

من إعداد الطالبة:

• قشام سعدية

لجنة المناقشة:

د. بشيري عبد الرحمان رئيسا

أ. شريط محمد مقرا

أ. جمال عبد الكريم مناقشا

السنة الجامعية 2013 - 2014 م



الإهداء

الحمد لله الذي وفقني لهذا ولم أكن لأصل إليه لولا فضل الله علي أما بعد:

أهدي هذا العمل المتواضع إلى من كلله الله بالهبة والوقار إلى من علمني العطاء بدون انتظار إلى من أحمل اسمه بكل إفتخار الذي عمل وكد فقامه ثم غلب حتى وصلت إلى هدفي هذا إلى والدي العزيز.

وإلى التي حملتني وهنا على وهن وقاست وتألمت لألمي وأرضعتني الحب والحنان ومن كل دعائها سر نجاحي وحنانها باسم جراحي إلى كل من في الوجود بعد الله ورسوله أمي الغالية.

وإلى سندي وقوتي وملاذي بعد الله وأظهروا لي أجمل من الحياة: إخوتي وأزواجهم، وإلى من عمل معي لإتمام هذا العمل إلى زوجة أخي محمد، وإلى صديقاتي بالعمل والكتايب: أحمد وكمال وزينب ومحمد.

شكر وتقدير

الحمد لله الذي أنار لي درب العلم والمعرفة وأعانني على هذا الواجب إلى إنجاز هذا

العمل.

أتوجه بجزيل الشكر والعرفان والإمتنان من ساعدني من قريب أو من بعيد على

إنجاز هذا العمل وفي تذليل ما واجهني من صعوبات ونخص بالذكر المشرف: شريط محمد

الذي لم يبخل عليا بتوجيهاته ونصائحه القيمة التي كانت عوناً لي في إتمام هذا العمل.

مقدمة

لقد عرف العصر الحديث العديد من الحروب والكوارث والفتن والأحداث المرعبة زادها حدة التطور الكبير الذي عرفته الإنسانية في شتى الميادين العلمية، ولم تكن الجزائر في معزل عن ذلك، فعرفت عدة أزمات وكوارث كالعشرية الدموية، وفياضانات باب الواد وزلزال بومرداس، نتج عنها مآسي عدة كانتشار ظاهرة الاغتصاب وما نتج عنها من حمل بأطفال مجهولي النسب من أولاد زنا ولقطاء وأولاد لعان، جعلت الناس في حيرة من امر هؤلاء بين ثبوت نسبهم أو عدمه وفي أحكامهم القانونية والشرعية وحكم ميراثهم. فالطفل كمخلوق بشري ضعيف له حقوق إنسانية أساسية ينبغي أن تعمل هيئات المجتمع والدولة على صيانتها وضمان تمتع الطفل بها فأهم حق يثبت له هو الحق في النسب باعتباره من أهم الحقوق وأولها التي يجب أن يتمتع بها الطفل والذي ترتب له جميع الحقوق الأخرى من رعاية وحضانة وميراث...إلخ.

وإن كان هذا الحق من أبسط الحقوق التي يتمتع بها الأطفال، إلا أنه قد يحرم منها بعضهم بسبب عدم تحمل الأولياء مسؤولياتهم اتجاه أولادهم لأنه و ببساطة وجودهم ناتج عن دقائق شهوة أو طيش شباب أو غريزة شيطانية كما أن هذه الظاهرة تضاعفت بشكل مطرد خلال مرحلة سنوات الجمر في الجزائر. وأن عددا من هؤلاء الأطفال من صلب إرهابيين مجهولين.

بالإضافة إلى هذا الحق هناك حق آخر أجمع عليه من طرف واضعي القوانين وهو أن تكون له أسرة باعتبارها الوحدة الاجتماعية الأولى التي ينشأ فيها الطفل ويتفاعل مع أعضائها وكذا المؤثر المباشر في التكوين الحسن والنفسي للطفل، ومن ثم يشكل توجهاته وملكاته في مستقبل حياته إيجابا أو سلبا.

فكان الإسلام أول من نادى بحقوق الأولاد، فوضع أحكام تحفظ حقوقهم وتكفل رعايتهم من أوليائهم، حيث اتخذها العلماء أساسا لوضع نصوص تشريعية تثبت نسبهم وتدبر حضانتهم والإنفاق عليهم وإدارة شؤونهم، وقد أرادت الشريعة الإسلامية من وراء هذه الأحكام حماية الصغار من الضياع وتعهدت جل التشريعات الوضعية بوضع العديد من الأحكام تتعلق بمصير هؤلاء الأطفال وحمايتهم وتطور الأمر إلى إبرام إتفاقيات دولية من أجل هذا الغرض وتعتبر الجزائر من الدول التي تولي اهتماما كبيرا بمصلحة هذا

الطفل وذلك سواء من خلال مصادقتها على اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 أو عن طريق قيام المشرع بتنظيم المسائل المتعلقة بحمايته.

أسباب اختيار الموضوع:

الأسباب الشخصية: اهتمامي بشؤون الأسرة والمجتمع وما يستجد من ذلك من المسائل التي لها ارتباط بحياة الناس.

- جدية هذه المادة العلمية هو ما دفعني للاطلاع والوقوف على الجديد من العلوم القانونية والفقهية والعلمية، والاكتشافات الطبية الحديثة التي تدفع إلى البحث والدراسة.
- المشاركة في الميدان العلمي والتربوي ومواصلة التعلم فإنه رسالة الأنبياء لا سيما في عصرنا علم ينبغي للمسلم ان يستزيد من ذلك، وخاصة ما يقابل هذه العلوم في شريعتنا من الفقه والاعجاز العلمي في الكتاب والسنة.

الأسباب الموضوعية:

- الأثر الكبير الذي تركه اكتشاف البصمة الوراثية ما جعل كثير من الأمهات يتطلعن إلى طلب التحاليل لإلحاق أولادهن بمن عاشرهن، فوجب بيان حد الحلي والحرمة في ذلك وإغلاق باب الريبة والشك والفتنة والفساد.
- سكوت وغموض المشرع في الكثير من الأحكام باعتبار أن قرارات المحكمة العليا هي المرجع في تفسير القانون وتوحيد الاجتهاد ومراقبة التطبيق السليم للقانون.
- انتشار هذه الفئة داخل المجتمع.

صعوبات الموضوع:

- لا يخفي على كل دارس أن للبحث العلمي ضريبة بذل الجهد والاستقصاء للوصول إلى الهدف، وقد واجهتني مشكلات منها:
- ندرة المراجع الفقهية والعلمية وخلو المكتبات من الدراسات الحديثة.
- تتأثر الموضوع في أمهات الكتب مما يستوجب الرجوع إليها وجمعها في قالب علمي متناسق.

- صعوبة التوفيق بين الدراسة الفقهية والقانونية واخراجها في قالب موحد.
- صعوبة الحصول على بعض المعلومات من كتب واجتهادات ومجالات تحتم علي الأمر بالاستعانة إلى شبكة الانترنت.

الإشكالية:

ما المقصود بمجهولي النسب وما هي أحكامهم؟.
وفيما تتمثل حقوقهم في القانون الجزائري وما آلية حمايتهم؟.

المنهج المتبع:

- سأعتمد في هذا البحث على المنهج التحليلي و المنهج المقارن.
- التحليلي:** فأتعرض بالتحليل لما اختارته القوانين والتشريعات وخلفيتها الفقهية النظرية سواء كانت شرعية او قانونية.
- المقارن:** وذلك بالمقارنة بين أقوال المذاهب الفقهية في المسألة الواحدة.
- مقارنة موقف الشريعة الإسلامية في المسألة مع ما اختاره المشرع الجزائري.
 - مقارنة موقف المشرع الجزائري مع بعض الاجتهادات القضائية.
- خطة البحث: وقد رسمت لتحقيق أهداف هذا البحث خطة وفقا للمخطط التالي:

مقدمة

الفصل الأول: المقصود بمجهولي النسب وأحكامهم

المبحث الأول: المقصود بمجهولي النسب

المطلب الأول: اللقيط

المطلب الثاني: ولد اللعان

المطلب الثالث: ولد الزنا

المبحث الثاني: أحكام مجهولي النسب

المطلب الأول: أحكام اللقيط

المطلب الثاني: أحكام ولد اللعان

المطلب الثالث: أحكام ولد الزنا

الفصل الثاني: حقوق مجهولي النسب في القانون الجزائري وآلية حمايتهم

المبحث الأول: حقوق مجهولي النسب في القانون الجزائري

المطلب الأول: الحماية القانونية لمجهولي النسب

المطلب الثاني: حق النسب في قانون الأسرة

المبحث الثاني: آلية الحماية

المطلب الأول: مفهوم الكفالة

المطلب الثاني: إجراءات انعقاد الكفالة

المطلب الثالث: مضمون الكفالة والآثار المترتبة عنها

الخاتمة

الفصل الأول

المقصود بجولي النسب وأحكامهم

تمهيد:

اهتم الإسلام بالأسرة التي تعتبر الخلية الأساسية للمجتمع وأولى لها أهمية كبيرة وجعل أساس بناءها الزواج الصحيح بين المرأة والرجل على وجه الشرعي ولعل الهدف الأسمى والغاية الكبرى من كل ذلك هو المحافظة على الأنساب للطفل الناتج عن هذه العلاقة إلا أن هذه الغاية في حفظ هذا الحق ألا وهو النسب قد تحرم منها فئة معينة كالطفل الناشئ عن علاقة غير شرعية واللقيط وولد اللعان الذين يعتبرون مجهولي النسب وهذه الأخيرة المركبة من كلمتين مجهول وتعني غير معلوم وكلمة النسب التي تعني الصلة أو القرابة أي صلة الإنسان بمن ينتمي إليهم من الآباء والأجداد ومن خلال الكلمتين فإن لفظ مجهولي النسب هم من لا يعرف أبوه ولا قومه وحفاظا على هذه الفئة وصيانتها وعدم اختلاط الأنساب فإن فقهاء الشريعة الإسلامية حاولوا وضع أحكام وقواعد تعكس حرصها على نسب كل طفل لأبيه فقط وجعله من ضروريات الخمس التي توجب حفظها ورعايتها وفق لما جاءت به الشريعة الإسلامية.

وكفرع من هذا الحق فإن الميراث فرع من النسب ومن أسباب الإرث القرابة و النسب فإن كان الشخص مجهول النسب كولد اللعان، ولد زنا واللقيط، فكيف يرث ويورث مجهول النسب؟ ومن خلال هذا سنتناول في هذا الفصل المقصود بمجهولي النسب وأحكامهم.

المبحث الأول: : المقصود بمجهولي النسب

تعتبر ظاهرة الأطفال مجهولي النسب من بين أهم المشاكل التي يعاني منها المجتمع الإسلامي المعاصر بالرغم من الاحترازات الأخلاقية والقانونية والتي تعود في الغالب الأعم إلى البعد عن الفهم الصحيح لتعاليم الإسلام مما أدى إلى وجود أطفال لا يعرفون أصلهم ولا نسبهم فمنهم هؤلاء؟

المطلب الأول: اللقيط

يعتبر اللقيط من الاطفال المجهولي النسب ولذلك سأحاول التطرق لهذه الفئة من خلال تعريفه في الفرع الاول وفي الفرع الثاني أسباب وجوده وفي الفرع الثالث حكم إنتقاط اللقيط .

الفرع الأول: تعريف اللقيط

أولاً- لغة :

اللقيط في اللغة هو ما يلقط واللقط أخذ الشيء من الأرض فهو فعيل من اللقط بمعنى مفعول بمثل قتل وجريح والصبي المنبوذ يجده إنسان فهو اللقيط عند العرب، والأنثى هي اللقيطة و الذي يأخذ الصبي والشيء الساقط يقال له الملتقط⁽¹⁾.

ثانياً-تعريف اللقيط في اصطلاح الفقهاء: اختلفت تعاريف الفقهاء للقيط حسب

المذاهب الفقهية الأربعة على النحو التالي:

- عند المالكية: هو الصغير الأدمي الذي لم يعلم أبواه ولا رقه⁽²⁾.
- عند الحنفية: اللقيط هو اسم لحي مولود طرحه أهله خوفاً من العيلة أو فراراً من تهمة زنا⁽³⁾.

¹- ابن المنصور، لسان العرب، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 2008، ج3، ص 385-386.

²- أحمد الدردير، الشرح الصغير، مؤسسة المنشورات الإسلامية، وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، ج3، ص 255.

³- شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1998، ج5، ص 209.

- عند الشافعية: هو صغير منبوذ في شارع أو مسجد أو نحو ذلك لا كافل له معلوم ولا مميز لحاجته إلى التعهد⁽¹⁾

- عند الحنابلة: اللقيط طفل لا يعرف نسبه ولا رقه نبذ أو ظل الطريق ما بين ولادته إلى سن التمييز، وقيل المميز لقيط أيضا إلى البلوغ وعليه الأكثر⁽²⁾.

ثالثا-مصطلح اللقيط في القانون الجزائري:

ويرى علماء النفس أنه من المستحسن تجنب إطلاق مصطلح اللقيط على هذه الفئة لما له من آثار سلبية من الناحية النفسية، مما يؤدي إلى صعوبة إدماجه اجتماعيا، وتأثر علاقته الاجتماعية لذلك فهم ينصحون باستعمال مصطلح الطفولة المسعفة⁽³⁾.

ولقد أوصانا ديننا الحنيف برعاية اللقيط وإدماجه في المجتمع باعتباره فردا من أفرادها، وذلك على أساس الأخوة في الدين لقوله تعالى: (فَإِنَّ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ) سورة الأحزاب، الآية: 05.

الفرع الثاني: أسباب وجود اللقيط

إذا تتبعنا أسباب وجود اللقطاء في المجتمع نجد نوعين من الأسباب نبرزها فيما يلي:

أولاً- الأسباب العامة: ومن الأسباب العامة ما يلي: "الفقر و العيلة: فقد تمرض الأم مرضا مزمنًا مع عدم وجود العائل وضيق الحال، وكثرة الأطفال ففتركه في المستشفى أملا في أن يجد يدا حانية تربيته بعيدا عن الفقر والجوع والحرمان، فيأخذه أحد الكفلاء ويسميه ويتولى الإنفاق عليه وينشأ لقيطا مع أنه في الحقيقة من أب وأم حقيقيين بزواج شرعي صحيح.

¹ - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معالي ألفاظ المنهاج، تحقيق محمد خليل عيناوي، دارالمعرفة ، بيروت، لبنان، طبعة 1997، ج2، ص 540.

² - منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشف القناع على متن الاقتاع، تحقيق هلال المصيحيلي مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، لبنان، طبعة 1986، ج4 ص 226.

³ - فطيمة مومن، أحكام اللقيط بين الفقه الإسلامي وقانون جزائري، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة حاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2005-2006، ص 7-8.

-**الضياع والضلال والسرققة:** فقد يسرق الطفل وهو في المهد في غفلة من أهله بقصد الإيذاء أو لغرض الاستغلال أو لعدم إنجاب أطفال، ثم يندم الفاعل ويخشى أن يكشف أمره فيتورط فيلقية في مكان ما تخلصا منه أو أن يضل الطفل عن أهله في سوق أو سيارة أو ما شابه ذلك ولا يتم التعرف عليه وهو صغير لا يعرف شيئا عن أبويه، ولا يتم العثور على أبويه، فيلتقطه ويكفله أحد الناس ويقوم برعايته وإدارة شؤونه.

-**الحروب والكوارث الطبيعية:** ففي حالة الحروب ونزوح الناس من ديارهم وتشردهم قهرا وعنوة من شدة ما يتعرضون له من قتل وتدمير، فيتركون أبنائهم خوفا وهلعا مذعورين من هول المذابح، ثم يتم العثور عليهم ويتم أخذهم من غير أن يعلم والديهم ويتم كفالتهم وتربيتهم على أنهم مجهولي النسب ويحملون إسم اللقيط وبنفس الصورة أيضا، ما يحدث من كوارث طبيعية⁽¹⁾.

ثانيا- الأسباب الخاصة: ومن الأسباب الخاصة ما يلي:

- **الزنا:** حرم الإسلام الزنا ووضع العقوبة المناسبة للحد منه والقضاء على ظاهرتة فقال تعالى: (وَلَا تَقْرَبُوا الزَّانَةَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا) سورة الإسراء، الآية: 32. وقال سبحانه: (الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيْشِهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ) سورة النور، الآية: 2.

- **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 أحدهما عدم الإنجاب، فإذا ما حدث الحمل حصلت المشكلة، ثم السعي لحلها بالتخلص من الولد خشية تبعات هذا الأمر، التي ستعكس على الطرفين دون التفكير في مصير هذا الطفل.

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 من كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية، بغزة، 1427هـ/2005م، ص

- **الشك والريبة بين الزوجين:** فقد يشك الزوج اتجاه الزوجة بأن يكون مصابا بمرض الشك، أو قد تكره الزوجة زوجها كرها شديدا بسبب فساده وانحراف أخلاقه، أو بسبب إيذائه لها فنفارقه وهو لا يعلم بحملها فيقوم هذا الزوج بالتخلص من الطفل ظنا منه أنه ليس ابنه، وتقوم المرأة بالتخلص من الطفل لتقطع آخر ما كان يربطها بذلك الرجل، فتلقي به على قارعة الطريق أو أي مكان آخر، دون التفكير في مصير هذا الطفل الصغير⁽¹⁾.

الفرع الثالث: حكم التقاط اللقيط :

اللقيط نفس محترمة في الشريعة الإسلامية تستحق الحفظ والرعاية، ولذلك فإن التقاطه أمر مطلوب في الإسلام، للحفاظ عليه من الضياع والهلاك، إلا أن هذا اللقيط لا يخلو حاله حين وجوده من حالتين، وهذا ما سنبينه في هاتين المسألتين:

أولا-المسألة الأولى: مسألة التقاط اللقيط إذا كان في مهلكة: ذهب جماهير أهل العلم من الحنفية، والمالكية والشافعية والحنابلة، إلى وجوب التقاط اللقيط على من رآه، وإذا غلب على ظنه هلاكه إذا لم يلتقطه أو كان قد رآه وحده دون غيره، أو وجده في مهلكة، أو في مضیعة، يغلب على الظن هلاكه فيها، فهنا يجب عليه انقاذه، لأن في ذلك صيانة له من الموت والهلاك، ويترتب عليه الإثم إذا ترك ذلك⁽²⁾.

ثانيا-المسألة الثانية: حكم التقاط إذا لم يكن فيه مهلكة: وإنما يكون في مكان يكثر ارتياده من الناس، ففي هذه الحالة حصل الخلاف بين أهل العلم في حكم التقاطه على ثلاث أقوال:

القول الأول: أن التقاطه فرض كفاية، وبه قال المالكية، والشافعية، والحنابلة، واستدل أصحاب هذا القول بأدلة منها: قوله تعالى: (وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى) سورة المائدة،

¹- وجيه عبد الله سليمان أبو معلى، مرجع سابق ص11-12

²- أحمد بن صالح آل عبد السلام، حكم استحقاق ولد الزنا، الدورة العشرون للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة، 29-25 ديسمبر 2010، ص 19-23.

الآية: 2، وجه الدلالة من الآية: ان التقاط اللقيط من التعاون على البر والتقوى وأقل ما يقال فيه أنه فرض كفاية. وقوله تعالى: (وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا) سورة المائدة، الآية: 32، وجه الدلالة من الآية: أنه التقاطه لهذا اللقيط يكون قد أحياه، وأسقط الحرج عن نفسه، وعن الناس. و أن في التقاط تخليصا له من الهلاك واحياء له، فكان واجبا كفاييا.

القول الثاني: أن التقاطه مستحب، وهو قول الحنفية واستدلوا أدلة القول الأول ولكنهم حملوها على الندب والاستحباب.

القول الثالث: أن التقاطه فرض عين، سواء حقق عليه الهلاك أم لا، وبه قال بن حزم واستدل بأدلة القول الأول، وقال في توجيهها، ولا اثم أعظم من اثم أضاع نسمة مولود على الإسلام صغيرة لا ذنب لها حتى تموت جوعا وبردا أو تأكله الكلاب، هو قاتل نفس عمدا بلا شك.

ثالثا- الترجيح: لعل الراجح والله أعلم بالصواب هو القول الأول، وذلك لعدة أمور هي:

- أن هذا القول هو الذي يتماشى مع أصول الشريعة وحرصها على صيانة نفس البشرية وتعظيم شأنها.

- أنه قد يترتب على رأي القائلين بالندب هلاك اللقيط وعدم تأثيم المجتمع إذا تركوا ذلك ويؤدي إلى تساهل الناس في ذلك.

- أن القول بالوجوب العيني في هذه المسألة، قول بلا دليل صريح⁽¹⁾.

المطلب الثاني: ولد اللعان

يعتبر اللعان الطريق الشرعي الوحيد لنفي النسب في الشريعة الإسلامية ولذلك فإن وقوعه يقطع نسب الولد من أبيه لذلك سأنتظر إلى تعريف ولد اللعان بإعتباره لفظ مركب في الفرع الأول وفي الفرع الثاني أسباب اللعان وشروط نفي الولد والفرع الثالث آثار اللعان.

1- أحمد بن صالح آل عبد السلام، مرجع سابق، ص 28-29.

الفرع الأول: تعريف ولد اللعان باعتبار لفظ مركبا:

أولاً-تعريف الولد في اللغة: الولد بوزن فعل مثل أسد ووثن، وفيه لغة ولد وولد بكسر الواو وضمها ، وهو يطلق على المولود ذكرا أو أنثى، والولد اسم يجمع الواحد والجمع، ويقال فيه اولاد وولدة وإلدة.

ثانيا-تعريف الولد في الاصطلاح: عبارات الفقهاء في أبواب الفقه يقصدون به النسل وهو شامل للذكر والأنثى لأن الولد اسم للمولود وهو يتناول ذلك كله كما يشمل الولد الأبناء وإن سلفوا⁽¹⁾.

ثالثا-تعريف اللعان:

لغة: من اللعن الذي هو الطرد والإبعاد، ومنه لعن ابليس أي طرده من الجنة وإبعاده من جوار الملائكة.... ولاعن امرأته، ولاعن القاضي بينهما، ووقع بينهما اللعان، وتلاعنا والتعنا..... المباهلة التي تقع بين الزوج وزوجته.

اصطلاحا: اللعان هو الطريق التي يتم بواسطتها اتهام الزوج زوجته بالزنا او نفي انساب الولد اليه، وهذا الطريق عبارة عن شهادات تجري بين الزوجين مقرونة باللعن من جانب الزوج وبالغضب من جانب الزوجة⁽²⁾.

رابعا- تعريف ولد اللعان: هو الولد الذي ادعى الزوج أنه ليس منه وأنه من زنى وأنكرت ذلك الزوجة فتلاعنا لأجله.

-من ولد على فراش الزوجية الصحيح، ولكن الزوج نفى نسبه منه وأنكر بنوته له، وذلك بعد وقوع ملاءنة بين الزوجين على الوجه المحدد شرعا، لوجود سببه وهو قذف الزوج زوجته المدخول بها بفعل الزنا، أو انكار من ولد على فراشه منها، ويحكم القاضي بالتفريق وقطع نسب الولد عن أبيه⁽³⁾.

¹ - معجم اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ط 4، 2004، ج6، ص143.

² - عز الدين كبحل، اللعان بين الزوجين في الفقه الإسلامي وما مدى تطبيقه في القضاء الجزائري، محاضرة جامعة محمد خيضر بيسكرة، ص 122.

³ - الزحيلي محمد، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، مكتبة دار البيان، ط 3، 2007، ص 350.

خامسا - دليل مشروعية اللعان: لقد ثبتت مشروعيته بالكتاب والسنة والإجماع.

أما من الكتاب فقوله تعالى: (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ* وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ) سورة النور، الآية: 6-7.

أما عن السنة فهناك أحاديث كثيرة ثابتة منها حديث عويمر العجلاني، فقد أخرج الإمام مالك والبخاري ومسلم وغيرهم ابن شهاب ان سهل بن سعد الساعدي اخبره عويمر العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي الأنصاري فقال له: يا عاصم رأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقنته فتقتلونه أم كيف يفعل؟ سل لي يا عاصم عن ذلك رسول الله، فسأل عاصم رسول الله عن ذلك فكره عليه السلام المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله، فلما رجع عاصم إلى أهله جاءه عويمر فقال: يا عاصم ماذا قال لك رسول الله فقال عاصم لعويمر: لم تأتني بخير قد كره رسول الله المسألة التي سألته عنها، فقال عويمر: والله لا أنتهي حتى أسأله عنها، فقام عويمر حتى أتى رسول الله وسط الناس فقال يا رسول الله رأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقنته فتقتلونه، أم كيف يفعل؟، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أنزل الله فيك وصاحبتك فاذهب فأت بها قال سهل: فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول فلما فرغا من تلاعنها قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطلقتها ثلاث قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم⁽¹⁾.

وفي رواية البخاري قال سهل: "وكانت حاملا وكان ابنها ينسب إلى أمه ثم جرت السنة أن يرثها وترث منه ما فرض الله لها".

وأما الإجماع فقد أجمع العلماء على مشروعية اللعان، وأجمعوا على أن الرجل إذا قذف زوجته قبل أن يدخل بها أن يلاعنها.

¹ - أبو الفداء اسماعيل بن عمر القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، تحقيق سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، ط2، 1420هـ-1999م، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، ج6، ص 14.

أما من القياس فقد دل عليه: "أنه لما كان الفراش موجبا للحقوق النسب كان بالناس ضرورة إلى طريق ينفونه به إذا تحققوا فسادهم، وتلك الطريق هي اللعان"⁽¹⁾

الفرع الثاني: أسباب اللعان وشروط نفي ولد اللعان

أولاً- القذف بالزنا: وصورة ذلك أن يقول لامرأته "يا زانية"، أو رأيتك تزنين فإن أثبت دعواه بشهادة أربعة رجعت المرأة وإلا وجب عليه اللعان.

ثانياً- القذف بنفي الولد: كأن يقول هذا الولد من الزنا، أو يقول هذا الولد ليس مني، فإن قال ذلك أصبح قاذفا بالزنا ووجب عليه اللعان، هذين السببين مجعاً عليهما بين المذاهب وبعض المالكية فرعوا على القذف بالزنى إلى قسمين: دعوى مشاهدة ودعوى مطلقة فكانت أوجه ثلاثة.

جاء في منح الجليل: "اللعان يجب بثلاثة أوجه وجهان مجمع عليهما، وذلك أن يدعى أنه رآها تزني كالمروود في الكحلة ثم لم يطأها بعد ذلك، أو ينفي حملاً يدعي استبراء قبله، والوجه الثالث أن يقذفها بالزنا ولا يدعي رؤية ولا نفي حمل وأكثر الرواة يحد ولا يلاعن"⁽²⁾.

وعلى ذلك يتبين أن اللعان مؤداه نفي نسب الولد بأن يقسم أربع مرات أنه من الصادقين فيما رمى به زوجته من نفي نسب ولدها وفي المرة الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم تقسم الزوجة أربع مرات أنه من الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كانت من الكاذبين.

¹- الزرقاني محمد بن عبد الباقي بن يوسف، شرح الزرقاني موطأ مالك، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج 3، ص 241-244

²- عيش محمد، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، لبنان، 1409هـ-1989م، ج 4، ص 273.

و قد قيل: "وظاهر القرآن يكفي لإيجاب اللعن بمجرد القذف من غير رؤية فلتعولوا عليه"⁽¹⁾، وفي الحديث الصحيح: رأيت لو أن رجلا وجد مع امرأته رجلا، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "أذهب فأت بها فلاعن ولم يكفله ذكر رؤية".
والذي يظهر من هذه الأقوال الاقتصار على الرمي بالزنى من غير وصف رؤية ولا بيان على عكس الشهادة من غير الزوج فإنها توجب الحد، وقد تعبد الله بلفظها وعددها وصفتها فلا يبديل منها شيء أما اللعان فأمر آخر، فإن الزوج محتاج لحفظ نسبه فيدفع عن نسبه ما استطاع، ولا يحتاج إلى بيينة، أو ذكر وصف أو حال، ويكفي في ذلك اليقين ويدخل في ذلك الأعمى إذا أحس أو جس بيده أو أخبره مخبر وإن كان غير مقبول الشهادة كالمرأة عند المالكية، ويستوي في ذلك قذفه لها بالوطء في القبل أو الدبر لأن الرمي بن معرفة⁽²⁾.

ثالثا-شروط نفي ولد اللعان عند المالكية:

- أن يدعي أنه لم يوطأ الزوجة أصلا بعد العقد أو أنه وطأها واستبرأها بحيضة واحدة.
 - أن ينفي الولد قبل وضعه.
 - أن لا يكون قد أقر بنسبه إليه إذ لا يجوز إنكاره بعد الإقرار به⁽³⁾.
- وهذا وإن الملاعنة تتم في المسجد وبحضور الإمام وفي أجل يوم العلم بالحمل هذا عند المالكية. وفي ظل صمت المشرع عن إيراد أحكام اللعان التي تفيد بذلك إتباع الشريعة الإسلامية في أحكامه من خلال الإحالة من المادة 222 غير أن الاختلاف مع المالكية في الأجل الذي يتم في ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل وفقا لما استقر عليه الاجتهاد القضائي⁽⁴⁾ وإلا نسب الولد لأبيه وفقا لقاعدة "الولد للفراش".

1- ابن العربي أبو بكر المالكي، أحكام القرآن، تحقيق رضى فرج الهمامي، المكتبة العصرية، ط 1، 1424هـ-2003م، ج3، ص 281.

2- النووي ابو زكريا يحي بن شرف الشافعي، شرح صحيح مسلم، مكتبة الرشد الرياض، ط 1، 1420هـ-1999م، ج5، ص 293.

3- الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ط2، 1405هـ-1985م، ص 122.

4- نشرة القضاة نفي النسب واللعان ملف رقم 172379 المؤرخ في 28-10-1997م، ص 105.

الفرع الثالث: آثار اللعان: من آثار اللعان

أولاً-قطع النسب من الحمل الظاهر: حيث أن الفائدة التي يتواطأها الملاحن والهدف الذي من أجله لاعن إنما لإبعاد نسب ما ليس منه وتبرئة فراشه مما لحق به من الأذى، قال النبي صلى الله عليه وسلم: "حسابكما على الله أحدكما كاذب لا سبيل لك عليها"⁽¹⁾.

وروي أن رجلاً لاعن عن امرأته وانتفى من ولدها ففرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بالمرأة والتفريق يحتمل معنيين: أحدهما: أن انتفاءه من ولد كان سبب اللعان وثانيهما: أنه لاعنها بدعوة ادعاها من رؤية أو غيره فلاعن.

وضرورة الزوج إلى النفي الولد أشد من ضرورته إلى قذفها لأن به حاجة إلى أن يزيل عن نفسه نسب ليس منه، وهو أكثر من حاجته إلى القذف بالزنا وقد راعى الفقهاء زمن رمي الزوج لزوجته وحدد له زمناً، حتى لا يكون اللعان سيفاً مسلطاً على الزوجة يرفعه الزوج متى شاء، فقالوا إذا أظهر بالزوجة حمل وراه الزوج فإن أقربيه لم يكن له أن ينفيه بعد ذلك، فإن نفه حد فإن ظهر الحمل فإن نفاه فإنه ينظر هل استبرأها، فإن ادعى الاستبراء فله الملاعنة، وإن لم يدعي الاستبراء قيل ليس له الإلتعان، فإن ولده لأقل من ستة أشهر الحق به والا صار الولد للعان.

وقيل يلحق به الولد ويحد ويلاعن، لأن اللعان لا يمكن أن ينفى به النسب بعد اعترافه بالوطأ وثبوت حكم الفراش، ولا معنى لإسقاط الحد لأن العادة تشهد بكذبه، لأن الإنسان لا يبطأ امرأته بعد أن يراها تزني، فإن ادعى ذلك فقد أكذب نفسه⁽²⁾.

¹ - صحيح البخاري، كتاب النكاح باب قول الإمام المتلاعنين أن أحدكما كاذب، ج3، ص 421.

² - التنوخي سحنون بن سعيد، المدونة الكبرى رواية عبد الرحمان بن القاسم، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ-1994م، ص 32.

المطلب الثالث: ولد الزنا

من المعلوم أن فاحشة الزنا أمرها خطير وأنها محرمة بقواطع الأدلة المحكمة من الكتاب والسنة وإجماع الأمة وذلك لما فيها من إختلاط للأنساب ولذلك سأحاول تعريف الولد الناتج عن هذه العلاقة من خلال الفرع الأول وفي الفرع الثاني التمييز بينه وبين ما يشبهه من الحالات الأخرى .

الفرع الأول: تعريف ولد الزنا باعتباره لفظاً مركباً:

أولاً-تعريف الولد في اللغة: الولد بوزن فعل مثل أسد ووشن، وفيه لغة ولد وولد بكسر الواو وضمها، وهو يطلق على المولود ذكراً أو أنثى، والولد اسميجمع الواحد والجمع. ويقال فيه اولاد وولدة والدة.

وفي المعجم اللغة العربية: الواو واللام والداد أصل صحيح وهو دليل النجل والنسل⁽¹⁾. ويقال للمتبنى ولد، قال الله تعالى: (أَوْ نَتَّخِذْهُ وِلْدًا) سورة القصص، الآية: 9.

ثانياً-تعريف الولد في الاصطلاح:

عبارات الفقهاء في أبواب الفقه يقصدون به النسل وهو شامل للذكر والأنثى لأن الولد اسم للمولود وهو يتناول ذلك كله كما يشمل الولد الأبناء وإن سفلوا، قال تعالى: (يَا بَنِي آدَمَ خُذُوا زِينَتَكُمْ عِندَ كُلِّ مَسْجِدٍ) سورة الأعراف، الآية: 31. يخاطب أمة رسول الله صلى الله عليه وسلم

ثالثاً-تعريف الزنا في اللغة:

الزنا يمد ويقصر زنى الرجل يزني زنى مقصور وزنا ممدود، والمقصود لغة أهل الحجاز، والمد لغة بني تميم، وفي الصحاح المد لأهل نجد وهو ابن زينة وزينة بالكسر والفتح، والفتح أعلى، وهو نقيض قوله لرشدة ورشدة والزناء القصير وأصله الضيق ومنه الحديث: (لا يصلين أحدكم وهو زناء) أي: مدافع للبول.

¹- معجم اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ط4، ، 2004، ج6، ص143.

رابعاً-تعريف الزنا في الاصطلاح:

عرفه المالكية بقولهم: الزنا وطء مكلف مسلم فرج آدمي قبلاً أو دبر الا ملك له فيه، وعرفه ابن رشد بقوله: هو كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين⁽¹⁾. وعرفه فقهاء الحنابلة أنه اتيان الفاحشة من قبل أو دبر من امرأة لا يملكها (ولا شبهة له في وطئها) أو من غلام أو فعل ذلك به.

خامساً-تعريف ولد الزنا: بعد أن عرضنا للتعريف بمصطلحي "ولد" و "الزنا" يمكننا أن نعرف ولد الزنا بأنه: المولود الذي يأتي به أمه نتيجة ارتكابها الفاحشة ذكرًا كان هذا المولود أم أنثى.

الفرع الثاني: التمييز بين ولد الزنا وما يشبهه من الحالات الأخرى

أولاً-التمييز بين ولد الزنا وولد الملاعنة:

يفترق ولد الزنا مع ولد الملاعنة في كونه ناتجا عن زنا وذلك في أمور:
-من وصف ولد الملاعنة بأنه ولد زنا (أي قذفه بأمه) طلب منه البينة، أو يحد القاذف عند جمهور المالكية والشافعية والحنابلة بخلاف ولد الزنا.
-تقبل شهادة ولد الملاعنة في الزنا عند المالكية بخلاف ولد الزنا، فإنه لا تقبل شهادة فيه.

-تكره إمامة ولد زنا عند بعض العلماء بخلاف ولد الملاعنة.
-انتفاء الولد عن الملعن لا يمكن من لحوقه بعد الاعتراف، بخلاف ولد الزنا فإنه لا يلحق بالزاني وإن استلحقه في قول جماهير الفقهاء، لأن الأصل في ولد اللعان اللحاق والنفي طارئ، وولد الزنا لم يكن لاحقاً بحال⁽²⁾.

¹- ابن رشد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، ط9، 1409هـ-1988م، ج2، ص 433 وانظر الشرح الكبير للدردير، ج4، ص 313.

²- الموسوعة الفقهية الكويتية، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط1، 1421هـ-2001م.

ثانيا- التمييز بين ولد الزنا واللقيط:

-اللقيط مجهول النسب، والأصل فيه السلامة وأنه ابن شرعي، ما لم يثبت أنه ابن الزنا.

-أنه لا يأخذ أحكام ولد الزنا التي تخص ابن زنا، ككراهة إمامته وشهادته، وحكم النسب.

-اللقيط يثبت نسبه بمجرد دعوى فإذا ادعى شخص أن هذا اللقيط ولده و يمكن أن يولد منه فإن دعواه تسمع، ولو من غير بيينة ويثبت نسب اللقيط منه⁽¹⁾

ثالثا- التمييز بين ولد الزنا وولد المغتصبة:

ولد الاغتصاب : هو ولد زنا ناتج عن علاقة غير شرعية إلا أن المرأة تكون مكرهة على زنا فيرتفع الإثم عنها، والاعتصاب مفارق للزنا من جهة المرأة فهي المرأة مكرهة لا ذنب لها، والمكره مرفوع ذنبه في الفعل الذي هو أشد من الزنا⁽²⁾.

رابعا- التمييز بين ولد الزنا وولد الشبهة:

ولد الشبهة هو ينسب إلى أبيه الواطئ ويحد قاذفه، أما ولد الزنا فإنه يترتب على فعل الزنا الإثم واستحقاق الحد ولا يحد قاذفه بأمه، وولد الشبهة لا خلاف في معاملته معاملة الابن الشرعي في بقية الأحكام من ميراث، وشهادة، وغيرها....⁽³⁾

المبحث الثاني: أحكام مجهولي النسب

لقد أقرت الشريعة الإسلامية طرق تثبت فيها نسب هذه الفئة وجعلت لها أحكام وهذا ما سنتطرق إليه في هذا البحث.

¹- جلول عمارة، الحاق نسب ولد الزنا بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير، غير منشورة، جامعة الجزائر، 2010-2011، ص 15.

²- القرضاوي يوسف، فتاوى معاصرة (من هدي الإسلام)، دار الوفاء المنصورة، ط3، 1413هـ-1993م، ج2، ص 547.

³- جلول عمارة، مرجع سابق، ص 17.

المطلب الأول: أحكام اللقيط

بالنسبة لأحكام اللقيط فإن الشريعة الإسلامية أقرت طرق لإثبات نسبه وهذا ما بينته في الفرع الأول في إثبات نسب اللقيط بالإقرار و البينة أما في الفرع الثاني ميراث ولد اللقيط

الفرع الأول: إثبات نسب اللقيط بالإقرار والبينة

أولا- ثبوت نسب بالإقرار:

-الإقرار لغة: هو إخبار عن ما سبق أو الثبوت، يقال قر الشيء إذا ثبت وأقره غيره إذا أثبته.

-في الشرع: هو إخبار الإنسان عن حق عليه لآخر واجب التسليم للمقر له.

فالإقرار يعني الاعتراف، فأعترف بالشيء أي أقر به، وهو إعلان الشخص صراحة ان الشخص معين ابنه سواء كان المقر رجلا أو امرأة وسواء كان المقر له ذكرا أو أنثى وهناك نوعان من الإقرار:

1- الإقرار بالبينة أو الأمومة أو الأبوة:

وهو ما يعرف عند الفقهاء بالإقرار بنسب محمول على المقر نفسه هذا النوع من

الإقرار يثبت به النسب متى توفرت الشروط التالية:

-أن يكون المقر بالغا عاقلا مختارا، فلا عبرة بإقرار الصبي والمجنون والمكره لعدم الأهلية والرضا.

-أن يكون المقر له مجهول النسب فلا يعرف له نسب صحيح ثابت، فإن كان له نسب من أب معروف فالإقرار باطل.

-أن لا ينازعه فيه منازع لأنه إذا نازعه فيه غيره تعارضا فلم يكن الحاقه بأحدهما أولى من الآخر.

-أن يمكن صدقه بأن يحتمل أن يولد مثله لمثله⁽¹⁾.

¹- بن عصمان نسرین ایناس، مصلحة الطفل في قانون أسرة جزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، غير منشورة، 2008، ص 9.

2- الإقرار في غير البنوة أو الأبوة أو الأمومة:

هو ما يعرف عند الفقهاء بالإقرار نسب المحمول على غير هذا النوع من الإقرار يتم بين شخصين كلاهما ليس أهلاً لآخر ولا فرعاً له إنما قريبتهم قريبة الحواشي أي لهما أصل مشترك هو أبوهما فلصحة هذا الإقرار الذي يشترط الشروط السابقة الذكر أضاف المشرع الجزائري شرط آخر وهو أن يوافق المحمول عليه بالنسب على هذا الإقرار ففي حالة الأخوة، إذا قال هذا أخي نشأ بينه وبين ذلك شخص الأخوة وذلك نسب الشخص من أبيه لا ينشأ إلا إذا اعترف بها الأب نفسه وقال "صحيح قوله" أو "صدق".

فثبوت الإقرار بالأخوة معلق على تصديق المحمول عليه "أي الأب" على هذا الإقرار وبالتالي إن لم يصادق المحمول عليه فيبقى للمقر إن أصر على إقراره أن يرفع دعوة يدعمها بالبينة لتثبيت النسب.

وفي حالة العمومة إن قال هذا عمي فإن العمومة تنشأ كمقربها و بين المقر له، ولكن لا تلزم الجد إلا إذا وافق على هذا الادعاء ولم يكذبه، وأن يقيم المقر البينة على إقراره فآثار ثبوت النسب بالإقرار بالبنوة و بالأخوة وبالعمومة فيها حالتان:

الحالة الأولى: عندما يقع التصديق من الأب أو الجد تنتج آثار من توارث و نفقة... إلخ.

الحالة الثانية: عندما لا يقع التصديق من الأب والجد في قراره فالنسب من الأب عند الأخوة ومن الجد من العمومة لا يلزم من أنكر منهما وكذبوه، وإنما يلزم فقط من أقر بالأخوة والعمومة⁽¹⁾.

-حكم الإقرار وأثره:

إذا صح الإقرار بالنسب، واجتمعت فيه الشروط المذكورة فإنه يترتب عليه ثبوت النسب وآثاره الشرعية من إرث و نفقة و حرمة ولا يجوز نقضه أو إسقاطه أو التنازل عنه، لأنه قد ثبت بحجة شرعية صادرة عن المقر نفسه وليس فيه ضرراً على غيره قصداً ويكون النسب الثابت بالإقرار كالنسب الثابت بالفراش ويكون حجة على جميع سواء

¹- بن عصمان نسرین ایناس، مرجع سابق، ص 11.

المقر أو الورثة. وشددت الشريعة في هذا فقد جاء في الحديث (وأيام رجل جدد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله تعالى عنه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين يوم القيامة)، أما مع علم المقر بكذب نفسه وأن الوالد ليس منه فإنه يحرم عليه الإقرار حينئذ، لكون الولد ليس منه، فيحرم عليه الحاقه بنسبه ويجب نفيه لحديث: (أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم، فليست من الله فشيء، ولن يدخلها جنته).

- هل يصح نفي الولد الثابت بالإقرار:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن النسب الثابت بالإقرار لا يقبل نفيه مطلقا ولو باللعان، خلافا للثابت بالفراش أو البينة فإنه يصح فيه الملاعنة لأن النسب فيهما ثبت بحكم الفراش ويحتمل أن لا يكون منه فيجوز نفيه والملاعنة فيه، بخلاف الثابت بالإقرار فلا يقبل لأنه أقر بأنه تكون وخلق من مائه، وهذا القول المقتضي لعدم قبول نفي الإقرار ينسجم ويتفق مع مقصد الشرع في حفظ النسب وتشوقه إلى اثباته⁽¹⁾.

ثانيا - ثبوت النسب بالبينة:

البينة لغة : الحجة الواضحة، اصلاحا : الشهادة والشهود، لأنه يتبين الحق لهم ولأن الأغلب في البينات الشهادة لوقوع البيان بقبول الشهادة وارتفاع الأشكال بشهادتهم، فهي الحجة القوية. فعرفت عند جمهور الفقهاء على معنى مرادف وهي الشهادة والنصاب القانوني للشهادة يكون عن طريق رجلين عدلين أو رجل وامرأتين.

الفرع الثاني: ميراث الولد اللقيط

إن اللقيط في أغلب الأحوال يكون مجهول النسب كونه الصغير الذي طرحه أهله خشية الفقر أو خوفا من تهمة الزنا، أو أنه ضاع منهم إلى غير ذلك من الأسباب... واللقيط إنسان حر ولو التقطه عبد فيعامل في نفسه وماله معاملة الأحرار. إن كان له

¹- فهد بن سعد الجهني، استلحاق مجهول النسب ونسب المنبوذ، دراسة فقهية مقاصدية، ندوة الأسرة المسلمة والتحديات معاصرة، ص 9-10.

وارث ورثه كما اقتضت الشريعة الإسلامية بحيث إذا ثبت له النسب سواء عرفت أمه أو أبوه فإن ارثه سيكون أمر طبيعي.

أما إذا لم يثبت له نسب ولم يظهر له وارث برز في هذا قولان:

-القول الأول: أن إرثه لملتقطه وعليه فهو يأخذ ميراث لقيطه الذي التقطه من الطريق واعتنى به، لأنه بالالتقاط والتربية قد أحياء فينبغي أن يثبت الولاء له وهو الرأي الذي جاب به اسحاق بن راهوية⁽¹⁾.

-أما القول الثاني: الذي أخذ به جمهور الفقهاء أنه إذا مات اللقيط من غير إرث، فماله للخبزينة العامة طبقاً لقاعدة الغرم بالغنم لأن الدولة هي المكلفة برعايتهم والانفاق عليهم وتربيتهم وتعليمهم.... فأوجدت دور الحضانة والملاجئ لحماية هذه الفئة، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادتين 180 من قانون الأسرة (...فإذا لم يوجد ذو فروض أو عصابة ألت التركة إلى نوي الأرحام، فإن لم يوجدوا ألت إلى الخبزينة العامة). وفي نص المادة 773 من القانون المدني (تعتبر ملكاً من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك، وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون من غير وارث أو الذين تهمل تركتهم)⁽²⁾.

المطلب الثاني: أحكام ولد اللعان

لقد بينت الشريعة الإسلامية أحكام ولد اللعان وذلك بثبوت نسبه إلى أمه فقط وهذا ما بينته في الفرع الأول أما بالنسبة لميراثه فنجد أن الفقهاء اختلفوا في طريقة إرثه وهذا ما بينته في الفرع الثاني.

¹- محمد ربيع صباهي، أحكام اللقيط في شريعة إسلامية، دراسة فقهية تربوية، مجلة جامعة دمشق، للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 25، العدد الأول، 2009، ص 813-814.

²- بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد، ط 1، دار الثقافة الجزائر، 2009م، ص 215.

الفرع الأول: ثبوت ولد اللعان لأمه

اختلف أهل العلم في المتلاعنين إذا كان بينهما ولد، هل ينتفي بمجرد اللعان أو لا بد من ذكره في اللعان، فذهب الجمهور إلى أنه لا ينتفي إلا بذكره في كل لفظة من ألفاظ اللعان، بأن يقول: أشهد بالله إني لصادق فيما رميتها به من زنا و أن هذا الولد ليس مني، واحتجوا بذلك بأن الغاية ما في اللعان أن يثبت زناها، وذلك لا يوجب نفي الولد، كما لو أقرت به أو قامت به بيينة.

وقال بعض المالكية وبعض الحنابلة واختره ابن القيم لا حاجة إلى ذكر الولد ونفيه بل ينتفي بزوال الفراش، وتلك لأن حديث ابن عباس رضي الله عنهما الذي وصف فيه بينهما، وقضى أن لا يدعي ولد من اللعان، لم يذكر فيه ولد، وقال فيه: ففرق رسول الله وفي الصحيح عن ابن عمر رضي الله عنهما (أن رجلا لاعن امرأته على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ففرق النبي بينها وألحق الولد بأمه)، ولم يذكر فيه أيضا نفي الولد⁽¹⁾. وهذا القول هو الذي يترجح والله أعلم للدلالة هذا الحديث، ولأن نفي الولد من أعظم مقصودات اللعان عند الزوج بل هو أعظمها، إذ زوال الفراش يمكن حصوله بالطلاق كما أنه القول الأقرب للصواب. ويتم اللعان بين الطرفين وفق ما حدده القانون بالإجراءات المستمدة من الآية الكريمة بنفي الولد قبل ثمانية أيام بيوم العلم به أو من رؤيته الزنا ويتم التلاعن بالمسجد العتيق بالعاصمة، فرق القاضي بينهما، وانتفى نسب الولد من أبيه الملاعن ويسمى هذا الولد ولد اللعان أو الملاعنة، نسبة لأمه التي جرى معها اللعان، فينتفى نسب الطفل من أبيه وقرابة أبيه باللعان ويلحق بأمه وقرابتها، وصار بمثابة من لا قرابة له من جهة أبيه وتثبت قرابته من جهة أمه فقط⁽²⁾.

¹- رقيق آسيا، أحكام اللقيط وولد الزنا وولد اللعان، بحث مقدم في إطار نيل شهادة ليسانس، 2011، ص 18.

²- محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ص 214.

الفرع الثاني: ميراث ولد اللعان

إذا حصل اللعان فقد اتفق الفقهاء على أنه لا يتوارث الزوجان المتلاعنان بينهما، ولا يرث ولد الملاعنة أباه وقرابته ولا يرثانه لأن صلة النسب قد انقطعت بينهما غير أنه يرث أمه وقرابتها ويرثته، والدليل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: (المرأة تحرز ثلاثة موارد: عتيقها ولقيطها وولدها الذي لاعنت به)، فيرث كل قرابته من أمه سواء كانوا أصحاب فرض أو ذوي أرحام، وما روي عن مكحول أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، جعل ميراث ابن الملاعنة لأمه ولورثتها من بعدها⁽¹⁾ وهو "مجمع على ذلك"⁽²⁾. غير أن الفقهاء اختلفوا في طريقة ارث الولد المنفي باللعان مع أمه وقرابتها إلى ثلاثة مذاهب⁽³⁾:

المذهب الأول: أن عصبه أمه يكونون عصبه له، حتى تكون له عاقلة تعقل عنه إذا جنى، فيرثونه إذا مات تعصيباً، لأن عصبته من أبيه لا يرثته لانقطاع النسب بينهم، وهي رواية عن الإمام أحمد فمثلاً إذا توفي عن بنت وأخ لأم، فالبنت النصف وللأخ لأم الباقي تعصيب أي النصف، لقوله صلى الله عليه وسلم: "ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فلاولى رجل ذكر"، وأولى الرجال به أقارب أمه.

وقدر على هذا المذهب بأن تعصيب قرابة الأم إبطال الحكم الثابت بالنص، فالأخ لأم في مسألة سابقة لا يرث بالتعصيب بنص القرآن الكريم لأن الميت هنا كلاله لا والد له ولا ولد، فله السدس إذا كان منفرداً وهم شركاء في الثلث عند تعددهم بنص القرآن الكريم بينما أخذ هنا النصف وأما الحديث فيحمل على قرابة الأب ليتفق مع ما جاء في القرآن⁽⁴⁾.

1- أبو داود، كتاب الفرائض باب الميراث ملاعنة، ص 442-443.

2- محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 228.

3- نفس المرجع، ص 230.

4- محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 230.

المذهب الثاني: أن الأم عصبته، فإن لم تكن فعصبته هم عصبته، لما روي عن مكحول أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل ميراث ابن الملائنة لأمه ولورثتها من بعدها، ولأن عصبات الأم أدلوا بها، فلم يرث معها كأقارب الأب معه وهي الرواية الثانية عن الإمام أحمد ومثاله توفي عن أم وأخ لأم فالأم الثلث فرضا والباقي تعصيبا، فإن فقدت الأم فلاخ لأم السدس فرضا والباقي تعصيبا.

المذهب الثالث: وهو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية، أن ولد اللعان ترثه أمه بنصيبها المقدر شرعا، أي السدس أو الثلث، ويرثه أقاربها بأنصبتهم المقدر شرعا، فإن بقي من التركة شيء رد عليهم حسب أنصبتهم عدا الزوجين، فإنه لا يرد عليهم والرد على الورثة وليس إلى بيت مال المسلمين هو قول الحنفية ومتأخري المالكية والشافعية لأن الأصل عندهم (الشافعية والمالكية) أن الباقي لا يرد على الورثة وإنما يوجه إلى بيت مال المسلمين (الخزينة العمومية) إذا كان منتظما⁽¹⁾.

المطلب الثالث: أحكام ولد الزنا

يكاد يجمع العلماء على عدم إحقاق ولد الزنا لتضافر ظواهر الأدلة في ذلك من الكتاب والسنة وورود أدلة أخرى في ظاهرها جواز ذلك ما أدى إلى ظهور النزاع حول حكم إستلحاق ولد الزنا وهذا ما هو متناول في الفرع الأول أما في الفرع الثاني فكان حول ميراثه .

الفرع الأول: حكم استلحاق ولد الزنا

إذا زنا رجل بامرأة فحملت منه، ثم بعد ذلك تزوجها في أثناء الحمل على القول بصحة النكاح، أو بعد ما وضعت حملها، فهل يلحق به نسب هذا الولد أم لا؟ هذا ما سنبحثه بإذن الله.

¹ - الزرقاني محمد عبد الباقي بن يوسف، مرجع سابق، ص 193.

أولاً-حكم استلحاق ولد الزنا إذا ولدته أمه، وكانت فراشا لزوج:

أجمع أهل العلم على أن الحمل إذا ولد على فراش الزوج، وجاء رجل آخر فادعاه، فإنه لا يلحق به، وإنما يلحق بمن ولد على فراشه.

يقول صاحب التمهيد: (وأجمعت الأمة على ذلك نقلاً عن نبيها صلى الله عليه وسلم وجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ولد يولد على فراش لرجل، لاحقاً به على كل حال إلى أن ينفية بلعان).

وقال أيضاً في نفس الموضوع: (وأجمعت الجماعة من العلماء أن الحرة فراش بال عقد عليها، مع إمكان الوطاء، وإمكان الحمل، فإذا كان عقد النكاح يمكن معه الوطاء والحمل، فالولد لصاحب الفراش لا ينتقي عنه أبداً بدعوة غيره ولا بوجه من الوجوه إلا باللعان)، ويقول العلامة ابن القيم رحمه الله تعالى: "فأما ثبوت النسب بالفراش فأجمعت عليه الأمة"⁽¹⁾.

1- دليل الإجماع:

-حديث عائشة رضي الله عنها قالت: (كان عتبة بن أبي وقاص إلى أخيه سعد ابن أبي وقاص: إن ابن وليدة زمعة مني، فأقبضه إليك، فلما كان عام الفتح أخذه سعد فقال: ابن أخي قد كان عهد إلي فيه، فقام عبد بن زمعة فقال: أخي ابن أمة أبي، ولد على فراشه، فتساوقا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال سعد يارسول الله ابن أخي كان عهد إلي فيه فقال عبد بن زمعة: أخي وابن وليدة أبي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش و للعاهر الحجر)، ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لسودت بنت زمعة: (احتجوا منه لما رأى شبهة بعنقه، فما رآها حتى لقي الله).

-حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (الولد للفراش و للعاهر الحجر).

¹- ابن القيم الجوزية شمس الدين ابي عبد الله محمد بن أبي بكر، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق لجنة التحقيق بمؤسسة الهدى القاهرة، دار التقوى المنشية الجديدة، شبرة الخيمة، ط 1، 2000م، ج5، ص 410

- ما رواه عمر بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قام رجل فقال: يا رسول الله إن فلانا ابني عاهرت بأمه في الجاهلية، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا دعوة في الإسلام، ذهب أمر الجاهلية الولد للفراش وللعاهر الحجر).

وجه الاستدلال من الأحاديث السابقة أنها بينت لأن الولد إذا ولد على فراش الزوجية فإنه ينسب للزوج ولا ينسب لمنادعى. يقول الحافظ في الفتح ونقل عن الشافعيين أنه قال: الولد للفراش معنيان أحدهما هو له ما لم ينفه، فإذا نفاه شرع له كاللعان انتفى عنه. والثاني إذا تنازع رب الفراش والعاهر فالولد لرب الفراش⁽¹⁾.

ثانيا- حكم استلحاق ولد الزنا إذا ولدته أمه، ولم تكن فراشا لمن زنا بها:

اختلف أهل العلم في هذه المسألة على قولين وذلك:

- القول الأول أن ولد الزنا ينسب لأمه ولا يلحق بالزاني ولو ادعاه وهو مذهب جماهير أهل العلم من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية وهو الذي نصت عليه فتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء بالمملكة العربية السعودية فتوى رقم (6499) وكذلك فتوى سماحة عبد العزيز ابن باز رحمه الله في مجموع فتاواه وتنصان على ولد الزنا ينسب لأمه على الصحيح من قولي العلماء دليل هذا القول قول النبي صلى الله عليه وسلم (الولد للفراش وللعاهر الحجر)⁽²⁾.

- وجه الاستدلال من الحديث:

أن الرسول صلى الله عليه وسلم جعل الولد لصاحب الفراش، ولم يلحقه بالزاني، فدل على أن الزاني إذا استلحق ولدا من الزنا، فإنه لا يلحق به.

اعترض على هذا الاستدلال: بأن قول النبي صلى الله عليه وسلم (الولد للفراش وللعاهر الحجر) فقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم الولد للفراش دون العاهر، فإذا لم تكن للمرأة فراشا، لم يتناولها الحديث الجواب عن الاعتراض: بان هذا الاستدلال هو

¹ - أحمد بن صالح آل عبد السلام، مرجع سابق، ص 11.

² - فتاوى الشيخ عبد العزيز بن باز، جمع وترتيب د. محمد بن سعد شويعر، دار عاصمة، ط4، ج21، ص 206.

بمفهوم الحديث، ومنطوق الحديث صريح (الولد للفراش)، هذا مع ضعف الاستدلال بالمفهوم، وبقية الحديث (وللعاهر الحجر) وهو الزاني ليس له إلا الحجر، ولا ينسب له شيء من الزنا.

-حديث ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا مساعاة في الإسلام من ساعى في الجاهلية فقد لحق بعصيته، ومن ادعى ولدا من غير رشدة فلا يرث ولا يورث)⁽¹⁾.

-وجه الاستدلال من الحديث:

أن الشارع ابطال المساعاة -وهي الزنا- قال الخطابي: المساعاة الزنا، وكان الأصمعي يجعل المساعاة في الأماء دون الحرائر، وذلك لأنهن يسعين لمواليهن، فيكتسبن لهم بضرائب كانت عليهن، فأبطل الرسول صلى الله عليه وسلم المساعاة في الإسلام ولم يلحق النسب لها وعفا عما كان منها في الجاهلية، وألحق النسب به.

وقال ابن الأثير في النهاية كلاما نحو ذلك، وزاد: يقال: ساعة الأمة: إذا فجرت وساعاها فلان إذا فجر بها، وهي مفاعلة من السعي كأن كل واحد منهما يسعى لصاحبه في حصول غرضه.

واعترض على هذا الدليل، بأنه ضعيف ولا تقوم له بحجة، وذلك لوجود راو مجهول في سنده، وقد ضعفه أهل العلم، ومنهم المنذري، وابن القيم والشوكاني والألباني. ما جاء من حديث عمر بن شعيب عن أبيه عن جده قال: إن النبي صلى الله عليه وسلم قضى أن كل مستلحق استلحق بعد أبيه الذي يدعى له ادعاه ورثته فقضى أن كل من كان من أمة يملكها يوم أصابها فقد لحق بمن استلحقه، وليس له مما قسم قبل الميراث شيء، وما أدرك من ميراث لم يقسم فله نصيبه، ولا يلحق إذا كان أبوه الذي يدعى له أنكره، وإن كان من أمة لم يملكها أو من حرة عاهر بها، فإنه لا يلحقه به ولا يرث، وإن كان الذي يدعى له هو ادعاه فهو ولد زنية من حرة كان أو أمة، حدثنا محمود بن خالد

¹ - سنن أبي داود في اللعان، في باب ادعاء ولد الزنا رقم (2264)، ت 275هـ.

حدثنا أبي عن محمد بن راشد بإسناد ومعناه زاد وهو ولد الزنا لأهل أمة من كانوا حرة أو أمة وذلك فيما استلحق في أول الإسلام فما أفتسم من مال قبل الإسلام فقد مضى⁽¹⁾.

-معنى الحديث ووجه الدلالة منه:

قوله (إن كل مستلحق): هو بفتح الحاء الذي طلب الورثة أن يلحقوه بهم واستلحقه: أي ادعاه (بعد أبيه): أي بعد موت أبي المستلحق (الذي يدعى) بالتخفيف، أي المستلحق له: أي لأبيه، يعني ينسبه إليه الناس بعد موت سيدتك الأمة، ولم ينكر أبوه حتى مات (ادعاه ورثته) أن كل من كان أمة أي: كل ولد حصل من جارية يملكها، أي: سيدها (يوم أصابها) أي: في وقت جامعها (فقد لحق بمن استلحقه) يعني: إن لم ينكر نسبه منه في حياته، وهو معنى قوله: (وليس له) أي للولد (مما قسم) أي في الجاهلية بين ورثته (قبله) أي: قبل الاستلحاق (من الميراث شيئاً)، لأن ذلك الميراث وقعت قسمته في الجاهلية، والإسلام يعفو عما وقع في الجاهلية (وما أدرك) أي: الولد (من ميراث لم يقسم فله نصيبه) أي: فللولد حصته (ولا يلحق) أي: الولد، (إذا كان أبوه الذي يدعى له) أي: ينتسب إليه (أنكره) أي: أبوه، لأن الولد انتفى عنه بإنكاره، وهذا إنما يكون إذا ادعى الاستبراء، بأن يقول: مضى عليها حيض بعدما أصابها، وما وطئ بعد مضي الحيض، حق ولدت، وحلف على الاستبراء، فحينئذ ينتقي عنه الولد، (وإن كان) أي: الولد (عاهر بها)، أي: زنا بها (فإنه) أي: الولد (لا يلحق، ولا يرث)، أي لا يلحق نسبه، ولا يأخذ الإرث، (هو ادعاه)، أي: انتسبه، (فهو ولد زنية، من حرة كان)، أي: (لولد، أو أمة) أي: جارية⁽²⁾.

وأما وجه الدلالة من الحديث فهي صريحة في أن الزاني إذا استلحق ولد الزنا من حرة أو أمة، فإنه لا يلحق به، ولا يرثه، وإنما ينسب لأمة⁽³⁾ قال الخطابي في معالم السنن عن هذا

1- الإمام سليمان الخطابي، غريب الحديث، ت 388هـ تحقيق دكتور سليمان العايد جامعة القرى، ط1، 1405هـ، ج1 ص369.

2- ابن القيم الجوزية شمس الدين أبي عبد الله، مرجع سابق، ص 425.

3- نفس المرجع، ص 428.

الحديث هذه أحكام وقعت في أول زمان الشريعة، وكان حدوثها ما بين الجاهلية وقيام الإسلام، وفي ظاهر هذا الكلام تعقد وإشكال وتحرير ذلك وبيانه أن أهل الجاهلية كانت لهم إماء تساعين، وهن البغاية اللواتي ذكرهن الله تعالى في قوله تعالى: (وَلَا تُكْرَهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ) سورة النور، الآية: 33. إذا كان سادتهن يلمون بهن، ولا يجتنبوهن، فإذا جاءت الواحدة منهن بولد، وكان سيدها يطؤها وقد وطأها غيره بالزنا، فربما ادعاه الزاني، وادعاه السيد فحكم صلى الله عليه وسلم بالولد لسيدها، لأن الأمة فراش له كالحرّة، ونفاه عن الزاني، فإن دعي للزاني مدة، وبقي على ذلك إلى أن مات السيد ولم يكن ادعاه في حياته، ولا أنكره، ثم ادعاه ورثته بعد موتهم واستلحقوه، فإنه يلحق به، ولا يرث أباه، ولا يشارك إخوته الذين استلحقوه في ميراثهم من أبيهم، إذا كانت القسمة قد مضت قبل أن يستلحقه الورثة، وجعل حكم ذلك حكم ما مضى في الجاهلية، فعفا عنه، ولم يرد إلى حكم الإسلام، فإن أدرك ميراثاً لم يكن قد قسم إلى أن ثبت نسبه باستلحاق الورثة إياه، كان شريكهم فيه أسوة من يساويه في النسب منهم، فإن مات من إخوته بعد ذلك أحد، ولم يخلف من يحجبه عن الميراث ورثه، فإن كان السيد الأمة أنكر الحمل، وكان لم يدعه، فإنه لا يلحق به، وليس لورثته أن يستلحقوه بعد موته إن كان من أمة غيره، كابن وليدة زمعة، أو من حرّة زنا بها لا يلحق به، ولا يرث، بل ولو استلحقه الواطئ، لم يلحق به، فإن الزنى لا يثبت النسب⁽¹⁾.

واعترض على هذا الدليل باعتراضات منها:

-إن في سنده سليمان بن موسى الدمشقي، قال عنه البخاري عنده مناكير، وقال النسائي أحد الفقهاء، وليس بالقوي في الحديث، وقال في موضع آخر في حديثه شيء، وقال أبو حاتم في حديثه بعض الاضطراب، وقال الحافظ صدوق في حديثه بعض لين، وخولط قبل موته وأجيب عن هذا الاعتراض أن هناك من حسن رواية سليمان بن موسى وقد وثقه يحيى بن معين، وأبو داود بن سعد، وذكره ابن حبان في الثقات، وقال أبو حاتم محله

¹- زاد المعاد، مرجع سابق، ج5، ص426-429.

الصدق، وفي حديثه بعض الاضطراب، ولا أعلم أحدا من أصحاب مكحول أفقه منه، ولا أثبت منه، وقال ابن عدي: فقيه وحدث عنه الثقات، وهو أحد علماء الشام⁽¹⁾ وقال الشيخ الألباني رحمه الله: فمثله حسن الحديث في أسوأ الاحتمالات وصحيح في شواهد والمتابعات، ونقل قول عدي السابق.

-اعتراض عليّة ثانيا: بانه من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وهو مختلف فقد قال سفيان بن عيينة كان في حديثه عند الناس شيء، وقال يحيى بن معين: ليس بذلك، وقيل لأبي داود عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده حجة عندك؟، فقال: لا، ولا نصف حجة⁽²⁾ وأجيب عن هذا الاعتراض: بعدم التسليم بهذا الشيء، فإن هناك من وثقه من الأئمة المعترين، فقد قال: البخاري: رأيت أحمد بن حنبل وعلي بن المديني، واسحاق بن راهوية، وأبا عبي، وعامة أصحابنا يحتجون بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، ما تركه أحد من المسلمين، قال عنه البخاري: من الناس بعدهم!، وقال أبو حاتم: سألت يحيى بن معين عنه فغضب، وقال: ما أقول؟، روى عنه الأئمة، وقال أحمد العجلي والنسائي: ثقة، وقال النسائي في موضع آخر ليس به بأس، حتى قال اسحاق بن راهوية: إذا كان الراوي عمر بن شعيب عن أبيه عن جده ثقة، فهو كأيوب عن نافع عن ابن عمر⁽³⁾. وقال العلامة ابن القيم بعد أن ذكر هذا الدليل: ونحن نحتج بعمر بن شعيب، فلا يعلل الحديث به⁽⁴⁾.

¹ - أبي الحجاج يوسف المزي، تهذيب الكمال في أسماء رجال، ت 742هـ، تحقيق بشار عواد: مؤسسة رسالة ط1، 1413هـ ج22، ص 95-96.

² - نفس المرجع، ج22، ص 68.

³ - تهذيب الكمال، مرجع سابق، ج22، ص 69.

⁴ - زاد المعاد، مرجع سابق، ج5، ص 429.

-دليل عقلي: يقول صاحب المغني: وولد الزنا لا يلحق الزاني في قول الجمهور، لأنه لا يلحق به إذا لم يستلحقه، فلم يلحق به بحال، كما لو كانت أمه فراشا، أو كما لو لم يجلد الحد عند من اعتبره⁽¹⁾.

القول الثاني: أن ولد الزنا يلحق الزاني إذا استلحقه، ولم تكن أمه فراشا لزوج أو سيد، وهذا القول مروى عن الحسن البصري، رواه عنه اسحاق بن راهوية في رجل زنا بامرأة فولدت، فادعى ولدها، فقال: يجلد ويلزمه الولد⁽²⁾ وهو منقول عن اسحاق بن راهوية، فإنه يرى إلى أن الولد إذا لم يكن مولودا على فراش يدعيه صاحبه وادعاه الزاني فإنه يلحق به⁽³⁾ وهو مذهب عروة بن الزبير، وسليمان بن يسار، وذكر عنهما انهما قالوا: (أيما رجل أتى إلى غلام فزعم أنه ابن له وأنه زنا بأمه، ولم يدع ذلك الغلام أحدا، فهو يرثه)، وهو قول النخعي وهو قول لأبي حنيفة، فقد روي عنه، أنه قال: لا أرى بئسا إذا زنا الرجل بالمرأة فحملت منه أن يتزوجها مع حملها، ويستتر عليها والولد ولد له، وهي اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وقواه تلميذه العلامة ابن القيم.

أدلة القول:

-الدليل الأول: قوله تعالى: (ولاتزر وازرة وزر اخرى) سورة الأنعام، الآية: 164 وجه الدلالة من الآية: أن لحوق نسب ولد الزنا بمن دعاه، إذا لم تكن المرأة فراشا لهذا الرجل الزاني، أن فيه حفظا لنسب الولد من الضياع، وحتى لا يصيبه الضرر والعار بسبب جريمة لم يرتكبها⁽⁴⁾.

-الدليل الثاني: حديث الملاعنة بين هلال بن أمية وامراته، وفيه قول النبي صلى الله عليه وسلم (إن جاءت به على صفة كذا وكذا فهو للذي رميت به، أو على صفة كذا وكذا فهو

¹ - أبي محمد، عبد الله بن قدامة المقدسي الحنبلي، المغني، ت 620هـ تحقيق د. عبد الله التركي ودكتور عبد الفتاح حلو، هجر للطباعة والنشر، ج 9، 406هـ، ص 123.

² - نفس المرجع، ج 9، ص 125.

³ - نفس المرجع، ج 9، ص 123.

⁴ - الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ص 71.

لزوجها)، وفي رواية (فهو لهلال بن أمية)، فجاءت به على الوصف المكروه، فقال الرسول صلى الله عليه وسلم، (لولا الأيمان لكان لي ولها شأن)⁽¹⁾.

-وجه الاستدلال من الحديث:

أن قوله: (فهو الذي رميت به) يدل أنها جاءت به على الصفة المكروهة، فهو إذا للزاني، لأنه خلق من مائه، ولكن الأيمان التي صدرت من المرأة بإنكار الزنا، منعت من الحاقه بأبيه من الزنا، فنسب إلى أمه حين انتفى منه زوجها باللعان، فدل على أن الرجل إذا استلحق ولده من الزنا، وليست أمه فراشا لغيره، فإنه يلحق به، لأنه خلق من مائه.

وأجيب عن هذا الاستدلال: بأنه استدلال بمفهوم المخالفة، وهو ضعيف، وهو يخالف منطوق الحديث (الولد للفراش)⁽²⁾.

-الدليل الثالث: أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه (كان يليب⁽³⁾ أولاد الجاهلية بمن ادعاه في الإسلام).

قال أبو عبيدة: كان الحكم في الجاهلية أن الرجل إذا وطئ أمة رجل فجاءت بولد، فادعاه في الجاهلية فإن حكمهم كان أن يكون ولده لاحقا للنسب به⁽⁴⁾.
وقد اعترض هذا على الدليل باعتراضين:

-أن عمر رضي الله عنه كان يلحق أولاد جاهلية بمن ادعاهم في الإسلام إذا لم يكن فراشا يعارضه، لأن أكثر الجاهلية كانوا كذلك، وأما اليوم في الإسلام بعد أن حكم الله شرعيته، فلا يلحق ولد الزنا بمدعيه⁽⁵⁾.

-يقول الماوردي: فأما الجواب عن الحديث المروي عن عمر رضي الله عنه انه كان يليب أولاد البغاية في الجاهلية بأبائهم في الإسلام، فهو أن ذلك من عمر رضي الله عنه

¹ - أبي داود في اللعان، في باب ادعاء ولد الزنا (2264) ت275هـ.

² - حكم استلحاق ولد الزنا الدورة العشرون للمجمع فقهي اسلامي، مرجع سابق، ص 20.

³ - بضم الباء وكسر اللام: يلحقه، من الأاطه، يليبته، غريبي الحديث للإمام سليمان الخطابي، مرجع سابق، ص 285.

⁴ - غريب الحديث، مرجع سابق، ج3، ص 340.

⁵ - الزرقاني محمد عبد الباقي بن يوسف، مرجع سابق، ص 31.

في عهار البغايا في الجاهلية دون عهار الإسلام، والعهار في الجاهلية أخف حكماً من العهار في الإسلام، فصارت الشبهة لاحقة بها، ومع الشبهة يجوز لحوق الولد، وخالف حكمه عند انتفاء الشبهة عنه في الإسلام.

-**الدليل الرابع:** حديث جريج العابد وقصته المشهورة في الصحيحين، وفيها: أن بغيا راودته عن نفسه فامتنع، فجاءت لراعي فمكنته من نفسها فزنا بها، فحملت وولدت غلاماً وقالت هو من جريج العابد، فأتوا إليه وكسروا صومعته وأنزلوه، وسبوه، فتوضأ وصلى، ثم دعى بالغلام، فغمز بأصبعه في بطنه، وقال: يا غلام من أبوك؟ فقال الغلام: فلان الراعي.

-وجه الاستدلال من هذه القصة:

يقول الحافظ ابن حجر وجه الدلالة أن جريجا نسب ابن زنا للزاني وصدق الله نسبه بما خرق له من العادة فنطق المولود، بشهادته بذلك وقوله: (أبي فلان الراعي)، فكانت تلك النسبة صحيحة فيلزم أن يجري بينهما أحكام الأبوة والبنوة. وأيضاً أن اخبار النبي صلى الله عليه وسلم، عن جريج هو في معرض المدح، واطهار الكرامة فكانت تلك النسبة صحيحة بتصديق الله تعالى، وبإخبار النبي صلى الله عليه وسلم، عن ذلك فثبت البنوة وأحكامه⁽¹⁾.

وقال ابن القيم بعد قصة جريج: وهذا انطاق من الله لا يمكن فيه الكذب⁽²⁾.

-**الدليل الخامس:** دليل قياس، وذلك بقياس الزاني بالمرأة الزانية، في لحوق نسب الزنا به، وذلك أن ولد ناتج من زناهما معاً، والأب أحد الزانيين، فإذا كان الولد يلحق بأمه وينسب إليها وترثه ويرثها، ويثبت النسب بينه وبين أقارب أمه مع أنها آتت به من الزنا، فالمانع من لحوقه بالأب إذا ادعاه ولم يدعه غيره. قال ابن القيم رحمه الله وهذا المذهب قوة ووضوح، ثم قال بعد ذلك: والقياس الصحيح يقتضيه، فإن الأب أحد الزانيين، وهو إذا

¹- الحاوي الكبير لأبي الحسن، علي بن محمد بن حبيب الماوردي الشافعي، ت 450هـ، ج8، ص 162-163.

²- زاد المعاد، مرجع سابق، ج5، ص 462.

كان يلحق بأمه وينسب إليها، وترثه ويرثها، ويثبت النسب بينه وبين أقارب أمه مع كونه أنها زنت به، وقد وجد الولد من ماء الزانيين وقد اشتركا فيه، وانفقا على أنه ابنهما، فما المانع من لحوقه بالأب إذا لم يدعه غيره، فهذا محض القياس⁽¹⁾.

وأجيب عن هذا الاستدلال: بأنه قياس مع النص، وهو حديث (الولد للفراش وللعاهر الحجر) فلا عبرة به.

-**الدليل السادس:** قياس الزاني باستلحاقه ابنه من زنا على الملاعن، فإن الملاعن إذا لاعن زوجته، ثم أكذب نفسه، واستلحق ولده منها، فإنه يلحقه، فكذلك الزاني هنا إذا استلحق ولده من الزنا فإنه يلحق به⁽²⁾.

واعترض عليه باعتراضين:

-بأنه قياس في مقابل النص فلا عبرة به.

-أنه قياس مع الفارق، فلذا الماوردي: وولد الملاعنة مخالف لولد الزنا والفرق بينهما أن ولد الملاعنة لما كان لاحقا بالواطئ قبل اللعان جاز أن يصير لاحقا به بعد الاعتراف لأن الأصل فيه الحوق والبغاء طارئ، وولد الزنا لم يكن لاحقا به في حال، فيرجع حكمه بعد الاعتراف إلى تلك الحال.

-**الدليل السابع:** أن في الحاق ولد الزنا بالزاني إذا ادعاه، ولم يعارضه شيء، أن في ذلك مصالح عظيمة، ومن أهمها حفظ نسب الولد من الضياع، والقيام على مصالحه، والشارع يتشوق إلى حفظ الأنساب، ورعاية الأولاد، والحفاظ عليهم من التشرذم والضياع، وفي نسبة ولد الزنا إلى أبيه الذي يدعيه، تحقيق لتلك المصلحة.

واعترض على هذا الاستدلال بأن الشارع قد جاء بتحقيق المصالح ولكن لا عبرة بمصلحة تعارض النص الوارد، وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم (الولد للفراش وللعاهر الحجر).

¹- نفس المرجع، ص 425-426.

²- الحاوي الكبير لأبي الحسن، مرجع سابق، ص 162-163.

ثمرة الخلاف في هذه المسألة:

تظهر ثمرة الخلاف في هذه المسألة في أمور كثيرة منها:

-في الحقوق والواجبات التي للأب على ابنه، وللأب على أبيه، فإن ألحق الولد بمن استلحقه من الزنا وهو أبوه، وليس هناك فراش يعارضه، أوجب النفقة على الأب، وجعل له ولاية النكاح، والحضانة، وأوجب عليه التسوية بين أولاده في النفقة والهبة والعطية، وكذلك أثبت جميع الحقوق التي للولد على ولده من الطاعة في غير معصية الله، والدعاء له والنفقة عليه، وغيرها من الحقوق والواجبات التي تجب للوالد على ابنه. أما من لم يلحق ولد الزنا بمدعيه، فإنه يسقط جميع هذه الحقوق والواجبات.

-في الإرث فمن ألحق الولد بمن استلحقه من الزنا، فإنه يورث كلا منهما بالآخر، ومن لم يلحقه فإنه لا يورث كلا منهما الآخر، لأن من شروط الإرث، ثبوت النسب، إلا أن أصحاب هذا القول، يقولون: ينبغي على الزاني أن يوصي لهذا الولد من الزنا، خاصة إذا تزوج بالمرأة التي زنا بها، لأنه لا يرثه.

-في النكاح وكفاءة النسب، فمن ألحق ولد الزنا بمن استلحقه من الزنا، فإنه يرى بأنه كفاء لذات النسب، ومن لم يلحقه، فإنه لا يرى ذلك، والله أعلم⁽¹⁾.

ثالثاً-شروط اثبات ولد الزنا بمستلحقه لمن جوز ذلك:

اشترط أهل العلم في ذلك شروط هي:

-أن لا تكون أمه حين حملت به فراشا لزوج أو سيد، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال:(الولد للفراش).

-أن يستلحقه الزاني ويقربه⁽²⁾.

- هناك من أضاف شرطاً ثالثة وهو أن يكون هذا اللاحق بحكم حاكم قال ابن المفلح في فروع ويلحقه بحكم حاكم⁽¹⁾.

1- أحمد بن صالح آل عبد السلام، مرجع سابق، ص 23-24.

2- زاد المعاد، مرجع سابق، ج5، ص 425.

الفرع الثاني: ميراث ولد الزنا

من المعلوم أن من أسباب الإرث النسب فيرث الولد من أبيه لوجود هذا السبب وبما أن ولد الزنا مقطوع النسب من أبيه وغير منسوب له شرعا فلا توارث بينهما فلا يرث ولد الزنا من الزاني ولا ممن أدلى بقربته كالجد والعم والأخ والأب كما لا يرث الأب من هذا الولد ولا ممن أدلى به، وهو رأي كل من المذاهب الأربعة⁽²⁾. أيضا أن ولد الزنا عند جمهور العلماء يختلف عن غيره في باب الإرث فهو مثل ولد الملاعنة ذلك أنه لا يرث أباه ولا يرثه أبوه ولا أصوله ولا حاشيته لأن العلاقة النسبية الشرعية غير قائمة بينهما على مذهب الجمهور والمعلوم أن موانع الإرث أحمد ابن سليمان الرسموكي في منظومته⁽³⁾.

يمنع الإرث عدم استهلال شك كفر لعان ذي اعتزال
رق زنا و قل ظلم مسجلا

غير أن هذا المانع القائم بين الولد ووالده الزاني يسقط تحققه مع أمه الزانية فلا يعمل به فهي ترثه ويرثها وكذلك أخوته من أمه سواء ولد قبله أو بعده وولدوا من نكاح أو سفاح ويكون ميراثهم وفق ما جاءت به الفروض.

¹ - محمد بن مفلح الحنبلي، الفروع، عالم الكتب، طبعة 4، 703هـ، ج5، ص 526.
² - أحمد عبد المجيد، أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي، قسم الحقوق والتشريع، كلية دراسات العليا، في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، مذكرة غير منشورة، 2008، ص 98-99.
³ - محمد مستقيم البعقلي، من أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي، دار الفكر، رباط، 2010، ص 10.

و خلاصة الفصل نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية بالرغم من اختلافهم في تعاريفهم لهذه الفئات إلا أن مقصودهم ينصب في قالب واحد ألا وهو مجهولي النسب وحفاظا لهذه الأخيرة وصيانتها إذ حاول الفقهاء وضع أحكام وقواعد تتناسب مع ما جاءت به الشريعة الإسلامية.

حيث يثبت اللقيط بمجرد الإقرار وعلى عكس ولد الملاعنة الذي يلحق الملعن إذا إستلحقه فإن ولد الزنا لا يلحق الزاني إذا إستلحقه عند جمهور الفقهاء وإنما ينسب له في حالة واحدة إذا إترف الرجل و أقر بأنه ابنه و لم يصرح بأنه من زنا.

الفصل الثاني

ظن محبلي السب في القاتل الجزائري والله حليم

تمهيد:

تشكل الطفولة في الجزائر شريحة هامة من المجتمع يستوجب العناية بها ووقايتها من الوقوع في الانحراف لهذا فإن التشريع الجزائري كان من بين التشريعات السبّاقة التي جسدت هذه الحماية فسن عدة قوانين تناولت حماية هذه الفئة كما أصدر أيضا عدة أوامر أخرى منها أمر 64-75 المتعلق بإنشاء المصالح والمؤسسات المكلفة بحماية هذه الفئة أيضا المرسوم رقم 83/80 المتعلق بإنشاء وتنظيم دور الطفولة المسعفة وتعتبر الجزائر من دول الأوائل التي صادقت على الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989م حيث أن المشرع الجزائري وحفاظا على هذه الطائفة من الأطفال قرر تنظيم لهم كما فعلت من قبله الشريعة الإسلامية وكذا ما تسعى إليه اتفاقية حقوق الطفل، حق الحماية من خلال توفير لهم رعاية بديلة تتمثل في إيجاد أسر جديدة تتولى كفالتهم، وإلا تتكفل الدولة نفسها حمايتهم بوضعهم في مؤسسات للرعاية وبالتالي سأحاول التطرق إلى الحماية القانونية لهذه الفئة من الأطفال من خلال النصوص القانونية والحقوق الممنوحة لهؤلاء عبر مختلف القوانين ثم الى آلية الحماية لهذه الفئة.

المبحث الأول: حقوق مجهولي النسب في القانون الجزائري

تناول المشرع الجزائري حقوق مجهولي النسب كل حق على حدى وضمن قوانين متفرقة سأحاول التطرق لها في مطلبين.

المطلب الأول: الحماية القانونية لمجهولي النسب

سأحاول التطرق إلى الحماية القانونية لهذه الفئة من الأطفال من خلال النصوص القانونية والحقوق الممنوحة لهؤلاء عبر مختلف القوانين في هذه الفروع .

الفرع الأول: الحق في الحياة والحماية من الخطر

لكل طفل الحق في الحياة سواء ولد من نسب معلوم أو مجهول وتدخل القانون في هذا المجال مسلطا عقوبة الإعدام على كل شخص يقتل طفل حديث العهد بالولادة طبقا للمادتين 259 و 261 من قانون العقوبات إلا أن الأم سواء كانت فاعلة أصلية أو شريكة تعاقب بعقوبة السجن من 10 إلى 20 سنة طبقا للمادة 261 من نفس القانون.

كما تنص المادة 314 من قانون العقوبات على معاقبته كل من يترك طفل أو يعرضه للخطر في مكان خالي، أو غير خالي من الناس أو يحمل الغير على ذلك، وتختلف العقوبات المقررة على الفاعل حسب العجز الذي لحق بالطفل من جهة باختلاف الفاعل أيضا وقد تنص العقوبة إلى الإعدام إذا ما تبين بعد وفاة الطفل من جهة وباختلاف الفاعل أيضا وقد تصل العقوبة إلى الإعدام إذا تبين بعد وفاة الطفل أن الفاعل قصد قتل الطفل⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الحق في الجنسية

الجزائر في مجال الجنسية أخذت في منح الجنسية الأصلية بروابط الدم أصلا أي أن كل من ولد أب جزائري وأم جزائرية له جنسية جزائرية أصلية واستثناءا. وطبقا لنص المادة 07 من قانون الجنسية 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 جنسيتها.

¹- بن رزق الله اسماعيل، محاضرة بعنوان حقوق الطفل، بمحكمة تبسة، 2008-2009، ص 9-10.

وعليه فكل طفل ولد بالجزائر وهو مجهول النسب من أبويه تمنح له الجنسية الجزائرية⁽¹⁾.

الفرع الثالث: الحق في المساواة

نص الدستور في مادته 29 أن لا تمييز بين المواطنين بسبب المولد فالطفل المجهول الأبوين يتساوى مع الطفل المعلوم.

الفرع الرابع: الحق في الاسم وفي عقد الميلاد

تماشيا مع أحكام المادة 28 من قانون المدني تنص المادة 64 من قانون الحالة المدنية الأمر 70-20 مؤرخ 19 فبراير 1970م (يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذي لم ينسب لهم المصرح أي أسماء، يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي، وأكد عليه المنشور الوزاري المشترك بين وزارة الداخلية والعدل والحماية الاجتماعية بتاريخ 17/02/1987م الذي جاء فيه ما يلي: "قد تجسد من الناحية العلمية في منح الأطفال الذكور سلسلة من الأسماء الخاصة بالذكور بحيث يتخذ آخر اسم كلقب عائلي بالنسبة لهم وفي منح الأطفال الإناث سلسلة من الأسماء الخاصة بالإناث بحيث يتخذ آخر اسم كلقب عائلي بالنسبة لهن.

ولهذا الغرض يطلب من سادة ضباط الحالة المدنية السهر على أن يكون آخر اسم، وهو الاسم الذي سوف يتخذ كلقب عائلي اسم ذكر حتما بما فيه الأطفال الإناث.... ولا يخفى على سادة ضباط الحالة المدنية أن حظوظ الطفل في ادماج أحسن ضمن المجتمع تتوقف على مدى ملائمة اختيار الاسم.

وهذا ما هو إلا حرصا من المشرع الجزائري على ظهور طفل مجهول النسب بلقب مناسب يستر ظروف ولادته، ويسهل اندماجه في المجتمع⁽²⁾.

¹ - المادة 07 من قانون الجنسية (يكتسب الجنسية الجزائرية كل ولد مولود في الجزائر من أبوين مجهولين).

² - ليلي جمعي، حماية الطفل، مذكرة دكتوراه في القانون الخاص، غير منشورة، جامعة وهران، 2005-2006، ص 181.

كما تنص المادة 67⁽¹⁾ من نفس الأمر على وجوب قيام شخص الذي يجد مولود حديث الولادة بالتصريح بذلك إلى ضابط الحالة المدنية لمكان العثور عليه وإذا لم تكن له رغبة للتكفل بالطفل تسلمه إلى ضابط الحالة المدنية مع الألبسة والأمتعة الأخرى الموجودة معه وهنا ضابط الحالة المدنية يقوم بأمرين:

1. تحري محضر مفصل يبين فيه تاريخ وساعة ومكان وضرر وقت التقاط الطفل وسنه الظاهر وجنسه وأي علامة يمكن أن تسهل معرفته والسلطة او الشخص الذي عهد به إليه ويسجل المحضر في سجل الحالة المدنية.
2. يعد ضابط الحالة المدنية عقدا يكون بمثابة عقد الميلاد.

الفرع الخامس: الحق في العائلة

فتح المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة في مادته 46 المجال أمام الكفالة أين نص على الأسرة تكون إما بالنسبة للولد المجهول النسب أو معلوم النسب وهي تتم بموجب عقد شرعي أمام المحكمة أو الموثق طبقا للمواد 116 وما يليها من قانون الأسرة ولقد سمح بموجب المرسوم 24/92 الصادر بتاريخ 13-01-1992م المعدل لمرسوم رقم 157/71 المتعلق بتغيير اللقب إذ يجيز للشخص الذي كفل في اطار كفالة ولدا قاصرا مجهول النسب أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم الولد ولفائدته، وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي⁽²⁾.

فهذا الإجراء ما هو إلا دليل على مراعاة المشرع مصلحة الطفل، إذ أنه يسمح له من حمل لقب لا يظهر ظروف ولادته ويسهل اندماجه داخل الأسرة الكافلة، والحياة الاجتماعية، حرصا من المشرع بناء على توصيات منظمة اليونيسيف على رعاية مصلحته الفضلى⁽³⁾.

¹ - المادة 67 من قانون الحالة المدنية، الصادر بأمر رقم 70-20 تنص على أنه "يتعين على كل شخص وجد مولود حديثا أن يصرح به إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه".

² - بالحاج العربي، مرجع سابق، ص 203.

³ - تقرير اليونيسيف عن وضع الأطفال في الجزائر صدر في 1993م.

إلا أن هذه الكفالة تبقى آثارها محدودة متعلقة بحماية المكفول اتجاه المجتمع خاصة والمكفول لا يمكنه أن يرث الكفيل بل لهذا الأخير أن يوصي أن يتبرع بماله له في حدود الثلث ويكون كل ما زاد عن الثلث باطلا الا إذا أجازته الورثة.

لكن يعاب على هذا المرسوم أنه ولو سلمنا بأن المكفول يكتسب لقب الكافل و نكتب على الهامش عبارة مكفول ولا يرتب أي أثر من الآثار المترتبة على الابن الصلبي، فماذا نكتب على وثائق أبناء المكفول الذين سيولدون؟ هل يحتفظون بلقب أبيهم علما أنه قد اكتسبه عن طريق الكفالة؟ وهل يجب التأشير كذلك على عقودهم أن أباهم مكفول؟.

كذلك نشير إلى أحكام المادة 124 من قانون الأسرة في الحالة التي يطلب فيها الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما وفي هذه الحالة يخير الولد إذا بلغ سن التمييز وإلا فإن القاضي هو الذي يفصل في ذلك⁽¹⁾.

وفي الأخير لا بد من التذكير بدور جهاز العدالة أيضا الوقائي في مجال الطفولة المهملة بمعنى وقاية وحماية الطفل المهمل من وقوعه في بئر الانحراف وهنا يظهر الدور المهم المنوط لقاضي الأحداث الذي يتدخل بالنسبة لهذه الفئة المتواجدة في خطر معنوي في غالب الأحيان⁽²⁾.

المطلب الثاني: حق النسب في قانون الأسرة

إن من أبسط وأهم الحقوق التي تخول للطفل أثناء ولادته، هو حقه في الإنتساب إلى والديه إلا أن السؤال الذي يطرح هو هل يقر المشرع الجزائري لهذا الطفل بهذا الحق؟ وهذا ما سأجيب عليه من خلال هذه الفروع .

¹- بن عصمان نسرین ایناس، مرجع سابق، ص 21-22.

²- بن رزق الله اسماعيل، مرجع سابق، ص 11.

الفرع الأول: حق ابن الزنا في معرفة والديه :

لتنظيم العلاقات الجنسية بين الأشخاص يعرف المجتمع البشري الزواج ورغم ذلك قد يولد الطفل خارج الزواج⁽¹⁾ فهل يعترف المشرع الجزائري للطفل الناتج عن هذه العلاقة الغير شرعية والتي هي الزنا بحق معرفة والديه؟.

أولاً- انتساب ابن الزنا لأمه:

إن المشرع الجزائري يبد وكأنه له موقفان مختلفان في حق الطفل المولود من الزنا من معرفة أمه والانتساب إليها، الأول في قانون الأسرة والثاني في قانون الصحة قبل تعديله والذي حلت محله اللوائح التنظيمية في التعبير عن هذا الموقف⁽²⁾.

فهو يقر بثبوت نسب الطفل الناتج عن الزنا إلى أمه، فبالرغم من أنه لم ينص على هذا صراحة، إلا أنه يمكننا إستنتاج ذلك من باب المخالفة للمواد 40 و 41 من قانون الأسرة الجزائري التي اشترطت لثبوت نسب الطفل من أبيه وجود عقد زواج صحيح أو شبهته، وبالتالي فإن الطفل ينسب إلى أمه في كل الأحوال، هذا عن الموقف الأول والذي يتفق مع ما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية أما الموقف الثاني وهو ما جاء به المشرع في قانون الصحة العمومية رقم 76-79 المؤرخ في 23-10-1976م⁽³⁾.

إذا كان يعترف في مادته 243 فقرة 3 للأمهات العازبات بأن يلدن أطفالهن دون ذكر أسماءهن، وألزم القائمين على مساعدة مثل هذه الأمهات بالسر المهني وإلا تعرضوا للعقوبات المنصوص عليها في المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري⁽⁴⁾.

وهو نفس ما جاء التأكيد عليه في المادة 245 من نفس القانون، والذي تم الغاءه بمقتضى القانون 05-85 الصادر في 16-12-1985م⁽¹⁾.

¹ - ليلي جمعي، مرجع سابق، ص 36.

² - ليلي جمعي، مرجع سابق، ص 39.

³ - المنشور بالجريدة الرسمية، رقم 102 السنة الخامسة عشر المجلد رقم 02 لسنة 1976م، ص 1116، ص 1142.

⁴ - المادة 301 ق.ع.ج (يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر، وبغرامة مالية من 500 ألف إلى 500000 دج الأطباء والجراحون والصيداللة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها اليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب (ق) انشاءها،...).

والمترلق بحماية الصحة وترقيتها إلا أن هذا الأخير لم ينص صراحة على الولادة تحت اسم مجهول، واكتفى بنص المادة 73 والتي جاء فيها كما يلي: "إن وسائل وسبل المساعدة الاجتماعية والطبية لوقاية الأطفال من التخلي عنهم تنظم لاحقا عن طريق اللوائح التنظيمية". إلا أنه لم يمنحها، وهو يعترف بها ضمنيا، وهذا وفقا لما جاء في المادة 206 منه والتي تلزم الهيئة الطبية بحفظ السر المهني وإلا تعرضت للعقوبات المنصوص عليها المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري⁽²⁾.

وبالتالي ما يمكن قوله، ان المشرع الجزائري يعترف للطفل بحق انتساب لأمه سواء ولد من زواج صحيح أو شبهة أو زنا، إلا أنه سمح على سبيل الاستثناء للأم العازبة أن تحتفظ باسمها عند الولادة، وهذا ما اعتبره البعض تحقيقا لمصلحة الأم على حساب مصلحة الطفل⁽³⁾.

إلا أن ذلك غير صحيح فإن تضحية المشرع الجزائري بحق الطفل بمعرفة أمه ما هو إلا من أجل حمايته وسلامته، لأنه في غالب الأحيان تقوم الأم التي لا ترغب في هذا الطفل من التخلص منه إذا لم يسمح لها بولادته سرا⁽⁴⁾.

ثانيا-موقف المشرع الجزائري من حق ابن الزنا في معرفة أبيه

لم ينظم المشرع الجزائري المسائل المتعلقة بابن الزنا، إلا أنه بالرجوع إلى المواد المنظمة للنسب وباستقراء المادة 40 قانون أسرة الجزائري التي تنص على أن "النسب يثبت بالزواج الصحيح والإقرار...".

وايضا المادة 44 من نفس القانون والتي تنص على: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب، ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة". فما يفهم من هاتين المادتين أن الطفل ومهما كان سواء ولد من زواج صحيح أو شبهة أو

¹- المنشور بالجريدة الرسمية، رقم08، المجلد الأول، لسنة 1985م، ص 122-140.

²- ليلي جمعي، مرجع سابق، ص 41.

³- أبو بكر الأشهب، حقوق الطفل بين شريعة وقانون، رسالة دكتوراه، جامعة جزائر، 1999م، ص 196.

⁴- نفس المرجع، ص 41.

كان ابن زنا فنسبه يثبت بمجرد الإقرار، وبالتالي ما يمكن قوله أن المشرع الجزائري يقر لهذا الأخير حق الانتساب لأبيه.

إلا أنه إذا رجعنا إلى المادة 41 قانون الأسرة الجزائري نجد لا يقر بثبوت نسبة الطفل من أبيه إلا إذا كان الزواج شرعياً، وبالتالي فإن نسب ابن زنا يعتبر غير مقبول ومن هنا ما يمكن قوله أن المشرع الجزائري، وبالرغم من هذا الغموض إلا أنه تبني موقف جمهور الفقهاء بحرمان ابن زنا من الانتساب إلى أبيه⁽¹⁾.

وهو أيضاً ما أكده الاجتهاد القضائي : (من المقرر قانوناً أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح، وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال)، كما أن المحكمة العليا لم تثبت نسب ولد الزنا الناتج عن علاقة غير شرعية في أغلب القضايا المعروضة أمامها. من المقرر أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر.

ومتى تبين من قضية الحال - أن مدة الحمل المقررة قانوناً وشرعاً غير متوفرة، لأن الزواج تم في 02-05-1994م والولد قد ولد في 07-05-1994م كما أن اقرار المطعون ضده بأبوته للولد أمام مدير الصحة والحماية الاجتماعية لا يؤخذ به، لأن الإدارة غير مؤهلة قانوناً⁽²⁾ لتلقي الإقرار، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا برفض دعوى اثبات النسب لأن النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية طبقوا صحيح القانون⁽³⁾.

غير أنه خالف هنا القرار رقم 202430 المذكور سابقاً، فكان ينبغي اتباع نفس الإجراء باستدعاء مدير الصحة والحماية الاجتماعية للتأكد من الإقرار، وعند ذلك يحكم بإثبات نسب هذا الطفل ما لم يصرح بأنه ابنه من الزنا. ولم تثبت كذلك المحكمة العليا نسب طفل غير شرعي، فحكمت بأنه: (من المقرر قانوناً أن يثبت النسب بالزواج وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة، ومن ثم فإن القضاء بهذا المبدأ يعد تطبيقاً سليماً لهذا القانون. ولما كان من

¹- بن عصمان نسرین ایناس، مرجع سابق، ص 90.

²- المحكمة العليا: المجلة القضائية، ملف رقم 204821 قرار بتاريخ 20-10-1998م.

³- المحكمة العليا: المجلة القضائية، ملف رقم 210478 قرار بتاريخ 17-11-1998م. العدد الخاص، ص 85.

الثابت في قضية الحال - أن الطاعن لم تثبت أي حالة من الحالات التي نص عليها قانون الأسرة فإن قضاة الموضوع برفضهم لطلبها الرامي إلى تسجيل الزواج واثبات نسب البنت قد طبقوا صحيح القانون⁽¹⁾.

كما أن المحكمة العليا لم تثبت كذلك نسب ولد الزنا وإن تم زواج الزانيين بعد العلاقة الزوجية غير مشروعة، فحكمت بأنه: (من المقرر شرعا أن الولد للفراش الصحيح) وأن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر، ومن ثم فإن الولد الذي ولد بعد مضي 64 يوما لم يثبت نسبه لصاحب الفراش ولما كان كذلك فإن النعي على القرار القاضي بنفي النسب غير مؤسس ويستوجب النقض إذا كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الإستئناف طبقوا في قرارهم في نفي النسب بعد أن تبين لديهم أن عقد زواج أبرم من الطرفين 02-11-1981م وأن البنت ازدادت يوم 06-01-1982م أربع وستون يوم من تاريخ الزواج، أي أقل من مدة 6 أشهر أقل مدة للحمل، وأن الاتصال الجنسي المزعوم قبل العقد يعد زنا وأن ابن زنا لا ينسب إلى أبيه متى كان كذلك يستوجب رفض الطعن⁽²⁾.

ومن خلال هذه القضايا نلاحظ أن اجتهاد المحكمة العليا في كل القضايا السابقة على أنه لا يلحق ولد الزنا بأبيه كقاعدة عامة، ولا يثبت إلا بالطرق المشروعة الوارد ذكرها في المادة 40.

أما بالنسبة لميراث ولد الزنا فنجد أن المشرع الجزائري قد حصر أسباب التوارث في القرابة والزوجية من خلال نص المادة 126 من قانون الأسرة وأيضا المادة 128 بحيث يفهم منها ان ولد الزنا لا توارث بينه وبين والده من علاقة غير شرعية وإن استلحقه أو أقره غير أن المشرع لم يتطرق إلى ميراث ولد الزنا في لأمه في مواد

¹ - المحكمة العليا: المجلة القضائية، ملف رقم 74712 قرار بتاريخ 21-05-1991م، أنظر يوسف دلاندة قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، 2005..

² - المحكمة العليا: المجلة القضائية، ملف رقم 35087 قرار بتاريخ 17-12-1984م، العدد الأول، 1990، ص 86.

تفصيلية ولكنه اعتمد على المذهب المالكي في أحكام ميراث ولد الزنا لأمه من خلال الاحالة في نص المادة 222 ق أ ج⁽¹⁾.

ففي رأينا أن المشرع الجزائري، قد أهدر تماما مصلحة الطفل بحرمان ابن الزنا من الانتساب إلى أبيه، بل وأكثر من هذا فإن المشرع يحمل نتيجة خطأ الوالدين الطفل الذي لا ذنب له، وكذا المجتمع الذي يصبح هو أيضا ملزما بتحمل آثار أخطاء الأبوين التي جعلت من الطفل الناتج عنها عبئ عليه، هذا لأنه بحرمانه بالانتساب إلى أبيه قد يؤدي حتما إلى اختلاف في توازنه كما أنه عادة ما يؤدي تحميل الأم وحدها نتائج فعل اشتركت فيه مع أب الطفل، قد يدفعها للتخلص منه، كما أن هذا يعد منافيا لمبدأ المساواة، إن فمن مصلحة ابن الزنا أن ينسب لكلا والديه لأنه ليس مسؤولا عن ولادته، فلماذا نحمله نتائج أفعال ارتكبها غيره؟⁽²⁾.

ومع ذلك تبقى بعض التساؤلات المنطقية من الولادة غير شرعية وهي:

لماذا يحرم طفل الزنا من الانتساب لأبيه إذا كان معروفا وكأنه في حقيقة الأمر عوقب على فعل لم يرتكبه هو؟ فهنا ليس هناك مساسا بمصلحة الطفل فبالرغم ومما لا شك فيه، أن شريعة الإسلامية مراعاة لمصلحة الطفل قد سمحت انتسابه إلى أمه، إلا أن هذا غير كاف لأن الطفل لا بد أن يكبر ويتربح في عائلة مستقرة متكونة من أب وأم، فحياته لا تكون حياة عادية كباقي الأطفال بل ستكون مجرد تساؤلات يمكن أن تدفع به إلى الانحراف والتشرد، وأكثر من هذا إلى درجة معاقبة الأم التي تسببت في هذا بانحرافها وارتكبها الزنا، لأنه إذا كان قد نسب إلى أبيه حتى وإن عاش مع أمه فقط فيعتبر نفسه كطفل من أطفال الناتجين عن الطلاق وربما هذا يقلل من المشاكل وتضمن لهذا الطفل حياة عادية أو على الأقل شبه عادية.

¹ - مسعود الهلالي، احكام التركات والمواريث في قانون الأسرة الجزائري، جسور النشر، الجزائر، ط1، 2008، ص 198.

² - بن عصمان نسرین ايناس، مرجع سابق، ص 90.

لماذا يتحمل الأب وحده العقوبة، بحيث أنه يحرم من نسبه ولده إلى نفسه مع العلم أن الأم لها نصيب من المسؤولية فيما وقع؟.

ألا يكون عدم المساواة بين الطفل الشرعي والطفل الطبيعي منافيا ومتعارضا مع تحقيق مصالح الطفل؟⁽¹⁾.

الفرع الثاني: حق الطفل في الاحتفاظ بنسبه

القاعدة العامة هي أنه كل ما تأتي به الزوجة من حمل أو ولد يعتبر مبدئيا ولدا للفراش فإذا كان حق الولد في الانتماء إلى الزوج صاحب الفراش حق محمي فإن الزوج من حقه كذلك عدم قبول هذا الولد عن طريق انكار نسبه إليه، وهذا ما يهدد الطفل بفقد أحد أهم عناصر هويته⁽²⁾.

فهنا السؤال الذي يطرح هو عن الضمانات التي وفرها المشرع الجزائري للاحتفاظ بنسبه؟.

أولا- شروط نفي الولد: فلا يمكن نفي الأب لولد زوجته إلا إذا توافرت الشروط التالية:

1. أن يكون الطفل ناتج عن زواج صحيح:

القاعدة أنه متى تم الزواج وأمكن الاتصال بين الزوجين ومضت المدة الكافية وهي ستة أشهر يثبت نسب المولود من الأبوين معا ولا يجوز نفي الولد هنا إلا بالطرق المشروعة وهذا ما جاءت به المادة 41 من القانون الأسرة الجزائري فيستطيع الزوج أن يعلن انكاره لنسب حمل أو ولد زوجته عن طريق اثباته أن الطفل لم يكن منه كأن يثبت أنه كان غائبا أو يقدم شهادة طبية تثبت عقمه، أما إذا استطع إثبات دعواه أمام القضاء يلجأ إلى اللعان، وإن كان المشرع الجزائري لم يورد عبارة اللعان صراحة في المادة 41،

¹ - عبد الحميد الشواربي، جريمة الزنا، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ص 22.

² - ليلي جمعي، مرجع سابق، ص 67.

غير أن عبارة اللعان وردت في مادة 138 قانون الأسرة الجزائري (يمنع من الإرث والردة).

2. ألا يكون قد سبق له أن أقر بالنسب:

إن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذا الشرط، إلا أن قضاء الجزائري في هاته المسألة استقر على قاعدة "الرجوع عن الإقرار بالنسب لا يؤثر على الانتماء لصاحبه"⁽¹⁾.

فطبقا للقواعد والأحكام الشرعية العامة حين يظهر حمل الزوجة ويتبين للزوج أنه زنا زوجته، يحق له أن يدعي هذا الحمل ليس منه مباشرة بعد اكتشاف الواقعة، أما إذا مضى وقت طويل نسبيا بعد الحمل أو الوضع فإنه لا يقبل منه نفي نسبه وعلى هذه المبادئ سار القضاء الجزائري في أحكامه وقد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا "من المقرر أيضا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان، التي حددت مدتها في الشريعة الإسلامية والاجتهاد بثمانية أيام من يوم الحمل أو رؤيته الزنا"⁽²⁾.

كذلك لا يتم اللعان إذا كان الزوج قد أقر بنسب الطفل منه بتصريحه بذلك أو سكوته بعدم نفي نسب الولد منه عند سماعه بخبر ولادته، وهو ما أكده المجلس الأعلى، (ولما كان النسب الذي أنكره الطاعن هو نسب ثابت من خلال عناصر ملف الدعوة وتصريحات القضاة فيما يخص عودة الزوج إلى زوجته عند أهلها والمكوث معها في الخفاء مدة لم ينكرها الزوج ولم يعارضها فإنه بعدم انكاره الحمل يوم سمع به، أو الولد حين ولادته في المهلة القريبة التي يقررها الشرع لإجراء قواعد اللعان أسقط حقه في إنكار النسب"⁽³⁾.

¹ - محمد محمود أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في اثبات النسب، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 1996، عدد1، ص 288.

² - قرار محكمة العليا، غ.أ.ش.م. 20-10-1998م، ملف رقم 214820، م.ق، 2001م، عدد خاص، ص 82.

³ - المحكمة العليا: المجلة القضائية، ملف رقم 35326 قرار بتاريخ 23-12-1984م، العدد الأول، 1990، ص 835.

ثانيا- إثبات نسب ولد اللعان أو نفيه بالبصمة الوراثية:

إذا كان من المتفق عليه جواز اللجوء إلى إثبات النسب بالطرق العلمية القطعية المعاصرة كالبصمة الوراثية، وهو ما نصت عليه المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري فقرة 02 "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، وهو ما يتوافق مع الشريعة الإسلامية، فإن الفقهاء قد اختلفوا في نفي النسب بنفس الطريقة.

فالسؤال الذي يطرح والمشكل الذي يثار هل يجوز الاعتماد عليها واللجوء لها، لنفي نسب الطفل من أبيه خصوصا وأن نتيجة البصمة الوراثية قطعية، بينما اللعان مبني على ظن الزوج وليس أمرا قطعيا؟.

وهل يحق للزوجة طلب إجراء الخبرة الطبية بالبصمة الوراثية للتأكد من نسب طفلها من زوجها دون اللجوء مباشرة إلى اللعان إذا أنكرت اتهام الزوج لها بالزنا ونفي نسب الولد منه لخطأ ظنون الزوج أو تعتمده الافتراء عليها والظعن في شرفها مع العلم أن الحد لا يقام عليه في هذه الحالة، خصوصا وأنا في عصر غاب فيه ضمير كثير من الناس، واصبح الوازع الديني والأخلاقي منعما عند الكثير، وربما للزوج كما ذكرنا له نية الانتقام من زوجته لإلحاق الضرر بها ماديا ومعنويا، وزعزعت مركزها الاجتماعي كزوجة وكأم وكربة بيت، وتخدش في عفتها وكرامتها بالزنا أو بنفي نسب ابنها لأسباب لا علاقة لها بنفي النسب، والقانون هنا في صالحه بتحديد اللعان كوسيلة وحيدة لنفي النسب.

وهذا ما استقر عليه العمل ميدانيا في الجزائر قبل التعديل هو اعتبار اللعان وحده الطرق المشروعة المنصوص عليها في المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري، واستبعاد كل الطرق الأخرى، فقد رفضت المحكمة العليا قبل تعديل قانون الأسرة الاعتماد على البصمة الوراثية للتأكد من النسب، واعتبرت لجوء القضاء إلى الخبرة الطبية لنفي النسب قبل إجراء اللعان (أن قضاة الموضوع قد أخطأ كثيرا عندما اعتمدوا على الخبرة...،

وجاء في تسبيب القرار: "وعليه فالخبرة التي أمر بها قضاة الموضوع مخالفة للشرع وللقانون ما دام الولد قد ازداد لأكثر من ستة أشهر"⁽¹⁾.

كما قررت أيضا في قضية أخرى بانه: (ومتى تبين -في قضية الحال- أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا و قانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض). وجاء في تسبيب القرار: (عن الوجه المثار تلقائيا من المحكمة العليا، والمأخوذ من تجاوز السلطة، حيث أن القرار المنتقد القاضي بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب الولدين بأن ينسبا للطاعن أن لا. حيث أن إثبات النسب قد حددته المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة الذي جعل له قواعد إثبات مسطرة، وضوابط محددة تفي بكل الحالات التي يمكن أن تحدث، ولم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع، فدل ذلك على أنهم قد تجاوزوا سلطتهم الحاكمة إلى التشريعية، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه)⁽²⁾.

بالرجوع إلى ما استقر عليه القضاء وإلى نص المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري نلاحظ أنه فيه نوع من الغموض حيث أن المشرع الجزائري ركز على نفي النسب بالطرق المشروعة من عدم التفصيل فيها، فيما إذا كانت تحوي هذه الطرق كل من اللعان والطرق العلمية، كما أورد المشرع الجزائري في نص المادة 40 فقرة 2 إمكانية إثبات النسب بالطرق العلمية.

¹ - المحكمة العليا: المجلة القضائية، ملف رقم 172379 قرار بتاريخ 28-10-1997م، العدد الخاص، ص 70-72.

² - المحكمة العليا: المجلة القضائية، ملف رقم 22674 قرار بتاريخ 15-06-1999م، العدد الخاص، ص 88.

فإذا ربطنا النصين ببعضهما هل يمكن الوصول إلى ما رمي إليه المشرع بالطرق المشروعة أنها تحوي إمكانية الاعتماد على الطرق العلمية بمفهوم المعاكسة فيما جاءت عليه نص المادة 40 ق أ ج.

إن اللجوء إلى اعتماد الطرق العلمية في إثبات النسب لا يخالفه أن يعتمد أيضا في نفي النسب للتمييز بين الطفل الشرعي من الطفل غير شرعي وكذلك فهو لا يتنافى مع مقتضيات شريعة السمحاء، في الحفاظ على الأنساب من الضياع⁽¹⁾.

ولا يتعارض مع ما جاء به القرآن الكريم بوجوب الحاق الولد لأبيه قوله تعالى: (أدعوهم إلى آباءهم هو أفضط عند الله) سورة الأحزاب، الآية: 4 .

كما أن الدين الإسلامي لا يتعارض مع التطور العلمي إذا ما كان يخدم البشرية فالاستغناء عن اللعان في نفي نسب الولد لا يتعارض مع مبدأ لا اجتهاد مع نص ذلك أن هذا الأخير -اللعان- لا يمكن تطبيقه مع ما هو عليه من انخفاض في الوازع الديني واطمحلال الأخلاق وانتشار الفساد⁽²⁾.

في حين أنه يمكن اعتماده في فرقة الزوجين دون نفي نسب الولد بوجود الطرق العلمية التي حجتها قاطعة في ذلك.

فأمام خطورة هذه المسألة وأثارها السلبية على حق الطفل في الانتساب إلى أبيه الذي قد يكون ضحية ادعاء كاذب من زوج فيجب على المشرع أن يتدخل بنصوص صريحة يحدد من خلالها طرق نفي النسب بما فيها الطرق العلمية الحديثة وخاصة استخدام فصيلة الدم التي تقدر نسبة صحتها 99.999% وهذا من أجل تجنب الآثار السلبية لللعان على مصلحة الطفل⁽³⁾.

¹ - رقيق آسيا، أحكام اللقيط وولد الزنا وولد اللعان، بحث مقدم في اطار نيل شهادة ليسانس، 2011، ص 16.
² - تيشورجيلاني، القضاء مصدر تفسيري تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنسب، مجلة علمية قانونية اقتصادية وسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الأول، جزء 41، 2003، ص 12-13.
³ - بن عصمان نسرین ايناس، مرجع سابق، ص 94.

أما بالنسبة للميراث ولد اللعان فإنه لم يتعرض المشرع الجزائري تماما إلى موضوع إرث ولد اللعان إلا في المادة 138 على أن اللعان مانع من الإرث دون غيرها من أحكام ولد اللعان، فنصت المادة على أنه "يمنع من الإرث اللعان والردة"، والمقصود بها أنه لا توارث بين الملاعن وزوجته من جهة، وبينه وقرابته وبين الولد الذي نفاه باللعان من جهة أخرى، ولا يدخل في ذلك الأم وقرابتها، وهو غموض كان ينبغي المشرع توضيحه بمواد قانونية، لكل هذه التفاصيل مما حمل القضاء عبئا كان ينبغي أن لا يتحمله لذا كان يجدر بالمشرع إدراج هذه الأحكام والتفصيلات ضمن تشريع الأسرة خصوصا مع ظاهرة قذف الأزواج لزوجاتهم وتشكيك الكثير منه في نسب أبنائهم ولا أدل على ذلك كثرة القضايا المرفوعة أمام المحاكم حول اللعان فكان على المشرع أن ينظم هذا الموضوع الهام⁽¹⁾.

الفرع الثالث: ثبوت نسب الطفل المجهول بالطرق العلمية الحديثة

بالإضافة إلى وسائل إثبات النسب التي أقرتها الشريعة الإسلامية، الإقرار والبيينة نجد أن المشرع الجزائري أضاف طريقة أخرى وهي الطرق العلمية.

أولا- حق استعمال الطرق العلمية لإثبات نسب الطفل:

كان إثبات النسب قائما على مقارنة ملامح وجه المجهول أو اللقيط بملامح من يدعون أبوته أو يشنبه أن يكون كذلك واستمر الحال على ما هو عليه إلى أن اكتشفت فصائل الدم والبصمة الوراثية وعرف أنهما يتوارثان تبعا لقوانين ثابتة، وعلى إثرها وسع المشرع الجزائري من دائرة إثبات النسب وذلك لاستجابة للتطورات العلمية الحديثة حيث أدرج الطرق العلمية ضمن وسائل إثبات النسب أثناء التعديل قانون الأسرة بموجب الامر 02/05 إذ نص عليها في الفقرة الثانية من المادة 40 قانون الأسرة الجزائري "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، وذلك كوسيلة شرعية لإثبات وبذلك

¹- عيسى امعيزة، الإرث بالتقدير والاحتياط في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة الجزائر (بن يوسف خدة)، 2011-2012، ص 244.

يكون المشرع قد حل إشكالية عويصة كانت مطروحة على مستوى أنظمة القضاء، حيث في ظل القانون الأسرة القديم كان القضاء يستبعد الأخذ بالخبرة الطبية مستندا على الفراغ التشريعي لعدم وجود نص يدعو إلى اعتمادها غير أن هذا التعديل الجديد جاء غامضا بحيث ان المشرع أغفل عن تحديد مجال تطبيقه فيما يخص الأطفال نتاج علاقة شرعية أو علاقة غير شرعية؟⁽¹⁾.

ثانيا-مناقشة القرار الصادر عن المحكمة العليا في الملف رقم 355188 في إثبات نسب الولد غير شرعي:

لعل بعض القرارات القليلة المخالفات لقانون الأسرة ولما استقر عليه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في إثبات نسب الطفل غير شرعي مردها سكوت المشرع عن التحديد الدقيق لأحكام النسب وعدم تعرضه لبعض الجزئيات تماما وظبطها في مواد قانونية رغم أهميتها وتركها لاجتهاد القضاة، مما حمل القضاء عبئا إضافيا 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 فإننا نؤكد على ضرورة إعادة صياغة النصوص القانونية بإدراج مواد جديدة لكل الجزئيات التي لم يتعرض لها وكمثال على ذلك نورد القرار التالي الصادر عن المحكمة العليا:

الأول: يمكن طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة إثبات النسب عن طريق الخبرة القضائية ADN ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب بالزواج شرعي المادة 41 من نفس القانون وبين الحاق النسب بالعلاقة غير شرعية.

وجاء في تسبيب القرار حيث بالاطلاع على القرار المطعون فيه الذي يتبنى الحكم المستأنف يتبين منه أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى الحاق

¹- محمد ربيع الصباهي، أحكام اللقيط في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية تربوية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 25، العدد الأول، 2009، ص 811.

نسب المولود (ص-م) المطعون ضده اعتباره أبا له كما أثبتته الخبرة الطبية ADN معتمدين في ذلك على المادة 40 من قانون الأسرة رغم أن هذه الأخيرة تفيد وأنه يثبت النسب بعدة طرق منها البيينة، ولما كانت الخبرة العلمية ADN أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعة فكان عليهم الحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن ولا أن تختلط عليهم الأمور بين زواج شرعي المادة 41 وبين الحاق 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 من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعة فإنه يلحق به الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه⁽¹⁾.

نجد أن المشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية أخذ بقول الجمهور على عدم جواز استلحاق ولد الزنا، وأن الاستلحاق لا يثبت به النسب، إن كانت العلاقة التي نتج عنها هذا الطفل غير شرعية، وبالتالي فإن تمييز القرار السابق بين إحقاق النسب وإثباته في العلاقة غير الشرعية "ولا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41، وبين إحقاق 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 الطاعة فإنه يلحقه به"، يعتبر في نظري تطبيقا غير سليم لم نص عليه قانون الأسرة، ومخالفا لما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا في كل القضايا المعروضة عليها المتعلقة والتي لم تثبت فيها نسب الطفل غير الشرعي، فاشتراط الزوج ركن جوهرى.

كما أن اعتماد المحكمة العليا على تحاليل البصمة الوراثية واعتبارها مندرجة في البيينة التي نصت عليها المادة 40 من قانون الأسرة، بأن ذكرت في القرار أنه (باعتبار أبا

¹ - المحكمة العليا: المجلة القضائية، ملف رقم 355180 قرار بتاريخ 05-03-2006م، العدد الأول، 2006، ص 469.

له كما أثبتته الخبرة الطبية ADN معتمدين في ذلك على المادة 40 من قانون الأسرة رغم أن هذه الأخيرة تفيد وأنه يثبت النسب بعدة طرق ومنها البيينة، ولما كانت الخبرة العلمية ADN أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه)، فإنه مردود عليه عدة أوجه:

1. أن القرارات الصادرة عن المحكمة العليا لم تفسر البيينة بالمعنى العام بأنها الدليل والحجة والبرهان، وإنما على أن البيينة مقتصرة على شهادة الشهود، ولم تعتبر في قرارات سابقة على أن تحليل الدم. والذي أخذت به في هذه القضية يندرج في مفهوم البيينة، وكمثال على ذلك الملف رقم 222674 والتي نصت فيه على أنه: (حيث أن إثبات النسب قد حددته المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة الذي جعل له قواعد إثبات مسطرة وضوابط محددة تفي بكل الحالات التي يمكن أن تحدث، ولم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع الذي دل ذلك على أنهم قد تجاوزوا سلطتهم الحاكمة إلى التشريعية الأمر الذي يتعين معه نقضه القرار)⁽¹⁾.

2. أن القانون المدني قبل تعديله اعتبر البيينة هي شهادة الشهود، أي أنه فسرها بالمعنى الخاص وليس العام، فاستعمل مصطلح البيينة للتعبير عن شهادة الشهود، واستدل بعد التعديل كلمة البيينة بكلمة شهادة الشهود، أي أن المشرع لا يفرق بينهما، وهو أيضا ما قال به أغلب الفقهاء القانون المدني وأخذت به الكثير من التشريعات العربية كالقانون المصري والتونسي والمغربي.

3. حتى وإن أخذنا بالمعنى العام للبيينة في نص المادة 40 من قانون الأسرة، واعتبرنا بأن تحليل البصمة الوراثية تدخل في مفهومها، فإنها لا تعتبر دليلا لإثبات النسب في هذه القضية لاختلال ركن جوهرى وهو العلاقة الشرعية بين الزوجين، وهو ما ليس متحققا هنا.

¹ - المحكمة العليا القضائية، العدد الخاص، ملف رقم 222674، قرار بتاريخ 15-06-1999، ص 91.

4. أن المحكمة العليا في كل قراراتها لم تثبت نسب الطفل غير شرعي مهما كانت الأدلة التي ترفض ابتداء لاختلال ركن جوهري وهو العلاقة غير الشرعية بين الزوجين كما هو الحال في هذه القضية، إذ لا يمكن الاعتماد على تحليل البصمة الوراثية ولا قيمة لهذا التحليل لأن العلاقة الجنسية بين الزوجين غير شرعية⁽¹⁾.

المبحث الثاني: آلية الحماية

تتمثل آلية حماية مجهولي النسب في الكفالة التي أول ما جاءت به الشريعة الإسلامية كنظام بديل للتبني لحماية هذه الفئة من الضياع فأغلب الدول أخذت بها وسنت لها قوانين وفي هذا الصدد سنتعرض إلى تعريف الكفالة بمختلف مقاصدها مركزين على مفهوم الكفالة وإجراءات انعقادها ومضمونها والآثار المترتبة عنها.

المطلب الأول: مفهوم الكفالة

لقد أقرت إتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 نظام الكفالة و قد إعتبرها إحدى الوسائل البديلة للطفل الذي لا أسرة له والتي يجب أن تمنح لكل الاطفال الذين لاعائل لهم ولهذا سأقوم بتعريف الكفالة في الفرع الأول وفي الفرع الثاني أهم خصائصها والطبيعة القانونية للكفالة في الفرع الثالث والرابع شروطها في التشريع الجزائري .

الفرع الأول: تعريف الكفالة

الكفالة في القانون لها معنيين: معنى حسب قانون مدني ومعنى حسب قانون الأسرة.

أولاً- القانون المدني: هو عبارة عن عقد من خلاله يكفل شخص ما تنفيذ التزام قائم على عائق شخص معين أو محتمل القيام به مستقبلاً إذ يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام مستقبلاً إذا لم يفي به المدين نفسه عند حلول الأجل المادة 644 ق.م.

ثانياً- قانون الأسرة: الكفالة عبارة عن التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي المادة 116 ق.أ.

¹ - عيسى امعيزة، مرجع سابق، ص 254-257-258.

وعلى هذا المنوال فالكفالة عبارة عن التزام تطوعي للتكفل برعاية طفل قاصر وتربيته وحمايته بنفس الطريقة التي يتعامل بها الأب مع ابنه⁽¹⁾

الفرع الثاني: أهم خصائص الكفالة

إن الكفالة تتميز بعدة خصائص تميزها عن باقي الأنظمة المشابهة لها مثل الحضانة والتبني فالكفالة يمكن إجمالها كما يلي:

- الكفالة هي عبارة عن نظام بديل للتبني وضعه المشرع لغاية اجتماعية وذلك لرعاية الأولاد اللقطاء وكذا مجهولي النسب وتولي أمر الولد الذي عجز أبواه عن تنشئته ورعايته لظروف اقتصادية.

- الكفالة هي عبارة عن عقد ذو ثلاث أطراف هم: الكفيل والمكفول والشخص أو الهيئة التي تبرم هذا العقد مع الكفيل أمام الموثق أو المحكمة.

- الكفالة التزام تبرعي من طرف الكفيل بدون مقابل.

- الكفالة تضع الطفل المكفول في مرتبة الابن الشرعي والذي يترتب عليه حقوق والتزامات متبادلة محددة وفقا لأحكام التي تحكم علاقة الأب بابنه.

- الكفالة لا تقوم إلا إذا أبرمت أمام الجهات القضائية أو الموثق وفقا لما هو منصوص عليه في قانون الأسرة.

- الكفالة ليست أبدية بل تسقط وتنتهي لأسباب محددة في قانون الأسرة.

- الكفالة تحافظ وتحمي الأنساب، إذ المكفول يبقى أجنبي عن الأسرة المكفولة.

- الكفالة تحمي الحقوق الميراثية وتمنع التعدي على حقوق التركة إذ لا يحق للمكفول الميراث فيها بل يمكن الحصول على الهبة أو الوصية فقط⁽²⁾.

¹- ضاوية دنداني، حق النسب والكفالة، مقال بالمجلة القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 4، ص 17.

²- ضاوية دنداني، مرجع سابق، ص 18.

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للكفالة

الكفالة هي عبارة عن نظام قانوني محدد في قانون الأسرة اذ 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 الأسرة وإن كان للكافل الحق في الرجوع في الكفالة فإنه للنيابة طلب اسقاطها مراعاة لمصلحة الطفل إذا تبين أن الكافل ليس أهل لرعاية الطفل المكفول. إذا فالكفالة هي نظام قانوني أقرب منه من العقد، وهذا ما هو موجود في تشريع المملكة المغربية إذ أن إجراءات الكفالة هناك جد صارمة ومحددة في التشريع لذلك أوكلت مهمة ابرام عقد الكفالة إلى القاضي المكلف بشؤون القصر حيث يقوم ببحث معمق حول شخصية وظروف الطالب من حيث سلوكه الشخصي، ظروفه المعيشية ويبقى للقاضي المكلف بشؤون القصر عند الموافقة على الكفالة الحق في تتبع تنفيذ الكفالة فعليا رعاية لمصلحة الطفل ويراقب شؤون الطفل ومدى وفاء الكافل بالتزاماته، فإذا كان تقرير البحث بعد اسناد الكفالة سلبى يمكن له الأمر بإلغاء الكفالة مراعاة لمصلحة القاصر، وهذه الآلية غير موجودة في الجزائر، بتخصيص أو إعطاء هذه المهمة إلى قاضي مختص بشؤون الأحداث لأن المشرع الجزائري اعتبر هذه المسألة مدنية بحتة في حين أن المشرع المغربي وسع في اختصاص هذا القاضي⁽¹⁾.

الفرع الرابع: شروط الكفالة في التشريع الجزائري

أولا- الشروط المتعلقة بالكافل:

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة في مادتيه 117 و 118 منه نجدهما حددا شروطا عامة التي يجب على الجهة المكلفة بإبرام عقد الكفالة إن تحقق من توافرها فعلى قاضي الأحوال الشخصية أو رئيس المحكمة أو الموثق أن يقوم بإجراء تحقيق ويراقب ما إذا توفرت هذه الشروط أم لا، فإذا اتضح للقاضي أو الموثق عدم توافرها في الكافل رفض

¹ - ضاوية دنداني، مرجع سابق، ص 20.

الطلب أما إذا توفرت هذه الشروط حرر العقد من قبل الجهات السالفة الذكر، وهذه الشروط المطلوبة في الكافل هي: شرط الإسلام، شرط أن يكون عاقلا، شرط القدرة، لكن عمليا للقاضي يتحقق من عدة شروط أخرى ضرورية لكن غير واردة في المادتين السالفتي الذكر.

1- شرط الإسلام:

اعتبره المشرع الجزائري شرطا ضروريا وبالتالي الغير مسلم سواء مسيحي أو يهودي الديانة عندما يقدم طلب الكفالة طفل قاصر جزائري يرفض طلبه، وهذا ما يجري عمليا في المحاكم إذ أنه سبق وأن امرأة من جنسية فرنسية تقدمت بطلب لكفالة طفل قاصر جزائري لكنه رفض طلبها على أساس أنها من جنسية فرنسية، الشيء الذي استخلص معه أنها غير مسلمة، لكن عمليا نجد عدة أجنب أعلنا إسلامهم في الجزائر ووافقت وزارة الشؤون الدينية على ذلك، كما أن شرط الاسلام يجرنا الحديث على شرط الجنسية⁽¹⁾.

إذ هل اشترط المشرع الجزائري الجنسية في طلب الكفالة أم لا؟.

بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع سكت على هذا الشرط إذ كان من المفروض التنصيص عليه صراحة مع العلم أن كل من ولد بالجزائر هو جزائري الجنسية، ويعتبر ثروة بشرية للبلاد يجب أن لا نترك الغير ينهبها وعليه يجب أن يكون الكافل جزائري الجنسية.

ولو فرضنا أن جزائري الجنسية طلب الكفالة لكن ظاهريا يعرفه العامة بأنه غير مسلم وقدم شهودا أمام القاضي وطلب القاضي شهود للتحقق من ذلك . هل القاضي بناء على شهادة شهود وبدون أي وثيقة تثبت بعدم الإسلام يرفض الطلب؟.

نلاحظ نحن أنه مراعاة لمصلحة الطفل والتي يجب على القاضي التحقق منها جيدا أن يرفض الطلب بناء على سلطته التقديرية في تقدير الوقائع ورعاية مصلحة الطفل

¹ - طلبة مالك، التبني والكفالة، مذكرة لنيل شهادة مدرسة العليا القضاء، دفعة 14، سنة 2006، ص 26.

وذلك في غياب شهادة إعلان الإسلام، لأنه إذا رجعنا إلى أحكام الحضانة لوجدناها تلزم الحاضن أن يرعى الولد ويربيه على دينه أبيه وتسقط إذا اختلت إحدى شروط الحضانة ومن بينها حالة الردة أي الخروج عن الإسلام ولكون هذه المسألة تتعلق بالنظام العام وعليه فإنه ما ينطبق على الحضانة ينطبق على الكفالة، إذا حتى ولو كان الكافل جزائري الجنسية وثبتت رده أو اعتناقه دين آخر فإن القاضي يرفض الطلب وكذا الأمر بالنسبة للموثوق.

أ-طالب الكفالة أجنبي الجنسية:

حسب نص المادة 13 مكرر 01 قانون 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 و الطفل المكفول عند انشاء 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⁽¹⁾.

أما حالة ما غذا كان من نفس الجنسية (الكافل والمكفول) وقانونهما يجيز الكفالة هنا نفس الشيء القاضي يحرم عقد الكفالة. لكن إذا كان أحد القانونيين لا يجيز فإنه بالطبع لا يمكن تحرير الكفالة لأن المادة 13 مكرر 1 تلزم القاضي أن يراعي القانونيين معا يوم تحرير العقد في حين آثار الكفالة يحكمها قانون الكافل فقط.

2- شرط أن يكون الكافل عاقلا متمتعا بالأهلية الكاملة:

ويعني أن يكون هنا الكافل بالغاً راشداً غير محجور عليه بسبب الجنون أو العته وهذه حالة ظاهرة إذ يمكن التعرف على الشخص طالب الكفالة هل متمتعا بقواه العقلية أم لا؟. فإن ثبت عدم تمتعه بالأهلية رفض الطلب لأن هذه المسألة من النظام العام إذ يجوز

¹ - طلبه مالك، مرجع سابق، ص 27.

للنيابة تقديم طلب الحجر إلى المحكمة وبالتالي لا يمكن له كفالة غيره بموجب الحكم القاضي بالحجر.

3- شرط القدرة:

ويقصد الشرع بالقدرة هنا الحالة المالية والاقتصادية لطالب الكفالة، إذا لا يعقل لطالب الكفالة أن يكون بطالا 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 الطفل.

والشيء الملاحظ أنه من المفروض مثل هذه الشروط المتعلقة بالوضعية المادية للكافل أن ينظمها بمقتضى التشريع ويبين كيف تثبت هذه الوضعية هل بشهادة العمل أو كشف الرواتب، أم السجل، وغيرها من الوثائق الضرورية في العقد حتى لا تطرح مشاكل عملية أمام القاضي والمتقاضي، هذا من جهة ومن جهة أخرى فهناك عدة إشكالات عملية مطروحة في غياب النص التشريعي مثلا:

- هل يشترط الكافل أن يكون ذكرا فقط أم يجوز للمرأة كفالة الغير؟.
 - هل يمكن للهيئات والأشخاص غير الطبيعية أن تطلب الكفالة؟.
 - هل يشترط الفارق في السن بين الكافل والمكفول؟ وكم هذا السن؟⁽¹⁾.
 - هل يشترط في الكافل أن يكون متزوج؟.
 - هل يشترط موافقة الزوج والزوجة إذا كانا على قيد الحياة؟.
- 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 كي توفر أحسن رعاية للطفل القاصر.

¹ - محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون أسرة، سلسلة دروس علوم قانونية، جامعة عنابة، ص 34.

أ- بالنسبة للشروط المتعلقة بمصطلح الكافل:

فهو غير واضح إذ الكثير يقتصره على الرجل وهناك البعض لا يميز بين المرأة والرجل لكن بقراءة نص المادة 118 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 وتنشئة 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 وراء العمل.

ب- أما فيما يخص جواز الشخص المعنوي 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 ملاءة مالية وتسيير بشري لائق يمكنها التكفل بالأطفال اللقطاء أو مجهولي النسب وحتى الأطفال معلومي النسب والذين عائلاتهم ليست لهم الإمكانيات المادية المعيشية 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 أبنائهم لا لشيء وإنما لعدم توافر الوسائل المالية المعيشية⁽¹⁾.

ج- النقطة المتعلقة بالفارق في السن بين الكافل والمكفول:

فبالرجوع إلى الأحكام المتعلقة بالكفالة في قانون الأسرة لا نجد نص قانوني ينظم هذه الوضعية مع العلم أنه لو فرضنا أن طالب الكفالة متزوج إذ رخص له القاضي قبل السن القانوني بالزواج ويوم تقديمه الطلب بلغ سن 19، والمكفول كان أنا ذاك 17 سنة، وعليه فالمنطق لا يقبل هذه المعادلة فكيف إذا نتصور هذه الوضعية في غياب نص تنظيمي ينظم شرط الفارق في السن بين الكافل والمكفول كحد أدنى.

1- محمد صبحي نجم، مرجع سابق، ص 36.

4- شرط الزواج:

بالرجوع إلى احكام الكفالة لا نجد نص قانوني ينظم مثل هذا الشرط لكن عمليا وجدنا في محكمة أرزيو ان طالب الكفالة ملزم بإرفاق الملف بشهادة زواج وهذا الذي يثبت مراعاة مصلحة الطفل من طرف القاضي لكون الغاية من الكفالة تنشئة الطفل في أسرة وعائلة التي كان يفتقر إليها سابقا.

لكن هذا الشرط حتى ولونظم في أحكام قانون الأسرة فإنه يستوجب مراعاة حالة المطلق والمطلقة والأرمل والأرملة الذين يعيشون برفقة أبناء أو انعدام أبناء لأن مثل هذه الحالات ستطرح مستقبلا على المحاكم لذلك يستوجب على المشرع مراعاة مثل هذه الحالات.

5- أما شرط موافقة الزوجين طالبي الكفالة إن كان معا على قيد الحياة:

إن مثل هذه الحالة الغير منصوص عليها في قانون الأسرة إذ هي جد ضرورية في تنشئة القاصر المكفول وتحقق الغرض المطلوب من الكفالة مع العلم أن رضا طالب الكفالة أي الزوج فقط هذا لا يعني دائما موافقة الزوجة ولهذا من أجل المصلحة الفضلى للطفل فإنه من المفروض أن تكون الموافقة صريحة وبحضور الزوجين امام القاضي أثناء التحقيق ويتم سماعهما على محضر لكي يعرفا قيمة هذه المسؤولية، وعليه فإنه كان على المشرع تدارك مثل هذا الشرط والتنصيص عليه في قانون الأسرة لأنه وجدنا عمليا أن أغلب المحاكم لا تراعي تحرير محضر موافقة الزوجين أمام القاضي إذ يكفي احضار شاهدين فقط وحضور الأطراف فقط⁽¹⁾.

ثانيا- الشروط المتعلقة بالطفل المكفول:

لم يرد في قانون الأسرة أي شرط بالنسبة للمكفول وعليه يمكن استنتاج بعض الشروط المطلوبة عمليا والمنوه إليها بصورة غير مباشرة في قانون الأسرة، بالرجوع إلى نص المادة 116-119 نستنتج:

¹ - ضاوية دنداني، مرجع سابق، ص 20.

1- شرط السن:

إن القاضي أو الموثق حتى يبرم عقد الكفالة يجب أن يجري تحقيق في الملف ومن بين الأمور التي يجب التأكد منها هو شرط السن فقانون الأسرة اشترط أن يكون ولدا قاصرا فقط، وهذا ما يحيلنا إلى أحكام القانون المدني المادة 40 فقرة 02 والتي نصت على أن القاصر هو الذي لم يبلغ سن الرشد وهي 19 سنة وهنا كان من المفروض أن يحدد المشرع السن صراحة في أحكام الكفالة، فهنا كان من الأحسن اضاءة النصوص والدقة في المصطلحات والحكمة من أن يكون صغير السن حتى يمكن السيطرة عليه وتربيته وتنشئته وادماجه داخل الأسرة الكافلة وإلا فلا فائدة من الكفالة إذا بلغ الرشد.

2- المكفول إما أن يكون معلوم أو مجهول النسب:

هو شرط في مادة 19 من قانون الأسرة إذ يمكن أن يكون المكفول معلوم أو مجهول النسب، وبالنسبة إلى مجهول النسب كاللقيط مثلا فمدير الصحة العمومية والسكان المختص هو الذي يوافق على الكفالة كما أكدته المادة 256 في الأمر 79-76 الملغاة⁽¹⁾.

المطلب الثاني : إجراءات انعقاد الكفالة

يجب الإشارة إلى أنه توجد 3 جهات متخصصة بتحرير عقد الكفالة ، داخليا نجد حسب المادة 117 من ق أ على الموثق والقاضي وفي الخارج نجد القنصليات الجزائرية التي لها الحق في تحرير عقد الكفالة كذلك يستوجب على طالب عقد الكفالة أن يرفق طلبه بوثائق محددة وفي حالة تخلفها يرفض الطلب وهذا كله في الفرع الأول .

الفرع الأول: الجهات المختصة بتلقي الطلب وإبرام عقد الكفالة

توجد ثلاث جهات مختصة، الجهات القضائية، مكاتب التوثيق، مكاتب البعثات الدبلوماسية في الخارج.

¹ - الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة أولى، 2005، ص 170-171.

أولا-الجهات المختصة القضائية:

عملا بأحكام المادة 117 قانون الأسرة فإن المحاكم هي المختصة بإبرام عقد الكفالة لأنها صاحبة الولاية العامة للنظر 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.

وعليه فإن رئيس المحكمة أو قاضي الأحوال الشخصية عندما يتلقى الطلب يقوم بدراسة الملف جيدا مراعيًا توفر شروط انعقاد الكفالة طبقا لأحكام قانون الأسرة مع مراعاة تعديل الجديد في القانون المدني في مادته 13 مكرر 01⁽¹⁾ كما أن عقد الكفالة يصدر بموجب حكم قضائي في شكل تبادل عرائض وفقا للأوضاع العادية الذي يختص بها قاضي الأحوال الشخصية.

-القاضي يباشر إجراءات التحقيق مراعاة لمصلحة الطفل المكفول:

إذ أنه عمليا يتطلب حضور جميع اطراف العقد وابداء رضاهم، زيادة على ذلك احضار الشاهدين اللذين يثبتان سيرة طالب الكفالة وإن كان من المستحسن أن ينتقل القاضي ويجري معاينة ميدانية لحالة طالبي الكفالة قصد الاطلاع على النوايا التي أدت إلى طلب الكفالة ومدى استعدادهما لتحمل هذه المسؤولية وظروفهم المادية والاجتماعية، فمن المفروض بعد إجراء هذا التحقيق يقرر القاضي إما الموافقة أو الرفض حسبما ما إذا كان التحقيق سلبيا أم ايجابيا وبعد اصدار الأمر أو الحكم فإنه لا ينفذ إلا بعد أن يصبح نهائيا وعملية التسليم تتم تلقائيا بين طالب الكفالة والشخص الذي كان عنده المكفول دون حضور النيابة أو تحرير محضر بالتسليم.

¹ - القانون 10/05 المعدل والمتمم لقانون أسرة 58/75 المتعلق بالقانون المالي.

ثانيا- الموثق:

بموجب المادة 117 من قانون الأسرة فإنه يجوز للموثق بناء على طلب ذوي الشأن تحرير عقد الكفالة وذلك بعد إجراء تحقيق أمامه ومراعيًا مدى توافر شروط الكفالة وعليه بمجرد تحرير هذا العقد تصبح له القوة التنفيذية مثل الحكم القضائي ولا يحتاج إلى مصادقة من طرف القاضي⁽¹⁾.

ثالثا- 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 الطلب حسب توافر الشروط المطلوبة.

-القاصر مجهول النسب:

يجب تقديم الوثائق التالية:

-طلب خطي.

- شهادة ميلاد القاصر المكفول.

-شهادة ميلاد الكافل.

- تصريح شرفي بعدم معرفة الأم الطبيعية للطفل إذا كانت مجهولة.

- عقد زواج الكافل.

- كشف راتب الكافل وبشهادة العمل.

-صورة لبطاقة التعريف الوطنية للكافل والشاهدين.

-طابع جبائي.

المطلب الثالث: مضمون الكفالة والآثار المترتبة عنها

بالرجوع إلى نص المادة 116 و 121 من قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري

حاول تحديد مضمون الكفالة لكن ليس بدقة، مع العلم أن هذا المضمون ما هو إلا عبارة

¹- الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص 171-172.

عن حقوق والتزامات متعلقة بالكافل وذلك إذا تفحصنا نص المادة 121 من قانون الأسرة التي تنص على إن الكفالة تخول للكافل الولاية القانونية على المكفول مع العلم إن الولاية لها معنى واسع فمنها الولاية على النفس والولاية على المال هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن المادة 116 من قانون الأسرة تلزم الكافل بالنفقة والتربية والرعاية للمكفول بمثابة الأب، إذا فالكافل عندما يقدم على عقد الكفالة فهو مهياً نفسياً مادياً لتحمل مسؤولية هذا القاصر المكفول بمثابة الابن وهو الشيء الذي سنتعرض له في شيء من التفصيل بتحديد محتوى الولاية على نفس المكفول وعلى ماله⁽¹⁾.

الفرع الأول: الولاية على نفس المكفول

لقد شرعت هذه الولاية للمحافظة على نفس المكفول وصيانتته، إن هذه الولاية إن كانت تثبت كقاعدة عامة على القصر فإنها كذلك على المجنون والمعتوه وعليه فإن الولاية على نفس المكفول تكون بإنفاق الكافل عليه وذلك بتوفير الملابس والأكل والدواء والمأوى وكذلك تربيته⁽²⁾، وهذا الواجب عادة موكول للنساء لكون الولد المكفول في المرحلة الأولى من عمره يكون محتاجاً إلى عطف وحنان الأم أكثر من الأب.

كذلك يجب على الكافل أن يسهر على تعليمه وتربيته وحمايته من كل اعتداء يقع عليه إذ يمثل الولي القانوني له عند الاعتداء عليه وهو الذي يرفع الشكاوى باسمه ويطلب بالتعويض لفائدته باعتباره متضرراً معنوياً كطرف مدني أمام المحاكم، هذه من جهة ومن جهة أخرى فهو المسؤول القانوني أمام جميع الهيئات والأشخاص عن أفعال المكفول التي تلحق إضراراً بالغير.

أما الحقوق المقررة بموجب أحكام الكفالة⁽³⁾ فهي جميع المنح العائلية والدراسية وعليه فإنه يفترض في الكافل العامل فرضيين إما أن يضع أثناء تكوين ملف العمل الذي

¹ - محمد صبحي نجم، مرجع سابق، ص 47.

² - الغوثي بن ملحمة، مرجع سابق، ص 173.

³ - المادة 121 من قانون الأسرة الجزائري.

يوضع لدى إدارة المستخدم شهادة عائلية مسجل بها إلى جانب الأبناء الشرعيين الولد المكفول مع الإشارة في نفس الشهادة بأنه مكفول.

أو يضع الشهادة العائلية زائد عقد الكفالة منفصلين قصد الاستفادة من المنح العائلية، وأن الأقرب إلى الصواب هو من المفروض بموجب عقد الكفالة يأمر القاضي ضابط في الحالة المدنية بتسجيله بسجلات الحالة المدنية لكافل مع الإشارة أنه مكفول وهو الشيء المعمول به لدى المغرب وغير موجود في الجزائر.

وبالنتيجة فإن الشهادة العائلية كان من المفروض أن يظهر فيها المكفول إلى جانب الأبناء الأصليين مع الإشارة إلى أنه مكفول.

ونفس الشيء يذكر في المنح الدراسية.

لكن الإشكال الذي يطرح عمليا هو أنه في حالة وفاة القاصر المكفول هل الكافل يأخذ الدية؟، اي التعويض عن الوفاة إذا تسبب فيه الغير في ذلك أم ذويه الأصليين وكذلك الأمر إذا كان الأمر سبب وفاة المكفول نتيجة حادث مرور تسبب فيه الغير هل للقاضي أن يحكم بالتعويض إذا تقدم الكافل بموجب عقد الكفالة سواءا بغياب الأبوين الحقيقيين أو بحضورهما؟.

إذا علمنا ان الكافل وضعه المشرع في مرتبة الأب فكيف يحرم من الدية أو التعويض نتيجة الوفاة⁽¹⁾ بسبب حادث مرور رغم أنه تألم كثيرا هو وزوجته نتيجة فقدانهما للمكفول الذين اعتبراه ولدا لهما سيما الأسرة التي لا تتجب.

الفرع الثاني: الولاية على مال المكفول

إذا كان بمقتضى الكفالة تنتقل الولاية الشرعية للكافل على نفس المكفول فإن الأمر كذلك على ماله إذا بمقتضى أحكام الكفالة⁽²⁾ حددت مضمون الكفالة فيما يتعلق بالذمة

¹ - الغوثي بن ملحمة، مرجع سابق، ص 174.

² - المادة 122 من قانون الأسرة الجزائري.

المالية للمكفول إذا فسلطة الكافل هي إدارة مال المكفول إن وجد، وهذا شئى بديهي كون المكفول قاصرا لا يعمل، إذ تحرم جميع التشريعات المتعلقة بالعمل عمل القاصر وبالتالي فأموال المكفول هي ناتجة عن الإرث أو الوصية أو الهبة، إذ يجب عليه التصرف فيها تصرف الرجل الحريص.

وبما أن الكافل بمقتضى أحكام الكفالة تخول له الولاية القانونية فإنه يتعين الرجوع إلى أحكام الولاية على مال القاصر أين نجد المشرع تشدد ووضع شروطا عندما يريد الكافل التصرف في أموال المكفول إذا اشترط أن يتصرف تصرف الرجل الحريص، والرجل الحريص هو الذي يدرس الواقعة ونتائجها المستقبلية سواء سلبية أو إيجابية ثم يوازن الضرر والمنفعة وان يستأذن كذلك القاضي في تصرفات محددة على سبيل الحصر وللقاضي السلطة التقديرية في منح الإذن أو عدم منحه، وما باقي في هذه التصرفات فإن الكافل يجب أن يحترم شرط الحرص.

وفي حالة عدم مراعات هذه الشروط وثبت تصرفات الكافل في أموال المكفول والحق به ضرر بسوء نية لاستغلال أمواله نتيجة قصره وعدم خبرته فإنه يحق لكل شخص ابلاغ النيابة العامة وللنيابة العامة من تلقاء نفسها تحريك الدعوى العمومية طبقا للمادة 380 قانون العقوبات والمتعاقبة باستغلال حاجة قاصر لم يكمل 19 سنة بالاختلاس أموال مستغلا صغر سنه أو هوى أو ميلا أو عدم الخبرة حيث شدد المشرع في العقوبة⁽¹⁾.

الفرع الثالث: الآثار المترتبة على قيام عقد الكفالة

بعد أن يتم إبرام عقد الكفالة وذلك مراعاة لشروط المطلوبة قانونا وتعهد الكافل بالقيام بالتزاماته اتجاه الولد المكفول بمثابة الأب الحريص على ابنه، تأتي مرحلة أخرى وهي مرحلة تنفيذ عقد الكفالة، إذا يمكن طرح السؤال التالي كيف يتم تنفيذ عقد الكفالة من

¹ - طلبه مالك، مرجع سابق، ص 34.

الناحية العملية؟. قصد نقل حضانة الطفل إلى الكافل، وهل يترتب على الكفالة حق الإرث للمكفول أم ... توجد بدائل أخرى عن الإرث؟.

أولاً- عقد الكفالة يجيز للكافل أن يوصي للمكفول من أمواله أو يتبرع له في حدود الثلث:

إذا كانت الكفالة تعطى للكافل الولاية القانونية على المكفول وتجعله بمثابة الأب له فإن هذا لا يعني أنها ترتب نفس الآثار بين الأبناء الأصليين وأباءهم، إذ أن أحكامها نصت صراحة على أنه يجوز للكافل فقط الهبة أو الوصية في حدود الثلث، وبمعنى المخالفة أنه لا يرث من المكفول لعدم ثبوت النسب لأنه يحتفظ بنسبه الأصلي إذا كان معلوم النسب، بل أعطاه المشرع بديل عن الإرث وهو البديل السابق الذكر، وما زاد عن الثلث فهو باطل إلا إذا أجازته الورثة، وعليه فإن للكافل إذن حق التبرع فقط للمكفول لأنه لا ينشأ حقوق ميراثه بموجب عقد الكفالة وهو الشيء الذي أقرته الشريعة الإسلامية وهو الشيء الذي يفرق بين التبني والكفالة⁽¹⁾.

إمكانية الكافل طلب تغيير لقب المكفول مجهول الأب بمنحه لقبه العائلي:

إن إمكانية تغيير لقب المكفول بموجب عقد الكفالة القانونية والشرعية المجهول النسب من الأب تعتبر من أهم الآثار القانونية المترتبة عن قيام عقد الكفالة إذ أنه ثبت عمليا أن الكفالة وحدها ليست كافية لتنشئة الطفل تنشئة قديمة وسليمة لأنه سرعان ما يكبر الطفل القاصر ويصبح مميزا ويبدأ في طرح عدة تساؤلات على نفسه وعلى من حوله وخاصة عند الاطلاع على وثائقه المتعلقة بالحالة المدنية أين يكشف إن لقبه مغاير تماما للقب العائلة التي تكفله والتي كان يظن أنها أسرته الحقيقية وفي كثير من الأحيان عند معرفته بالحقيقة كونه ليس ابن الأسرة الكافلة و كونه مجهول الأب يتعقد نفسيا⁽²⁾.

¹ - ضاوية دنداني، مرجع سابق، ص 45.

² - فريدة زواوي، مدى تعارض مرسوم تنفيذي 24/92 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية، مقال منشور في مجلة قضائية، العدد 02، قسم الوثائق المحكمة العليا، 2001م، ص 69.

لذلك ونظرا لمثل هذه الوضعية الاجتماعية الأليمة، ارتأت الحكومة لإيجاد حلا لهذه الفئة المكفولة مجهولة النسب من الأب وذلك بمنحه التأشيرة على جواز إعطاء الكافل لقبه لفائدة المكفول من أجل مصلحة المكفول ولتنشئته تنشأة سليمة بدون أية عقد نفسية حتى ينفع مجتمعه بدلا من أن يكون عالة عليه، ولذلك جاء المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 157/71 المتعلق بتغيير اللقب و كيفية وإجراءات تغيير اللقب وشروطه.

ثانيا- الشروط المطلوبة قانونا لطلب تغيير لقب المكفول والحاقه بلقب الكافل:

لقد حدد المرسوم التنفيذي السالف الذكر هذه الشروط، إذ أنه في حال تخلف أحد هذه الشروط⁽¹⁾ لا يمكن الاستجابة للطلب بالتالي يرفض من قبل وزارة العدل وهذه الشروط هي:

1. ضرورة وجود عقد الكفالة.
 2. ضرورة أن يكون المكفول قاصر مجهول النسب من الأب.
 3. أن تكون المبادرة والرغبة في تغيير اللقب من طرف الكافل.
 4. شرط موافقة أم المكفول صراحة إذا كانت معلومة وعلى قيد الحياة، إذ أن الأصل في مثل هذه الحالة إذا كان معلوم الأم فلقب المكفول المسجل في سجلات الحالة المدنية والمدلى به إلى ضابط الحالة المدنية هو اللقب العائلي لأمه لكونه مجهول الأب.
- وبالتالي الشروط المشرع الموافقة الصريحة أي أن يكون التعبير صريحا عن الإرادة بأن توافق على أن يحمل المكفول لقب الكفيل واشترط المشرع أن تكون الموافقة في شكل عقد شرعي مكتوب أما إذا كانت متوفاة أو غير معلومة فإنه يسقط هذا الشرط.

ثالثا- إجراءات التحقيق في الطلب وإصدار الأمر:

بعد تلقي السيد الوزير الملف والمرفوق بالطلب يقوم بتكليف السيد النائب العام للدائرة القضائية مكان ولادة الطالب لإجراء تحقيق بشأن هذا الطلب⁽¹⁾، والذي بدوره

¹ - المادة الأولى من مرسوم تنفيذي رقم 24/92 المعدل والمتمم للمرسوم 157/71 المتعلق بتغيير اللقب.

يكلف وكيل الجمهورية للدائرة القضائية مكان ولادة الطالب لمتابعة التحقيق والذي بعد انجازه يتم ارساله بالطريق السلمي إلى السيد النائب العام والذي بدوره يرسل ما توصل إليه التحقيق إلى السيد وزير العدل حافظ الأختام، وعادة هذا التحقيق يكون بسماع الشهود والبحث عن دوافع وأسباب تغيير اللقب وفي الأخير يرجع القرار إلى السيد وزير العدل الذي يقرر ما بشأن هذا الطلب بعد الاطلاع على ملف التحقيق، وعليه فأما يقبل أو يرفض الطلب وفي حالة قبول الطلب فإن وزير العدل يأمر النيابة العامة بالسهر على تنفيذ هذا القبول وذلك بتقديم التماساتها إلى السيد رئيس المحكمة عن طريق السلم التدرجي بواسطة وكيل الجمهورية قصد إصدار أمر بتغيير لقب المكفول وذلك خلال 30 يوما من تاريخ الاخطار مع السهر على تنفيذ الأمر وتسجيله بسجلات الحالة المدنية.

كما أن هذا المرسوم استثنى هذه الحالة المتعلقة بالمكفول من نشرها في الجرائد ولتقديم الاعتراضات بشأن طلب تغيير اللقب.

رابعا- انتقال الكفالة إلى الورثة وانتهائها:

من الآثار المترتبة عن قيام عقد الكفالة وأثناء تنفيذها هو إمكانية انتقال الكفالة بمضمونها إلى الورثة في حال وفاة الكافل، لكن بشرط ما إذا أبدوا التزامهم⁽²⁾ بها فالمشرع نص على انتقالها دون أن يبين من الذي تكون له الولاية مباشرة على المكفول بعد وفاة الكافل لكن هذا يجعلنا دائما نرجع إلى أحكام الولاية على النفس والمال ولا سيما النفس، التي تنص على أنه يكون الأب وليا على أولادها القصر وبعد وفاته تحل محله الأم⁽³⁾ وعليه فإنه إذا التزمت بها زوجة الكافل المتوفي أصبحت كافلة للولد المكفول بموجب نص المادة 125 من قانون الأسرة. لكن هل توجد إجراءات قانونية لانتقال هذه الكفالة إلى الكافلة الجديدة؟.

¹- فريدة زواوي، مرجع سابق، ص 72.

²- المادة 125 من قانون الأسرة الجزائري.

³- المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري

إنه بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع لم يشير إلى هذه النقطة إذ سكت وقال فقط تنتقل إلى الورثة إذا التزموا بها، لكن عمليا نجدهم يبادروا إلى تقديم طلب كفالة من جديد إلى المحكمة يحدد فيه الكافل الجديد.

خامسا-أسباب انتهاء الكفالة:

تنتهي الكفالة بأحد الأسباب التالية:

- بلوغ المكفول سن الرشد القانوني ولا تسري هذه المقتضيات على البنت غير متزوجة ولا على الولد المعاق او العاجز عن الكسب.
- وفاة الكافل ورفض الورثة الالتزام بمضمون الكفالة.
- موت المكفول.
- موت الزوجين الكافلين معا او المرأة الكافلة.
- فقدان الزوجين لأهليتهما معا.
- فقدان المرأة الكافلة لأهليتها.
- التخلي الصريح من الكافل عن كفالة القاصر أمام الجهة التي أقرت الكفالة و يجب أن يكون مع العلم من النيابة العامة.
- حل المؤسسة أو الهيئة أو المنظمة أو الجمعية الكافلة.
- الغاء الكفالة بأمر قضائي في حالات اخلال الكافل لالتزاماته أو تنازله عن الكفالة أو اقتضت ذلك المصلحة الفضلى للطفل المكفول.
- كذلك تنتهي بالحجر على الكافل وفقا لأحكام الحجر⁽¹⁾.

سادسا-انتقال رعاية الطفل إلى الدولة:

إذا فقد الطفل والديه، ولم يجد أسرة تتكفل به ينتقل واجب رعايته إلى الدولة وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 125 من قانون الأسرة الجزائري "وفي حالة الوفاة

¹- فريدة زاوي، مرجع سابق، ص 73 .

تنتقل الكفالة إلى الورثة إذا التزموا بذلك وإلا فعلى القاضي أن يسند القاضي أمر القاصر إلى الجهة المختصة".

إذا فالدولة راعي من لا راعي له، سواء تعلق الأمر بالأطفال الذين تحت وصايا السلطات العامة ورعايتها بمقتضى حكم قضائي استنادا إلى المواد 440-493 منق.إ.ج وقانون حماية الطفولة والمراهقة أو لغياب الأبوين مؤقتا أو لربائب الدولة وهو الأطفال المتخلي عنهم نهائيا من قبل ذويهم⁽¹⁾. وهو ما أكدت عليه المادة 20 من اتفاقية الدولية لحقوق الطفل.

¹- بن عصمان نسرین ايناس، مرجع سابق، ص 32.

كخلاصة لهذا الفصل: كان على المشرع أن ينظم حقوق مجهولي النسب بشكل متكامل في قانون الأسرة لأن هذه الفئة منتشرة في المجتمع الجزائري وبالتالي لا بد من اعطاء الحماية الكافية لهؤلاء الضعفاء حفاظا عليهم من الضياع وذلك بإدراج هذه الحقوق وتوضيحها في مواد قانونية في فصل كامل في تشريع الأسرة، كما أن الآلية التي وفرها المشرع الجزائري بالرغم من فعاليتها إلا أنها تحتاج الى تفعيلها في الواقع.

الخاصة

في نهاية هذا البحث لموضوع حماية مجهولي النسب والغوص في أحكامها في ضوء المذاهب الإسلامية والقانون الوضعي والقضاء من خلال الاجتهادات القضائية وما اختاره التشريع الجزائري من آراء الفقهاء نجد أن المشرع الجزائري تعرض إلى عدد قليل من أحكام مجهولي النسب ولم يتناولها أغلبها أو سكت عن كثير من الأحكام واستمد الأحكام من خلال الرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة حيث ما يمكن ملاحظته من خلال دراسة أحكام النسب فإن المشرع الجزائري قد استمد كل نصوصه من أحكام الشريعة الإسلامية فأحسن ما فعل باعتبار أن هذا الحق من أهم الحقوق، وأن الشريعة الإسلامية قد أحاطته بعناية كبيرة إلا أنه بالرغم من هذا فقد أهدر مصلحة الطفل في بعض المسائل منها المتعلقة في حق ابن الزنا في البحث عن نسبه، فنجد أن المشرع الجزائري لا يقر له هذا الحق.

كما أن القفزة الهامة التي قام بها المشرع في مجال إثبات النسب هي ادخال الطرق العلمية الحديثة إلا أن ذلك لا يخلو من التعقيدات والإشكالات التي يثيرها هذا الموضوع والتي تتطلب حصرها من جانب القانوني من خلال وضع إطار قانوني للطرق العلمية وإلا فما الجدوى من وضع المشرع لهذه الطرق دون الحصر لمجالها وحجبتها بما يفيد القضاة في سهولة اللجوء إليه ويعاب أيضا أن المشرع الجزائري لم يوضح المقصود بالطرق المشروعة لنفي النسب المادة 41 من قانون الأسرة .

أن التشريع الجزائري لم يتعرض تماما إلى موضوع إرث مجهولي النسب إلا المادة 126-128-138 من قانون الأسرة أما غيرها من الأحكام رغم أهميتها واختلاف الفقهاء فيها سكت عنها لذا ينبغي للمشرع توضيح هذه الأحكام بمواد قانونية لكل هذه التفاصيل ضمن تشريع الأسرة.

كما تجدر الإشارة أن الأوضاع الحالية والواقع الاجتماعي المعاش يفرضان تشجيع العلماء على الاجتهاد.

وبالرجوع إلى آلية الحماية نجد أن نظام الكفالة وضع لأجل رعاية فئة الأطفال المحرومة حتى يصبحوا ذوو فائدة لمجتمعهم ومنحهم المكفول لقب ماهو إلا غاية لحسن تنشئتهم وحماية لهم داخل المجتمع بشرط عدم المساس بحقوق الغير، وذلك مراعاة لمبادئ الشريعة الإسلامية سيما عدم اختلاط الأنساب غير أن هذا النظام غير كافي حيث دعا مختصون وناشطون في مجال الدفاع عن حقوق الطفل إلى تعجيل لإيجاد حلول لمشكل أطفال مجهولي النسب مطالبين مشددين على ضرورة وضع نظام واضح للكفالة في الجزائر لحماية المكفول وذلك لما يتماشى مع الدين الإسلامي وبما أن الكفالة من أنجع السبل لمعالجة هذه الظاهرة فإن هذا النظام في الجزائر نجده محدد ببعض المواد التي تبين طريقة الكفالة فقط والتي تبقى غير كافية حيث أنها لا تضمن حقوق المكفول وتفقد ميكانيزمات حمايتها وبالتالي ضرورة إعادة النظر في قانون الكفالة بما يتماشى مع ديننا ومختلف التطورات التي يشهدها المجتمع.

وكذا إستحداث صفحة في دفتر العائلي يطلق عليها " كفيل ومكفول والتي تمنح للطفل ضمانات إدارية ونفسية.

كذلك بتمديد عقد الكفالة وجعله مؤبدا حيث أنه يترتب على إلغاء المكفول يعني أن يجد نفسه في الشارع وبدون إسم ولذلك يجب إعطاء مدى أطول لنظام الكفالة.

كذلك ضرورة التصدي لظاهرة أطفال مجهولي النسب بطريقة موضوعية وابتكار نظرية تمنحه الحق في الحصول على هوية ونسب.

وفي الأخير أرجو ان أكون قد وفقت فيما بذلت وأسأله تعالى أن يسدد ما في هذا البحث من خلل ويتجاوز على ما فيه من زلل، فإن وفقت فهذا من فضله منه على عبده وإن قصرت فهذا حال البشر والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين والحمد لله رب العالمين.

فائمة المصادر والمراجع

قائمة المراجع:

1. القرآن الكريم.
2. أبي الفداء إسماعيل بن عمر القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، تحقيق سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، ط2، 1420هـ-1999م، الملك فهد لطباعة المصحف، ج6.
3. أبي الحجاج يوسف المزي، تهذيب الكمال، تحقيق بشار عواد، مؤسسة رسالة، ط1، 1413هـ، ج2.
4. ابن العربي أبو بكر المالكي، أحكام القرآن، تحقيق رضا فرج الهمامة، المكتبة العصرية، ط1، 1420هـ-2003م، ج3.
5. ابن رشد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، درا المعرفة، بيروت، ط9، 1409هـ-1988م، ج2.
6. ابن القيم الجوزية شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق لجنة التحقيق بمؤسسة الهدى بالقاهرة، دار التقوى، المنشية الجديدة، شبرة الخيمة، ط1، ج5.
7. أحمد الدردير، الشرح الصغير، مؤسسة المنشورات الإسلامية، وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، ج3.
8. التتوخي سحنون بن سعيد، المدونة الكبرى رواية عبد الرحمان بن قاسم، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ-1994م.
9. الزحلي محمد، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، المطبعة الشرعية، مكتبة دار البيان، ط3، 1428هـ-2007م.
10. الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ط2، 1405هـ-1985م.
11. الزرقاني محمد بن عبد الباقي بن يوسف، شرح الزرقاني موطأ مالك، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (ب.ت.ط).

12. الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، 2005م.
13. القرضاوي يوسف، فتاوى معاصرة "من هدي الإسلام"، دار الوفاء المنصور، ط03، 1413هـ-1993م، ج2.
14. المغني لأبي محمد عبد الله بن قدامة المقدسي، الحنبلي، ت 620هـ، تحقيق دكتور عبد الله تركي ودكتور عبد الفتاح حلو هجر للطباعة والنشر، 406هـ، ج9.
15. النووي أبو زكريا يحيى بن شرق الشافعي، شرح صحيح مسلم، مكتبة الرشد الرياض، ط1، 1420هـ-1999م، ج5.
16. بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة الجزائر، ط1، 2009.
17. جمال الدين محمد بن مكرم المشهور بان منظور، لسان العرب، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 1428هـ-1429هـ، 2008م.
18. سليمان الخطابي، غريب الحديث، تحقيق دكتور سليمان العابد، جامعة القرى، ط1، 1405هـ، ج1..
19. شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1998م. ج5.
20. شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق محمد خليل عيناني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997، ج2.
21. عبد المجيد الشواربي، جريمة الزنا، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر.
22. علي بن محمد بن حبيب الماوردي الشافعي، الحاوي الكبير لأبي الحسن، 450هـ، ج8.
23. عليش محمد، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، لبنان، 1494هـ-1989م، ج4.

24. محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر.
25. محمد بن مفلح الحنبلي، الفروع، عالم الكتاب، ط4، 703هـ، ج5.
26. محمد ربيع صباهي، أحكام اللقيط في شريعة إسلامية دراسة فقهية تربوية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 25، ع2009، 1.
27. محمد مستقيم البعقلي، من أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي، دار الفكر، رباط
2010.
28. مسعود الهالي، أحكام التركات في قانون الأسرة الجزائري، جسر النشر، جزائر،
ط1، 2008.
- المذكرات:**
1. أبو بكر الأشهب، حقوق الطفل بين الشريعة وقانون، رسالة دكتوراه، جامعة جزائر،
1999.
2. أحمد عبد المجيد، أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي، قسم الحقوق والتشريع، كلية
دراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، مذكرة، 2008.
3. بن عصمان نسرین ایناس، مصلحة الطفل في قانون أسرة الجزائري، مذكرة لنيل
شهادة ماجستير، 2008.
4. جلول عمارة، الحاق نسب ولد الزنا بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، دراسة
مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، 2010-2011.
5. رقيق آسيا، أحكام اللقيط وولد الزنا وولد اللعان، بحث مقدم في إطار نيل شهادة
ليسانس، 2011.
6. طالبة مالك، التبني والكفالة، مذكرة لنيل شهادة مدرسة العليا للقضاء، دفعة 14، سنة
2006.
7. ليلي جمعي، حماية الطفل، مذكرة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة وهران،
2005-2006.

8. فطيمة مومن، أحكام اللقيط بين الفقه الإسلامي وقانون جزائري، رسالة ماجستير، جامعة حاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2005-2006.

9. عيسى أمعيزة، الإرث بالتقدير والاحتياط في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه تحت إشراف الدكتور الغوثي بن ملح، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، 2011-2012.

10. وجيه عبد الله سليمان أبو معليق، أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية المعمول بع في قطاع غزو، إشراف فضيلة الدكتور، ماهر حامد الحوتي، كلية الشريعة والقانون في جامعة الإسلامية، غزة، 1427هـ-2005م.

المجلات والمحاضرات والندوات:

1. أحمد بن صالح آل عبد السلام، حكم استلحاق ولد الزنا، الدورة العشرون للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكة المكرمة في الفترة من 19-23 محرم 1432هـ - يوافقه 25-26 ديسمبر 2010م.

2. المحكمة العليا المجلة القضائية: ملف رقم 204821، قرار بتاريخ 20-10-1998م.

3. المحكمة العليا: المجلة القضائية، ملف رقم 210478، قرار بتاريخ 17-11-1998م. العدد الخاص.

4. المحكمة العليا المجلة القضائية، ملف رقم 74712، قرار بتاريخ 21-05-1991م.

5. المحكمة العليا المجلة القضائية، ملف رقم 35087، قرار بتاريخ 17-12-1984م. العدد الأول.

6. المحكمة العليا المجلة القضائية، ملف رقم 35326، قرار بتاريخ 03-12-1984م، العدد 1، 1990.

7. المحكمة العليا المجلة القضائية، ملف رقم 172379، قرار بتاريخ 28-10-1997م، العدد الخاص.

8. المحكمة العليا المجلة القضائية، ملف رقم 222674، قرار بتاريخ 15-06-1999م، العدد الخاص.
9. المحكمة العليا المجلة القضائية، ملف رقم 355180، قرار بتاريخ 05-03-2006م، العدد الأول.
10. الموسوعة الفقهية الكويتية، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط1، 1421هـ-2001م.
11. بن رزق الله إسماعيل، حقوق الطفل، محاضرة بمحكمة تبسة 2008-2009م.
12. تشوار الجيلاني، القضاء مصدر تفسيري تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنسب، مجلة علمية قانونية، اقتصادية وسياسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ع1، ج41.
13. مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ع1، 1996م.
14. محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون أسرة، سلسلة دروس علوم قانونية، جامعة عنابة.
15. محمد محمود أبوزيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق.
16. نشرة القضاة نفي النسب واللعان ملف رقم 6172379، المؤرخ 28-10-1997م، فتاوى الشيخ عبد العزيز بن باز، جمع وترتيب دكتور محمد بن سعد شويعر، دار العاصمة.
17. ضاوية دنداني، حق النسب والكفالة، مقال بالمجلة القانونية والاقتصادية والسياسة، ع4.
18. عز الدين كحل، اللعان بين الزوجين في الفقه الإسلامي وما مدى تطبيقه في القضاء الجزائري، محاضرة، جامعة محمد خيضر بسكرة.
19. فريدة زواوي، مدى تعارض مرسوم تنفيذي 24/92 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية، مقال منشور في مجلة قضائية، ع2 قسم الوثائق المحكمة العليا، 2001م.

20. فهد بن سعد الجهني، استلحاق مجهول النسب ونسب المنبوذ دراسة فقهية مقاصدية، ندوة الأسرة المسلمة والتحديات معاصرة.

21. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م ملف رقم 214820 م ق 2001 بتاريخ 20-10-1998م، عدد خاص.

الفهرس

الموضوع

- الإهداء
- شكر وتقدير
- المقدمة.....أ
- أسباب اختيار الموضوع.....ب
- الأسباب الشخصية.....ب
- الأسباب الموضوعية.....ب
- صعوبات الموضوع.....ج
- الإشكالية.....ج
- المنهج المتبع.....ج
- خطة البحث.....د
- الفصل الأول: المقصود بمجهولي النسب وأحكامهم
- تمهيد.....6
- المبحث الأول: المقصود بمجهولي النسب.....7
- المطلب الأول: اللقيط.....7
- الفرع الأول: تعريف اللقيط.....7
- أولا-تعريف اللقيط في اللغة.....7
- ثانيا- تعريف اللقيط في اصطلاح الفقهاء.....7
- ثالثا-مصطح اللقيط في القانون الجزائري.....8
- الفرع الثاني: أسباب وجود اللقيط.....8
- أولا- الأسباب العامة.....8
- ثانيا- الأسباب الخاصة.....9
- الفرع الثالث: حكم التقاط اللقيط.....10
- أولا-المسألة الأولى.....10
- ثانيا-المسألة الثانية.....10
- ثالثا-الترجيح.....11

- المطلب الثاني: ولد اللعان.....11
- الفرع الأول: تعريف ولد اللعان باعتباره لفظ مركبا.....11
- اولا-تعريف الولد في اللغة.....12
- ثانيا-تعريف الولد في الاصطلاح.....12
- ثالثا- تعريف اللعان (لغة-اصطلاحا).....12
- رابعا-تعريف ولد اللعان.....12
- خامسا-دليل مشروعية اللعان.....12
- الفرع الثاني: أسباب اللعان وشروط نفي ولد اللعان.....14
- أولا-القذف بالزنا.....14
- ثانيا-القذف بنفي الولد.....14
- ثالثا-شروطه عند المالكية.....15
- الفرع الثالث: آثار اللعان.....16
- أولا-قطع النسب من الحمل الظاهر.....16
- المطلب الثالث: ولد الزنا.....16
- الفرع الأول: تعريف ولد الزنا باعتباره لفظ مركبا.....17
- أولا-تعريف الولد في اللغة.....17
- ثانيا-تعريف الولد في الاصطلاح.....17
- ثالثا-تعريف الزنا في اللغة.....17
- رابعا-تعريف الزنا في الاصطلاح.....17
- خامسا-تعريف ولد الزنا.....18
- الفرع الثاني: تمييز بين ولد الزنا وما يشبهه من الحالات الأخرى.....18
- أولا-التمييز بين ولد الزنا وولد الملاعنة.....18
- ثانيا-تمييز بين ولد الزنا واللقيط.....18
- ثالثا-تمييز بين ولد الزنا وولد المغتصبة.....19
- رابعا-تمييز بين ولد الزنا وولد الشبهة.....19

- المبحث الثاني: أحكام مجهولي النسب.....19
- المطلب الأول: أحكام اللقيط.....19
- الفرع الأول: إثبات نسب اللقيط بالإقرار والبيينة.....20
- أولا-ثبوت النسب بالإقرار.....20
- 1-الاقرار بالبنوة أو الأمومة أو الأبوة.....20
- 2-الاقرار في غير البنوة أو الأمومة أو الأبوة.....20
- ثانيا-ثبوت النسب بالبيينة.....22
- الفرع الثاني: ميراث ولد اللقيط.....22
- المطلب الثاني: أحكام ولد اللعان.....23
- الفرع الأول: ثبوت ولد اللعان لأمه.....23
- الفرع الثاني: ميراث ولد اللعان.....24
- المطلب الثالث: أحكام ولد الزنا.....26
- الفرع الأول: حكم استلحاق ولد الزنا.....26
- أولا-حكم استلحاق ولد الزنا إذا ولدته أمه وكانت فرشا لزوج.....26
- ثانيا-حكم استلحاق ولد الزنا إذا ولدته أمه ولم تكن فرشا لمن زنا بها28
- ثالثا-شروط إثبات ولد الزنا بمستلحقه لمن جوز ذلك.....37
- الفرع الثاني: ميراث ولد الزنا.....37
- خلاصة الفصل الأول.....39
- الفصل الثاني:حقوق مجهولي النسب في القانون الجزائري وآلية حمايتهم
- تمهيد.....41
- المبحث الأول:حقوق مجهولي النسب في القانون الجزائري.....42
- المطلب الأول:الحماية القانونية لمجهولي النسب.....42
- الفرع الأول: الحق في الحياة والحماية من الخطر.....42
- الفرع الثاني: الحق في الجنسية.....42
- الفرع الثالث: الحق في المساواة.....43
- الفرع الرابع: الحق في الاسم وفي عقد الميلاد.....43

- الفرع الخامس: الحق في العائلة.....44
- المطلب الثاني:حق النسب في قانون الأسرة.....45
- الفرع الأول: حق ابن الزنا في معرفة والديه.....45
- أولا-انتساب ابن الزنا لأمه.....46
- ثانيا-موقف المشرع الجزائري من حق ابن الزنا لمعرفة أبيه.....47
- الفرع الثاني: حق الطفل في الاحتفاظ بنسبه.....51
- أولا-شروط نفي الولد.....51
- ثانيا-إثبات نسب ولد اللعان أو نفيه بالبصمة الوراثية.....53
- الفرع الثالث: ثبوت نسب الطفل المجهول بالطرق العلمية الحديثة.....56
- أولا-حق استعمال الطرق العلمية لإثبات نسب الطفل.....56
- ثانيا-مناقشة القرار الصادر عن المحكمة العليا في الملف رقم 355188 في اثبات نسب الولد الغير الشرعي.....57
- **المبحث الثاني:آلية الحماية**.....60
- المطلب الاول:مفهوم الكفالة.....60
- الفرع الأول: تعريف الكفالة.....60
- أولا-في القانون المدني.....60
- ثانيا-في قانون الأسرة.....60
- الفرع الثاني: أهم خصائص الكفالة.....61
- الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للكفالة.....61
- الفرع الرابع: شروط الكفالة في التشريع الجزائري.....62
- أولا-الشروط المتعلقة بالكافل.....62
- ثانيا-الشروط المتعلقة بالطفل المكفول.....67
- المطلب الثاني : إجراءات انعقاد الكفالة.....68
- الفرع الأول: الجهات المختصة بتلقي الطلب وإبرام عقد الكفالة.....68
- أولا-الجهات المختصة القضائية.....68
- ثانيا-الموثق.....69

| | |
|---------|---|
| 69..... | ثالثا-البعثات الديبلوماسية. |
| 70..... | - المطلب الثالث: مضمون الكفالة والآثار المترتبة عنها. |
| 70..... | - الفرع الأول: الولاية على نفس المكفول. |
| 72..... | - الفرع الثاني: الولاية على مال المكفول. |
| 73..... | - الفرع الثالث: الآثار المترتبة على قيام عقد الكفالة. |
| 73..... | أولا- عقد الكفالة يجيز للكافل أن يوصي للمكفول من أمواله أو يتبرع له في حدود الثالث. |
| 74..... | ثانيا- الشروط المطلوبة قانونا لطلب تغيير لقب المكفول والحاقه بلقب الكافل. |
| 75..... | ثالثا-إجراءات التحقيق في الطلب وإصدار الأمر. |
| 76..... | رابعا-انتقال الكفالة إلى الورثة وانتهائها. |
| 76..... | خامسا-أسباب انتهاء الكفالة. |
| 77..... | سادسا-انتقال رعاية الطفل إلى الدولة. |
| 78..... | - خلاصة الفصل الثاني. |
| 80..... | - الخاتمة |
| 83..... | - قائمة المصادر والمراجع. |
| 90..... | - الفهرس. |