وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جـــامعة زيـــان عـــاشور ـ الجلفـــة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم : خـــاص

كفالة مجهول النسب
في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري

مذكرة ضمن متطلّبات

نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون أسرة

إعداد الطالبين :
ـ نعاس تته
ـ محمد صدارة

إشراف الأستاذة :
ـ صباح هواري

لجنة المناقشة

أ/د	بشير حفيظة	رئيساً
أ/د	هواري صبـاح	مشرفا و مقررا
أ/د	مسلمي عبد الله	مُمتحناً

الموسم الجامعي : 2021 / 2022

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جـــامعة زيـــان عـــاشور ـ الجلفـــة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم : خـــاص

كفالة مجهول النسب
في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري

مذكرة ضمن متطلّبات

نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون أسرة

إعداد الطالبين :
ـ نعاس تته
ـ محمد صدارة

إشراف الأستاذة :
ـ صباح هواري

لجنة المناقشة

أ/د	بشير حفيظة	رئيساً
أ/د	هواري صبـاح	مشرفا و مقررا
أ/د	مسلمي عبد الله	مُمتحناً

الموسم الجامعي : 2021 / 2022

الإهداء

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء الأول (تته النعاس) لبسم الله و الصلاة و السلام على رسول الله ـ ﷺ ـ

أهدي هذا العمل المتواضع إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله و إلى إخوتي و أخواتي و إلى كل الأصدقاء الأعزاء و بالأخص : ـ البشير و عبد القادر ثم إلى زوجتي و بناتي : ـ سهيلة أم الخير خيرة أميمة ، مسعودة سندس .

كما أهدي هذا الجهد إلى كل من علّمني ابتداء من معلّمي إلى كل الأساتذة في قسم الحقوق .

الإهداء الثاني (صدارة محمد) إلى كل من له فضل بعد الله تعالى فيما و صلت إليه إلى الوالد رحمه الله و إلى الوالدة الكريمة حفظها الله و رعاها و إلى كل معلّم غرس في نفسي علما و سقاه بجهد و فضل و إلى جميع أسرتي الصغيرة و الكبيرة و أخص بالذكر زوجتي و أولادي : ـ حسام ،أحمد وليد(أيمن) ، هيثم و بناتي : مارية ايمان ، آية مباركة و إلى الإخوة و الأخوات و الأصدقاء و إلى كل من شجعنا من قريب أو بعيد و لو بكلمة

إلى كل هؤلاء من ذكرنا و من لم نذكر و قد سقط سهوا نهدي هذا العمل المتواضع راجينا من المولى عز وجل أن يتقبله و ينفع به غيرنا .

شكر و تقدير

قال رسول الله صلى الله عليه و سلّم :

(من لا يشكر الناس لا يشكر الله)

أولا الحمد لله رب العالمين على توفيقه و إحسانه و تسديده بإتمام هذا العمل المتواضع .سائلين إياه أن يجعله خالصا لوجهه .

بادئ ذي بدء نتقدّم بالشكر الخالص للأستاذة الكريمة هواري صباح التي تحملتنا بصدر رحب وأكرمتنا بالإشراف على هذا العمل المتواضع و لم تبخل علينا بنصح أو توجيه والذي نرجو أن يكون عند حسن ظنها و الشكر الموفور أيضا إلى أساتذة قسم الحقوق عموما و إلى من رافقونا طيلة العامين على استثناءاته لما قدّره الله تعالى من الوباء (كورونا) و إلى كل الأساتذة المشرفين على مذكرات الماستر و لجان المناقشة . سائلين الله تعالى أن يوفّق كل الأساتذة و الطلاب في كلية الحقوق و العلوم السياسية و أن يسدد مقاصدهم إنّه سميع مجيب .

المقدّمة

اللهم لا سهل إلا ما جعلته سهلا، وأنت تجعل الحزن إذا شئت سهلا .

الأُسرة هي بيئة الطفل الأولى ، وهي حجر أساس المجتمع ، حيثُ إنَّها تتكون من مجموعة من الأشخاص الذين ترتبط بينهم روابط الرَّحم والقرابة والمقياس الذي تقاس عليه قوة تماسك المجتمع أو ضعفه هو تماسك الأسرة كما أنَّ لها دوراً فعالاً في بناء المجتمع السَّوي المتكامل والمترابط فالأبناء هم قُرة عين الآباء سعادتُهما و تلعب الأسرة دورا أساسيا في تشكيل سلوك الأفراد بطريقة سوية أو غير سوية من خلال النماذج التي تقدمها لأفرادها ، وبالرغم من تعدد أنماط مؤسسات التنشئة الاجتماعية وانتقال الكثير من وظائفها إلى مؤسسات أخرى إلا أن الأسرة كانت ولا تزال أقوى مؤسسة اجتماعية تؤثر في مكتسبات الإنسان المادية والمعنوية ، ولعل المجتمع الجزائري لا يتخير عن بقية المجتمعات الأخرى فقد مسته تحولات عديدة وتغيرات جمة مست جميع أنظمته بما فيها النظام الأسري الذي يعتبر الأساس الذي يقوم عليه المجتمع دلك أن هذا الأخير ما هو في الحقيقة إلا مجموعة من الأسر و الأسرة هي نتاج له و الأسرة الجزائرية واحدة من الأسر العربية والعالمية التي تعرضت لمجموعة من التغيرات التي أثرت على بنيتها و شكلها وتركيبتها الأمر الذي نتج عنه جملة من التغيرات في أساليب التربية والتنشئة الاجتماعية لأفرادها .

و بما أنّ الأسرة تشكل أول مكان تبدأ فيه التربية من أي نوع وهي تشكل بذلك حلقة الوصل بين الوجدان والفكر, كما تمثل المكان الذي تلقن فيه القيم وموازين الحكم . كما تعتبر الأسرة الوعاء الثقافي الأول الذي تشكل حياة الفرد وتتناوله بالتنشئة .

و لعل من رحمة الله تعالى أن خص أمة محمد ـ صلى الله عليه و سلم ـ بأن شرفها بهذا الدين العظيم عن باقي الأمم من حولها و بأن جعل محور شريعة الاسلام محط عنايتها و جعل الانسان محل تكريم بأن جعله مكلّفا و مخاطبا بدءا بولادته فضمت له رعاية متميزة تؤهله أن يكون إنسانا سويا مستعدا لوظيفته التي خلق لأجلها ، إذا ما كانت الظروف التي نشأ فيها طبيعية ، أما إذا شاءت الأقدار أن يتواجد في ظروف قاسية و لم يجد من يهتم به و يراعيه و يحيطه بالقدر الكافي من الرعاية و حسن المعاملة فسيجد نفسه معرضا لأخطار جمة و أقلّها أن يطرح على قارعة الطريق فيحتاج إلى من يلتقطه ليعتني به و يرعاه .

هنا تواجد الشرع الحكيم ليرسم منهاجا قويما ليكفل حياة كريمة و مستقرة لتلك النفس البريئة و يرتّب لها حقوقا على من حولها من أفراد المجتمع فكان أولها وجوب التقاطه ثم سطّر بعد ذلك حقوقا لها تترى على من يتولى رعايتها و الحفاظ عليها وفق ضوابط شرعية و أحكام دقيقة بنيت على القدرة و حسن التعامل .

كما أنّ الظروف الاجتماعية و الاقتصادية و الثقافية التي يعيشها العديد من الناس اليوم من أهم الأسباب التي صنعت مآسي كثيرة كان ضحيتها الكثير من أفراد المجتمعات سواء الإسلامية أو غيرها ، و أفرزت ظواهر

مقدمة : **كفالة مجهول النسب قي الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري**

سلبية في تلك المجتمعات كان أهمها التشرد و الانحراف ... وانتشار الفواحش كالزنا و الاغتصاب .. و قد كان للجزائر نصيب منها نتيجة ما تعرضت له البلاد من كوارث متتابعة كان أشدّها العشرية السوداء تلك الفترة التي شردت و قتلت و انتهكت الأعراض و يتمت الأطفال ، و أفرزت للمجتمع المحافظ مخلوقا جديدا نعرفه اليوم بمجهول النسب سواء من أولاد الزنا و اللقطاء بسبب الاعتداء أو بسبب تفسخ الأخلاق لما تعرض له الشباب من غزو ثقافي ، و أولاد اللعان و له أسبابه المتعددة ، و قد صاحب تلك الظواهر الغريبة عن المجتمع نفور و حيرة في كيفية التعامل معهم و وفق أي منطق يمكن التصرف في ظل وجودهم كغرباء عن المجتمع ؟

وقع المجتمع في شد و جذب بين رافض منكر و بين متعاطف متأثر لوجود هذه الفئة من الأطفال على الرغم من الاتفاق الكامل بأن ذلك الطفل بريء من سلوك قام به الآباء من جهة و وضوح موقف الشريعة الإسلامية من جودهم و كيفية التعامل معهم باعتبارهم أصحاب حق لا يختلفون في ذلك عن بقية الأطفال العاديين إلا أن الفارق الجوهري الذي عمق الأزمة كون تلك الفئة لا نسب لها و لا تتمتع بنفس الجو الأسري و الدفء العاطفي مثل بقية الأطفال و لم تحض بالحضانة أو ميراث كبقية الأولاد من قرنائهم .

زيادة على ذلك أنّه لا فرق بين أهل العلم من الفقهاء في الشرائع السماوية و أهل العلم من واضعي القوانين الحديثة بأنّ للطفل حقوق شرعية كانت أو قانونية لابد من احترامها و تجسيدها على أرض الواقع و من بين ابسط تلك الحقوق ضرورة أن يكون الطفل في أسرة يتمتع فيها بكل حقوقه مثله مثل الأطفال الطبيعيين الذين ولدوا من آباء معلومين و بشكل شرعي أو قانوني و أن ينشئ بشكل يؤهله إلى أن يصبح في المستقبل إنسانا ايجابي .و بالنظر إلى أن الإسلام كان واضحا في كل تفاصيله نحو هؤلاء الأطفال مجهولي النسب بوضعه أحكام و ضوابط من شأنها تكفل لهم الحياة الكريمة و تجعل منهم أناس يفيدون و يستفيدون و بين حدود التعامل معهم و الكيفيات التي تضبط حقوقهم سواء على من تكفّل بهم أو على المجتمع عموما في التعامل معهم في إطار الاحترام كما حرص المشرعين في القوانين الوضعية بوضع الأحكام و الأطر القانونية التي تحميهم و تحافظ على حقوقهم ضمن جملة من الاتفاقيات الدولية كان الهدف منها صيانة و حماية الطفل بشكل عام و المحرومين بما فيهم مجهولي النسب بشكل خاص . و الجزائر واحدة من تلك الدول التي تعمل باهتمام كبير على تمكين تلك الحقوق وفقا لما جاء في الاتفاقيات الدولية بهذا الشأن و ذلك بسن القوانين المتعلقة بالطفل ضمن ما يعرف بالحماية القانونية للطفل على أن لا تخرج الإطار الذي رسمته الشريعة الإسلامية .

و بناء على ما سبق و رغم شح المراجع التي تطرقت بالتفصيل للموضوع إلا كأجزاء من بحوث أو عناوين صغيرة في كتب و نقص في الدراسات المتخصصة إلا أنّنا اخترنا الموضوع نظرا لأهميته و ارتباطه بالواقع المؤلم لوجود هذه الظاهرة في الجزائر من جهة ، و تسليط الضوء على الجانب الإنساني الذي تحمله هذه الدراسة من ناحية أخرى

و ما اختيارنا للموضوع إلا بدافعين اثنين :

الدافع الشخصي :

ـ نحن أمام فئة اجتماعية تعاني في صمت و لا تستطيع حتى معرفة أسباب القسوة التي تعيشها .

ـ حيرة و تساؤلات حول حقوق هؤلاء الأطفال مجهولي النسب و الغموض الذي يلف القوانين المتعلّقة بحقوقهم بشكل واضح و دقيق و لا نجد منها إلا إشارات هنا و هناك لا تكاد ترى .

ـ أهمية الموضوع من ناحية الشريعة الإسلامية و كذا القانونية و كونه واقعا اجتماعيا فرض نفسه يدفعان إلى الجدية في البحث و الإطلاع و معرفة كل ما قيل في الموضوع سوء من الناحية الشرعية أو القانونية و حتى العلمية

الدافع الموضوعي :

ـ ظهور و انتشار ظاهرة الأطفال مجهولي النسب و جملة التفسيرات الثقافية و الاجتماعية و الاقتصادية للموضوع

ـ قصور الأحكام الواردة في التشريعات الوضعية عموما و الجزائرية خصوصا حول الأحكام القانونية تفسيرا و تطبيقا بما يخص الأطفال مجهولي النسب و الغموض الواضح في تباين الاجتهادات بخصوص التطبيق للقانون .

ـ قصور في الجانب البحثي و الدراسي و العلاجي لوجود تلك الظواهر السلبية التي أفرزت فئة اجتماعية تعيش على الهامش و التي تعد قنبلة موقوتة تشكل خطرا كبيرا و ينذر بكارثة اجتماعية مستقبلا .

و مما سبق ذكره كانت الإشكالية كالآتي :

ـ من هم مجهولي النسب و ما هي أسباب وجودهم و ما الأحكام الشرعية و القانونية التي تخصهم ؟

ـ هل تعتبر الكفالة للقاصر حل جوهري لمشاكل مجهولي النسب ؟ ـ إلى أي مدى وفّق المشرع الجزائري في تثبيت مواد قانونية تحمي حقوق هؤلاء الأطفال ؟

و للإجابة على التساؤلات السابقة اعتمدنا في بحثنا هذا على **المنهج التحليلي** من جهة كون البحث يعتمد على دراسة جوانب الموضوع محاولين التدقيق في أسباب اختيار أهل العلم من الفقهاء في الشريعة الإسلامية أو المشرعين و المنظرين للقوانين الوضعية لأحكام معينة و ما مدى ملامستها أو معالجتها لواقع تلك الفئة .

كما اعتمدنا من جهة أخرى **المنهج المقارن** لأنّنا أمام أحكام شرعية و أخرى قانونية فأردنا من خلاله أن نعرف الفوارق الجوهرية بين ما جاءت به الشريعة الإسلامية من أحكام و ما اعتمده المشرع الجزائري من نصوص قانونية و أوجه التشابه و أوجه الاختلاف بينهما .

و للإجابة على ما ذكرناه سابقا سواء في الإشكالية أو المناهج العلمية المتّبعة في البحث قسمنا بحثنا إلى فصلين و قد ذكرنا في المقدّمة موضوع البحث و الدافع إليه ، و الإشكال و بناء على ما سبق قسمنا بحثنا إلى فصلين :

ـ الفصل الأول : أسباب وجود و أحكام مجهولي النسب في ظل الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري

ـ الفصل الثاني :كفالة مجهول النسب أركانها وشروط انعقادها آثارها وانقضائها في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري .

الفصل الأول

أسباب و أحكام وجود مجهولي النسب في ظل الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري

المبحث الأول : أسباب و أحكام وجود مجهولي النسب في الشريعة الإسلامية:

الأديان على اختلافها تدين جريمة الزنا و الاتصال خارج إطار الزواج الشرعي و تؤسس لذلك عقوبات ردعية تتفاوت تصل إلى حد القتل و هذا ما يبين عظم تلك الجريمة و ما ينتج عنها من اختلال في توازن الأسر و العلاقات الإنسانية ففي الإسلام نجد ذلك في الكتاب و السنة النبوية

ـ **قال الله تعالى : (ولا تَقْرَبُوا الزِّنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلاً)** 1

و قال سبحانه (والذين لا يدْعونَ مع اللَّه إِلَهاً آخر ولا يقْتلُونَ النَّفْس الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلا بِالْحَقِّ ولا يزْنُونَ ومن يفْعلْ ذَلك يلْقَ آثاما)2 .

وقال ﷺ : **(إذا زنى العبد خرج منه الإيمان، فكان على رأسه كالظلّة، فإذا أقلع رجع إليه)**

و قال أيضا : (لا تزال أمتي بخير ما لم يفش فيهم ولد الزنا، فإذا فشا فيهم ولد الزنا؛ فأوشك أن يعمهم الله بعذاب)

أما في المسيحية قال المسيح: (قد سمعتم انه قيل للقدماء: لا تزن، وأما أنا أقول لكم : إن كل من ينظر إلى امرأة ليشتهيها، فقد زنى بها في قلبه) (متى 5 :27-28) أما إذا باشر العلاقة فيقتل

و جاء في اليهودية :(إذا اضطجع رجل مع امرأة طامث و كشف عورتها عرى ينبوعها و كشفت هي ينبوع دمها يقطعان كلاهما من شعبهما) سفراللأويين20 /10 ـ 18.

هناك توافق تام بين الديانات السماوية الثلاث على تشديد عقوبة الزنا مع وجود فوارق بسيطة .

تعريف الزنا لغة و شرعا :

ـ **الزّنا لغة** :الزنا في اللغة العربية هو مصدر: زنى، ويزني، وزنا، بالألف الممدودة هي من لغة نجد أما زنى بالألف المقصورة فهي من لغة الحجاز، و له العديد من المعاني، من أشهرها المباشرة المحرَّمة شرعا، وأصل الزنا الشعور بالضيق و الشدّة ،كما يطلق أيضاً على الصعود مطلقا على شيء ما .

ـ **الزنا شرعا** : جاء على عدّة تعريفات : فالشافعية تعرفه على أنّه وطء مكلّف و متعمد و يعلمون تحريمه من قبل محرم لعينه المشتهى طبعاً ، مع الخلو من الشبهة .

أما المالكية فتراه انتهاك الفرج المحرم بالوطء المحرم من غير تمليك و لا حتى شبهة تمليك . غير أن الحنابلة فقد عرفوه بأنّه تغييب حشفة رجل بالغ عاقل في أحد الفرجين ، و ذلك ممن لا عصمة بينهما و لا شبهة .

أما فيما يخص أسباب وجود مجهول النسب على عمومهم يمكن أن نفرق بين أمرين : أنّ هناك ظروف عامة تشمل كل أشكال مجهولي النسب دون استثناء كما يوجد حالات بكل حالة تدفع إلى وجوده و لهذا

---

1 ـ قرآن كريم سورة الإسراء الآية 36

2 ـ قرآن كريم سورة الفرقان الآية 68

سنتطرق إلى معرفة العوامل العامة المشتركة :

1 ـ شدة الحاجة و الفقر : قد تقوم الأم أو زوجها أو هما معا بترك ابنهما في مكان ما أمام مسجد أو محل معين أو ... قصد أن يلتقطه من سيقوم برعايته و تربيته و كأنّه أحد أولاده جاهلين ما سيتعرض له الابن مستقبلا من وحدة و ضياع نتيجة الفراغ العاطفي و النفسي الذي لا يأخذه الولد إلا من أبويه ، تلك العاطفة التي تسهم في تكوينه العقلي السليم . قال رسول الله ﷺ : " **كفى المرء إثما أن يضيع من يقوت** " 1 و كما قال أيضا : " **كلّكم راع و كلّكم مسؤول عن رعيته** ..." و ذكر في ذلك الرجل راع في أهله و هو مسؤول عمن استرعى ، و جاهلين أنّ الله تعالى هو المتكفّل برزق العبد و هذا من أساس العقيدة الإسلامية في قوله تعالى : " **و ما من دابة في الأرض إلا على الله رزقها و يعلم مستقرها و مستودعها كل في كتاب مبين** " 2 .

و قد حرص الإسلام حرصا كبيرا على لزوم النفقة على الأهل بل اعتبرها من أعظم الصدقات , عن أبي هريرة رضي الله عنه ـ قال : قال رسول الله ـ صلى الله عليه و سلم ـ : " **دينارا أفقته في سبيل الله , و دينار أنفقته في رقبة , و دينار تصدّقت به على مسكين , و دينار أنفقته على أهلك , أعظمها أجرا الذي أنفقته على أهلك** "3 ، فالفقر أحيانا يدفع إلى ارتكاب الفواحش و المعاصي التي تؤدي إلى وجود نتائج يعمل مرتكبيها إلى إزالة آثارها فيرمون أطفالهم إلى الشارع خوفا من تبعاتها و خاصة الاجتماعية .

كما يمتدّ الأمر إلى أن يكون تخلي الوالدان عن ابنهما بمقابل مالي لسد نفقة بقية العيال أو تنازلا منهما دون مقابل ، أو لعلّه نوع من المتاجرة و هو الأمر الشائع في بعض بلدان شرق آسيا ، غير أن الإسلام أوجد الحلول لتلك الظواهر بآداء الزكاة إلى مستحقيها أو بالترغيب في الصدقات جبرا لحاجة هؤلاء أو كما كان مفعولا به في بلاد المسلمين سابقا من وجود بيت مال للمسلمين تتكفّل بالمعوزين و أولوا الضرر من أفراد الأمة و أهل الذّمة . و سدا لباب الذرائع أمامهم في ارتكاب الجرائم و منها جريمة التخلّي عن العيال .

2 ـ السرقة و الاختطاف و الضياع : كثيرا ما يختطف الولد من الشارع أو يسرق من البيت أو المستشفى و هو ما يحصل في بعض الأحيان من أجل بيعه لمن لا ينجب أطفالا او قصد المتاجرة بأعضائه و هذه جرائم نسمع بها اليوم و يمكن أن يخرج الصغير من البيت هائما ، فيلتقطه شخص و يكفله و يقوم برعايته و تربيته .

و حين تتكلّم عن السرقة و الاختطاف قد يكونان من أقرباء كالحرمان من الحضانة أو بدافع الانتقام من شخص كما يمكن أن تكون من أناس غرباء لأسباب عدّة منها تجارة الأعضاء البشرية أو قصد العمالة القسرية أو القتل لأسباب عرقية أو دينية ...الخ .

---

1 ـ رواه أبو داود في سنن أبي داود باب (صلة الرحم) ط1 ، وزارة الشؤون الإسلامية السعودية 1999 الحديث رقم 1694 ج1 /ص469 .

2 ـ قرآن كريم سورة هود الآية 06

3 ـ رواه مسلم : الجامع الصحيح باب فضل النفقة على العيال: دار طيبة 2006م مج2 , مج 3 ص 3398

3 ـ الكوارث و الحروب و الاضطهاد : حين وقوع الاضطهاد أو الحرب يعمد الناس إلى الانتقال بسرعة نتيجة الهلع الشديد من جراء ما يتعرضون إليه من قصف و تدمير للممتلكات أو ذبح و تنكيل قد تكون بدافع التصفيات العرقية أو الطائفية مما تتسبب في قتل الأبرياء بما فيهم الآباء و الأمهات مما يتسبب في بقاء الأطفال دون وجود من يكفلهم أو يحميهم الأمر الذي يجعلهم عرضة للضياع و فيهم من لا يعرف اسمه أو نسبه و الأمر ذاته يحدث حين وقوع الكوارث الطبيعية من زلازل و براكين و فيضانات ... باعتبارها عوامل تدمير و موت تنهي حياة الكثير من الناس و تعرض الأبناء إلى الانفصال عن والديهم فيجدون أنفسهم في دور الأيتام أو الملاجئ كحل لا مناص منه .

المطلب الأول : ابن الزنا :

الفرع الأول : حالات وجود ابن الزنا في نظر الشريعة الإسلامية :

إن ظاهرة الإنجاب خارج إطار الزواج موجودة في كل دول العالم دون استثناء ز مستمرة بل تزداد نسبة ارتفاعها في ظل الانحلال الأخلاقي الذي يشهده العالم اليوم ، فمثلا نسبة الأطفال الموجودين في دول الاتحاد الأوربي المولودين خارج إطار الزواج سنة 2000 لم يتعدى15% ليقفز إلى 43% سنة 2016

أما الدول العربية والإسلامية، فيطلق على هؤلاء الأطفال تسمية "أولاد زنا باعتبارهم نتاج علاقة "غير شرعية " يطلق عليها أيضا اسم "السفاح" . و الشريعة الإسلامية لا تحمل هذه الفئة وزر آبائهم بل شجعت على كفالتهم و الإحسان إليهم غير أنّها منعتهم من حق النسب و الارث إلا في حدود ضيقة فولد الزنا لا ينتسب أو يرث إلا من أمه و هي ترثه .

كما حارب الفقهاء كل أنواع التعامل غير المحمود مع هؤلاء تحت أي شكل أو ذريعة سواء بالقول أو الفعل حفاظا على كرامتهم الإنسانية , كما صححوا تلك المفاهيم المغلوطة عن الإسلام و خاصة تلك الأحاديث الموضوعة أو الضعيفة التي تحرض على الاعتداء أو المساس بتك الفئة من الناس .(ويشيع عند بعض الجهال مفهوم سيئ عن ولد الزنا وينظرون إليه نظرة دونية في المجتمع ويروون في ذمه أخبار وأن الصلاة لا تصح خلفه في الدنيا وأنه متوعد في الآخرة ويرتبون على ذلك أحكام في التعامل معه وعند النظر في دلالات الكتاب والسنة يتبين أن هذا الموقف خاطئ وأن هذه النظرة جاهلية موافقة لما كان عليه أهل الجاهلية في استهجان ولد الزنا وذمه وتعييره ونبذه في المجتمع)1 .

1 ـ الشيخ خالد بن سعود البليهد ـ موقع صفحة " صيد الفوائد " (كرامة ابن الزنا في الإسلام) 1438/06/28
http://www.saaid.net/Doat/binbulihed/311.htm

و لارتكاب جريمة الزنا و ما ينتج عنها أسباب كثيرة و دوافع متعددة كان أهمها :

أولا الافتقار إلى الوازع الديني : البعد عن الدين و يعد المحفّز الأول للوقوع في معصية الزنا فقد جاء عن النبي ﷺ : (**كُتِبَ عَلَى ابْنِ آدَمَ نَصِيبُهُ مِنَ الزِّنَى مُدْرِكٌ ذَلِكَ لاَ مَحَالَةَ؛ فَالْعَيْنَانِ زِنَاهُمَا النَّظَرُ، وَالأُذُنَانِ زِنَاهُمَا الاسْتِمَاعُ ، واللِّسَانُ زِنَاهُ الْكَلاَمُ، وَالْيَدُ زِنَاهَا الْبَطْشُ، وَالرِّجْلُ زِنَاهَا الْخُطَا ، وَالْقَلْبُ يَهْوَى وَيَتَمَنَّى وَيُصَدِّقُ ذَلِكَ الْفَرْجُ وَيُكَذِّبُهُ**)1 .

خلق الله الإنسان مَن جَسد و روح . لَكن في غالب الأحيان يهتم الإنسان بجسده على حساب روحه فنجده مهتما بأكله الصحي و مشربه و كل شهواته بينما لا يهتم بغذاء روحه ، تلك الروح التي تدفعه إلى إصلاح نفسه و فعل الخير و تقربه من الله تعالى بكل أنواع الطاعات من فرائض أو شعائر يقوم بتأديتها مرارا تلك الطاعات التي تعدّ دروعا واقية من الوقوع في المحرمات و الآثام هذا من جهة و من جهة أخرى عدم الاهتمام بمعرفة الدين و الاستزادة من العلوم الشرعية كما كان يفعل السلف الصالح مقارنة بما نحن عليه اليوم فالفرق كبير ، فقد جاء عن الرسول ﷺ : (**من يرد الله به خيرا يفقّهه في الدين**) 2

ثانيا الاختلاط المحرم شرعا : نظرا للاختلاط الكبير بين الرجال و النساء في الأماكن المتعددة سواء في الأسواق أو المؤسسات العامة و الخاصة و المراكز التجارية بحجة التبضع و ذلك الاختلاط دون وجود محارم من شأنه يؤجج الشهوات و يدفع إلى السقوط في فاحشة الزنا .

أو هو اجتماع الرجال بالنساء غير المحارم في مكان واحد , يمكنهم فيه الاتصال فيما بينهم بالنظر , أو الإشارة , أو الكلام , أو البدن من غير حائل أو مانع يدفع الريبة والفساد"3 يقول الله تعالى : (**واللَّه يريد أَنْ يتوب عَلَيْكُمْ ويريدُ الذين يتَّبعونَ الشَّهَوات أَنْ تَميلُوا مَيْلًا عظيما * يُريدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وخُلِقَ الْإِنْسانُ ضَعيفًا**)4 . ناهيك عما نشاهده و نسمعه عن الخلوة بأي سبب كانت تمهيدا للوقوع في الفاحشة و هذا أصبح أمرا مألوفا اليوم بين الطلاب و الطالبات أو الموظفون والموظفات تحت حجة الزمالة و حسن الظن

ثالثا : إطلاق البصر: مما يجر على الإنسان ويلات الإثم و الوقوع فيما أمر الله بالابتعاد عنه و أوله الزنا ألا و هو إطلاق العنان للعينين بالنظر إلى ما أوجب الله عدم رؤيته و تحاشي النظر إليه حفاظا على النفس و ووقاية لها من الوقوع ما نهى الله عنه قال تعالى : (**قُل لِّلْمُؤْمنينَ يَغُضُّوا منْ أَبْصَارهم وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلكَ أَزْكَى لَهُمْ إنَّ اللَّه خَبيرٌ بمَا يَصْنَعُون**)5 و حتى الآية التي تليها . "والمراد من غض البصر، عدم استخدام النظر فيما حرمه الله ، لأنّ غض البصر زيادة في الإيمان، و ربطه الله في الآية بالحفظ من الزنا .

1 – رواه مسلم، في صحيح مسلم، عن أبو هريرة ، الصفحة أو الرقم :2657، صحيح
2 – محمد بن اسماعيل البخاري . صحصح البخاري , كتاب العلم , باب من يرد الله به خيرا ... / الحديث رقم 71
3 – شحاته صقر الكتاب: الاختلاط بين الرجال والنساء . دار اليسر الطبعة: الأولى، 1432 هـ - 2011 م الجزء 1, ص 64
4 – سورة النساء الآية 27
5 – سورة النور الآية 30

فإطلاق البصر يؤدي إلى الوقوع في الزنا، فمن التزم بأمر الله حاز على الأجر والثواب، ومن عصاه وقع فيما حرمه الله ونهاه عنه" 1 .كما يدخل في هذا الباب كل من النظر إلى الأفلام و الصور المحرمة بالإضافة إلى سماع الأغاني الشبابية التي تثير الشهوة و تفسد القلب فالأمر يبتدئ بالنظرة ثم الخطرة ثم الخطوة ثم الخطيئة .

رابعا : الامتناع عن الزواج : شرع الله الزواج كسبيل للوقاية من الوقوع في الزنا فالزواج حصن المسلم فبه تعف النفس و تستقيم و يكون لها حصن مانع من طلب شهوة في معصية " كون الزواج عند عامة الفقهاء فرضاً إذا تيقن الإنسان الوقوع في الزنا لو لم يتزوج، وكان قادراً على نفقات الزواج من مهر ونفقة الزوجة، وحقوق الزواج الشرعية ولم يستطع الاحتراز عن الوقوع في الفاحشة بالصوم ونحوه؛ لأنه يلزمه إعفاف نفسه وصونها عن الحرام، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، وطريقه الزواج" 2 . .ولا فرق بين الفرضية والوجوب عند الجمهور

وقد يكون هناك أسباب أخرى تؤدي إلى العزوف عن الزواج و منها عامل الدراسة و العامل المادي و هو أهمها كما للعامل الثقافي و الاجتماعي دور في العزوف عن الزواج , فحينما يتابع الشباب مشكلات الزواج و قضايا الطلاق تنفر نفسه من فكرة الزواج فتجده من باب الاحتياط يعزف عن الزواج .

خامسا : التبرج و السفور : عندما فرض الله تعالى الحجاب أو الجلباب كان لحكمة و هو أدرى بشؤون خلقه من أنفسهم , فقد فرض على المرأة المسلمة التستر قولا فعلا فالحجاب يجعل المسلمة في منئ عن الفتنة . وانتشار التبرُّج وإظهار المفاتن سبب للوقوع في الحرام مثل الزنا وغيره . لهذا شرع الله تعالى الحجاب ليزيل أسباب الرذيلة و يقطع الطريق أمام الفتنة قال الله تعالى : **(يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَاجِكَ وَبَنَاتِكَ وَنِسَاءِ الْمُؤْمِنِينَ يُدْنِينَ عَلَيْهِنَّ مِن جَلَابِيبِهِنَّ ذَلِكَ أَدْنَى أَن يُعْرَفْنَ فَلَا يُؤْذَيْنَ وَكَانَ اللهُ غَفُورًا رَّحِيمًا)** 3

سادسَا : الخَلوة بالمَرآة الأجنبيةَ : إنّ انعزال الرجل بالمرأة في مكان خال من العقلاء بعيَدا عن أعين الناس يعتبر في حد ذ اته من أعظم الخطايا إلا أن تكون محرما و قد بين الله تعالى في كتابه النساء اللواتي هن محرما للرجل دائما و مؤقتا و منهن بالنسب أو المصاهرة . وعن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال :(لا يخلون رجل بامرأة إلا مع ذي محرم) وقال صلى الله عليه وسلم :**(ألا لا يخلون رجل بامرأة إلا كان ثالثهما الشيطان)**4 .

---

1 ـ الشيخ محمد إبراهيم الحمد الناشر: الكتاب منشور على موقع وزارة الأوقاف السعودية دروس رمضان، صفحة 128. بتصرف

2 ـ أ. د. وهبَة بن مصطفى الزُّحَيلي، كتاب الفقه الإسلامي وأدلته , دار الفكر سوريا دمشق ط 12 , ج 9 , صفحة .6515

3 ـ سورة الأحزاب ، آية : 59

4 ـ رواه أحمد 1/ 18، والترمذي في كتاب الفتن، باب ما جاء في لزوم الجماعة 4/ 465 (2165) وهذا لفظه، والنسائي في السنن الكبرى 5/ 387 (9219)، وصححه ابن حبان 10/ 436 (4576)، و15/ 122 (6728)، والضياء في الأحاديث المختارة 1/ 192/191

الفرع الثاني : أحكامه في الشريعة الإسلامية :

جرت العادة إلى رؤية ابن الزنا في المجتمعات الإسلامية بنظرة احتقار و يعتبرونه موضع ذنب أو شر و لا يحبذون مخالطته أو التعامل معه و بما أن الإسلام دين رحمة و عدل و مساواة تختلف رؤيته لهذا الإنسان الذي تبرؤه من فعل محرم كان سبب في وجوده و لم تؤاخذه بما فعل أبواه قال الله تعالى (**و لا تكسب كل نفس إلا عليها و لا تزر وازرة وزر أخرى**)1 , و جاء في تفسير بن كثير في الآية قوله " إنّ النفوس إنّما تجازى بأعمالها إن خير فخير و إن شر فشر , و أنّه لا يحمل من خطيئة أحد على احد , و هذا من عدله تعالى " 2.

فكيف يسأل أو يتهم شخص بجناية ارتكبها غيره ؟ فلذلك جعله الإسلام محل عناية و أوجب احترامه من طرف مجتمعه و على الدولة الإسلامية في واقعها و قوانينها أن تحميه من الاعتداء فتعاقب كل من يعترض له بسوء كما يجب من الناحية الدينية و الإنسانية أن يكون المجتمع هو الأب و الأخ و الصديق فيحسن معاملته و تربيته و يحفظ كرامته و يهيئه إلى أن يكون إنسانا ايجابيا . " ويسهم في بناء مجتمعه ليصل بكفاءته و قدرته أرقى المناصب في الدولة و الإدارة و لا يؤثر نسبه إيجابا و لا سلبا في الشرع الإسلامي و المجتمع الإسلامي في الدنيا كما لا يؤثر كذلك عليه في الدار الآخرة فمقياس التفاضل في هذا الدين التقوى"3 . غير الكثير من الناس أخذ بعض أحاديث النبي صلى الله عليه و سلّم التي ساء تفسيرها و فهمها و ضعها في سياقها الحقيقي على أنّها وليجة للاعتداء على ولد الزنا و الحط من كرامته , فقد ارتكز هؤلاء على حديثي النبي ﷺ في قوله (**ولد الزنا شر الثلاثة**) و عن ابن هريرة و قوله (**لأن أمتع بسوط في سبيل الله أحب إلي من أن أعتق ولد زنية**) و هذان الحديثان بشهادة عائشة رضي الله عنها لما بلغها ما روى أبو هريرة قالت رحم الله أبا هريرة أساء سمعا فأساء إجابة , إنّما نزلت (**فلا اقتحم العقبة , وما أدراك ما العقبة , فك رقبة ..**)4, **قيل يا رسول الله ما عندنا ما نعتق إلا أنّ احدنا له جارية السوداء تخدمه فلو أمرناهن فزنين فجئن بأولاد فأعتقناهم فقال** ﷺ **لأن أمتع بسوط في سبيل الله أحب إلي أن آمر بالزنا ثم أعتق الولد , أما قوله ولد الزنا شر الثلاثة فكان في أحد المنافقين في المدينة يؤذي رسول الله عليه فقال" من يعذرني من فلان قيل : يا رسول الله إنّه مع ما به ولد زنا فقال : "هو شر الثلاثة إذا عمل بعمل أبويه** "5 . فكان الحديث لإنسان بعينه .

---

1 ـ سورة الأنعام/ الآية 164

2 ـ إسماعيل بن كثير الدمشقي ت (774هـ) , تفسير القرآن العظيم (تفسير بن كثير) , مؤسسة قرطبة مصر 2000/ 1421ج6 ص 252

3 ـ أبو فارس محمد عبد القادر : تحديد النسل و الإجهاض في الإسلام (ج1) دار النشر جهينة عمان ط 1 سنة 2003 /1424 ص125

4 ـ سورة البلد / الآية 11 , 12

5 ـ الإمام أحمد بن حنبل ت (241هـ) مسند الإمام أحمد ,الناشر : دار الحديث , القاهرة ط1 . 1416/1995 , ص 428

6 ـ العظيم آبادي محمد شمس الحق توفي (1310هـ) ,عون المعبود شرح سنن أبي داود,الناشر:المكتبة السلفية المدينة المنورة 1969 ج10 ص50

أما في حديث أبو هريرة قوله قال رسول الله ﷺ (**لا يدخل ولد زنية الجنّة و في رواية لا يدخل الجنّة ولد زنا**)1 . فالمراد منه تحقق بالزنا و عرف به حتى صار غالبا عليه فاستحق أن يكون منسوبا إليه فيقال هو ابن له , كما ينسب المتحققون بالدنيا فيقال بنو الدنيا و يقال للمسافر ابن السبيل ..2 .

مع أن الإسلام حرم الزنا , و أوصى بعدم الاقتراب منه , غير أنه في معاملته لإبن الزنا كان أكثر إنسانية و عدالة من أولائك الذين يرتكبون جريمة الزنا علنا , و يفتحون كل الأبواب المؤدية إليه . فالإسلام يحافظ على حياته و فسح المجال له في الحياة الاجتماعية الكريمة و لا يحمله تبعة أبويه . أما الذين يستبيحون الزنا من غير المسلمين فإنّهم أكثر قسوة و غلظة في معاملتهم لهذا المولود البريء فهم يحملونه تبعات الإثم و الخطيئة و يتركونه للإجهاض و الهلاك . فإذا أفلت من الموت بسبب الإجهاض و قدّر له أن يحيا قذف إلى حياة الملاجئ و الضياع 3 .

بالر غم من وجود حالات مشابهة لابن الزنا إلا أنه يتميز عن تلك الحالات فقد عرفه الزحيلي في قوله : " ولد لزنا هو الولد الذي أتت به أمه من طريق غير شرعي , أو ثمرة علاقة محرمة " 4 .

و كما جاء في الموسوعة الفقهية تعريف لولد الزنا : هو الولد الذي تأتي به أمه نتيجة ارتكاب الفاحشة و في موضع آخر : هو الولد الذي تأتي به أمه من سفاح لا من نكاح 5

فهو يختلف عن باقي الحالات المشابهة من ولد الملاعنة أو اللقيط أو ولد الشبهة ...الخ سواء في أساس تكوينه أو ظرف و طريق مجيئه للحياة .

و مع ما يحيط بابن الزنا من ازدراء اجتماعي و ما ينتظره من حياة صعبة إلا أنّ الاسلام لم يبح التخلّص منه بعد تكوينه في بطن أمه .

اتفق العلماء على حرمة الإجهاض بعد نفخ الروح و لو حرص الأبوان أو الأم الزانية على ذلك لحرمة قتل النفس لقوله تعالى : (**و لا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق**)6 ففي الفقه المالكي جاء عن الفقيه ابن جزي في قوانينه الفقهية قال " و إذا قبض الرحم المني لم يجز التعرض له , و أشد من ذلك إذا نفخ فيه الروح فإنّه قتل نفس إجماعا "7 و يستثنى الحكم حالة الضرورة كما يكون من خلال الحكم بالتشخيص

---

1 ـ النسائي أحمد بن شعيب ت (303هـ) السنن الكبرى , الناشر : مؤسسة الرسالة بيروت , لبنان ط 1 ,1995/1416ج5 ص 19.

2 ـ الطحاوي أبو جعفر أحمد بن محمد سلامة الطحاوي(321هـ) شرح مشكل الآثار. مؤسسة الرسالة , بيروت ط1 1994/1415 ج2 ص 372 .

3 ـ الخطيب : أم كلثوم يحي الخطيب : قضية تحديد النسل في الشريعة الإسلامية . دار السعودية ,جدة ط3 1984م , ص 171 .

4 ـ أ. د. وهبة بن مصطفى الزُّحَيلي، المرجع نفسه , ط 2 , ج8 ص 430 .

5 ـ وزارة الأوقاف الإسلامية الكويت : الموسوعة الفقهية . مؤسسة ذات السلاسل الكويت ط2 1983/1402 ج3 ص 70 .

6 ـ سورة الأنعام الآية 151

7 ـ أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي: القوانين الفقهية(بدون طبعة أو تاريخ): دار الكتب العلمية بيروت , لبنان ص 141.

الطبي و فيه خطرا بينا على حياة الأم . و أنّه الطريق الوحيد لإنقاذ حياتها بالتخلّص من الجنين فإنّه يجوز في هذه الحالة إخراجه عملا بقاعدة الضرورات تبيح المحظورات لأنّ حياة الأم ثابتة و حياة الجنين محتملة و أكثر ما يموت الجنين بموت الأم .

و قد اختلف العلماء في جواز الإجهاض قبل نفخ الروح أي قبل بلوغ المائة و العشرون يوما في بطن الأم

1 ـ فالحنفية فعلى عمومهم يبيحون إسقاط الجنين قبل نفخ الروح . فيقول ابن عابدين : " يباح إسقاط الولد قبل أربعة أشهر ما لم يتخلّق منه شيء و لن يكون ذلك إلا بعد مائة و عشرين يوما " 1 . و يقول صاحب البناية : " لا يجوز التعرض للجنين إذا استبان بعض خلقه , فإذا تميز عن العلقة و الدم أصبح نفسا , أما لم يستبن شيء من خلقه فلا شيء عليها " 2

2 ـ عند المالكية قولان :

القول الأول: يحرم الإجهاض منذ أول التلقيح بمجرد وصول ما الرجل رحم المرأة , فإنّه يحرم التعرض له أو إخراجه كما ذكر ابن جزي في قوانينه 3

القول الثاني : يحرم الإجهاض بعد أربعين يوما باتفاق , و يكره قبل الأربعين عند بعض المالكية .

جاء عن الإمام الخرشي المالكي جواز الإسقاط قبل الأربعين الأولى مع الكراهة فقال : " لا يجوز للمرأة أن تفعل ما يسقط ما في بطنها و كذا لا يجوز للزوج فعل ذلك ,و قيل يكره قبل الأربعين للمرأة شرب ما يسقطه إن رضي الزوج بذلك .

3 ـ عند الشافعية قولان :

القول الأول : يجوز الإسقاط قبل نفخ الروح . و ممن قال بذلك شهاب الدين القليوبي في حاشيته حيث قال :" نعم يجوز إلقاؤه و لو بدواء قبل النفخ فيه خلافا للغزالي 4

القول الثاني : لا يجوز إسقاط الجنين منذ لحظة العلوق في الرحم .و إلى هذا ذهب الغزالي فقال " و ليس هذا (العزل) كالإجهاض و الوأد , لأنّ ذلك جناية على موجود حاصل , وله أيضا مراتب و أول مراتب الوجود أن تقع النطفة في رحم المرأة و تختلط بماء المرأة و تستعد لقبول الحياة و إفساد ذلك جناية فإن صارت مضغة و علقة كانت جناية أفحش , و إن نفخ فيه الروح و استوت الخلقة ازدادت تفاحشا , و منتهى التفاحش في الجناية بعد الانفصال حيا " 5

---

1 ـ محمد بن أمين بن عمر ابن عابدين الحنفي :رد المحتار على الدر المختار ط2 ، دار الفكر بيروت 1992/1412، ج4 / ص 336

2 ـ أبو محمد محمود بن موسى العيني الحنفي :البناية في شرح الهداية، ط1 دار الكتب العلمية 2000/1420 ، ج12 /ص281 .

3 ـ ابن جزي : المرجع نفسه ص 141 .

4 ـ أحمد ابن أحمد سلامة القليوبي و أحمد البرلسي عميرة :حاشيتا قليوبي و عميرة : دار إحياء الكتب العربية مصر ج4/ص 160 .

5 ـ الغزالي : أبو حامد محمد بن محمد الغزالي ت(505هـ) إحياء علوم الدين(بدون طبعة أو تاريخ) دار الرشاد الحديثة ج2/ ص 151

4 ـ عند الحنابلة : يبيحون الإجهاض قبل نفخ الروح .

جاء في نيل المآرب " يجوز للرجل شرب دواء مباح لا محرم يمنع الجماع و للأنثى شربه لإلقاء نطفة " 1

و قال صاحب المغني : " و إن ألقت مضغة فشهد ثقات من القوابل أن فيه صورة خفية , ففيه غرة , و إن شهدن أنّه مبتدأ خلق آدمي لو بقي تصور , ففيه وجهان , أصحهما لا شيء فيه لأنّه لم يتصور فلم يجب فيه كالعلقة " 2 .

5 ـ أما ابن حزم الظاهري فذهب إلى حرمة إسقاط الجنين قبل النفخ و بعده و تترتب العقوبة على من شربت دواء فأسقطت ما في بطنها قبل نفخ الروح .

جاء في المحلى : " إنّ كان لم ينفخ فيه الروح فالغرة عليها , و إن كان نفخ فيه لروح فإنّ كانت تعمد قتله فالغرة على عاقلتها و الكفارة عليها , و إن كانت عمدت قتله , فالقود عليها أو المفادة في مالها " 3

و من خلال ما سبق من أقوال العلماء من سلف الأمة نجد أنهم يتكلّمون عن الإجهاض بشكل عام و لم يفرقوا بين الإجهاض لحمل صحيح و الذي حما من علاقة غير شرعية فلا يوجد في كتب الفقه على تعدّدها بيانا صريحا لحكم إسقاط الحمل الناتج عن زنا إلا في حالات ضيقة كما ورد عن الإمام الرملي فقد فرق في كتابه نهاية المحتاج عند كلامه عن الإجهاض بين حمل نشأ من نكاح , و حمل نشأ من زنا و لم يفصل في ذلك . حيث يقول " لو كانت نطفة من زنى فقد يتخيل الجواز قبل نفخ الروح " 4 .

و من ينظر في قول الإمام الرملي فلا يستشف من قوله الجواز المطلق للإسقاط .

كما ورد في حاشية الشيخ العدوي يبين حرمة الإجهاض قبل الأربعين و لو كان الحمل من زنا إلا لضرورة فقال " ولا يجوز للمرأة أن تفعل ما يسقط ما ببطنها من الجنين و لو من ماء زنا " 5 .

رأي بعض العلماء المعاصرين :

1 ـ يرى الشيخ سعيد رمضان البوطي رحمه الله " إنّ الجنين يملك حق الحياة منذ أن يتم العلوق , و لا يمنعه من أن ينال حقّه شيء و لا يضره في ذلك ما اقترفه الأبوان من إثم و يضيف هذان الأبوان أو الأم إلى الوزر الذي ارتكباه في اقترافهما الفاحشة , إثم آخر هو استلاب الجنين البريء حقا ملّكه الله إياه , ألا و هو حق الحياة فلا يجوز أن يسلب منه بحال من الأحوال , في سبيل أن تزيل الأم أو هي و شريكها آثار جريمتهما"6

---

1 ـ ابن أبي تغلب : عبد القادر بن عمر الشيباني : ت (1135هـ) نيل المآرب بشرح دليل الطالب ط1. مكتبة الفلاح الكويت . 1983 ج1/ص111 .

2 ـ ابن قدامة: عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي : المغني و الشرح الكبير ,مطبعة المنار 1347هـ , ج6 / ص 318

3 ـ ابن حزم: أبو محمد علي بن حزم الأندلسي :ت 456هـ : المحلى بالآثار (دون طبعة أو تاريخ) دار الفكر بيروت ,ج11/ ص 31 .

4 ـ شمس الدين محمد بن شهاب الدين الرملي: نهاية المحتاج (دون طبعة) دار الفكر بيروت1984/1404, ج 8 /ص 442 .

5 ـ العدوي : علي بن أحمد العدوي : حاشية الشيخ العدوي على مختصر خليل (دون طبعة و تاريخ), دار صادر . بيروت ج3 / ص 225 .

6 ـ الشيخ سعيد رمضان البوطي : مسألة تحديد النسل ط4. دار النشر مكتبة الفارابي , دمشق , ,1988م / ص 174, 175 .

و في قصة الغامدية منعها النبي ﷺ أن تجهض نفسها أو من يفعل ذلك بها فامتنع بإقامة الحد عليها حتى تلد ثم حتى تفطم وليدها كل ذلك رحمة به . و هذا ما يعكس مدى اهتمام الشريعة الإسلامية بحق الجنين في الحياة و لو كان من زنا .

2 ـ يقول الشيخ القرضاوي:" إذا كان الاسلام قد أباح للمسلم أن يمنع الحمل لضرورات تقتضي ذلك , فلم يبح أن يجني على الحمل بعد أن يكون فعلا ,ولو جاء من طريق حرام بالاضافة إلى أنّ الجنين لا ذنب له " 1

3 ـ يقول الدكتور أبو فارس : " ولد الزنا يحرم قتله و جنين الزنا يحرم قتله ... و المحافظة على شرف المرأة و شرف أهلها لا يكون بقتل الجنين البريء و الاعتداء على حياته و إنّما بتحري أحكام الشرع و تطبيقها ...و من قال بجواز إسقاط الجنين لضرورة , قد اخذ برخصة شرعية . و من المعلوم أن الزنا معصية , و من المقرر شرعا أن الرخص لا تنال بالمعاصي " 2

نفهم من ذلك أن الحجج التي يتكل عليها الزناة في اسقاط الجنين المتكون من ماء الزنا سواء في الحفاظ على الشرف أو خوفا على مستقبل الجنين اجتماعيا أو غيرها لا أساس لها من الصحة و القول بجواز ذلك متناقض مع قاعدة سد الذرائع فقد يكون نشوء الحمل ذريعة أمام المرأة عقبة في ارتكاب الفاحشة و القول بإباحة إسقاطه إنّما هو تسهيل لفعل الفاحشة ثم الانسلاخ من تبعاتها فيكون بذلك الأقرب إلى الصواب تحريم إسقاط ولد الزنا و هو جنين .

عرفنا من خلال ما تقدّم ذكره أن الاسلام من رحمته و عدله لا يفرق بين الناس إلا بالتقوى و العمل الصالح و لا يحمل إنسان بجريرة إنسان آخر و هذا ما أوصى به لابن الزنا لكونه لا ذنب له في معصية ارتكبها أبواه , فلا يجب أن ننظر إليه نظرة احتقار أو ريبة بل ينبغي معاملته كصاحب النسب فهذا من شأنه يعينه على الصلاح . و حظوظه في الاسلام كثيرة نقول منها :

1 ـ الجواز بصحة إمامة ولد الزنا شرعا عند عدم وجود غيره أو ولد الرشدة 3 و في ذلك أقوال :

* تجوز إمامته دون كراهة و هو ما يراه الحنابلة شرط أن يكون مرضيا و توفرت فيه أهلية للإمامة .و قد اعتمد أصحاب هذا الرأي على قوله تعالى : " **إنّ أكرمكم عند اللّهَ أتقاكم** " 4 و على حديثه ﷺ : "**يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله** "و قوله : "**صلوا خلف من يقول : لا إله إلا الله** " 5

* تجوز إمامته مع الكراهة و هذا ما ذهب إليه الحنفية و بعض الشافعية و استدلوا على أنّها ستؤدي الى تقليل الجماعة و لعدم وجود من أدبه و في تقديمه تنفير للجماعة ثم لا يؤخذ بنصحه الازدراء الناس له فهم لا يرضون إمامته .

---

1 ـ الشيخ يوسف القرضاوي : الحرام و الحلال في الاسلام ط 24, دار النشر : مكتبة وهبة , القاهرة , 2000م/1421هـ , ص 178

2 ـ أبو فارس محمد بن عبد القادر : المرجع السابق , ص 125

3 ـ الرشدة : تطلق على الولد صحيح النسب أو من كان بنكاح شرعي صحيح ـ المعجم الوسيط , ص 346 .

4 ـ سورة الحجرات الآية 13 .

5 ـ الدارقطني : علي بن عمر ت(385ه) : سنن الدارقطني (باب صفة من تجوز الصلاة معه و الصلاة عليه) رقم 1762 مؤسسة بيروت لبنان 2004 /1424 ج2 /ص 402 .

* لا تكره إمامته و لكن يكره أن يكون إماما راتبا و هذا ما ذهب إليه المالكية و بعض الشافعية فقال الشافعي : " و أكره أن ينصب من لا يعرف أبوه إماما , لأن الإمامة موضع فضل , و تجزي من صلى خلفه صلاتهم " . أما ما ذهب إليه مالك " الإمامة موضع رفعة و كمال و من كان بهذه الصفة كره أن يعرض نفسه لألسنة الناس و يستشرف الطعن " .

2 ـ جواز ولاية ولد الزنا للقضاء : لم يستفض أهل العلم في هذا الباب إلا في مسائل نذكر منها :

* جاءت رؤية المالكية على ثلاث أوجه :

ـ يجوز توليته القضاء غير أنّه لا يحكم في مسائل الزنا و استدلوا على أن شهادته في الزنا غير مقبولة و كذلك حكمه .

ـ يجوز توليته القضاء و يحكم في الزنا و غيره .

ـ لا يجوز أن يتولى ولد الزنا القضاء مطلقا لأن القضاء موضع رفعة و قاسوا ذلك على الإمامة في الصلاة .

* رؤية الحنفية و الشافعية و الحنابلة فهم لا يجدون بأسا إذا تولى ابن الزنا منصب القضاء على شرط أن يكون معروفا بصلاحه و علمه و تقواه .

* يقول ابن حزم : ط ويلي ولد الزنا القضاء و هو كغيره من المسلمين و لا يخلو أن يكون عدلا فيقبل فيكون كسائر العدول أو غير عدل فلا يقبل في شيء أصلا و لا نص في التفريق بينه و بين غيره "1

بعد كل ما سبق ذكره فالراجح أنّه لا ضير من أن في إمامة ولد الزنا أو تقلّده منصب القضاء لأن الإمامة و القضاء يقومان على شروط أهمها العلم و العدل و الاستقامة و تقوى الله تعالى و تلك صفات لا تقتصر على شخص دون غيره سواء في طلبها أو التحلي بها كما لا تقوم على صحة النسب من غيره و لا تتنافى مع كون هذا الشخص ذو نسب أو لا فإذا كان القضاء قد جاز لولد الكافر فولد الزنا أولى به كما أن النسب جعل للتعارف لا للتفاضل

كما لم يتطرق أصحاب المذاهب لمسألة تقليد ولد الزنا للإمامة العامة للمسلمين ماعدا نصا في الشافعية أمكن من عقد الإمامة له على كراهة ذلك .

المطلب الثاني : الولد اللقيط :

1 ـ المعنى اللغوي :

اللقيط : الوليد الذي يوجد ملقى على قارعة الطريق لا يعرف أبوه أو أمه 2 كما تطلق على كل إنسان قاصر منبوذ يُلْقط فيقال لقيط (صفة ثابتة لمفعول) ، و اللقط : كل ما يلتقط من الأرض فهو لَقَطْ أو لَقيطْ على صيغة (فعيل)

---

1 ـ ابن حزم المحلى (المرجع السابق) ج9 / ص 430 .

2 ـ د مروان العطية : معجم المعاني الجامع ط 1 : دار غيداء للنشر و التوزيع (بدون سنة النشر) .

و تطلق على معنى أخذ الشيء بلا تعب , واللقيط اسم للشيء الذي تجده ملقى على الأرض من غير قصد ولا طلب، وقد غلب اسم اللقيط على الطفل المنبوذ .

2 ـ **المعنى الاصطلاحي (الشّرعي)** : مولود نبذه أهله لسبب ما ولا توجد دلالة على نسبه .

ثانياً: تعريفه في اصطلاح الفقهاء: يتقارب التعريف اللغوي والتعريف الاصطلاحي إلا أنه في التعريف الاصطلاحي يوجد نوع من الحصر والتحديد في ماهيته وهذا ما سيتضح لنا من خلال :

التعريفات الآتية :

1 ـ عند المالكية : إنّه صغير آدمي لم يعلم أبوه و لا رقه أو هو صغير لا قدرة له على القيام بمصالح نفسه 1

2 ـ عند الشافعية: هو كل طفل ضائع لا كافل له و يسمى لقيطا أو ملقوطا باعتبار أنه يلقط , و منبوذ باعتبار أنّه نبذ من أهله أي ألقي في الطريق و نحوه 2

3 ـ عند الحنفية : اللقيط هو المولود الذي طرحه أهله خوفا من العيلة أو فرار من تهمة الزنا 3

4 ـ عند الحنابلة : اللقيط طفل لا يعرف نسبه و لا رقه نبذ أو ضل إلى سن معينة 4

و جاء اللفظ دون المعنى في القرآن الكريم في كثير من المواقع منها ما حدث ليوسف عليه السلام و هو صغير في قال الله تعالى :" **قَالَ قَائِلٌ مِّنْهُمْ لَا تَقْتُلُوا يُوسُفَ وَأَلْقُوهُ فِي غَيَابَتِ الْجُبِّ يلتقطه بعض السيارة إن كنتم فاعلين** " 5

باعتباره لقيط دون وجود أب أو أم و نتيجة الترك في مكان خال .

كما ورد قصة لموسى عليه السلام و هو في المهد قال الله تعالى : " **وَأَوْحَيْنَا إِلَى أُمِّ مُوسَى أَنْ أَرْضعيه فَإِذَا خِفْت عَلَيْه أَلْقيه في الْيَمِّ وَلَا تَخَافي وَلَا تَحْزَنِي إِنَّا رَادُّوهُ إِلَيْك وَجَاعِلُوهُ من الْمُرْسلين فَالْتَقَطَه آلُ فرْعَوْنَ لِيَكُونَ لَهُمْ عَدُوًّا وَحَزَنًا إِنَّ فرْعَوْنَ وَهَامَانَ وَجُنُودَهُمَا كَانُوا خَاطِئِينَ** "6 . ففي كلا الآيتين جاء لفظ لقط بمعنى أخذ

فبالنظر إلى ما سبق فإن اغلب التعريفات تتفق في معانيها حول اللقيط مع وجود اختلاف في التسمية فقط و كلها ذات صلة به تعطي فكرة واحدة نجد من يطلق عليه لقيط صراحة و منهم من يلصقه بفعل النبذ فيسميه منبوذا إلا أنّ معنى النبذ أشمل وغيره يشير إليه بالدّعي و هو كل شخص جهل نسبه و يلتصق بقوم ليس منهم يسميه بالضال و الضائع , و عموم هذه المعاني و التسميات تشترك في محور واحد وتدخل تحت معنى أشمل و هو مجهول النسب .

---

1 ـ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي:حاشية الدسوقي (بدون طبعة أو تاريخ) ، دار الفكر ج4 / ص 124

2 ـ شمس الدين الخطيب الشافعي : مغني المحتاج ط1 دار الكتب العلمية 1415 /1994 ، ج418/2 .

3 ـ الكاساني:علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي :بدائع الصنائع ط2 ، دار الكتب العلمية ، 1986/1406 ج197/6

4 ـ ابن قدامة (المرجع السابق) ج374/6

5 ـ سورة يوسف / الآية 10

6 ـ سورة القصص / الآيتين 07 , 08

غير أنّ أهل العلم استثنوا الطفل الذي علم نسبه أو رقّه و أخذه من يعرفه أو غيره فليس بلقيط , و مقتضى هذا أنّ من كان معروف الأبوين ثم طرأ عليه بعد ذلك جهل أبواه لا يسمى لقيطا .

الفرع الأول : أسباب وجود اللقيط في الشريعة الإسلامية

السبب في انتشار ظاهرة الأطفال اللقطاء أو اللقطة في المجتمع تعود إلى عدم الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية وانتشار الاختلاط بين الرجال والنساء ، من غير تقيد بالضوابط الشرعية ، إلى جانب انتشار وسائل الإعلام التي تزين الرذيلة وتشجع عليها، وتجعل الخروج على أحكام الشريعة بطولة، يمجد صاحبها ويشترك في هذا أيضاً عامل ثالث هو عزوف الشباب عن الزواج، نظراً لإصرارهم على الكماليات في بيوتهم، وعجزهم عن تأمينها لزوجاته هذا مع العلم بأن اللقطاء ليسوا كلهم أبناء زنى ، بل بعضهم أبناء شرعيون تخلى عنهم أهلهم لأسباب مختلفة 1 .

و تتلخص الأسباب حسب الدّراسات في ما يلي :

* قد يتعرض الطفل للضياع أو السرقة ، أو قد يقوم أحد الأشخاص باختطافه من أسرته وهو صغير بغرض البيع أو بهدف المتاجرة بأعضاء جسده ، فيخاف أو يكشف أمره ، فيترك الطفل في أي مكان كما يمكن أن يضيع الطفل من أهله وهو صغير في الأحد الأسواق على سبيل المثال ، فيشب على ذلك دون أن يعرف من هما أبويه فيصبح مجهول الهوية .

* قد تكون الحروب أحد أسباب وجود ظاهرة مجهولي النسب ، فيموت الوالدان نتيجة أعمال العنف ويبقى الأبناء وحيدين في الحياة بدون أن يعرفوا هويتهم ويصبحوا مجهول النسب وأحد الأسباب الخاصة في وجود ظاهرة مجهول النسب هي الخوف من الفضيحة نتيجة فعل الفاحشة

* أو الزنا ، حيث تقوم الأم بوضع ابنها على قارعة الطريق أو أمام دار رعاية للأيتام أو أمام باب مسجد نتيجة الخوف من الفضيحة ، فيصبح الرضيع عرضة للضياع ، ولهذا حرم الله عز و جل الزنا لتأثيره السلبي على المجتمع قال تعالى " **وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا** "2

* عدم قدرة الأم على إثبات نسب الطفل ، نتيجة لعدم وجود وثيقة زواج بمستند رسمي ، أو عدم توافر الشروط الصحيحة للزواج الزواج العرفي أو ما عرفه الفقهاء باسم النكاح الفاسد) ، أو قد يكون اتفق الطرفان على عدم الإنجاب ، فإذا حدث حمل رغب أحد الأطراف أو كلاهما في التخلص منه دون التفكير في مصير هذا الطفل المسكين لذا يجب الزواج بعقد موثق من أجل حماية الأنساب وللحفاظ على حقوق المرأة والطفل3 .

---

1 ـ د نوح علي سلمان : لجنة الإفتاء . https://aliftaa.jo/Question.aspx?QuestionId=748#.YpEUd5uZO00

2 ـ سورة الإسراء / الآية 32 .

3 ـ بعنوان : الفرق بين اللقيط و مجهول النسب . كتابة رشا أبو القاسم آخر تحديث 3https://www.almrsal.com ـ موقع المرسال الالكتروني 2020/12/21 الساعة 15:36 .

الفرع الثاني : أحكام اللقيط في نظر الشريعة الإسلامية :

لقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالمجتمع عامة و بكل شرائحه دون استثناء اهتماما بالغا توجيها و تسوية , و بما أنّ اللقيط جزء من المجتمع الكبير فقد رعته و بينت أحكامه , بما توجب له و ما توجب عليه مراعية في ذلك الحرص على أن ينشأ نشأة صالحة ليكون في المستقبل عضوا نافعا لنفسه و مجتمعه و من أسس وصور التكافل الاجتماعي الذي دعت إليه الشريعة الإسلامية و غرسته في نفوس المسلمين ما يظهر من وجوب القيام بإنقاذ النفس البشرية المعرضة للهلاك و أمر بالعناية بها و هو ما يتجلى في مجهولي النسب عموما و اللقيط جزء من ذلك فأصبح من الواجب على من علم به إنقاذه , و العناية به حضانة و تربية و تنشئة على ما أمرت به الشريعة و في حدودها فيعدّ هذا فضل كبير و من رحمة الشريعة الإسلامية التي شملت كل نفس و كل كبد رطب جاء فيما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم : " **أنّ رجلا سقى كلبا كاد أن يموت عطشا رحمة به , فغفر الله له برحته إياه**" 1 , فإذا كان هذا الفضل العظيم الذي ناله في حيوان شارد , فكيف يكون الأجر و الجزاء في إنقاذ نفس إنسانية التي كرمها الله كاللقيط و نحوه الذي ظُلم من والديه فلا شك أنّ الأجر و الثواب أعظم و أنّ تعريضه للهلاك أو تركه للخطر و عدم إنقاذه مع القدرة على ذلك من أعظم الخطايا و الآثام . قال الله تعالى : " **من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنّه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنّما قتل الناس جميعا ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا** "2

و من باب إنقاذ اللقيط و العناية به حرص الفقهاء في الإسلام على معرفة ظروف التقاط اللقيط لما يترتب عليها من أحكام شرعية تبنى عليها ، فحكم التقاط اللقيط يختلف باختلاف مكان وجوده ويكون تواجده على وجهين :

الوجه الأول : " أن يكون قد وجد في مكان يخشى فيه على اللقيط من الهلاك كأن يكون في مفازة "3 , أو في مكان خفي لا يرتاده الناس و هي الأماكن التي يغلب فيها الظن بهلاك اللقيط إن لم يلتقطه فيها أحد ... ففي هاته الحالة اتّفق الفقهاء على وجوب التقاطه و فيهم من رأى التقاطه واجبا عينيا ، لأنّ في إنقاذ النفس واجبا و رفعة و دفعا لهلاكها والدليل ما ورد في الآية السابقة من وجوب إحياء النفس البشرية .

قال الرازي في تفسيره لهذه الآية " المراد من إحياء النفس تخليصها من المهلكات مثل الحرق و الغرق , و الجوع المفرط , و البرد و الحر المفرطين "4

و قد نص على ذلك أصحاب المذاهب الثلاثة5 , والظاهرية أما الحنابلة فقد أطلقوا على إنقاذه فرض كفاية 6

---

1 ـ محمد بن اسماعيل البخاري(المرجع السابق) كتاب الأدب ـ:ج4 / ص 53

2 ـ سورة المائدة / آية 32

3 ـ المفازة = هي الفلاة المهلكة التي لا ماء فيها (القاموس المحيط 2 /186 تعود العرب في اللغة ذكر الشيء بنقيضه)

4 ـ فخر الدين محمد بن عمر الرازي : التفسير الكبير للفخر الرازي , ط 2 , طهران : دار الكتب العلمية 11 / 213 .

5 ـ محمد بن محمود الأسروشني (جامع أحكام الصغار) دار الفضيلة للنشر و التوزيع و التصدير 01 يناير 1994 ج2 ص 132

6 ـ ابن قدامة : عبد الله بن محمد بن قدامة المقدسي : الكافي في فقه الامام أحمد بن حنبل : دار الكتب العلمية ط2 1414/1994 ، ص363

لكن من المعلوم أن فرض الكفاية مع الانفراد يصبح فرض عين , كما ذهب بعضهم إلى وجوب التقاطه من العبد وجوبا عينيا في حال كهذه مع عدم جواز ذلك في حالات أخرى لأنّ الوجوب العيني في كل الأحوال يكون للحر دون العبد

الوجه الثاني : أن يتواجد اللقيط في مكان أو محل آمن يعلم منه عدم هلاكه لو طال وقت وجوده كالمحلات التجارية الكبرى أو كالمساجد الكبيرة (المسجد الحرام أو النبوي ...الخ) أو الأسواق التجارية حيث يتواجد الناس و المارة ..

ففي مثل هاته الحالة اتفق الفقهاء على أنّ التقاطه أمر شرعي غير أنّهم اختلفوا في درجة وجوب التقاطه من عدمه حسب الآراء التالية :

منهم من يرى التقاطه فرض عين كقول ابن حزم الظاهري و دليله في ذلك قوله تعالى : " **و تعاونوا على البر و التقوى ولا تعاونا على الإثم و العدوان** "1 . و قوله تعالى : " **و من أحياها فكأنّما أحيا الناس جميعا**"2

وعلل ذلك بقوله : (و لا إثم أعظم من إثم من أضاع نسمة مولودة على الإسلام , صغيرة لا ذنب لها حتى تموت جوعا و بردا أو تأكله الكلاب هو قاتل نفس عمدا بلا شك)3 . قال بعض أهل العلم يؤخذ باستدلاله في الآية ا لثانية لدخول اللقيط فيها و لا يؤخذ به في الثانية فقالوا أنّ الوجوب العيني فيها غير ظاهر فيها الحث المطلق على التعاون و ليس التعاون ما يجب وجوبا عينيا على كل أحد .

فيما يرى آخرون أنّ التقاطه مندوب و هو ما قال به فقهاء الحنفية و استدلّوا بقول الله تعالى : " **و من أحياها فكأنّما أحيا النّاس جميعا** " و وجه الدلالة فيها أنّ اللقيط نفس لا حافظ لها فهي في مضيعة فكان التقاطها إحياء لها , و لأنّها على مشارف الهلاك , و المندوب هو إحياء الحي يكون بدفع أسباب الهلاك عنه فالتقاطه أولى و أوجب من تركه .

و قولهم في قول رسول الله ﷺ : " **من لم يرحم صغيرنا , و يوقّر كبيرنا فليس منّا** " 4

الوجه الثالث : أن التقاطه فرض كفاية , فإذا قام ,احد سقط عن الباقين , فإن تركه الكل أثموا جميعا مع علمهم بمكان وجوده . و بهذا يقول المالكية و الشافعية و الحنابلة , فاتفقوا على " أنّ اللقيط آدمي محترم , فوجب التقاطه , و إحياء نفسه عن الهلاك كالمضطر إلى الطعام , و كإنقاذ الغريق و نحو ذلك , بل ربما يكون أولى لأنّ البالغ العاقل ربما احتال لنفسه , فلو تركه جميع من رآه مع إمكان إنقاذه أثموا , و إن قام به واحد سقط الفرض عن الباقين "5

---

1 ـ سورة المائدة / الآية 02 .
2 ـ سورة المائدة / الآية 32 .
3ـ ابن حزم (المرجع السابق) ج8 / 273 .
4 ـ رواه أبو داود , و البخاري في الأدب المفرد و الحاكم أنظر : جلال الدين السيوطي : الجامع الصغير مع شرحه فيض القدير للمناوي ط2 دار الفكر بيروت لبنان 1391هـ /1927م , ج6 / 224 .
5 ـ محمد بن شهاب الدين السيوطي :جواهر العقود (بدون طبعة)...مطبعة السنة المحمدية القاهرة 1384هـ/1955م ج1 / ص410 ـ

ومن أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي أنّ عامل السن له تأثير بالحكم حيث اتفق الفقهاء على أنّ البالغ العاقل لا يلتقط و يسمى لقيطا لاستغنائه و قدرته على القيام بمصالح نفسه , كما اتفقوا على أنّ من كان دون التمييز يلتقط , و يسمى لقيطا و تجري عليه أحكام اللقيط و ذلك لعجزه عن القيام بمصالح نفسه و حاجته إلى من يقوم بحفظه و رعايته .

القول الثاني : جواز التقاط المميز :

و بهذا يقول الشافعية1 , و بعض الحنابلة2 و ما جاء في المذهب المالكي3 و القياس هنا على غير المميز في حاجته إلى التعهد , و لأنّ التقاطه زيادة في حفظه لقصوره عن إدراك كثير من الأشياء و لعجزه عن التكسب غالبا . و ألحق الشافعية المجنون البالغ بالصغير في مشروعية التقاطه

القول الأول : عدم جواز التقاط المميز :

حيث ذهب الحنابلة و بعض من الشافعية : أن المميز له القدرة على القيام بمصالح نفسه الضرورية من أكل و شرب و لبس ... فلا حاجة له في الدخول في حضانة أحد لاستغنائه , و لقدرته على التمييز بين النافع و الضار قياسا على البالغ العاقل .

ـ شروط التقاط اللقيط

أولا : الاشهاد على التقاط اللقيط :

و لعل من المسائل التي فيها خلاف في التقاط اللقيط حكما مسألة الإشهاد , فقيل ينبغي الاشهاد على التقاط اللقيط و إن كان اللاقط ظاهر العدالة , لما يترتب عليه من حقوق اللقيط حرصا على أمواله التي تكون بحوزته أثناء التقاطه هذا من جهة , و من جهة أخرى حفاظا على حريته و نسبه , فإن ترك الاشهاد فقد تضيع حقوقه كما لا يمكن رعايتها .

و بهذا الرأي قال فقهاء المالكية4 , و الشافعية5 , و بعض من الحنابلة6 .

أما الحنفية فلا تقول بضرورة الاشهاد عند أخذ اللقيط لأنّه أمانة فهو كالاستيداع وهو القول الثاني عند بعض الشافعية أما إذا ترك الاشهاد على قول الجمهور فلا يثبت للملتقط الحضانة للقيط و جاز للحاكم نزعه منه إلا إذا كان الحاكم هو من سلّمه فلا يجب الاشهاد عليه لأنّه سلّم له بضوابط شرعية تحفظ له حقوقه كاملة و موثّقة من قبل الحاكم .

---

1 ـ يحي بن شرف الدين النووي : روضة الطالبين و عمدة المفتين (دون طبعة و تاريخ), مكتبة الفقه الاسلامي ج5 ص 418

2 ـ علي سليمان المرداوي : الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ـ مطبعة السنة المحمدية 1956/1375 , ج6 / ص432 .

3 ـ صالح عبد السميع الأبي , جواهر الإكليل لشرح خليل (بدون طبعة أو تاريخ) ـ دار الفكر بيروت لبنان , ج2 / ص 219 .

4 ـ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(مرجع سابق) ج4 / ص 126 ـ

ـ القرافي: أحمد بن ادريس القرافي 684هـ: الذخيرة (في الفقه المالكي) , دار الغرب الاسلامي بيروت لبنان , ج6 / ص 63 .

5 ـ الخطيب الشربيني : (المرجع السابق), ط 2 / ص 418 .

6 ـ بن قدامة المقدسي : المغني و الشرح الكبير(مرجع سابق), ج6 / ص 318 .

السؤال ماذا لو أخذت أمواله قبل التقاطه ؟ ـ ولذلك يرجح قول الجمهور في الاشهاد حين التقاطه وحتى لا يتهم اللاقط بخطفه أو أكل حقوقه التي كانت بحوزته و من الفقهاء من يرى أكثر من ذلك حيث قالوا بضرورة الإعلان عنه ليشيع أمره فقد يتعرف عليه أهله إن كان قد ضاع منهم أو خطف منهم انتقاما أو نكاية فيهم .

ثانيا : التزاحم على التقاط اللقيط :

و في حال التزاحم على الالتقاط من رجلان فأكثر و كل يرى لنفسه الحق و كلهم أهل له . كان على الحاكم أن يختار من يراه منهم أو من غيرهم لأنّه لا حق فيه لأحدهم قبل التقاطه , فيكون الأمر للقاضي فهو من يختار بأن يتحرى الأصلح للقيط . فيقدّم المسلم على الكافر , و الصالح على الفاسق و العالم على الجاهل و الغني على الفقير ... حفاظا على اللقيط و دينه , أما إذا كان التزاحم بين رجل و امرأة على التقاطه , فإنّ المرضعة هي الأولى به لترضعه أما إذا لم تكن مرضعة كان الأرجح للرجل و المرأة غير المتزوجة أرجح من المتزوجة . أما عند التساوي بين الرجل و المرأة في كل المعايير السابقة كان لاتحاد الجنس بين اللاقط و اللقيط أهمية , فالرجل جاز له التقاط اللقيط الذكر و للمرأة الأنثى , درءا للفتنة عند كبر اللقيط بحكم الإقامة الدائمة بينهم فإن تساويا في جميع الصفات فإنّ لكل واحد منهما إسقاط طلبه في حضانة اللقيط و الحق في المطالبة , و إن تشاحنا أقرع بينهما1 .

ثالثا : مركز اللقيط شرعا :

ـ اللقيط حر و لو كان اللاقط عبدا . لأن الأصل في الإنسان الحرية و من ادعى عبودية اللقيط عليه إقامة البينة على ذلك 2 .

ـ اللقيط مسلم إلا إذا وجد في مكان خاص بأهل الذّمة و كان ملتقطه ذميا فإنّه يكون على دين ملتقطه . و إذا وجد في مكان للمسلمين فادعى ذميا بأنّه ابنه ثبت نسبه منه و كان مسلما باتفاق الحنفية و هذا الحكم مشروط بعدم قيام بينة على أبوته له فإن أقام البينة كان على دين أبيه بخلاف الإقرار 3 .

رابعا الولاية على اللقيط : تكون الولاية على اللقيط في ماله و نفسه للحاكم (السلطان) لقول رسول الله صلى الله عليه و سلّم : " **السلطان ولي لمن لا ولي له** "4 , أي له أن يزوجه أو يتصرف في ماله ...لمصلحته و أن يعطي الأمر للملتقط بالإنفاق على اللقيط من ماله . أما الملتقط فليس له الحق في التصرف دون إذن , لأنّه لا ولاية له عليه لانعدام سبب الولاية و له على اللقيط ولاية الحفظ و التربية فقط .

خامسا : أهلية اللقيط :اللقيط إنسان حر له أهلية الوجوب5 ,يمكن أن يكون له مال و له أهلية الاكتساب لأنّ له ذمة مالية مستقلّة صالحة لاكتساب الحقوق بإجماع الفقهاء .

---

1 ـ د. مريم الداغستاني : أحكام اللقيط في الاسلام (دون طبعة أو تاريخ) ـ مكتبة . أ . الداغستاني , ص 47 .
الكاساني الحنفي : (المرجع السابق) ج6 / ص198 .
2 ـ الصاوي: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي: الشرح الصغير (بدون طبعة أ, تاريخ)، دار المعارف ج4 / ص180
3 ـ الكاساني الحنفي : (المرجع السابق) ج6 / ص166
4 ـ رواه أصحاب السنن مرفوعا و حسّنه الترمذي و صححه ابن حبّان و رواه ابن ماجة عن ابن عباس و له طرق ص 252 .
5 ـ أهلية الوجوب = الذمّة عند الفقهاء
ـ الدكتور زكي الدين شعبان : أصول الفقه الاسلامي ط1: دار تحقيق الكتاب تركيا ، 2019 /ص 282 .

و يرى الفقهاء توسعا في الأمر فقالوا لو وجد اللقيط في دار أو بستان لا يعلم لها مالك فهي لقطة ملك له و كذا ما وجد من مال معه أو فوقه أو تحته أو قربه أو دابة مشدود إليها فهي له

و حتى المال المدفو ن في مكان وجد به فهو له فيؤخذ هذا المال حكم اللقطة . أما الحنابلة قد خص المدفون تحته إن كان الحفر طريا فهو له و إلا فلا , فالصلابة من الأرض دلالة على بعد حفرها قبل وضعه .

سادسا : نسب اللقيط : بما أنّ اللقيط مجهول النسب أبا و أما صح الاقرار بنسه فلو ادعاه الملتقط نسب إليه و لو ادعاه غيره ثبت إليه نسبه استحسانا على خلاف القياس , إذ القياس هو ثبوت يد الملتقط على اللقيط و مدّعي النسب يريد إبطال اليد الثابتة له فلا يصدّق بمجرد الدعوى , و في هذا الأمر مسألتان :

1 ـ اتفق الفقهاء على أنّه إذا ادعى نسب اللقيط أو من في حكمه رجل واحد و فإن كان مسلما قبلت دعواه سواء أقام البينة أم لا و يلحق به متى كان أهلا لصحة الاقرار بالنسب بأن يكون مكلّفا1 , أما إذا كان مدّعي النسب ذميا فإن الفقهاء اختلفوا في ثبوت النسب إلى ثلاثة أوجه :

الوجه الأول : ـ لا يثبت النسب إلا بالبينة و هو رأي المالكية و الشافعية و الظاهرية ووجه الدليل عندهم في ذلك :

- من كتاب الله : قوله تعالى : " فطرة الله التي فطر النّاس عليها لا تبديل لخلق الله " 2
- من السنّة النبوية : قول رسول الله ﷺ: " كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه "3 . و الدليل فيه أنّ المولود يولد على الاسلام النقي فلا يجوز بحال نقله عن فطرته التي ولد عليها إلا بثبوت الفراش لكافر.

الوجه الثاني : يثبت نسب اللقيط من الذمي إذا ادعى و يحكم له من غير بينة و هو قول الحنفية و الحنابلة و الشافعية في غير الأصح عندهم , لأنّ الكافر كالمسلم في سبب النسب و الولد لا يلحقه في الدين ما دام في دار الاسلام لأنّه محكوم بإسلامه فلا يُخاف عليه من تأثر دينه .

الوجه الثالث : أنّه إذا ادعى النسب ذميا لا تقبل دعواه , و لا يلحق به نسب اللقيط . و هو قول بعض الحنابلة4 , و قد استندوا في ذلك بأنّه إذا قبلت دعوى الذّمي في هذه الحالة ترتب عليها ضرر بالطفل فإلحاقه بالنسب إلحاقه بالدين أيضا .

1ـ ابن قدامة : (المرجع السابق) ج6 /391 ـ المحلى ج8 / 276 .

2 ـ سورة الروم / الآية 30 .

3 ـ صحيح مسلم : الحديث رقم 2658 ـ ج4 / 2047 .

ـ سنن أبي داود: الحديث رقم 4714 ـ ج5 / 86 .

4 ـ ابن قدامة : المغني و الشرح الكبير (المرجع السابق) : ج6 / 392 .

2 ـ إذا ادعى نسب اللقيط أكثر من رجل : ففي هذه الحالة إذا وجد في المدّعين من لديه بينة تشهد له قبلت دعواه و لحقه نسب اللقيط و في حال إذا لم يكن لأي منهم بينة أو قامت أكثر من بينة لأكثر من واحد و تعارضت فيما بينها نظر إلى القرائن الدالة فكل من لديه قرينة في خلقة المولود تحسب له و يسبق بها غيره و قد يقضى له بها فالترجيح عند تعارض الدعوى يقع بالعلامة .غير أنّ الفقهاء اختلفوا في الاحتجاج بها إلى رأيين :

❖ عدم العمل أو الاحتجاج بهما وهذا ما يراه المالكية و الشافعية و الحنابلة في الصحيح من مذهبهم و قول الظاهرية معلّلين ذلك بأنّهما حجتان تعارضتا و لا مرجح لأحدهما على الآخر فتساقطتا قياسا على تعارض نصان و لا إمكان في ترجيح أحدهما على الآخر فلا يمكن اقتسام نسب الطفل و هذا جائز في الأموال و الأشياء . و ليس جائز في النفس .

❖ العمل بالقيافة أو القرعة إذا سقطت المرجحات و هذا رأي الحنفية1 و بعض المالكية الزيدية يقولون بعدم اللجوء الى العمل بالمرجحات في حال تساوي البينات بل وجب اللجوء إلى القيافة بدل الترجيح .

غير أنّ للقيافة من قائف أو قاف تكون بشروط متّفق عليها بين كل الفقهاء أهمها :

الشرط الاول : أن يكون مسلمًا فلا تقبل من الكافر .

الشرط الثاني : أن يكون عدلا لأن الفاسق غير أمين .

الشرط الثالث: أن يكون ذكرا . لأن قوله حكم ، فاشترط له لذكورة .

الشرط الرابع : أن يكون عارفا بالقيافة مجربا في الإصابة .

أما اليوم و بفضل التكنولوجيا الحديثة أصبح من السهل معرفة نسب الطفل من خلال فصائل الدم و ما تحتويه من خصائص أخرى متوارثة بين اللقيط و مدّعي الأبوة أو الأمومة فأصبح اثبات النسب أو نفيه أمرا ممكنا كبصمة الإصبع .

و في كل الحالات فضلا عن نفيه 2 . و بنسبة تفوق 90% .

سابعا : ميراث اللقيط : مما لاشك فيه أن المسلم إذا مات فماله لورثته فيقدّم أصحاب الفروض ثم الباقي لأولى رجل عاصب , فإن لم يكن ثمّة عاصب رد الباقي على أصحاب الفروض لمن قالوا بالرد , و قد لا يكون له ورثة يرثونه فيكون له ذوو رحم كبنت البنت أو العمة .. و نحوهما , فإنهم يرثونه عند من قالوا بتوريثهم , و إذا عدم كل هؤلاء , فإنّ المال يعود كلّه إلى بيت مال المسلمين , و اللقيط في مثل هذه الحالة لا يختلف في هذا الحكم عمن انقطع وارثوه إن كان مسلما حرا و كان له ورثة يرثونه فقد يكون له من يرثه زوجه و أولاده , أما إذا لم يكن له من يرثه و انقطع وارثوه فقد اختلف الفقهاء فيمن يرثه على ثلاثة أوجه

1 ـ الكاساني (المرجع السابق) : 6 / 199 .

2 ـ د . محمد أحمد سليمان :أصول الطب الشرعي و علم السموم (دون طبعة) 1963/1383 , مطابع دار الكتاب العربي القاهرة ط2 ص 86 .

❖ **رأي المذهب الأول** : يكون ميراثه لمن والاه , يجوز للقيط أن يوالي من شاء إذا بلغ و أدرك , سواء كان ملتقطه أو غيره بشرط أن لا يتأكد ولاؤه لبيت المال قبل موالاة أي شخص فضبطه على جناية يتأكد موالاته لبيت المال , و بهذا قال الحنفية 1 , مستندين على قول علي بن أبي طالب كرم الله وجهه , و عطاء بن أبي رباح , و بعض من أهل المدينة فهذا المذهب يقوم على التوريث بالموالاة بحيث يقول رجل لآخر : " **واليتك على أنّي إن مت فميراثي لك , و إن حييت فعقلي عليك و على عاقلتك , و يقبل الآخر ذلك** " 2 , فإذا مات على هذا العقد و لم يكن له ورثة و لا ذوي رحم , فإنّه يرثه من والاه . و استدلّوا بقوله تعالى : " **و الذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم** "3 . و احتجوا بأن الله جعل عقد الموالاة من أسباب التوارث و ذكرهم ردفا ذكر من يرثون بالنسب في قوله تعالى : " **و جعلنا موالي مما ترك الوالدان و الأقربون و الذين عقدت أيمانكم** "4 ,

❖ **رأي المذهب الثاني** : أن يكون ميراث اللقيط لملتقطه و هذا ما ذهب إليه شريح , و الليث , و إسحاق بن راهويه لرواية عن الإمام أحمد من الحنابلة عن واثلة بن الأسقع أنّه قال: قال رسول الله ﷺ : " **المرأة تحوز ثلاثة مواريث عتيقها , و لقيطها , وولدها الذي لاعنت به** "5

و روى ابن أبي شيبة بسنده عن الزهري أنّ عمر بن الخطاب أعطى ميراث المنبوذ للذي كفله 6 .

و قد رجح العلاّمة ابن القيم رحمه الله هذا المذهب إن صح حديث واثلة فلا شك إن صح وجب العمل به لأنّه نص في الحكم 7 . إلا أنّ الجمهور رأوا ضعف الحديث فلا تقوم به حجة فقالوا لم يثبت في الصحيحين البخاري و مسلم لجهالة رواته . قال البيهقي هذا غير ثابت في البخاري و عمر بن روبة التغلبي فيه نظر8 . و قال الخطابي هذا الحديث غير ثابت عند أهل النقل و غير الثابت من الحديث لم يلزم القول به و ما ذهب إليه عامة العلماء أولى9 .

❖ **المذهب الثالث** : ميراث اللقيط لبيت مال المسلمين , و بهذا قال الجمهور المالكية , و الشافعية , و الحنابلة , الحنفية إذا لم يكن اللقيط قد والى أحدا , و حجتهم في ذلك أنّ اللقيط مسلم حر الأصل , و ليس له وارث معين و فيرثه جماعة المسلمين لأنّهم قد خولوا كل مال لا مالك له , ويوضع في بيت مالهم إذ المسلمين يرثون مال من لا وارث له ممن ليس بلقيط فكذلك اللقيط و لأن أسباب الميراث الشرعي ثلاثة :

---

1 ـ محمد بن أحمد السرخسي (483هـ) : المبسوط (دون طبعة) ـ دار المعرفة بيروت , لبنان 1993/1414 , 10/ص213 .
2 ـ أبو محمد محمود الغيتابي الحنفي(المرجع السابق),ج1/ 161 .
3 ـ سورة النساء : الآية 33 .
4 ـ السورة و الآية نفسها .
5 ـ سنن أبي داود (مرجع سابق)3 / 125 ـ سنن الترمذي(مرجع سابق) 4 / 429 ـ السنن الكبرى للبيهقي(م ، س) 6 /240
6 ـ عبد الله بن محمد بن إبراهيم أبي شيبة : مصنّف ابن أبي شيبة ط1ـ الفاروق الحديثة للطباعة و النشر 2008/1428 , ج11 /ص 407 .
7 ـ محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية : تهذيب السنن (على مختصر سنن أبي داود)ـ مكتبة المعارف 1428 / 2007 , ج4 /ص 179
8 ـ أحمد بن حسين البيهقي : السنن الكبرى للبيهقي (دون طبعة)ـ دار الكتب العلمية 1424 / 2003 ج6 / ص240
9 ـ أبي سليمان الخطابي : معالم السنن (دون طبعة) ـ المطبعة العلمية حلب سوريا , 1351/ 1932 ج4 / ص 176 .

إما النسب أو النكاح أو الولاء بالعتق ، فإذا انعدمت الثلاثة كان مال المتوفي لبيت مال المسلمين1 ، مستندين في ذلك لقول الرسول ﷺ : **" أنا وارث من لا وارث له أفكّ عانيه , و أرث ماله "**2 .

ووجه الدلالة فيه أنّ النبي ﷺ بين أنّه يرث مال من لا وارث له بحكم ولايته العامة و إمامته للمسلمين و يضعه في بيت مالهم , و صرفه في مصالحهم . و هكذا الحكم بعده صلى الله عليه و سلّم .

ونقل الإمام الترمذي رحمة الله عليه عمل أهل العلم على ذلك بقوله : " و العمل عند أهل العلم إذا مات رجل و لم يترك عصبة أنّ ميراثه يُجعل في بيت مال المسلمين "3

المطلب الثالث : ولد اللعان : و هذا صنف آخر من الأطفال البرآء ليسوا أكثر حظا من سابقيهم شاء القدر أن يتعرضوا لظلم من هم أقرب الناس إليهم .

المعنى اللغوي : اللعان مصدر لاعن , مأخوذة من اللّعن و تعني الطرد و الإبعاد , فنقول لاعن الرجل زوجته إذا قذفها بالفجور و يسمى كذلك لما في آخر الكلام من ذكر اللعنة , و منه لعن إبليس أي تم طرده من الجنّة و إبعاده من رحمة الله و تلاعنا وهي المباهلة بين المرء و زوجه .

و منه نقول لاعن امرأته ملاعنة و لعانا و تلاعناً و إلْتعنا أي لعن بعضهم بعضا و لاعن القاضي بينهما لعاناً (حكم) و التلعين أي التعذيب و المنع و لعنه أي أبعده فهو لعين و ملعون و جمعه ملاعين وملعونين , و التلاعن : التشاتم و التهاجن .

معنى اصطلاحي(الشرعي): الأيْمان المؤكدة المقترنة باللعن من طرف الزوج تجاه زوجته ومن طرف الزوجة تردع عنه حد القذف في حق الزوج وتردع حد الزنا في حق الزوجة كما هي مباهلة (ملاعنة) اتصفت بخصوصية لأنّها تتم بصيغة معينة واردة في القرآن الكريم ويكون بها اتهام الزوجة بالزنا ونفي نسب الولد للفراش .

وقد جاء تعريفه من جمهور الفقهاء على النحو التالي :

1 ـ المالكية : بأنّه حلف الزوج المسلم المكلّف على رؤية زنا زوجته , أو على نفي حملها منه , و حلف الزوجة على تكذيبه أربعة أيمان , بصيغة " أشهد بالله لرؤيتها تزني و نحوه " و بحضور الحاكم , سواء صح النكاح أو فسد , فلا يصح حلف غير زوج :أجنبي , أو كافر أو صبي أو مجنون , بإشراف حاكم يشهد التلاعن , و يحكم بالتفريق أو يحد من نكل سواء صح الزواج بين الزوجين أو فسد لثبوت النسب بالزواج الفاسد4 .

---

1 ـ محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (مرجع سابق)ج213/10 .

2 ـ إبن قدامة المقدسي : (مرجع سابق)ج 5 / 755 .

3 ـ سنن أبي داود (مرجع سابق)ج 3 / ص 123 .

4 ـ سنن الترمذي (مرجع سابق)ج4 / ص 423 .

2 ـ الشافعية : بأنّه كلما ت معلومات جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطّخ فراشه و ألحق به العار , و إلى نفي الولد1 .

3 ـ الحنابلة و الحنفية : بأنّه شهادات مؤكدات بالأيْمان مقرونة باللعن من جهة الزوج و بالغضب من جهة الزوجة قائمة مقام حد القذف في حق لزوج , و مقام حد الزنا في حق الزوجة2 . لكن يصح اللعان في النكاح الفاسد في رأي الحنابلة و لا يصح في رأي الحنفية .

ووجه تسميته لعانا اشتماله على كلمة اللعن و لأن كلا المتلاعنين يبعد عن الآخر بها ، و يحرم بها النكاح أبدا

صفة اللعان : اللّعانُ من الوَسائلِ التي جاءَت بها الشَّريعةُ لإثبات صدق الدعوى وتبرئة النفس من جريمة الزنا ويشرع اللعان في حَالتينَ:

1- إذا رمى الزوج زوجته بالزنا ولم تكن له بينة على ذلك، وأنكرت الزوجة.

2- إذا نَفى الرجل نسبة الولد إليه، وأَنكرت الزوجة تلك الدعوى.

أما صفته : أن يشهد الزوج خمس شهادات باللَّه إنها زانية ، بأن يقولِ أَربع مرات : أَشْهَدُ بالله أنِّي من الصَّادقينَ فيما رميتها به من الزنا ، أو نَفيته من الوَلَد ، ثمَّ يقولُ في الخامسة : وإنَّ لَعْنَةَ الله عليَّ إن كُنْتُ من الكاذبَينَ ، ثمَّ تشْهدُ الزَّوْجَةُ خَمْس مرَّات باللَّه إنَّه لَمن الكاذبين، بأن تَقولَ أَربع مرات: أَشْهدُ بالله إنَّه من الكاذبَينَ، ثم تقولُ في الخامسة : وإنَّ غَضَبَ اللَّه عليَّ إن كان من الصَّادقين .

مشروعية اللعان : مشروعية اللعان ثابتة بالكتاب و السنة و الإجماع

أولا ـ في كتاب الله : قوله تعالى : " والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين ، والخامسة أنَّ غضب الله عليها إن كان من الصادقين"3 .

في رواية عكرمة عن ابن عباس : قال سعد بن عبادة " لو أتيت لكاع وقد ينفذها رجل لم يكن لي أن أهيجه حتى آتي بأربعة شهداء فو الله ما كنت لآتي بأربعة شهداء حتى يفرغ من حاجته ويذهب وإن قلت ما رأيت جلدت ثمانين جلدة ".

---

1 ـ الخطيب الشربيني(مرجع سابق): ج3 / ص 367

2 ـ ابن عابدين : (مرجع سابق), ص 805 .

ـ منصور بن يونس بن صلاح البهوتي : (1051ه) .كشاف القناع (دون طبعة و تاريخ): دار الكتب العلمية , ج5 / ص 450 .

3 ـ سورة النور الآيات من 06 ـ 10

هذا دليل على أن الله سبحانه وتعالى جعل شهادة الزوج أربع مرات عندما يقذف زوجته بمثابة شهادة أربعة شهود لاستحالة تمكن الزوج من جلب أربع شهود ليروا واقعة الزنا وهذا يؤدي إلى دفع حد القذف عنه أما في الخامسة فيقول إن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ويدرأ عنها العذاب ، أي يدفع و يبعد عنها حد الرجم) ، أن تشهد بالله أربع مرات انه لمن الكاذبين فيما رماه بها من الزنا وفي الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فإن لم تفعل رجمت.

ثانيا ـ في السنّة النبوية : فقد ورد في ذلك أكثر من رواية وورد اختلاف في أيها نزلت الآيات :

1 ـ روي عن عكرمة عن ابن عباس ، قال جاء هلال بن أمية عشياً إلى أهله فوجد رجلاً ، فرأى بعينه وسمع بأذنه فلم يهجه حتى أصبح ، ثم غدا إلى رسول الله ﷺ، فقال : يا رسول الله : إني جئت أهلي عشاء فوجدت عندهم رجلاً فرأيت بعيني وسمعت بأذني . فكره رسول الله ﷺ ما جاء به ، وقال له : **البينة أو حد في ظهرك** فقال يا رسول الله إذا رأى أحدنا رجلاً على امرأته أيلتمس البينة فجعل النبي ﷺ يقول **البينة و إلا حد في ظهرك** . فقال هلال : والذي بعثك بالحق إني لصادق ولينزلن الله في أمري ما يبرئ ظهري من الحد . فنزل جبريل عليه السلام ونزلت الآية السابقة .

فانصرف النبي ﷺ فأرسل اليهما فجاءا فقام هلال بن أمية فشهد والنبي ﷺ يقول إن الله يعلم إن أحدكما كاذب فهل منكما تائب , ثم قامت فشهدت فلما كانت عند الخامسة (أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين) قالوا لها إنها موجبة فتلكأت ثم قالت لا أفضح قومي فذهبت فقال النبي ﷺ أنظروها فإن جاءت به أكحل العينين ،سابغ الأليتين خدلج الساقين فهو لشريك بن سمحاء ، فجاءت به كذلك فقال النبي ﷺ لولا ما مضى من كتاب الله وسنة نبيه لكان لي ولها شأن1 .

2 ـ ما روي عن سهل بن سعد عن عاصم بن عدي قال جاءني عويمر العجلاني فقال لي : أرئيتم رجلاً رأى مع امرأته رجلاً أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل سل لي رسول الله ﷺ فسأل عاصم عن هذا النبي ﷺ فعاب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم المسائل وكرها فجاءه عويمر فقال : ما صنعت يا عاصم ؟ فقال صنعت إنك لم تأتني بخير كره رسول الله ﷺ المسائل وعابها . قال عويمر والله لأسألن عن ذلك رسول الله ﷺ فانطلق الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قد أنزل الله عز وجل فيك وفي صاحبتك قرآناً فائت بها فجاء بها، فتلاعنا 2 .

---

1 ـ محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري (مرجع سابق) ج3 / ص 160

ـ محمد بن يزيد القزويني المتوفي (273هـ) : سنن بن ماجة (دون طبعة أو تاريخ) . دار إحياء الكتب العربية . ج1 / ص 667 .

2 ـ عبد الله بن عبد الرحمان الدرامي : سنن الدارمي . (دون طبعة) دار المغني للنشر و التوزيع 2000/1421 }2 / ص150 .

ثالثا ـ في الإجماع : لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية على مشروعية اللعان لأطرافه وهم الزوج والزوجة . كذلك دأب هؤلاء الفقهاء على وضع الأحكام الخاصة به من حيث التعريفات و صورته و كل ما يتعلّق به من أحكام .

ـ **المالكية** : قالوا بوجوب اللعان بين الزوجين في ثلاث حالات؛ الأولى: رؤية الزوج لزوجته زانيةً، والثانية: لنفي الزوج حملها منه ، والثالثة: قذف الزوج لزوجته، لاتهامها بارتكاب الزنا دون رؤيتها ، ودون نفي الحمل قال الشيخ محمد عليش المالكي : " اللعان يجب بثلاثة أوجه : وجهان مجمع عليهما و ذلك أن يدّعي أنّه رآها تزني كالمرود في المكحلة ثم لم يطأ بعد ذلك ، أو ينفي حملا يدّعي استبراء قبله ، أما الوجه الثالث : أن يقذفها بالزنا و لا يدّعي رؤية و لا نفي حمل ، و أكثر الرواة قالوا يحد و لا يلاعن .

ـ **الشافعية** : قالوا ألا يكون اللعان إلا بين الزوجين؛ دفعا لما اتُّهمت به الزوجة من الزّنا ، أو من نَفْي حَملها ولا يجب اللعان على الزوج إلا لنفي نسب حمل أو ولد يعلم أنّه ليس منه .

و اللعان عند الشافعية حجة تدفع حد القذف عن الزوج أو نفي الولد منه ، و وجب معه اللعان و أنّه لا يجب عليه ذلك إلا لنفي نسب الولد أو الحمل منه ، لأنّه لو سكت ألحق الولد أو الحمل به .

ـ **الحنابلة** : قالوا بجواز وقوع اللعان بين الزوجين، لإسقاط حدّ القذف عن الزوج ، و بسبب قَذفه لزوجته . في حال قذف الرجل زوجته بالزنا فلا يكون إسقاط الحد إلا بالملاعنة ، ويكون معه حد القذف حق للزوجة إن طلبت به أو أبرأته من قذفها أو أسقطته أو عليه أن يقيم البينة على زناها ثم يكون بإرادته لعانها فإن لم يكن هناك نسب يريد نفيه (ولد أو حمل) فلا لعان عليه ، و قال بعضهم : باحتمال ألا يشرع اللعان في هذه الحالة كما لو قذفها فصدّقته .

ـ **الحنفية** : قالوا بوجوب اللعان؛ بسبب اتّهام الزوج لزوجته بارتكاب فعل الزّنا ، استدلالاً بقول الله تعالى : **(والّذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنّه لمن الصّادقين*والخامسة أنّ لعنت الله عليه إن كان من الكاذبين)**[1] فكان قذف الزوجة أحد الأسباب الموجبة لوقوع اللعان بين الزوجين .

ملاحظة : ما كان إثبات وقوع الزنا بأربعة شهود عدول ، يشهدون أنهم رأوا فلانا أو فلانة في حال زنا ، في غاية الصعوبة حتى إنّه يندر حصوله نظرا للشروط المقررة فيه ، شرع الله عز وجل للزوج حالة استثنائية خاصة يستطيع فيها أن يقيم دعوى الزنا على زوجته إذا رآها تزني ، دون أن يكلّف إحضار الشهود ، ودون أن يقام عليه حد القذف ، وهذه الحالة الاستثنائية هي اللعان .

1 ـ وزارة الأوقاف الإسلامية (الكويت) : الموسوعة الفقهية الناشر وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية الكويت ط 1 1983 ج1 /39
2 ـ وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية : المرجع نفسه /ص39
3 ـ سورة النور الآيات من 06 ـ 10

الفرع الأول : أسباب وجود ولد اللعان الشريعة الإسلامية :

إنّ من مقاصد الشريعة الإسلامية حفظ الأنساب و منعها من الاختلاط , و لذلك أعطت الشريعة الإسلامية رعاية كبيرة و خاصة تتلخص في جملة من الأحكام القوية الردعية التي تمس بهذا المقصد الشرعي الحساس, فإن كان من المنطقي ثبوت نسب الولد أو الحمل من جهة الأم في كل الأحوال فإنّ ثبوته من جهة الأب لا يكون إلا بتحققه عن طريق نكاح صحيح , و حتى من نكاح فاسد أو وطأ بشبهة ,كما يثبت بالبينة أو الإقرار أو القيافة , و جملة ذلك أنّ الشريعة الإسلامية لا تتماطل في قبول أي حجة أو اعتراف في إلحاق نسب الابن بأبيه , فحرص الشرع بطرق اثبات النسب ذا قدسية بين أحكامه الفقهية ... فإن كان الشارع قد تساهل و وسع في طرق اثبات النسب من جهة فإنّه من جهة أخرى قد تشدد في نفيها , و لم يجعل لذلك إلا طريقا واحدا مقيدا بجملة من الشروط و هو اللعان , و لأنّ النسب له ثلاثة أطراف و لكل طرف حق مرتّب شرعا ثمّ قانونا و هذه الأطراف هي الأب , و الأم , الولد فضلا عن حق الله تعالى ... فباعتباره حق

لله فهو تحقيق لمصلحة عامة للأمة في عدم اختلاط الأنساب أما كونه حق للأب فإنّ ثبوت نسب الولد منه يترتب عنه جملة من المسؤوليات كواجب الحضانة , الولاية , الإرث للولد أما كونه حق للأم فهو دفع تهمة الزنا عن نفسها و صيانة لولدها و صيانة حقوقه من الضياع , أما هو حق للولد فمن حقّه الانتساب لأبيه و أمه لأن في ذلك حفظ لنسبه من جهة و دفع العار من جهة أخرى..." و به يحفظ شرفه من كونه ولد زنا و يستتبع له حقوقا منها حق النفقة و حق الرضاع و حق الحضانة و الإرث "1 .

و يعتبر ولد اللعان عينة من تلك العينات التي تختلف في مخرجاتها و في أسبابها و ظروف وجودها إلا أنّها تجتمع تحت مسمى واحد و هو مجهولي النسب .

فولد اللعان هو الولد الذي نفى أبوه نسبه إليه ، والذي بسببه صدر الحكم بإجراء اللعان بين أبويه . فعليه يكون ولد . اللعان مقطوع النسب لأبيه . فقد وولد على فراش الزوجية من أب و أم جمعهما نكاح صحيح غير أنّ الزوج نفى نسب الحمل منه و النفي هو الإنكار لبنوة المحمول به و ذلك بعد وقوع ملاعنة بين الزوجين على الوجه المحدد شرعا لوجود سببه و هو قذف الزوج لزوجته المدخول بها بفعل الزنا . أو إنكار من ولد على فراشه منها و يحكم القاضي بالتفريق و قطع نسب الولد عن أبيه 2 .

الطلاق ظاهرة قديمة جديدة موجودة في كل المجتمعات دون استثناء إلا أن نسبها تتفاوت من مجتمع لآخر كما عرف الطلاق أشكال متعددة حسب الثقافات و الديانات و من عصر لآخر أيضا بالإضافة إلى أن الأديان قد أقرته ، و على غرار ذلك فقد عرفه العرب قديما في الجاهلية .

---

1 ـ كمال لدرع : مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الجزائري ـ المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية جامعة الجزائر ج 39, رقم 01 , 2001 ـ ص 49 .

ـ مراجعة معوض عبد التواب : الدفوع الشرعية في دعاوى الأحوال الشخصية ـ دار الفكر الجامعي ـ الإسكندرية , ط 01 , 1997 , ص 473

2 ـ د. وهبة بن مصطفى الزحيلي : و سائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ـ مكتبة دار البيان , ط 3 , 2007 / ص 350 .

ليس الطلاق فقط بل كل ما يتصل به من أشكال قطع أواصر الأسرة و منها اللعان كوجه من تلك الوجوه فلما جاء الإسلام نظّمه بشكل دقيق مراعيا في ذلك مصلحة الأسرة و استقرارها و استمرارها من ناحية و حفظ كيان المجتمع الإسلامي من ناحية أخرى يقول الله تعالى " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان "1 ، و باعتبار الأسرة هي المنبع الأساسي للطفل من كل النواحي سواء النفسي أو العقلي تحت إشراف الوالدين يأخذ منهما سلوكاته و يبني شخصيته و توجيهه المستقبلي غير أن أي اهتزاز في الأسرة أو كسر في بيضتها من شأنه يؤثر سلبا على الطفل و لتفككها ينتج أضرار لا حصر لها عليه أهمها :

و لتفكك الأسرة أضرار متعددة على الأولاد أهمها :

ـ وقوع الضرر على الأولاد في البعد عن الوالدين معا أو في بعد أحدهما فللأب تأثيره بتوجيهه و رقابته و للأم بحنانها و خدماتها و نقص هاته أو تلك يسبب الضرر .

ـ حضور العبث مكان الجد في عدم الإشراف على الأسرة و التشتت مكان الترابط و الاجتماع و الانحراف مكان الاستقامة ، لأن صدمة تفكك الأسرة ليست بالهينة على الأولاد هم من يتعرض لصدمة جفاء الوالدين

ـ هبوط المعنويات و اليأس و التوتر و الاضطراب في السلوك و فقدان الثقة في النفس صفات تصاحب الولد الذي يعيش بعيد عن الوالدين أو في بعد أحدهما .

ـ تنعكس سلوكات عدة و منها الخذلان في اضطراب الطفل مما يجعله غير قادر على مواصلة دراسته فيكون عرضة للتسرب المدرسي الذي سيؤدي به بعد ذلك إلى الانحراف و عالم الجريمة .

فكل ما ذكرناه من آثار سيئة و هي قليل من كثير هي انعكاس للفقد الكلي أو الجزئي لوجود الطرفين الفاعلين في الأسرة و هما الأب و الأم و من المؤكد أن ولد اللعان لا يقل تأثرا ممن هو على شاكلته بل نستطيع أن نقول أنّه أكثر تأثرا من كل هؤلاء لأنّ عامل العار الذي حدث بين والديه بسبب اللعان كافيا أن يدمر حياته و مستقبله و خاصة في مجتمع لا يتقبله و يحترمه .

1 ـ سورة البقرة / الآية 229 .

الفرع الثاني أحكام ولد اللعان في الشريعة الإسلامية :

كما عرفنا سابقا أنّ اللعان يقوم بين زوجين يربطهما عقد نكاح شرعي سواء أكان الرجل قد دخل بزوجته أم لا فإن لم يكن قد دخل بها كان اللعان على أمر واحد أو صورة واحدة و هو القذف بالزنا أما إذا سبق و أن دخل بها فيكون على صورتين :

1 ـ **القذف بالزنا** : و هي أن يرمي الزوج زوجته بالزنا إما بحق أو باطل و في كلا الحالتين تذهب ما أمر الله به أن يكون بينهما من حسن المعاشرة بالمعروف و تزيل كل معالم الخيرية في الأسرة , فإن لم يخرج الاتهام إلى غيرهما و شاع بين العامة كان زواجهما صحيحا و بالتالي يصبح على الزوج اثبات ذلك بالبينة , و إلا طالبت الزوجة بحد القذف (ثمانين جلدة) أو تعفو فإن لم يثبت كان الحد أو يدرأ الحد بالملاعنة . و يفسد الزواج . وحكم بفسقه ، وردت شهادته .

فإن أثبت بالبينة (أربع شهداء) أقيم عليها حد زنا الثيب و هو الرجم .

قال الإمام النووي : " المحصنات : العفائف ، الغافلات : عن الفواحش وما قذفن به ، والقذف هو الرمي بالفاحشة لمن هو بريء منها ، وقد بين الله تعالى عقوبة رمي النساء العفيفات البعيدات عن الفاحشة بقوله تعالى : " **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ** "1 ، لأن القذف هو تعرض للعرض برميه بزنا أو لواط , ولكنه قول سوء إن لم يكن لديه بينة عليه فقد أساء وظلم و يجب أن يتحلل من زوجته و يستسمحها , وهذا لو كان كلامه قاصرا على تلك التهمة . أما وقد صرح لها بأنها ارتكبت الزنا فهذا قذف صريح .

ـ حد القذف حق للمقذوف فإن أسقطه سقط ، قال بن عثيمين رحمه الله : " و بناء على أنّه حق للمقذوف : يسقط بعفوه ، فلو عفا بعد أن قذفه بالزنا فإن حد القذف يسقط لأنّه حق له ، كما لو كان عليه دراهم ، فعفا عنها : فإنّها تسقط عنه و لا يستوفي بدون طلبه "2

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله . " وَلَا يُحَدُّ الْقَاذِف إلَّا بِالطَّلَبِ إجْمَاعًا " 3 .

ـ ليس مجرد القذف لعانا ، وإنما هو سبب للعان ، وكذا لو قذفها فحلفت أنها بريئة فليس بلعان أيضا فاللعان لا يكون إلا وفق ما ذكرنا سابقا طريقته و شروطه

ـ لا يوجب القذف الفرقة ، بخلاف اللعان ، فإنه يوجب الفرقة بين الزوجين , "فقد ذَهَبَ الْمَالكِيَة والشافعِيَة والْحَنابلةُ فِي الْمذهب إِلَى أَنَّ الْفرقة تقع بين الزَّوجين بمجرد اللعان" 4 .

---

1 ـ سورة النور / الآية 04 .

2 ـ محمد بن صالح العثيمين : الشرح الممتع على زاد المستقنع ـ دار بن الجوزي ط 1 . 1422 / 2002 ـ 284/14 .

3 ـ تقي الدين أبو العباس أحمد ابن تيمية المتوفي (728هـ) : الفتاوى الكبرى ـ دار الكتب العلمية ، ط 1 1408/ 1987 ج5 / ص 507 .

4 ـ وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية الكويتية : (المرجع السابق) ج 35 / 260 .

2 ـ **نفي الحمل منه** : إذا لاعن الزَّوج امرأته ونفى الولد في لعانة ، ينتفي الولد بنفيه ، وهذا باتّفاق المذاهب الفقهيَّة الأربعة : ـ في حديث تلاعن هلال بن أميَّةَ وامرأته (سبق ذكره)

وعن ابن عمر رضي الله عنهما : " أنّ رجلا لاعن امرأتَه في زمن النبيِ ﷺ وانتفى من ولَدها ففَرَّق النبيُّ ﷺ بينهما ، وألحق الولَدَ بالمرأة " 1

فمن عدل شريعتنا إذا ولد الولد على فراش الزوج ينسب إليه ما لم ينفه ، فإن نفاه باللعان فلا ينسب إليه وإنما ينسب إلى أمه كولد الزنا ، والأب في اللعان يدعي أن الولد ليس بولده ، ولذلك ينفى عنه نسبه وينسب إلى أمه .

جاء في أحكام القرآن للجصاص ما نصه : قال أبو بكر و قوله : " الولد للفراش . قد اقتضى معنيين أحدهما إثبات النسب لصاحب الفراش و الثاني أنّ من لا فراش له فلا نسب له ، لأنّ قوله الولد اسم للجنس ، و كذلك قوله الفراش للجنس لدخول الألف و اللام عليه فلم يبق ولد إلا و هو مراد بهذا الخبر فكأنّه قال لا ولد إلا للفراش . فإن كان للمرأة زوج ينسب إليه ما لم ينفه عنه عندما يتيقن أو يغلب على ظنه أنّه ليس منه (من زنا)" .

وقوله ﷺ في الحديث : و للعاهر الحجر . يعنى أن الزاني لا ينسب إليه الولد ، وإنما له الخيبة والعقوبة فدل على أن ولد الزنا إنما ينسب لأمه إذ ليس للفراش صاحب شرعي، وكذلك الحال عند اللعان ونفي الزوج للولد .

يوجد من أهل العلم من منع نفي الولد بعد ولادته ، لأنه يكون حينئذ ولد على فراش الزوج ، بل كان من حقّه النفي أثناء الحمل ، وقد ذكر ذلك ابن حزم رحمه الله ، وعلى كل فلا تعارض بين حديث نفي الولد باللعان وبين كونه للفراش .

ملاحظة :

على الرغم من وجود بعض الاختلافات في أسباب وجود ولد الزنا من جهة و ولد اللعان من جهة أخرى إلا أنّنا نفهم من ذلك كلّه أنّ ما ترتّب على ولد الزنا من أحكام ذكرناها سابقا هي نفسها ترتّب لولد اللعان . فإن كان ولد الزنا ثابت الوجود من سفاح وسواء من امرأة متزوجة أو غير متزوجة إلا أنّ ولد اللعان لا يسمى كذلك إلا من امرأة متزوجة بغض النظر هل هي بريئة من قذفها بالزنا أم لا فيكون ولد اللعان بقدر ما هو ابن زنا , فقد يكون ابن الفراش لأبيه المستحق للعنة الله تعالى لكذبه و رمي زوجته بتهمة الفاحشة .

4 ـ في صحيح البخاري و صحيح مسلم بتخريج المسند لأحمد شاكر الحسيني (البخاري 4748 ـ مسلم 1494)

المبحث الثاني: أحكام مجهول النسب في التشريع الجزائري

يعتبر الطفل العنصر الأساسي في تكوين المجتمع، ومن بين أهم حقوقه الحق في الحياة، هذا الأخير الذي تندرج تحته عدّة حقوق، فبتمتعه بهذه الحقوق يصبح هذا الفرد قادرا على القيام بواجباته نحو مجتمعه.

فمن أهم هذه الحقوق الحق في النسب أي انتسابه إلى أبيه أي إلى عائلته، هذا الحق الذي يحدّد أصله فبتمتعه بهذا الحق تعطى له جميع الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والثقافية، ففي هذه الحالة نكون أمام طفل معلوم النسب، ولكن بفقدان الطفل هذا الحق أي النسب نكون أمام ما يعرف بمجهول النسب ونلاحظ أن المشرع الجزائري لم يضع تعريفا لمجهول النسب لا في قانون الأسرة، ولا في قانون الحالة المدنية.

حيث أن المشرع الجزائري لم يفرق بين اللقيط وبين ابن الزنا أو الأطفال المتخلي عنهم، وهذا وفقا لنص المادة 64 من قانون الحالة المدنية، في الفقرة الثالثة حيث تنص " يعطى ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال ا اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين "1 .

إذ نجد أنّه لا يوجد اختلاف بين المشرع الجزائري وفقهاء الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول: ابن الزنا :

يعتبر الزنا من الجرائم التي حرمها الدين الإسلامي، وجرمتها القوانين الوضعية بما فيها القانون الجزائري، حيث يعتبر الزنا جريمة في نظر القانون الجزائري وسنحاول في هذا المطلب التعرض إلى جريمة الزنا وإلى تعريف ولد الزنا وأحكامه في القانون.

الفرع الأول: حالات وجوده في نظر القانون

قبل التكلم على ابن الزنا فإنّنا يجب أن نتكلّم على جريمة الزنا.

تعريف الزنا:

1 ـ **لغة** : يزني زنا مقصور فهو زان والجمع زناة مثل قاضي وقضاة، وزاناها مزاناه وزناء ومنهم من يجعل المقصور والممدود لغتين في الثلاثي ويقول المقصور لغة الحجاز والممدود لغة نجد 2.

---

1 ـ الأمر 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية معدل ومتمم بالقانون 19-08 المؤرخ في 9 غشت 2014، والمتمم .بالقانون 03/17 المؤرخ في 10 يناير 2017، الجريدة الرسمية العدد 21 المؤرخة في 21 ذو الحجة 1389 الموافق لـ 27 فبراير 1970

2 - الفيوم ي المقرئ أحمد بن محمد بن علي، مكتبة لبنان، بيروت، 1987، ص98.

ـ اصطلاحا: لم يورد المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات الوضعية الأخرى تعريفا للزنا، واكتفى بتجريم الفعل والعقاب عليه من خلال نص المادة 339 من قانون العقوبات والتي تنص على: " يقضي بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا.

وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة.

ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته .

ولا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور، وإن صفح هذا الأخير يضع حد لكل متابعة "1.

وقد حاولت المحكمة العليا وضع تعريف للزنا حيث جاء في إحدى قراراتها " إن جريمة الزنا ذات طبيعة خاصة لأنّها تقتضي التفاعل بين شخصين يعد أحدهما فاعلا أصليا وهو الزوج الزاني، ويعد الثاني شريكا وهو الخليل الذي باشر "

مع الفاعل الأصلي للعلاقة الجنسية، ولا تتحقق الجريمة إلا بحصول الوطء أو الجماع بين الرجل وخليلته أو بين المرأة وخليلها 2.

أما عند الفقه الجنائي فقد حاول البعض من الفقهاء إعطاء تعريف للزنا ومن ذلك أن الزنا هو ارتكاب الوطء غير المشروع من شخص متزوج مع امرأة برضاها حال قيام الزوجية فعلا وحكما " 3.

ومن خلال هذه التعريفات يمكن القول إنه لثبوت جريمة الزنا لابد من توافر أركان الجريمة وهي وجود نص يحظر جريمة الزنا ويعاقب عليها، وهو الركن الشرعي، والركن المادي، وهو الفعل المكون للجريمة بالإضافة إلى الركن المعنوي، وهو القصد الجنائي4

بعد ارتكاب جريمة الزنا قد ينتج عنها ولد الزنا هذا الأخير الذي يمكن أن نعرفه انه " هو المولود الذي تأتي به أمه نتيجة ارتكابها الفاحشة ذكرا كان هذا المولود او أنثى "5.

وقال الزحيلي في تعريفه " الولد الذي أتت به أمه من طريق غير شرعي او ثمره علاقة المحرمة "6.

---

1 ـ قانون رقم 01-14 مؤرخ في 04 فيفري 2014 يعدل ويتمم الأمر 66-156 الموافق لـ 1966/06/08 المتضمن قانون العقوبات للجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

2- جيلاني بغدادي: الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ج2، ص 132.

3 – على عدنان الفيل: الصفو (نوفل علي عبد الله)، جريمة الزنا في القوانين الوضعية، دراسة مقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية، قسم القانون العام كلية القانون، جامعة الموصل، العراق د.ت.ن ص 166.

4- يوسف التل إيناس: جريمة الزنا بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2014، ص23

5- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ط2، ذات السلاسل، الكويت، 70/3.

6 ـ وهيبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ط2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1985، 430/8.

الفرع الثاني: أحكامه في القانون

تظهر أحكام ولد الزنا من خلال موقف المشرع الجزائري من تنسيب ولد الزنا وميراث ولد الزنا.

فالملاحظ أن المشرع الجزائري اهتم بمسألة النسب حيث حصر طرق إثباته في المادة 40 من قانون الأسرة بالزواج الصحيح أو الإقرار أو البينة أو نكاح الشبهة 1.

إلا انه في الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة جوز للقاضي اللجوء الى الطرق العلمية لإثبات النسب 2 .

أولا: حق ابن الزنا في معرفة والديه

أ ـ انتساب ابن الزنا إلى أمه:

إن المشرع الجزائري يبدو وكأنه له موقفان من ولد الزنا من معرفه أمه او الانتساب إليها . – الأول في قانون الأسرة يمكن استنتاجه بمفهوم المخالفة من المادة 40 والمادة 41 من قانون الأسرة الجزائرية التي اشترطت لثبوت النسب وجود عقد زواج صحيح أو شبهته، وبالتالي فان الولد ينسب الى أمه، بالإضافة الى أن عدم وجود نص صريح حول المسالة يعتبر سكوتا مما يحيلنا الى الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري3، مما يترتب عليه أن قانون الأسرة الجزائري يعترف لولد الزنا في معرفه أمه استنادا إلى المواد 40- 41- 222. أما الموقف الثاني هو ما جاء به قانون الصحة العمومية الجزائري رقم76 – 79 المؤرخ في 1976/10/23، حيث انه كان يعترف في المادة 3/243 حيث يعترف للأمهات العازبات بأن يلدن أطفالهن دون ذكر أسمائهن ، وبالتالي يمكن أن نقول أن المشرع الجزائري يعترف للطفل بحق الانتساب الى أمه سواء ولد من زواج صحيح او شبهة أو زنا.

ب– موقف المشرع الجزائري من حق ابن الزنا في معرفه أبيه:

نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتكلم عن المسائل الخاصة بولد الزنا غير أننا بالرجوع الى قانون الأسرة وبالضبط الى الفصل الخامس منه الذي يتكلم عن النسب نجد أن المادة 40/1 منه تنص " يثبت النسب بالزواج الصحيح او بالإقرار أو بالبينة او بنكاح الشبهة او بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون "

---

1 – شابحة عمر سعيد – مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 7، العدد 6، جامعة زيان عاشور، 2018، العدد 441.

2ـ قانون رقم 84-11 ، مرجع سابق

3ـ –قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم: 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 بنص قانون الأسرة.

كذلك المادة 44 تنص " يثبت النسب بالإقرار بالبنوة او البنوة والأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل او العادة "1 .

من خلال فهم هاتين المادتين يتضح أن الطفل ومهما كان سواء ولد من زواج صحيح او شبهه او كان ابن زنا فنسبه يثبت بمجرد الاقرار او عن طريق البصمة الوراثية في حاله إنكار الأب وبالتالي يمكن أن نقول أن المشرع الجزائري يقر لهذا الأخير حق الانتساب الى أبيه.

غير أننا بالرجوع الى المادة 41 من قانون الأسرة الجزائرية نجد انه لا يقر ثبوت نسب الطفل من أبيه إلا إذا كان الزواج شرعيا، ومنه فإن نسب ابن الزنا لأبيه يعتبر غير مقبول.

وفي الأخير يمكننا أن نقول أن المشرع الجزائري وبالرغم من الغموض إلا انه اتجه الى موقف الجمهور (جمهور الفقهاء) بحرمان ابن الزنا من الانتساب الى أبيه وهذا ما تبناه المجلس الأعلى الجزائري في قرار صادر بتاريخ 17 ديسمبر 1984" ...بان ابن الزنا لا ينتسب الى أبيه..."2 .

كذلك لمعرفه حق ابن الزنا في نسبه الى أبيه ومعرفة ما ذهب إليه القضاء الجزائري نعرج على بعض دعاوى النسب المرفوعة أمام القضاء الجزائري، حيث نجد أن المحكمة العليا في قرارها رقم 99000 المؤرخ في 23 نوفمبر 1993 (... أن الحكم بإثبات الزواج العرفي وعدم إلحاق النسب خطا في تطبيق القانون...).

ففي هذه الحالة يجب على رافع الدعوى اثبات العلاقة الشرعية أولا للمطالبة لاحقا بإلحاق النسب على أساس الفراش، إلا انه قد يدفع المدعي عليه بعدم وجود عقد الزواج لنفي النسب على أساس المادة 41 من قانون الأسرة الجزائرية حيث تنص (ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة...)، والمادة 42 منه التي تنص (أقل مدة الحمل 6 أشهر وأقصاها 10 أشهر)3 فعدم توافر الفراش حسب المادتين يعني أن العلاقة بين الطرفين لم تكن مشروعه وفي هذه الحالة اعتبرت المحكمة العليا الولد ولد زنا مقطوع النسب لا ينسب لأبيه 4. وهناك عده قرارات أخرى رفضت اثبات النسب من الزنا باعتباره ليس سببا منشئا له، وهذا ما أخذت به اغلبيه المحاكم الابتدائية فيما يخص رفع دعوى اثبات النسب ولد الزنا موافقا لرأي الجمهور.

---

1 ـ – قانون رقم 11/84 مؤرخ في... المرجع السابق.

2 ـ – ليلى جمعة: حماية الطفل، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة وهران، د س، ص 51.

3– قانون رقم 11/84.....

2 ـ – المجلة القضائية، العدد الخاص لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ص85.

ثانيا: ميراث ولد الزنا:

تنص المادة 126 من قانون الأسرة الجزائرية " أسباب الإرث القرابة والزوجية " يفهم من هذه المادة إن من أسباب الارث النسب، فالزنا يثبت النسب به من الأم فقط ولا يثبت به أبوه الزاني لولد الزنا إلا إذا اقر به دون أن يصرح بأنه من الزنا، فإذا ماتت المزني بها ورثها ولدها باعتبار أن نسب الولد متصل بالأم بالولادة . وكذلك كل أقاربها فإنه يرث منهم و يرثون منه لقيام النسب، وهذا باتفاق الفقهاء أما الزاني فلا توارث بينه وبين ولد الزنا وذلك لانقطاع النسب الذي هو من أسباب الميراث وهذا بدليل المواد (126، 128 ،130، 131) من قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الثاني: الولد اللقيط :

يعتبر اللقيط من الأطفال مجهولي النسب هذه الظاهرة التي تعتبر مشكل من أصعب المشاكل التي تعاني منها جل المجتمعات بما فيها المجتمع الجزائري، لهذا سنحاول التطرق لهذه الفئة من خلال تحديد مفهومه وأسباب وجوده وأحكامه في القانون الجزائري.

الفرع الأول: أسباب وجوده في نظر القانون:

قبل التطرق الى أسباب وجود الولد اللقيط لابد من تعريفه. **التعريف اللغوي:** هو ما يلقط واللقط اخذ الشيء من الأرض فهو فعيل من اللقط بمعنى مفعول بمثل قتيل وجريح والصبي المنبوذ يجده إنسان فهو اللقيط عند العرب والأنثى هي اللقيطة والذي يأخذ الصبي يقال له الملتقط 1.

2 ـ التعريف الاصطلاحي: من ابرز التعاريف

اللقيط هو الطفل غير البالغ الذي يوجد في الشارع او أمام الطريق ولا يعرف نسبه2 .

3 ـ مصطلح اللقيط في القانون الجزائري:

ويرى علماء النفس أنه من المستحسن تجنب إطلاق مصطلح اللقيط على هذه الفئة لما له من أثار سلبية من الناحية النفسية، مما يؤدي الى صعوبة إدماجه اجتماعيا باستعمال مصطلح الطفولة المسعفة 3.

ـ تعريف الدكتور العربي بلحاج: هو مولود حي حديث العهد بالولادة، لا يعرف له أب ولا أم، طرحه أهله خوفا من الفقر او فرارا من تهمه الزنا او لغير ذلك من الأسباب 1 . وتعرف المادة 246 من قانون الصحة لسنه 1976 اللقيط بأنه: (الولد المولود من أب و أم مجهولين ووجد في مكان ما او حمل الى مؤسسه وديعة) .

---

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

2 . – السيد سابق: فقه السنة، المجلد الثالث، دار الفكر، بيروت 1977، ص 240.

3 - فطيمة مؤمن: أحكام اللقيط بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، رسالة ماجستير، غير منشورة، جامعة الحاج لخضر، باتنة ، الجزائر، 2005 /2006، ص87.

فنجد مصطلح اللقيط يستعمل ويتداول أكثر عند فقهاء الشريعة الإسلامية بينما مجهول النسب يستعمل عند فقهاء القانون.

من خلال التعاريف السابقة للقيط يمكن أن نقول بان الولد اللقيط هو كل مولود حي طرحه أهله خوفا من الفقر او هروبا من تهمه الزنا في مكان ما وجاءت المادة 67 من الأمر 20/70 المتعلق بالحالة المدنية متماشية مع ما يخدم مصلحة الولد الذي تم العثور عليه، حيث نصت: " يتعين على كل شخص وجد مولودا حديثا أن يصرح به ضابط الحالة المدنية 1. إذن يتضح من خلال هذه التعريف أن الطفل اللقيط هو الطفل الذي يتم طرحه نتيجة أسباب متعددة.

كما نلاحظ أن بعض الدول اشترطت بان يكون الطفل حديث الولادة، وهناك من اشترط بان يكون هذا الطفل ما دون ستة أشهر لكي يعتبر لقيطا، أما بالنسبة للقانون الجزائري نجده لم يحدد لنا سن الطفل المتروك حتى يكون لقيطا.

أما عن أسباب وجود اللقيط فان هذه الأسباب هي مشتركه بين جميع المجتمعات وهي:

الانحلال الخلقي: هو من ابرز الأسباب في وجود اللقيط خصوصا إذا توفرت الأرضية المساعدة، وتهيئ الجو المناسب من سوء التربية وعدم التنشئة الإسلامية الصحيحة وفتح المجال لارتكاب الزنا والوقوع فيه، غير انه توجد أسباب أخرى تساهم في وجود اللقيط وهي :

الأسباب الاقتصادية: إن الوضع الاقتصادي المتدهور الذي يوصل صاحبه للفقر يدفع بالكثيرين في ظل عدم وجود الوازع الديني الى رمي أطفالهم والتخلي عنهم او أخذهم الى دور الرعاية، فقد يرى الأب والأم في هذا الإجراء أنه في صالح ولدهم، فهم يرون أن بقاءه معهما فيه هلاك له.

الأسباب السياسية: ويظهر ذلك من خلال الحروب التي غالبا ما تكون نتيجة مشاكل سياسية، فالحروب هي من أهم الأسباب لوجود اللقيط، ففي الحروب تتعطل جميع القوانين وتغيب عن بعض الناس القيم والخلاق، فيخول لنفسه ارتكاب أشياء كثيرة بحجة الحرب 2. فيرتكب المحرمات من الزنا ويرمي بولده، كذلك تسبب الحروب في مقتل الآباء والأمهات، فيبقى الولد وحيدا ضائعا فكل هذه الأسباب تخلّفها الحروب.

أسباب خلقية: والمقصود هنا هو عندما يولد الولد وبه عاهات خلقية فيكون معوقا أو مشوها، الأمر الذي قد يدفع بالأب والأم ترك الولد والهروب من المسؤولية المتمثلة في الرعاية والعلاج و التربية والتي تتطلب مصاريف إضافية 3.

---

1 ـ – العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج والطلاق، ج1، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004 ص 202.

2 – الأمر رقم 20/70 المتعلق بالحالة المدنية.

3– هيلوفة أحلام الدين، لعروسي نادية، أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص أحوال شخصية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2018.

الفرع الثاني: أحكامه في نظر القانون

إن عدد مجهولي النسب في الجزائر في تزايد بما فيهم اللقطاء، إذ أنه في سنة 2000 أحصت الجزائر حوالي 3400 طفل غير شرعي بصرف النظر عن الموجودين خارج المستشفى 1.

لذلك أقر المشرع الجزائري أحكام تنظم هذه الفئة، ومن هذه الأحكام اثبات نسب اللقيط وحقه في اكتساب جنسية وحقه في الميراث.

اثبات النسب:

نصت المادة 44 من قانون الأسرة الجزائري " يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل والعادة ".كذلك نصت المادة 45 من ق أ ج " الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر بتصديقه."2

ومنه فإن نسب الطفل اللقيط يثبت بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة.

الاقرار بالبنوة او الأمومة او الأبوة:

هو أن يعلن شخص معين أن شخصا هو ابنه او ابنته وسواء كان ا المقر رجلا او امراه ويجب توفر الشروط التالية :

- أن يكون المقر له (اللقيط) مجهول النسب.
- أن يكون من المحتمل أن يولد لمثل المقر الولد المقر له بالبنوة.
- يثبت الاقرار في مرض الموت شريطه أن يكون الاقرار ويوافق العقل السليم والعادة المعمول بها -.

لا يصح إلا قرار من جانب المقر إذا اقر أن هذا الطفل ولد الزنا.

الاقرار في غير البنوة او الأبوة او الأمومة:

وهو الاقرار بنسب محمول على الغير ويتم بين شخصين كلاهما ليس أهلا للأخر فرع له كما قرابة الحواشي.

ولصحة هذا الاقرار من توفر الشروط التالية:

يكون الشخص الآخر مجهول نسب.

أن يصدقه العقل والعادة. بالإضافة الى شرط آخر المادة 45 من قانون الأسرة الجزائري وهو ان يوافق المحمول عليه بالنسب على هذا الاقرار.

---

1 – د. خليل صالح، المركز القانوني للطفل المهمل في المواثيق الدولية والقانون الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة سيدي بلعباس، 2005 ص36

2 – قانون رقم 11/84... مرجع سابق.

حق الولد اللقيط في الجنسية :

تنص المادة 7 من قانون الجنسية الجزائري " يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر.

الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين غير أن الولد المولود في الجزائر بين أبويين مجهولين يعد كأنه لم يكن جزائريا قط إذ ثبت خلال قصوره. انتسابه الى أجنبي او اجتبيه وكان ينتمي الى جنسية هذا الأجنبي وفقا لقانوني جنسية أحدهما.

أن الولد الحديث الولادة الذي عثر عليه في الجزائر يعد مولودا فيها ما لم يثبت العكس

2- الولد المولود في الجزائر من أب مجهول و أم مسماه في شهادة ميلاده دون بيانات أخرى تمكن من اثبات جنسيتها 1 ، و من خلال فهم هذه المادة فان الولد اللقيط تمنح له الجنسية الأصلية الجزائرية عن طريق رابطه الإقليم ، عليه في الإقليم الجزائري يفترض انه لأبوين مجهولين فتمنح له الجنسية.

الجزائرية لكن هذه ليست قرينه قانونيه قاطعه أن هناك فرق بين المولود في الجزائر من والدين مجهولين واللقيط الموجود فيها لأنه قد يكون مولود في الجزائر وقد يكون مولود في الخارج ونقل إلى الجزائر وهو حديث الولادة ويقع عبر اثبات أن هذا المولود ولد خارج الجزائر على عاتق الدولة.

فالحق في الجنسية معترف به للطفل في اتفاقيه حقوق الطفل للجمعية العامة للأمم المتحدة 2.

3- ميراث اللقيط:

في الغالب يكون اللقيط مجهول النسب فهو لا يرث لانعدام النسب ، أما بالنسبة لما له إن كان له وار كما اقتضت الشريعة والقانون، أما إذا لم يظهر له نسب فماله يكون للخزينة العمومية

نصت عليه المادة 180 من قانون الأسرة الجزائري "... العرب فإذا لم يوجد ذو فروض او عصبه آلت التركة إلى ذوي الأرحام ، فان لم يوجدوا آلت الى الخزينة العامة، لك نجده في نص المادة 773 من القانون المدني: " تعتبر ملك من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك، وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون من غير وارث او الذين تهمل تركتهم " 3 .

المطلب الثالث: ولد اللعان :

يعتبر اللعان من الوسائل الشرعية لنفي النسب حيث ورد في قانون الأسرة الجزائري في موضعين فقط:

- **الموضع الأول:** في المادة 41 باعتباره الطريقة المشروعة لنفي النسب.
- **الموضع الثاني:** في المادة 138 باعتباره مانع من موانع الإرث ولعدم وجود نصوص تتعلق باللعان فانه

1 - الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 17 شوال 1390 الموافق لـ: 1970/12/15، المتضمن قانون الجنسية الجزائرية.

2 - قاسي علال: أحكام الطفل اللقيط في النظام القانوني الجزائري، جامعة سعد دحلب ، البليدة، ص 520.

3- بلحاج العربي: أحكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة، الجزائر، ط1 ،2009، ص215.

الفرع الاول: أسباب وجوده في ظل القانون الجزائري:

يخضع للشروط المنصوص عليها في الفقه الاسلامي استنادا لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائرية التي تنص (كل ما لم يرد النص عليه في القانون يرجع فيه الى أحكام الشريعة الإسلامية).

لكي تتضح أسباب وجود ولد اللعان يجب تحديد مفهوم ولد اللعان وهو الولد الذي ادع الزوج انه ليس منه وانه نتيجة زنا الزوجة و انكرت ذلك فتلاعنا لأجله، فسببه هو الملاعنة او اللعان.

فنجد أن قانون الأسرة لم يعرف اللعان ولكنه ذكره في المادة 41 منه باعتباره من الطرق المشروعة لنفي النسب. وبالتالي فانه علينا الرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية استنادا الى المادة 222 من قانون الأسرة الجزائرية.

تعريف اللعان:

تعريف اللعان لغة: بأنه مصدر يلاعن ملاعنة وهو من اللعن أي الطرد و الابعاد من رحمه الله ، وسمي ما يحصل بين الزوجين لعانا لان أحدهما كاذب بيقين ويستحق الطرد و الابعاد من رحمه الله.

تعريف اللعان اصطلاحا: بكونه بشهادات تجري بين الزوجين مؤكدات بالأيمان من الجانبين مقرونة باللعن من جانب الزوج وبالغضب من جانب الزوجة قائمة مقام حد الزنا في حقهما . ويكون اللعان إذا اتهم الزوج زوجته بالزنا أو نفى نسب ولدها إليه يكن له بينه على دعواه.

ولم تصدقه زوجته وطلبت اقامة حد القذف ، وأمر القاضي بملاعنتها 1 . ، ومصدر اللعان في القران الكريم الآية 4 من سورة النور، إذن فسبب وجود اللعان هو ملاعنة الزوج زوجته واتهامها بالزنا ونفي انتساب الولد إليه ، ويكون ذلك بما يلي:

دعوى رؤية الزنا: يشترط إلا يطأها بعد الرؤية ولا تسمع دعواه إذا تعذرت الرؤية.

- دعوى نفي الحمل: يشترط أن يدعي انه لم يطأها لأمد يلحق به، وان يدعي الاستبراء بحيضة واحده، وان ينفه قبل وضعه، فان سكت حتى الوضع ثم نفاه لم تسمع دعواه، ولإجراء اللعان بين الزوجين لابد من توفر الشروط التالية اجمالها في الفقه المالكي كالأتي:

- قيام الزوجية في العدة من طلاق رجعي او بائن وبعد العدة بالنسبة لنفي الحمل إلى أقصى مدة الحمل وسواء أكان الزواج صحيحا أم فاسدا

- يجب أن يكون الزوجان عاقلين بالغين بصرف النظر عن عدالتهما وفسقهما

- إسلام الزوج دون شرط إسلام الزوجة 2.

---

1 - الدكتور عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص22.

2- الدكتور عز الدين كيحل: اللعان بين الزوجين في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقه في القضاء الجزائري، جامعة محمد خيضر، بسكرة، د ت، ص 123 -124

الفرع الثاني : أحكامه في نظر القانون :

بالنسبة لأحكام ولد اللعان في نظر القانون الجزائري فإنها مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية حدوث نزاع فالإقرار او البينة كفيلان بحله، كما يشترط وضع الحمل بين أدنى مدة و أقصاها حال قيم الزوجية، او أثناء العدة سواء كانت عدة طلاق او عده وفاه، وهذه طرق ثبوت النسب للأب.... أما الأم فيثبت لها النسب بواقعه الولادة سواء كان الولد شرعيا من زواج قائم او حملته من سفاح او اغتصاب.

فجمهور الفقهاء لم يفرقوا بين ولد اللعان وولد الزنا من حيث اثبات النسب للأم لم يثبتوه لصاحب الحمل او الفراش أو قرابته، أما عن ثبوت النسب ونفيه في القانون الجزائري فنجد أن قانون الأسرة الجزائري لم يشر للقيمة القانونية للطرق العلمية لإثبات النسب، ولم ينص على اللعان كطريق شرعي لنفي النسب، أن المادة40 من قانون الأسرة الجزائرية 1 تتكلم عن طرق اثبات النسب، المتمثلة في الزواج الصحيح الزواج الفاسد نكاح الشبهة، الإقرار، والبينة ثم أشارت في الفقرة الثانية من نفس المادة الى امكانية القاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب ، وفي ذلك إقرار ضمني بإمكانية الاستعانة بالبصمة الوراثية لإثبات النسب دون نفيه، ما دامت المادة 40 تنص على طرق اثبات النسب لا على طرق نفيه، كذلك المادة 41 من قانون الأسرة الجزائرية. تتضمن شروط اثبات النسب بالزواج المتمثلة في: أن يكون الزواج شرعيا مع امكانيه الاتصال وعدم نفي الولد بالطرق المشروعة. استنادا للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

نفي النسب عن الزوج الملاعن وثبوته للزوجة: أن أساس قاعدة ثبوت النسب هو قول الرسول صلى الله عليه وسلم: (الولد للفراش وللعاهر الحجر) حيث أن طريق ثبوت النسب هو العلاقة الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة أثناء حدوث الحمل وسواء كان الزواج صحيحا او فاسدا ونكاح شبهه، وفي حاله الإنكار أو وفي الأخير يمكن القول أن اللعان هو الطريق الوحيد لنفي النسب عملا بأحكام الشريعة الإسلامية مادام أن قانون الأسرة الجزائري يعتمد في غالب مواده على مبادئ الشريعة الإسلامية و يحيلنا في إطار المادة 222 منه على هذه الأحكام في كل ما سكت عنه المشرع الجزائري 2.

ميراث ولد اللعان:

يشترك ولد اللعان وولد الزنا في أحكام الميراث، حيث أن المادة 126 من قانون الأسرة تتكلم على أسباب الإرث، فالنسب هو سبب من أسباب الميراث، فولد اللعان يثبت نسبه لامه فقط ولا يثبت للملاعن إلا إذا اقر به دون أن يصرح بأنه من الزنا حيث أن الملاعن إذا تراجع عن لعانه واقر ينسب ولده له ثبت نسبه منه وورثه 3.

1 – الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة، يعدل ويتمم القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984.

2 – نجومن م قندوز سناء: اللعان واشكالاته الفقهية القانونية والقضائية د ت جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ص118.119.124.

3 – أبو زهرة محمد، أحكام التركات والمواريث، د ط، دار الفكر العربي، القاهرة، د ت ، ص 228–229

فإذا ماتت الزوجة الملاعنة ورثها ولدها باعتبار أن نسب الولد متصل بالأم بالولادة وكذلك كل أقربائها فانه يرث منهم ويرثون منه لقيام النسب، أما الملاعن فلا توارث بينه وبين ولده من اللعان وتوارث بين الأقرباء وقد اخذ قانون الأسرة بذلك ونص على اللعان كمانع من موانع الميراث في المادة 138 منه 35.

وفي الأخير يمكن أن نقول عن مجهول النسب هذه التسمية تنطبق على الطفل غير معلوم الأب، باعتبار أن نسب الطفل يكون من الأب، فيدخل ضمن مجهولي النسب كل من ولد زنا وولد اللعان واللقيط، إلا أن هناك مصطلح آخر وهو المتخلي عنه إذ أن هذا المصطلح هو دخيل على التشريع الجزائري.

فبالرجوع الى قانون الصحة الجزائري لسنه 1976 الملغى تكلم عن الطفل المتروك والذي نراه يعبر عن مصطلح الطفل المتخلي عنه وذلك في المادة 246/ 01 البند 2 منه كالتالي:

بالطفل المتروك هو الولد المولود من أب و أم معلومين ومتروك منهما ولم يمكن الرجوع اليهما او إلى اصولهما. فنجد أنّ هذه المادة تتكلم على الطفل معلوم النسب فقط إلا أن التخلي قد ينصرف أيضا الى مجهول النسب.

فنستنتج أنّ مصطلح المتخلي عنه يعتبر أوسع من مجهول النسب فهو يطابق معنى الطفل المهمل فيضم معلوم النسب ومجهول النسب، وقد يكون التخلي عنه بصفه نهائية أو بصفة مؤقتة 36.

35 – وراني غنية مرجع سابق، ص93.

36 – صولي ابتسام: حماية الطفل مجهول النسب والمتخلي عنه في التعديل الدستوري2020، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 14 العدد3 جامعة محمد خيضر، بسكرة 2021، ص 596، 597.

الفصل الثاني

كفالة مجهول النسب

أركانها و شروط انعقادها

أثارها و انقضاؤها في الشريعة الإسلامية

و التشريع الجزائري

تقديم :

عرفت كفالة بالطفل منذ زمن طويل و اختلف مفهومها من مجتمع لآخر حسب دياناته ومذاهبه كما اختلف في الطرق و لآليات التي تؤدي بها إلى غاية أن جاء الإسلام باعتباره آخر الكتب السماوية أين فرق بين مركزين للولد المحضون لدى الغير فاعتبرإلحاق نسب الطفل المحضون إلى حاضنه أمرا محرما و مخالفا لنص الآية **" ٱدْعُوهُمْ لآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓاْ آباءهُم فَإِخْوَٰنُكُمْ فِي ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ ٱللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا"**1، و ما كان خلاف ذلك أجازه وأعطى الثواب والأجر عليه.

و من باب التشجيع على العناية بمجهولي النسب أنْ جعل للكافل من عظيم الأجر في الآخرة و سعة الرزق في الدنيا و جازاه بما لم يجازي غيره و جعل مرتبته رفعة مع النبي صلى الله عليه و سلم في الجنّة فلا فرق بين مجهول النسب و اليتيم بإجماع فقهاء الأمة ، وما نظام الكفالة الذي أقرته الشريعة الإسلامية كبديل عن التبني إلا ضمان للحقوق و منعا لاختلاط الأنساب ، و هو نظام عملت به الكثير من الدول و من بينها الجزائر في قانون الأسرة استبعادا لنظام التبني و عملا بمقتضى ما جاء في شرعنا الحنيف و لمعرفة جوهر نظام الكفالة كان لابد من معرفة الكفالة

في مبحث خاص تطرقنا فيه إلى :

أركان الكفالة و شروط انعقادها حسب مفهوم الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري

مطلب أول : أركان و شروط كفالة مجهولي النسب وفق الشريعة الإسلامية

يتفرع إلى : ـ أركان الكفالة (ركن الأهلية و ركن التراضي)

ـ شروط الكفالة (شروط شكلية و شروط إجرائية)

مطلب ثان : أركان و شروط الكفالة و شروط انعقادها في القانون الجزائري

يتفرع إلى : ـ أركان الكفالة (ركن التراضي ، ركن المحل ، ركن السبب ، ركن الشكل)

ـ شروط الكفالة (شروط الموضوعية ، شروط إجرائية)

فما هي الكفالة ؟ و ما هي أركانها و شروطها ؟

و هل يوجد اختلاف في مفهوم الكفالة في الشريعة الإسلامية عن المفهوم القانوني اليوم ؟

الكفالة لغة : الكفالة في اللغة تطلق الكفالة في اللغة على الضم وعلى الالتزام . فنقول كَفَل ، يكْفَل أي ضم التزم كما هي مأخوذة من قولهم : تكفّل بالشيء إذا التزمه بنفسه و تحمله فهو كافل و كفيل و جمعه كفلاء

1 ـ سورة الأحزاب / الآية 05

قال الله تعالى بشأن مريم بنت عمران " **فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا كُلَّمَا دَخَلَ عَلَيْهَا زَكَرِيَّا الْمِحْرَابَ وَجَدَ عِندَهَا رِزْقًا قَالَ يَا مَرْيَمُ أَنَّى لَكِ هَذَا قَالَتْ هُوَ مِنْ عِندِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يَرْزُقُ مَن يَشَاءُ بِغَيْرِ حِسَابٍ**"1 جاء تعريف الكفالة في لسان العرب لابن منظور على الشكل التالي: ... الكافل: العائل ، كفله يكفل وكفلة إياه وفي التنزيل العزيز: **وكفّلها** زكريا و قد قرأت بالتثقيل ونصب زكريا وذكر الأخفش أنه قرأ وكفلها زكريا بكسر الفاء .

كفَل يتيما :" رباه وأنفق عليه وقام بأمره ، تعهده برعايته "2 .

أَكْفَلْت ، أُكْفِلُ، أَكْفِلْ، مص إِكْفَالٌ **أَكْفَلَ صَاحِبَهُ الْمَالَ أي** جعلَه يضْمنَه **أَكْفَلَه مالَه** أعْطَاه إيَّاه جاء في معجم المغني ليرعاه .

جاء في الحديث النبوي ﷺ : " **أنا و كافل اليتيم في الجنّة هكذا . وضم بين الوسطى والسبابة .** "3 .

الكفالة لها أسماء متعددة وهي : كفالة ، و ضمانة ، و حمالة ، و زعامة و يطلق للملتزم بها : كفيل و ضمين و حميل و زعيم و صبير غير أن هذه التسميات و لو أنّها في ظاهر اللفظ ذات معنى و احد إلا أنّها تختلف بعض الشيء استعمالاتها في مواضع بعينها فعند الشافعية : لفظ ضمين في كفالة الأموال و ، الحميل في الديات ، و الكفيل في النفوس ، و الزعيم في الأموال الكبيرة أما صبير ففيهم جميعا ، كما أنّ الشائع لاستعمال الكفالة بالدين تسمى الضمان ، و الكفالة بإحضار الملزم بحق من الدين أو القصاص و غيرهما تسمى كفالة بالنفس أو الكفالة بالوجه .

الكفالة اصطلاحا : فقد اختلف الفقهاء في تعريف الكفالة تبعا لاختلافهم فيما يترتب عليها من أثر: فهم لا يختلفون في كونها يقصد بها الضم و الإحاطة و قد فرقوا بين نوعين من الكفالة و هما الكفالة المالية (العينية) و الكفالة التي ترمز إلى ضم نفس أدمية .

فنجد أنّ الفقهاء ركّزوا في تعريفاتهم للكفالة على الجانب المالي في باب المعاملات و الحقوق المترتبة عنها أما في كفالة اليتيم أو مجهولي النسب فهي ترقى عن ذلك لأنّها مرتبطة بالنفس الآدمية فجعل لها الإسلام من الخصوصية التي تجعل الكافل مع الأنبياء و الصدّقين و الشهداء في الجنّة

فضل كفالة اليتيم و مجهولي النسب :

أولًا: صحبة وقرب منزلة من النبي ﷺ في الجنة

ثانيا : تظهر المسلم الحق صاحب القلب الرحيم ، والأخلاق الحميدة و السلوك الطيب .

---

1 ـ سورة آل عمران / الآية 37

2 ـ ابن منظور: محمد بن مكرم بن على بن منظور " لسان العرب " دار المعارف ، ط 1 ص 589 – 590

3 ـ البخاري : كتاب الأدب (مرجع سابق) ج4 / ص 104 ، حديث (6005) .

ثالثا : تبني مجتمعا قائما على الرحمة، والمودة، خال من الكراهية ، والحقد

رابعا: تعتبر من الأخلاق العظيمة في الإسلام ومن أبواب الخير .

خامسا : تطهير نفس المسلم وتزكية لماله

سادسا: في كفالة اليتيم و مجهولي النسب من البركة الكثير، حيث تحل البركة على كافل اليتيم وماله وأهله

سابعا: في كفالة اليتيم و مجهولي النسب أحسن الطريق ح لصرف المال في طاعة الله تعالى

ثامنا : كفالة اليتيم و مجهولي النسب تقي اليتيم من خطر الانحراف و الضيع و التشرد

تاسعا : كفالة اليتيم و مجهولي النسب هي كأي عبادة تؤدى لوجه الله تعالى، فهي ترفع الدرجات وتمحو السيئات و تجبر العثرات.

قال تعالى في سورة البقرة "**يسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ واللَّهُ يعلَم الْمُفْسِدَ من الْمُصْلِحِ ولَو شَاء اللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ** "[1]

وقوله أيضا " **لَيْسَ الْبِرَّ أَن تُوَلُّوا وُجُوهَكُمْ قِبَلَ الْمَشْرِقِ والْمَغْرِبِ ولَكِنَّ الْبِرَّ من آمَنَ بِاللّهِ والْيَوْمِ الآخِرِ والْمَلآئِكَةِ والْكِتَابِ والنَّبِيِّينَ وآتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَى والْيَتَامَى والْمَساكِينَ** .. "[2] .

فنجد أن الله تعالى قدّم الوصية باليتيم على الوصية بالمسكين و الغالب في الأمر أن اليتيم يفتقد للعطف و الرحمة و العناية ثم القيام بحفظ حقوقه , و العناية بأموره الدينية و الدنيوية 3 .

وقد رتَّب الشرع الحنيف هذا الأجر العظيم على تلك الكفالة لأنَّ فيها جبرا لضعف هؤلاء وقياما مقام عائلاتهم التي فقدت أو تخلّت عنهم ، وإنما ينجبر الضعف باستغنائهم عن غيرهم وقدرتهم على القيام بأنفسهم ، وهذا يقتضي أنَّ الكفالة لا تتوقف بمجرد بلوغهم ، بل تستمر حتى استغنائهم عن الناس وبلوغهم الحد الذي يكونون فيه قادرين على الاستقلال بشؤونهم والاكتساب بأنفسهم ؛ فالكفالة باقية ما بقيت الحاجة إليها ، وأجرها مستمرٌّ ما دام مُقتضيها باقيا .

1 ـ سورة البقرة / الآية 220

2 ـ سورة البقرة / الآية 177

المبحث الأول : أركان الكفالة و شروط انعقادها حسب مفهوم الشريعة الإسلامية :

المطلب الأول : أركان كفالة مجهولي النسب في الشريعة الإسلامية :

الكفالة عقد و لذلك تقوم على أركان العقد المعروفة و يمكن تصنيفها من عقود التبرع التي لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما أعطاه ، ولا يعطي المتعاقد الآخر مقابلا لما أخذه و هو ما يعرف في الشريعة الإسلامية بلفظ " **لوجه الله تعالى**" أو بذل المكلف مالا أو منفعة لغيره عاجلا أو آجلا بلا عوض قصد البر والمعروف غالبا

و في عقد الكفالة من هذا النوع حسب الرؤية العامة للفقهاء يقوم على أركان أساسية :

الفرع الأول : أركان الكفالة القاصر :

- **الأهلية :**

و يدعوها أهل الفقه أيضا : التكليف ، أو الذمة :

هي الصلاحية والكفاية والجدارة لأي أمر من أمور الدّنيا ، التي غالبا ما يمارسها الإنسان في حياته الاعتيادية وبالتالي فالأهلية لشيء معين تعني صلاحيته له ، ومنه قول تعالى –عز في محكم كتابه العزيز في حق المؤمنين : "**وألزمهم كلمة التقوى وكانوا أحقّ بها وأهلها** "1 ، وعلى هذا الأساس فإنّ الأصل في الإنسان أن يكون كامل الأهلية وما نقصانها تباعا إلا استثناء من الأصل العام .

الأهلية في جوهرها هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات و مباشرة التصرفات القانونية أي باكتساب حق و تحمل التزام . و لا يمكن أن نتصور أنّ من سيلتزم بتحمل مسؤولية رعاية و تربية غيره غير مؤهل أ و يوجد ما يقدح في أهليته و لذلك اشترط في تمام الأهلية خلوها من العيوب و بما أننا أمام عقد يجمع طرفين و هما الكافل و المكفول ، و قد صنّفها الفقهاء حسب خصائصها نوعين اثنين أهلية وجوب و أهلية أداء :

أولا : أهلية الأداء :

"يمر الإنسان بمراحل مختلفة من العمر منذ خلقه في رحم الأم ، وتبدأ من مرحلة كونه جنينا ولغاية سن الرشد والبلوغ وكل مرحلة من هذه المراحل يكتسب فيها حقوقا مختلفة, ويترتّب عليه التزامات مختلفة أيضا" 2 .

و يرونها على أنها صلاحية الإنسان لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعاً أي صلاحيته لأن يطالب بالأداء وأن تعتبر أقواله وأفعاله وتترتب عليها آثارها الشرعية ، بحيث إذا صدر منه عقد أو تصرف كان معتداً شرعاً

1 ـ سورة الفتح / الآية 26 .

2 ـ عبد الرزاق الشيخلي: حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والنظام السعودي والمواثيق الدولية (دون طبعة و تاريخ)، مكتبة العبيكان ، صفحة 32. بتصرف

وتترتب عليه أحكا مه وإذا أدى عبادة من صلاة أو صيام أو حج كان معتبرا شرعا، ومسقطا عنه الواجب فأهلية الأداء ترادف المسؤولية وأساس ثبوتها هو التمييز بالعقل لا الحياة .

غير أنّ أهل العلم بينوا الحالات التي تسقط فيها أهلية الأداء و يترتب عنها سقوط الأعمال التي يرتبها الشخص الكافل (العاقد) تجاه الآخرين بما في ذلك أي نوع من العقود أو المعاملات كأنّ شيء لم يكن و إن تم العقد جاز فسخه أو إبطاله و تلك الحالات أو بالأحرى العيوب هي عبارة عن ظروف وأحوال تطرأ على حياة الإنسان فتزيل هذه الأهلية بشكلٍ كامل :

- **المرض** "حالة خارجة عن الطبع، ضارة بالفعل، ويعلم من هذا أنّ الآلام والأورام أعراض عن المرض" 1
- **الموت** وهنا تزول أهلية الأداء والوجوب كاملةً
- **سفر الشخص** شرط انقطاعه عما هو واجب فعله أو الإحاطة به
- **الجهل** : عدم العلم بالشيء , وهذه العوارض إما أَن تؤدي إلى انعدام الأهلية تأقيتا .
- كما في حالتي **الجنون** " جن الرجل بالبناء للمجهول، فهو مجنون، أي زال عقله أو فسد" 2 **والعته** " نقص في العقل من غير جنون أو دهش " 3 ، والجنون ما هو إلا اضطراب واختلال يصيب عقل الإنسان يجعله فاقد التمييز والإدراك أما العته ، فهو خلل أو اضطراب عقلي يصيب العقل ولكنّه يختلف عن الجنون، من حيث أنه يجعل الإنسان قليل الفهم والتركيز، وكلامه غير مفهوم في أغلب الأحيان .

كما يمكن أن تكون العوارض منقصة للأهلية كما في حالتي السفه والغفلة ، والسفه "إفساد المال وصرفه في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء"4 ،كما هو عبارة عن عدم قدرة الإنسان على السيطرة والتحكم بالمال وهو عوارض تصيب الإنسان في سلوكه وليس في عقله ، ولا يؤدي إلى انعدام التمييز والإدراك , إنّما يقلل منه ممّا يؤدي إلى الانتقاص من الأهلية .

1 ـ أهلية الأداء الناقصة :

عرفها الأصوليون بأنها صلاحية الإنسان لصدور بعض الأفعال منه دون بعض أو صدور أفعال يتوقف الاعتداد بها على رأي من هو أكمل من هذا الشخص عقلاً وأعلم بوجوه النفع والضرر .

2 ـ أهلية الأداء الكاملة :

و واضح أن أهلية الأداء الكاملة إنما هي التي تثبت بعد البلوغ عن عقل وتكمل تكمل إلى أن يصل الإنسان إلى مرحلة الرشد الكاملة .

---

1 ـ أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري : المصباح المنير في غريب الشرح الكبير (دون طبعة) دار المعارف – القاهرة ، ج1 / ص 548 .

2 ـ أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري المتوفى: 393هـ : الصحاح ، دار العلم للملايين – بيروت 1407 هـ - 1987 م ج5 2093 .

3 ـ أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري : المرجع نفسه ج1 / ص 392

4 ـ أبو عبيد عبد الله البكري الأندلسي المتوفى 487هـ المسالك و الممالك (دون طبعة)، دار الغرب الإسلامي 1992م ج 2 / ص 128 .

عرفها الاصطلاحيون ؛ أي أهلية الأداء الكاملة عرفوها بأنها صلاحية الإنسان لصدور الأفعال منه مع الاعتداد بها شرعا .

ثانيا : أهلية الوجوب :

هي صلاحية الإنسان بأن يثبت له حقوق و ويلزم بواجبات قال أهل العلم قالوا: هي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام ، و المراد بالإلزام ثبوت الحقوق له و الالتزام يقيد بالواجبات . ولذلك هذه الأهلية أو أهلية الوجوب تثبت لكل من اتصف بالإنسانية، فوصف الإنسانية موجود في الطفل وموجود في حتى الجنين. فتثبت لمن اتصف بالإنسانية من غير نظر إلى كونه عاقلاً أو مميزا أو ذكرا أو أنثى حتى ولو كان جنيناً وبناء عليه نقول: إنه لا يوجد إنسان عديم أهلية الوجوب؛ لأننا قلنا: بنو الإنسان كلهم لهم أهلية وجوب، إذاً ما دام الإنسان حيًّا تثبت له أهلية الوجوب، ما دامت له إنسانية كما أن أهلية الوجوب هذه قسمها الفقهاء إلى قسمين :

أهلية الوجوب الناقصة :

فتعني صلاحية الإنسان للإلزام دون الالتزام ، وهذه الأهلية تثبت للإنسان منذ بداية تكونه في بطن أمه فإنّه يكون صالحاً لوجوب الحقوق له ؛ لأنّه نفس مستقلّة و يملك بالإرث و الوصية أو الإقرار أو غير ذلك ليس له أهلية الالتزام ، فلا يثبت شيء لأحد عليه ولا يلزم بشيء لأنّ ذمته غير كاملة ما دام جنيناً في بطن أمه .

أهلية الوجوب الكاملة :

تعني صلاحية الإنسان للإلزام والالتزام معاً. وتثبت هذه الأهلية للإنسان منذ ولادته ، ويكون صالحاً لوجوب الحقوق له وعليه واجبات نحو غيره .

مما سبق في الأهلية و مناطها يتوقف دور الكافل مدى أحقيته من الناحية الشرعية في التكفّل بالصبي الذي هو تحت كفالته بتعهده و رعايته وهذا النوع من الكفالة قد يكون على النفس فقط أو على النفس و المال معا إذا ما وجد بحوزة الصبي الملتقط أو مجهول النسب مالا حين التقاطه و على كل فالقاضي هو من يحدد نوع الكفالة التي يستحقّها ؟ و من سيكفل الصبي ؟ ، وهل هو مؤهلا لهذا الدور أم لا ؟ .

أهلية الكافل : مما لاشك فيه أنّ أهليه الأداء التي يتمتع بها الكافل ستؤخذ بعين الاعتبار إن لم نقل هي المؤهل للقيام بواجب الكفالة فإذا كان راشدا و خال من عيوب الأهلية سماوية كانت أو مكتسبة أو ما تعرف بعوارض الأهلية كالجنون أو العته أو السفه أو موانعها كأن يكون ذا عاهة مزدوجة أو تحت طائلة جناية ...

وفي حالة العوارض فإنّ إبرام عقد الكفالة قبل أن يحجر عليه يعتدّ به فالعقد صحيحا قابلا للإبطال إلا أن يكون العارض شائعا فيبطل العقد ، أما إذا كان إبرام العقد بعد الحجر فالعقد باطلا مطلقا ، غير أنّ الشريعة من باب الاحتياط في كفالة القاصر تعدّ المعتوه و المجنون سيان و إن كانا مميزين فعقد الكفالة في حقّهما تعتبره ضررا محضا لا يجوز إبرامه و لا يستقيم الأمر إلا بالرشد والخلو من أي عارض أو مانع يقف بين الكافل و العقد .

التراضي :

العقد هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع لإنشاء أثر . أو هو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله. يتبين من ذلك أن العقد لا ينعقد إلا إذا توفرت جميع أركانه وهي: الرضا وما يتبعه من أهلية المتعاقدين، والمحل والسبب. ولا تعد هذه الأركان محل اتفاق بين الفقهاء، إذ أنهم اختلفوا أشد الاختلاف حول هذه الأركان .

1 ـ الايجاب و القبول (الصيغة) : الصيغة المثلي الصادرة من المتعاقدين و الدالة على توجه إرادتهما لإنشاء العقد سواء أكان ذلك بالقول أو الفعل أو الإشارة الدالة أو أي فعل لا يقبل شك و هذه الصيغة هي التي تدل على تراضي الطرفين على إنشاء العقد . و ذلك بأن يتحد الطرفان في موضوعهما ، فإن لم يوافق القبول الايجاب ن كما لو كان الايجاب على شيء و القبول على شيء آخر لا يمكن ابرام العقد .

ـ **رأي الحنفية** : الايجاب هو ما صدر أولا من أحد العاقدين ، و القبول ما صدر عن العاقد الآخر دالا على موافقته و رضاه بما أوجبه الأول .

ـ **رأي الجمهور** : الايجاب هو مصدر ممن يكون منه التمليك ، و إن جاء متأخرا ، و القبول هو ما صدر ممن يصير له الملك و إن صدر أولا .

و قد اشترط أهل العلم شروطا في الايجاب و القبول على نحو معتبر يترتب عليه إنشاء العقد :

* وضوح دلالة الايجاب و القبول :

وذلك بأن يكون كل منهما واضح الدلالة على توجه إرادة التعاقد ، و إن خالط هذه الدلالة شك أو عدم وضوح لم ينعقد العقد .

* موافقة القبول للإيجاب :

و ذلك بأن يتحد موضوعا المتعاقدين أي يتوافق الايجاب مع القبول كأن يقول الموجب : اجعلني أكفل فلانا فيقول الآخر : قبلت .

* اتصال الايجاب بالقبول :

أي حضور الإرادتين المتمثلة في المتعاقدين معا في مجلس واحد .

. التعبير عن الإرادة : الإرادة أمر مستقر في أعماق النفس لا يمكن إدراكه مباشرة والإرادة بهذا المعنى هي كل عمل يكمن في النفس ينعقد به العزم على شيء معين؛ وبالتالي لا يعرف توجهها إلا صاحبها ، و يجعلها القول أو الفعل تتخذ مظهرا يستبينه غير صاحبها . ويسمى هذا المظهر الخارجي المحسوس بالتعبير عن الإرادة . وهو ما نعرفه بالإيجاب والقبول. وفق مبدأ التراضي . و للتعبير عن الإرادة طرق كثيرة أجازها الفقه الإسلامي سواء أكانت صريحة أو ضمنية .

عيوب الإرادة : يلحق الإرادة بعض العيوب التي تؤثر عليها فتجعلها معيبة و لا يترتب عليها الآثار المقررة منها شرعا و هذه العيوب التي قد تلحق الإرادة و تلابس إنشاء العقد ترجع في الغالب إلى الغلط أو الإكراه أو الغبن أو التغرير ..و سوف نشير لكل منها بإيجاز في محل العقد 1

2 ـ **العاقدان (طرفي العقد)** :

تعريف العاقد : و هو الذي يباشر العقد و يصدر عنه بالإيجاب أو القبول ، و ليس كل إنسان يصلح لإبرام العقود ، فمن الناس من لا قيمة لإرادته فلا ينعقد بها عقد و لا يترتب عنها أثر ن و منهم يعتد بإرادته في بعض العقود دون البعض و منهم من تصح إرادته في جميع العقود . و هذا الاختلاف راجع إلى مدى تمتعهم بالأهلية ، فمن فقدها لم يكن لإرادته أي اعتبار

شروط العاقدين 2 : يشترط في كل منهما الشروط التالية :

ـ أن يكون العاقد بالغا عاقلا : أي صلاحية العاقد في إنشاء العقود و ترتيب أثار .

ـ تعدد طرفي العقد : أي وجود إرادتين لإنشاء العقد .

ـ أن يكون العاقد مختارا مريدا للتعاقد .

الكافل : و يشترط فيه :

1 ـ العقل : شرط للانعقاد : فلا كفالة لمجنون. أو معتوه أو سفيه

2 ـ البلوغ : شرط للإنعقاد : فلا كفالة لصبي .

3 ـ الحرية : شرط نفاذ: فيؤاخذ العبد بكفالته بعد حريته 3.

4ـ الرضا :الحنبلية لا يصح الضمان إلا برضا الضامن فلا يصح ضمان المكره لأنه التزام مال فلم يصح بغير رضا الملتزم كالنذر 4 .

1- صحة العبارة

2 - أهلية التبرع 5 .

---

1 ـ بدران أبو العينين بدران : تاريخ الفقه الإسلامي .. ، دار النهضة العربية للطباعة و النشر و التوزيع ، 1999 ، ص 506 / 520 .

2 ـ أ.د.وهبة بن مصطفى الزحيلي : الفقه الإسلامي (مرجع سابق) ط4 ج4 /ص172.

3 ـ محمد بن حسين الطوري الحنفي : البحر الرائق في الزهد و الرقائق ط1 (جت أحمد فريد) مكتبة الصحابة 1418 1998 ج6 / ص 206 .

4 ـ منصور بن يونس بن صلاح الدين الحنبلي : (مرجع سابق) ج 3 / ص 366 .

5 ـ أبو حامد الغزالي : الوجيز في فقه الإمام الشافعي ، دار الأرقم بن أب الأرقم ، 1418, 1997 .

* **صحة العبارة** : يخرج بها المجنون والصغير والمغمى عليه و والمبرسم 1 (الذي يخلط في كلامه لعلة فيه. الذي يهذي) كما لا يجوز ضمان السكران . أما الأخرس : فيصبح ضمانه بالإشارة المفهومة و الكتابة

كما يشترط فيه أن يكون أهلاً للتبرع سواء كان رجلاً أو امرأة ،لأن الكفالة من التبرعات ولا تصح الكفالة من المجنون أو المعتوه أو الصبي، وكذلك المحجور عليه لسفه ، فلا تصح كفالته ، و باعتباره طرفا في العقد ، فقد تولى مهمة تأديب وتربية و نفقة و كسوة وغير ذلك نحو المكفول سواء من ماله ، أو من مال المكفول بولاية شرعية ، و قد أجاز أهل العلم شكلين للتكفّل يحصل فضل الكفالة بالكفالة الجزئية أو بالكفالة التامة .

1 ـ **فالجزئية** : أن تدفع مبلغا كافياً شهريا أو سنويا لسد حاجة المكفول , فإن فضله عظيم كذلك وهو صدقة من أعظم الصدقات وإحسان من أعظم الإحسان ، ومن أفعال الخير التي حث عليها الإسلام حتى و إن لم يضمه إليه أو لأسرته .

2 ـ أما **التامة** : و هي ضم المكفول إليه و إلى أسرته فيكون تحت رعايته المباشرة لأنّ في كفالته شق مادي و آخر عاطفي يحتاجه المكفول و لدلك كان أجره أعظم و جزاؤه أوفر و يشترط حينها في الكافل أن :

ـ يقوم الكفيل بالإنفاق على اليتيم من ماله الخاص حتى تنتهي حاجة اليتيم للكفالة و يشمل الإنفاق أن يوفر له مسكن

وملبس و أن يقوم بعلاجه وتعليمه ، وكل ما يحتاج إليه على حسب مقدرته إذا كان الكفيل فقير فيأخذ من مال المكفول بقدر الإنفاق عليه ويقضي حاجته المادية فقط لأن أكل مال المكفول من كبائر الذنوب

فقد قال تعالى: " **إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا**"[2]

عند بلوغ اليتيم سن الحلم فيجب على الكفيل أن يفصل المكفول الذكر عن نسائه و بناته ، وإذا كان المكفول أنثى فيجب على الكفيل أن يفصلهم عن أبناءه الذكور حتى لا يقعوا بالمحظور .

لا عبرة بشرط بلوغ المكفول في سقوط الكفالة في حالة إذا كان فاقد للأهلية أو مصاب بأحد الأمراض العقلية أو إذا كان من ذوي الاحتياجات الخاصة ، لأنه لن يستطيع قضاء متطلبات الحياة الأساسية . إذا وصلت اليتيمة إلى سن البلوغ فيجب أن تحتجب عن كافلها ، إلا إذا كانت من محارمه أو بنت زوجته (ربيبة).

ـ إذا كان اليتيم ذكرا و لم يكن من محارم المرأة التي تقوم بتربيته فيجيب أن تحتجب عنه لا ينسب الطفل اليتيم إلى كافله إنما ينسب إلى والده الحقيقي والذي أتى من صلبه ، وإذا لم يعرف والداه فيتم نسبه لمنطقته التي جاء منها أو أن ينادى كأخ في الإسلام . غير أنّ بغض أهل العلم المعاصرين أجازوا للضرورة القصوى أن يكتب اليتيم باسم الكفيل في سجلات الأحوال المدنية ، فيتم تسمية اليتيم بعبد الله أو عبد الرحمن لأننا كل عباد الله حتى منهم والد اليتيم نفسه .

---

1 ـ البرسام : لمصاب بمرض التهاب يعرض للحجاب الحاجز و المبرسم من يهذي لحرارة جسمه(فقهيا) .

2 ـ سورة النساء / الآية 10 .

المكفول : و يعتبر هو الطرف الثاني في العقد و إن كان قاصرا غير أن أهليته أوجبت على من تولاه سواء كان شخصا طبيعيا كالأم أو الوالدين معا إن كانا معلومين أو شخصا معنويا كدور الأيتام أو مؤسسة الطفولة المسعفة ..إن لم يكن من أبوين معلومين كلاهما أو أحدهما كما هو الشأن بمجهول النسب ، فتبرم العقد مع الكافل إن رأت فيه أهلا للتكفل بالصبي و حسبما يخدم مصلحته ، فيظهر التراضي بين الكافل و من تولاه إيجابا و قبولا كما هو الحال في بقية العقود .

- **محل العقد (المعقود عليه) :**

تعريف محل العقد : هو ما يقع عليه التعاقد و يظهر فيه أثر العقد و أحكامه ، و يختلف باختلاف العقود فيمكن أن يكون عينا مالية أو يكون تأجير لعقار أو منفعة و قد يكون عملا كمن تعاقد مع طبيب كما يكون حول صيانة أو رعاية نفس آدمية كما هو حال كفالة مجهول النسب .

شروط محل العقد : ليس كل شيء صالح أن يكون معقود عليه ، لذا اشترط الفقهاء الشروط التالية في محل العقد و التي يجب توفرها حتى يتم العقد و تترتب عليه آثاره :

- يكون قابلا لحكم العقد شرعا : و ذلك أن يكون متقوما (ذا قيمة و اعتبار)
- أن يكون معلوما بذاته لطرفي العقد : حتى يستقر الرضا بما يتعاقد عليه فيحصل العلم بالمعقود عليه سواء بالرؤيا أو الإشارة أو بأي وصف يجعل الرضا مستقرا .
- أن يكون مقدورا على تسليمه : فلا يصح التعاقد على أمر شارد أو ليس في مقدور المعقود له تحصيله .
- أن يكون محل العقد موجودا : و هو شرط ليس على إطلاقه عند جميع الفقهاء إذ فيه اختلاف غير أن المعدوم الذي استحال وجوده مستقبلا لا يصلح أن يكون محلا للعقد و لا خلاف فيه
- أن كون مشروعا : إذ لا تعترف الشريعة الإسلامية بعقد قائم على محل غير مشروع كالتعاقد على محرمات ثابتة بأصل الدين . و كل معقود عليه ثابت ضرره بإجماع أهل العلم لا عقد فيه .

و العقد حسب المفهوم الشرعي :

لغة : الربط والشد والتقوية و سمي العهد والميثاق عقدا بهذا لأن فيه تقوية لما تضمنه وعزما أكيدا على التقيد به

العقد شرعا : تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا يظهر أثره في المحل .

إذن فعناصر العقد :

ـ العاقدان ـ الرضا ـ ـ تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا (اتصال للإيجاب بالقبول). ـ ظهور أثر ارتباط القبول بالإيجاب في المحل.

لا خلاف بين الفقهاء في جواز التعاقد بالألفاظ لأنها الأصل في التعبير عن الإرادة وإظهار ، ولا يقوم مقامها غيرها إلا عند الضرورة.

قد يلحق العقد بعض العيوب التي تؤثر فيه و عليه فتجعله معيبا لا يترتب عليه آثارا مقررة له شرعا .
وهذه العيوب التي قد تلحق الإرادة في إنشاء العقد .

❖ **الغلط** : حالة تجري في النفس تحمل صاحبها على توهم غير الواقع ، أو هو وهم يحدث في الذهن يجعل صاحبه يتصور أمرا و هو غير الواقع يدفعه إلى إجراء العقد بناء على تصوره الخاطئ و هو نوعان :

ـ **غلط باطني** : ما كان في ذهن العاقد و ليس في صيغة العقد ما يدل على توهمه أو اعتقاده

ـ **غلط ظاهري** : هو وهم يكون في الذهن و يرد في صيغة العقد كمن يشتري نحسا ظنا منه أنّه ذهب

و لا يوجد خلاف بين الفقهاء في أنّ الغلط الباطني لا يؤثر في صحة العقد أو انعقاده لأن العبرة بظاهر العبارة و ليس بما خفي في النوايا المستترة التي لا دليل عليها ، أما الغلط الظاهري فإن كان في الجنس أبطل العقد و إن كان الوصف جعل العقد قابلا للإبطال أو الفسخ ممن قام في حقّه الغلط

الإكراه : هو حمل الغير بغير حق على أمر يمتنع عنه بنحو تخويف يقدر المكرِه على إيقاعه ويصير الغير خائفاً به وهو نوعان: ملجئ أو تام : والذي يكون فيه تهديد بإتلاف الجسد أو عضو منها ، وغير ملجئ أو ناقص : والذي يكون بالضرب والحبس مثلا . أو هو ضغط يمارسه شخص على شخص آخر بوسيلة مادية أو معنوية تحدث رهبة في نفسه فتحمله على تنفيذ ما يطلب منه ،كإبرام عقد لا يرغب فيه . ومن شروطه :

1. يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس الإكراه .

2 . وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت تصور للطرف خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال .

3 . ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته صحيا و اجتماعيا وكل طرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه .

و أثر العقود عند الحنفية التصرفات القولية تقع صحيحة نافذة لا أثر للإكراه فيها ، و قال الجمهور لا ترتب حكما على قول المكره و تصرفاته فلا اعتبار بما يصدر منه عند تعاقده ، و استدلوا بحديث النبي صلى الله عليه وسلم : " **إن الله وضع عن أمتي الخطأ و النسيان و ما استكرهوا عليه** "1 ، و الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور 2 .

---

1 ـ أخرجه ابن ماجة في الطلاق ، باب طلاق المكره و الناسي ج1 / ص 659 . في إسناده ضعف .

2 ـ عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي (المتوفى 730هـ) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي ، دار الكتاب الإسلامي الطبعة:(بدون طبعة وبدون تاريخ) ج4 / 1502

❖ **الغبن** : لغة هو النقص ، أما في اصطلاح الفقهاء هو أن يكون في عقد المعاوضة إرهاق لأحد المتعاقدين في القيمة . و هو نوعان :

ـ **الغبن اليسير** : و هو في العادة متسامح فيه و كثيرا ما يقع في المعاملات

ـ **الغبن الفاحش** : و هو ما يظهر فيه الفرق كبير بين القيمتين و يرهق أحد المتعاقدين

أثر الغبن في العقود : على حسب طرفا العقد فاليسير فلا أثر له في العقد ، أما الفاحش فقد اختلف فيه الفقهاء و في تأثيره على العقد

فمنهم من يرى أن لا أثر للغبن في لزوم العقد مطلقا و منهم من يرى تأثيره في لزومه ، ويحق لمن وقع الغبن في جانبه فسخ العقد و لا عبرة بالنتيجة ، و منهم من قال بتفصيل ما جرى عليه العقد فإن خلا من التضليل و الاحتيال فيعتبر الغبن مجرد تقصير و لا يؤثر في العقد أما إذا صاحب الغبن تضليل أو احتيال أو تغرير يكون المغبون معذورا و له حق فسخ العقد .

و الرأي الأخير هو الراجح لما فيه من حفظ حق لكل من للمتعاقدين و استقرارا للتعامل قدر الإمكان .

❖ **التغرير** : في اللغة الخداع ، و عند الفقهاء هو استعمال الاحتيال أو التضليل لحمل شخص على التعاقد و هو يظن أ، العقد في مصلحته غير أنّ الواقع شيء آخر .و هو نوعان :

ـ **التغرير القولي** : و يكون نتيجة الكذب من أحد المتعاقدين قصد إتمام العقد لمصلحته .

ـ **التغرير الفعلي** : أن يقوم العاقد بفعل ليظهر المعقود عليه على غير صورته كمن يربط على ضرع بقرة حتى ينتفخ فيظن المعقود له أنها بقرة حلوب .

أثر التغرير في العقود : أما القولي فمنهي عنه شرعا لأنّه غش و خداع ، أما بالنسبة للعقود فلا يؤثر في صحة العقد إلا إذا ترتب عنه غبن لأحد المتعاقدين ، و يكون للطرف المغبون حق الفسخ . أما الفعلي فإنّه يؤثر في حكم العقد فيكون به غير لازم و للمغرور الحق في فسخ العقد .

السبب في العقد : وهو الغرض المباشر الذي يسعى المتعاقد إلى تحقيقه من وراء التزامه كغرض الكافل في الحصول على الموافقة , و السبب الدافع : وهو الغرض البعيد غير المباشر الذي يخفيه الكافل من وراء إبرام عقد الكفالة بغض النظر على أصل نية الكافل . والفقه الإسلامي هو فقه عملي لم يهتم بتأصيل المسائل وصياغتها في نظريات عامة و يشترط فيه لقيام السبب و صحته كما في القانون أن يكون السبب الدافع إلى التعاقد . مباحاً أي مشروعاً , و إلا وقع العقد باطلاً . السبب في عقد الكفالة هو الباعث الرئيسي الذي دفع الكفيل إلى التعهد للدائن المكفول له بأداء الدين الأصلي وسبب الالتزام في الكفالة هو نية الكفيل بتوفير الثقة والطمأنينة لدى والدي المكفول أو أحدهما أو المؤسسة الحاضنة له في الحصول على الموافقة لإبرام العقد .

و للسبب في الكفالة شروط وجب توفّرها والالتزام بها أثناء إبرام عقد الكفالة :

* يجب أن يكون الباعث على الكفالة مشروعا ، غير مخالف للآداب أو للنظام العام . فإذا تضمن العقد بندا غير مشروع تعتبر الكفالة باطلة لعدم مشروعية السبب .

* يشترط فيه أن يكون موجودا ، فحسب ولا تصح الكفالة على غير مكفول .

ملاحظة :

قد يصعب التمييز بين حالات بطلان الكفالة لعدم مشروعية المحل وبين بطلان الكفالة لعدم مشروعية السبب الباعث غير أن هذه الصعوبة ينبغي أن لا تحملنا إلى رفض سبب العقد على أساس أن العقد يبطل في بعض الحالات لعدم مشروعية الباعث رغم أن محله يكون مشروعا .

اشترط الفقه الإسلامي أن يكون السبب مباحاً أو مشروعاً و إلا كان العقد باطلاً وبطل الضمان تبعاً لذلك .

ومن أمثلة ذلك : كالتكفل باليتيم أو مجهول النسب بغرض أكل ماله ، أو كالزواج بقصد الطلاق .

فالسبب في جميع التصرفات محرم والعقد والضمان باطل إذا كان السبب داخلاً في صيغة العقد عن الحنفية والشافعية . وإن لم يكن داخلاً في صيغة العقد لكن كان معلوماً من طرق أخرى أو من الظروف والملابسات عند المالكية والحنابلة .

يجب أن يكون السبب الباعث مشروعاً لصحة الكفالة ، فعند إذن تكون الكفالة صحيحة ، وإن كان الباعث غير مشروع فلا تصح الكفالة سواء ذكر الباعث في صيغة العقد أم لم يذكر، مادام في الإمكان استخلاصه من القرائن والظروف .كما هو الحال عند الحنابلة و المالكية .

صيغة العقد :

1 ــ **الرضا** : أساس التعاقد في الفقه الإسلامي وهو سبب القوة الملزمة للعقد, فإذا فقد غابت القوة الملزمة للعقد وبطل مفعوله . و الرضا : أمر خفي فأقيمت الصيغة علامة عليه .

2 ــ **الإيجاب والقبول** : و يكونا بالتناوب بين الطرفي العقد أحدها بالإيجاب و الآخر بالقبول .

والقاعدة المقررة أن العبرة بالمقاصد ففي العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني .

ولذا فالعقد ينعقد بكل لفظ يدل عليه صراحة أو كناية دون التقيد بلفظ معين. وقد استثنى (الشافعية الحنفية) العقود التي يشترط فيها وجود الشهود كالزواج فاشترطوا فيها الألفاظ التي تدل صراحة وليست كناية , فلا ينعقد عقد الزواج إلا بلفظ (النكاح) غير أن الحنفية والمالكية خالفوا ذلك فأجازوها صراحة وكناية .

الصيغة :

أ- بالألفاظ :

-1 الماضي : وهذا هو الأصل .

-2 المضارع : إذا كان العقد بصيغة المضارع لا ينعقد إلا بقرينة مصاحبة .

-3 الاستفهام : العقد لا ينعقد بصيغة الاستفهام .

-4 الأمر: اختلف الفقهاء انعقاد العقد بها فمنهم من يراها صالحة لينعقد بها ومنهم لم يرها صالحة .

ب- التعاقد بالكناية (بالكتابة) :

يجوز التعاقد بالكناية سواء كان العاقدان حاضرين أو غائبين – هذا في كل العقود ماعدا العقود التي يحتاج إلى إشهاد كالنكاح فلا ينعقد إلا بالألفاظ حتى يسمع الشهود ما يشهدون به.

الفرع الثاني : شروط إجراء الكفالة (الكافل و المكفول) :

شروط خاصة بالكافل :

أولاً: البلوغ :

يشترط الفقهاء فيمن يريد إجراء عقد الكفالة أن يكون بالغاً ؛ أي تتوفر فيه علامات البلوغ ؛ كالاحتلام وإنزال المني للذكر والأنثى ، وكالحيض والنفاس للأنثى ، وكالإنبات للشعر وغيرها من علامات البلوغ التي يذكرها الفقهاء وقد اختلف الفقهاء في تحديد سن البلوغ لكل من الذكر والأنثى ، ولا مجال هنا لذكره ، والشيء المهم هو اشتراط البلوغ الذي يعد مظنة كمال العقل ، وإن كانت القوانين قد ارتأت أن تحدد سناً معينة للبلوغ لكلا الجنسين مراعاة لمصالحهم 1 .

وهذا الشرط محل اتفاق بين الفقهاء 2 . فالكفالة تبرع ، فلا بد ممن يتبرع أن يكون بالغاً لإمضاء تبرعه ، فلا تنعقد كفالة الصبي والمجنون لأنها عقد تبرع فلا تنعقد ممن ليس أهلاً للتبرع .

ثانياً: الرشد :

الرشد في الاصطلاح : وهو حفظ المال مع حسن النظر فيه ، وهذا عند جمهور الفقهاء3 بخلاف الشافعي فقد عرفوا الرشد بأنه صلاح الدين والمال4 ، وهو- أي الرشد – ضد السفه . والسفه : لغةً : نقيض الحلم

---

1 ـ د. مصطفى السباعي : شرح قانون الأحوال الشخصية ط 8، دار المعرفة للنشر والتوزيع المكتب الإسلامي 2000/1421 ،ج1 / 119

2 ـ بدائع الصنائع، الكاساني(مرجع سابق ج6/5 ؛ حاشية الدسوقي(مرجع سابق) ج3 /330 ، المغني، ابن قدامه(مرجع سابق) ج3 / 342 .

3 ـ محمد بن أحمد الفاسي : الإتقان و الأحكام في شرح تحفة الحكام (معروف بشرح ميارة) دار المعرفة ؛ مجمع الأنهر ج 2 / ص 202 .

4 ـ ابن حجر الهيثمي عبد الحميد الشرواني : حواشي تحفة المحتاج في شرح المنهاج ، المكتبة التجارية الكبرى ،1983/1357 ج5 /ص 167 .

وأصله الخفة والحركة وقيل الجهل ، وهو قريب بعضه من بعض1 . وفي الاصطلاح : خفة تعتري الإنسان فتبعثه على العمل بخلاف موجب العقل2 و قد اختلف الفقهاء في كفالة السفيه على رأيين :

القول الأول : ذهب جمهور الفقهاء من صاحبي أبي حنيفة –محمد، وأبي يوسف3 – والأئمة الثلاثة من المالكية4 والشافعية5 والحنابلة6 إلى القول بعدم جواز الكفالة من السفيه ؛ لأن الكفالة تبرع فلا تصح إلا من أهل التبرع ، والسفيه ليس أهلاً ؛ لأنه لا يحسن التصرف في ماله بما يعود عليه بالنفع ، فلا بد من رشد من أراد أن يباشر عقد الكفالة حتى يصح ضمانه وكفالته .

القول الثاني : ذهب أبو حنيفة إلى جواز كفالة السفيه إذا بلغ سن الخامسة والعشرين وأن الحجر عليه إنما يكون قبل هذا السن7 ؛ لأنه يرى أن في الحجر على الإنسان كبتاً له ومنعه من التصرف في أمواله إذا بلغ سن الخامسة

والعشرين لا يحقق أي جدوى ؛ لأن الحجر قبل هذا السن للتأديب ، وبعد بلوغ الشخص هذا السن لا يجدي فيه التأديب؛ لأنه ربما صار جدّا 8 .

ثالثا : الحرية :

اختلف الفقهاء في هذا الشرط على رأيين :

القول الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية9 والمالكية 10 والشافعية11 والحنابلة12 إلى عدم جواز كفالة العبد إلا في حال إذن سيده ؛ لأن الكفالة تبرع فلا تصح إلا ممن يملك التبرع ، والعبد لا يملك نفسه ، فكيف يملك التبرع دون إذن سيده وموافقته .

القول الثاني : ذهب الظاهرية إلى القول بجواز كفالة العبد مطلقاً13 ؛ فالعبد والحر والرجل و المرأة ، سواء عندهم مستدلين بعموم النصوص ، فلم يأت نص يفرق بين ما ذكر .

والذي يظهر– و الله تعالى أعلم– هو القول بعدم صحة كفالة العبد إلا بشرط إذن سيده ؛ لأن العبد ملك لسيده فلا يملك التصرف في نفسه ، فمن باب أولى تصرفاته ، فلا تصح كفالته إلا بإذن سيده .

---

1 ـ ابن منظور : لسان العرب (المرجع نفسه) ج6 / 287 .

2 ـ سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني (المتوفى793هـ : شرح التلويح على التوضيح ، مكتبة صبيح بمصر،(الطبعة بدون تاريخ) ،ج2 / 381 .

3 ـ محمد بن محمد- البابرتي : العناية شرح الهداية (دون طبعة أو تاريخ) دار الفكر ، ج3 / 260

4– الصاوي: أبو العباس أحمد الخلوتي : بلغة السالك لأقرب المسالك (دون طبعة و تاريخ) دار المعارف ج3 / 429

5 - ، ابن حجر الهيتمي تحفة المحتاج (دون طبعة) المكتبة التجارية 1938 ج5 / 241

6علي بن سليمان المرداوي : الإنصاف ط1 مطبعة السنة المحمدية 1956 ج5 / 192

7 - البابرتي (مرجع سابق) ج3 / 260 .

8 ـ كمال الدين محمد المعروف بابن الهمام فتح القدير (دون طبعة و تاريخ)ج7 / 204 ، 205 ،

9 – ابن الهمام (المرجع السبق)7 / 235 .

10- محمد بن يوسف العبدلي الغرناطي : التاج والإكليل ط1 ، دار الكتب العلمية 1994 ج 7/ ص 31 .

11- الشافعي: ابو عبد الله محمد بن ادريس : الأم (دون طبعة) دار المعرفة بيروت 1990 ج8 / 207 .

12 -ابن قدامة : (مرجع سابق) ج4 / 349 .

13– أبو محمد علي بن أحمد بن حزم الأندلسي (المرجع السابق) ج6 / ص 404 .

رابعا : الرضا والاختيار:

وهو أن يكون الكافل راضياً مختاراً لعقد الكفالة غير مكره عليه ؛ لأن الضمان أو التكفّل تبرع بالتزام الحق فاعتبر له الرضا كالتبرع بالأعيان1، وهذا شرط ذكره بعض الفقهاء تصريحاً وجعله البعض كالأمور البديهية لإجراء أي عقد ونفاذه ومن ذلك عقد الكفالة بالقاصر.

خامسا : الإسلام :

الأوجب للمكفول القاصر المسلم أن يكون كافله مسلما حفاظا على دينه و هو أساس الكفالة قياسا على ولاية القاصر و قد اعتبره أهل العلم شرط أساسي للكفالة ، و نزولا عند قوله تعالى : " **لا يَتَّخذ الْمُؤْمنُونَ الْكَافرينَ أَوْلَيَاء منْ دُون الْمُؤْمنينَ ومَنْ يَفْعَلْ ذَلكَ فَلَيْس منَ اللَّه في شَيْءٍ إلاَّ أَنْ تَتَّقُوا منْهُمْ تُقَاةً ويُحَذّركُمُ اللَّهُ نَفْسَهُ وإلَى اللَّه الْمصير** "2 .

وكون الكفالةَ تقومَ أساسًا على الرعاية و التنشئة الصالحة للمكفول فلا يرى أهل العلم من الفقهاء أفضل من الإسلام للمكفول وقد حث الإسلام في المقابل على كفالة اليتيم أو اللقيط أو مجهول النسب على العموم وتربيته والإحسان إليه و السعي في مصالحه ، حتى يصير فردا صالحاً ، و هو ما يقره الإسلام ويدعو إليه ويُرغّب فيه ، لما له من حماية للأنفس مع ضرورة المحافظة على دينه إلا أنّه من جهة أخرى لا يمانع أن يتكفّل غير المسًلم بمن ثبت نسب أمه من غير المسلمين أو التقط في مكان في ظاهره لغير المسلمين . فكل من التقط في دار الإسلام فهو مسلم باستثناء من كان في حرمة أهل الذّمة فهو تبعا لهم .و يحرم من الكفالة كل من ثبت فسقه أو سفوره أو زندقته فهذا أحوط للمكفول كما أنّ ولاية الملتقط على اللقيط ولاية تربية فله عليه ما يلزمه . و إذا أقر أحد بنسب اللقيط منه ثبت إليه نسبه ، ما دامت شروط الإقرار مستوفاة و لو كان المقر غير مسلم ، و لكن يستمر اللقيط مسلما بحكم الالتقاط 3 .

سادسا : القدرة :

و المقصود من ذلك رفع التكليف و الغبن على الكافل إذا لم يكن قادرا على التكفّل بغيره قال الله تعالى : " **لاَ يُكَلّفُ اللّهُ نَفْساً إلاّ وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وعَلَيْهَا رَبَّنَا لاَ تُؤَاخذْنَا إن نَّسينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا ولاَ تَحْمل عَلَيْنَا إصْراً كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الّذين من قَبْلنَا** .. "4 . فالقاعدة العامةَ التي نَادى َبها الأصوليون هي رفع الحَرَج على غيَر القادر استنادا لما ورد فيَ الآيَات وَ الأحاديث الثابتة في هذا الباب فالتكليف مبني أساسا على

---

1. زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري المتوفى: 926هـ : الغرر البهية في شرح البهجة الوردية ، المطبعة الميمنية ج3 / 150

2. سورة آل عمران : الآية 28 .

3. محمد أحمد مصطفى أبو زهرة : الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي القاهرة/ مصر ،1948/1443 ، ط3 / ص 468 .

4. سورة البقرة / الآية 286 .

القدرة باختلاف مجالها سواء أكانت مادية أو معنوية فالمعروف من ذلك أنّه لا يخلو تكليف من مشقّة إلا أن القدرة على التحمل تختلف باختلاف نوع التكليف و قوته فالقاعدة العامة (**التكليف بما لا يطاق ما كان الخلل فيه راجعاً إلى الفعل المكلف به . وأن المحال لا يصح التكليف به إجماعاً**) .

فلا يكلّف المريض إلا أن كان من يعينه ، أو المسن أو القاصر .. أو من لا مأوى له ، فينظر حين إسناد كفالة الطفل إلى من يكفله القدرة على من الجانبين المادي و المعنوي فالصبي يحتاج الأمرين معا فبقدر ما يحتاج إلى أكل و كسوة و دواء و مأوى فهو في حاجة إلى عطف و حسن تربية و إعداد صالح .

كفالة المرأة : اختلف الفقهاء حول كفالة المرأة إلى اتجاهين :

القول الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية ، و الحنفية ، و الحنابلة و الظاهرية إلى صحة كفالة المرأة و هي لا تختلف عن الرجل في ذلك في إبرام عقد الكفالة .

القول الثاني : يرى المالكية الأمر في حالتين :

1 ـ لا حرج في المرأة الأيم الثيب ولا زوج لها ، لها أن تبرم عقد الكفالة فهذا الأمر تصرفا في شؤونها إذا رأت ذلك من مصلحتها .

2 ـ إذا كانت المرأة متزوجة فلها أن تعقد الكفالة بعد استشارة زوجها أو في حدود ما يخصها مما تملك .

ـ كما لم تجوز الشريعة الإسلامية كفالة العبد المملوك فلا يعقد إلا بإذن سيده فهو لا يملك الحرية التي هي شرط للتعاقد .

ملاحظة :

لم يفرق الفقهاء من أهل العلم بين كفالة الرجل أو المرأة للمكفول ذكرا أو أنثى ما لم يبلغ سن الحلم ، فيرون بالبلوغ وجوب معاملته (ها) كالأجنبي(ة)، فتحرم الخلوة معه(ها) وملامسته(ها) ويسقط ذلك بالرضاع للمرأة .

فمن الطبيعي جدا أن الصبي الصغير من يكون في حاجة ماسة إلى من يتكفّل به و يحيطه بالرعاية سواء المادية أو المعنوية و لذلك يرى جموع الفقهاء و بالإجماع أن الضرورة في المكفول لإبرام عقد الكفالة صغر سنه و حاجته إلى ذلك أكثر من غيره ألا يتجاوز سنه البلوغ غير أنّ هناك من يرى امتداد ذلك إلى ما يفوق البلوغ إن دعت الضرورة إلى ذلك كالمكفول المصاب بعاهة أو من يخشى عليه الضياع إن ترك فلا حرج في بقائه عند الكافل إن هو قبل بذلك ، فالعبرة في الفصل مقدرة المكفول على قضاء حوائجه بنفسه و الاتكال على النفس في تحمل الأعباء من يوم انقضاء الكفالة .

شروط خاصة بالمكفول :

أولا أن يكون قاصرا :

ثانيا : أن يكون مجهول النسب أو معلوما متخلى عنه :

وفيه حالتين :

1 ـ **حالة مجهول النسب** : و يكون الطفل في هذه الحالة أحوج من غيره لمن يتكفّل به فاللقيط إن ترك ضاع و من رحمة الشريعة الإسلامية جعلت على المجتمع الاسلامي مسؤولية تعويضه الدفء الأسري و التحذير من مغبة تركه للضياع بحجة العار الذي لحقه و كذلك ما يحصل مع ابن الزنا ، و رأت الضرورة إلى إيجاد من يتكفّل به أو على الحاكم أن يفعل ذلك ، أو يصرف عليه من بيت مال المسلمين أو ما يعرف ما يعرف اليوم بخزينة الدولة .

2 ـ **حالة معلوم النسب (متخلى عنه)** : فحضانة هذا الطفل حق لوالديه معا و حق له غير أنّ ظروف الحياة القاسية قد تضطرهما إلى طلب من يتكفّل به بعد عجزهما عن ذلك ، فإن تنازلا عنه لغيرهما مما لا يسبب حرجا للصغير في دنياه و دينه فلا حرج في ذلك بشرط أن يكون هذا الكافل مأموناً على الطفل ؛ بحيث يحرص على مصلحته ويقوم على تربيته وعلى أن يبقي النسب محفوظًا ، فلا يتبناه . وإن خشي عليه منه إهمالًا، وتضييعا ولاسيما في أمر دينه ، فلا يجوز دفعه إليه فهما أولى به منه .

لم يحدد الفقه الإسلامي شكلا معينا لإجراءات عقد الكفالة إلا في الجانب المالي كضمانات للدين أو كالكفالة بالمال أو بالنفس أو تأجيل الدفع في البيع و الشراء... بينما في حالة الكفالة للصغار سواء اليتامى أو مجهولي النسب من أولاد الزنا أو اللقطاء .. أو حتى معلومي النسب ممن تخلى عنهم آباءهم لأسباب المعيشة فدفعوهم إلى من يتكفّل بهم فلم يعرف لهم عقدا إجرائي معين أو بصيغة خاصة أو مكتوبة .

و لعلنا ذكرنا سابقا أنّ من المسائل التي فيها خلاف في التقاط اللقيط حكما مسألة الإشهاد , فقيل ينبغي الإشهاد على التقاط اللقيط و إن كان اللاقط ظاهر العدالة , لما يترتب عليه من حقوق اللقيط حرصا على أمواله التي تكون بحوزته أثناء التقاطه هذا من جهة , و من جهة أخرى حفاظا على حريته و نسبه , فإن ترك الإشهاد فقد تضيع حقوقه كما لا يمكن رعايتها .

و بهذا الرأي قال فقهاء المالكية1 , و الشافعية2 , و بعض من الحنابلة3 .

---

1 ـ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(المرجع السابق)ج4 / ص 126 .
ـ القرافي: أحمد بن ادريس القرافي(المرجع السابق) ,ج6 / ص 63

2 ـ الخطيب الشربيني : مغني (المرجع السابق) ط2 / ص 418 .

3 ـ بن قدامة المقدسي (المرجع نفسه) ج6 / ص 318 .

أما الحنفية فلا تقول بضرورة الاشهاد عند التقاط اللقيط باعتباره أمانة فهو كالاستيداع وهو ما ذهب إليه بعض الشافعية أما إذا ترك الاشهاد على قول الجمهور فلا يثبت للملتقط الحضانة للقيط و جاز للحاكم نزعه منه و تسليمه لغيره , إلا إذا كان الحاكم هو من سلّمه فلا يجب الاشهاد عليه لأنّه سلّم له بضوابط شرعية تحفظ له حقوقه كاملة و موثّقة من قبل الحاكم و خاصة إذا التقط مع اللقيط مال فيكون القاضي أمام حالتين حكم إسناد الصبي من جهة و حكم أمواله من جهة أخرى فقد يكونا للشخص نفسه أو لشخصين مختلفين بضوابط ووفق شروط و مكاتبة معينه . و لذلك يرجح قول الجمهور في الاشهاد حين التقاطه و حتى لا يتهم اللاقط بخطفه أو أكل حقوقه التي كانت بحوزته ابرءا لذمته أمام الله تعالى . و من الفقهاء من يرى أكثر من ذلك حيث قالوا بضرورة الإعلان عنه ليشيع أمره بين الناس فقد يتعرف عليه أهله إن كان قد ضاع منهم كما تكون كفالته أمام القاضي (الحاكم) و شهود ممن تقبل شهادتهم .

المطلب الثاني: أركان الكفالة وشروط انعقادها في القانون الجزائري :

يعتبر نظام الكفالة بديلا لنظام التبني هذا الأخير الذي كان معمولا به قديما، حتى في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم لكن ونظرا لمساوئ التبني، فالإسلام حرم هذا النظام وعمل على إيجاد نظام بديل يتماشى و أحكام الشريعة الإسلامية ألا وهو نظام الكفالة و الذي اعتمدته العديد من الدول من بينها الجزائر، فنجد أن المشرع الجزائري منع التبني صراحة وهذا في نص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري(يمنع التبني شرعا وقانونا) .
كذلك نجد أن المشرع الجزائري نظم أحكام الكفالة في المواد من 116 الى 125 من قانون الأسرة الجزائري".1

وقبل الحديث عن اركان الكفالة وشروط انقضائها لابد أن نبين المقصود بالكفالة وذكر خصائصها .

1 ـ التعريف اللغوي : مصطلح الكفالة مشتق من الفعل الثلاثي المفتوح الحروف كفل يكفل و كفالة الرجل فهو كافل رباه و انفق عليه وقام بأمره2

2 ـ **التعريف القانوني**: أن مصطلح الكفالة كعقد له معنى في القانون المدني ومعنى آخر في قانون الأسرة فكل معنى يختلف عن المعنى الآخر في الموضوع رغم التشابه في الاسم .

1- الكفالة في القانون المدني :لقد قام المشرع الجزائري بتعريف الكفالة او ما يسمى بالضمان في نص المادة 644 من القانون المدني حيث تنص:(الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بان يتعهد للدائن بان يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه)"3 ومنه فان عقد الكفالة في القانون المدني هو عقد يقوم بين الكفيل و والدائن ولا يكون هذا العقد صحيحا إلا إذا توفرت الشروط التي يتطلبها أي عقد لانعقاده"4

– **تعريف الكفالة في قانون الأسرة** :لم يكن القانون الأسرة الجزائري السباق لاستحداث مصطلح الكفالة إذ نجد أن قانون الصحة سبقه غير أن هذا القانون لم يعرفه، بل اكتفى بالإحالة الى قانون الأسرة ، الى حين صدور قانون الأسرة الجزائري سنه 1984 ، فنجد انه عرف الكفالة في المادة 116 منه حيث تنص (الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقه وتربيه ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي)، فالكفالة هي التزام المعني قانونا بالأمر ليتكفل تطوعا بنفقات التربية والاعتناء، و حماية الطفل القاصر مثل ما يقوم بذلك الأب اتجاه ابنه الشرعي5.

---

1 – القانون رقم 84- 11 يتضمن قانون الاسره الجزائريه، مرجع سابق

2 – علي بن هاديه، بلحسن بليش، الجيلاني بن الحاج بحثي، القاموس الجديد للطالب،ط7، المؤسسه الوطنيه للكتاب، الجزائر، 1990،ص 910

3 – الامر رقم 75- 58، المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق ل 26 سبتمبر سنه 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005ج،ر،ج،د،س،ع، 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975

4 – زهيه سي يوسف، عقد الكفاله، دار الامل، تيزي وزو،د،س،ن،ص، 18

5 – عنتري نوريه – مرزوق نسيبه، كفالة مجهولين النسب في الشريعه الاسلاميه القانون الجزائري، مذكره لنيل شهاده الماستر، تخصص احوال شخصيه، جامعه الجيلاني بونعامه خميس مليانه، 2017/ 2018ص12

خصائص الكفالة :

1- الكفالة عقد تبرعي أي أن الكفيل لا يأخذ أجرا وهذا ما نجده في نص المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري(..... على وجه التبرع....) 1

2- الكفالة ترد على شخص قاصر حسب المادة 116 من نفس القانون(..... يولد قاصر....) .

3- الكفالة عقد شرعي يتم أمام المحكمة أو الموثق المادة 117 بين قانون الأسرة 2.

الفرع الأول: أركان الكفالة في القانون الجزائري :

بما أن الكفالة هي عقد كباقي العقود فيجب أن تتوفر فيه الأركان من تراض وهو تطابق الإيجاب مع القبول كتعبيرين صادرين عن طرفي العقد والذي يجب أن يصدر عن ذوي أهلية خالية من العيوب التي قد تشوب الإرادة، اضافة إلى المحل وهو الالتزام الذي يقع على الشخص، هذا حسب القواعد العامة المحددة في المواد 92-95 من قانون المدني الجزائري, أمام محل عقد الكفالة ويتمثل في وظيفة العناية بالطفل والقيام بشؤونه أما فيما يخص السبب بوجه عام فهو الغرض من إنشاء العقد في حين أن سبب عقد الكفالة والدافع الى إبرامه هو أمر يختلف من شخص لأخر اضافة إلى ذلك نجد الشكلية يجب أن تكون الكفالة في قالب رسمي أي أمام الموثق أو أمام المحكمة.

1 ـ ركن التراضي:

تكلم المشرع الجزائري على الرضا في المواد من 59 إلى 91 من القانون المدني حيث تنص المادة 59 منه(يتم العقد بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنص القانوني)3

ويظهر التراضي في عقد الكفالة الخاص بمجهول النسب بين المؤسسة المتكفلة بالأطفال والكفيل، وحتى يكون هذا الركن صحيحا لابد من أن يصدر من ذي أهلية وغير مشيب بعيب من عيوب الإرادة وهي: الغلط والتدليس و الإكراه والاستغلال4

2 ـ ركن المحل :

محل العقد هو الالتزام الذي يترتب عليه، فالعقد لا يرتب إلا التزامات أما بإعطاء أو بفعل أو امتناع فالمراد بالمحل هو محل الالتزام ويجب أن تتوفر في المحل الشروط التالية حسب نص المواد من 92 إلى 96 من القانون المدني:"5.

1بوعرة مفتاح:الكفالة في قانون الأسرة و الشريعة الإسلامية، مذكره التخرج ليسانس، ورقله

2 – عبد الرحمن سلام:الكفالة في التشريع المدن الجزائري، كليه الحقوق العلوم السياسية، جامعه مستغانم، 2018،ص 618

3 – الأمر رقم 75- 58 مرجع سابق

4 – نبيل صقر:الاسره نصا وفقها وتطبيقا دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين ميلة، 2006،ص 469- 470

5 – علي سليمان: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري،ط1 ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر 2006 ص6

المحل موجود أو قابل للوجود .

المحل معين أو قابل للتعيين .

المحل مشروع أي قابل للتعامل فيه 1

فالمحل في عقد الكفالة هو رغبة الكافل بالتكفل بالقاصر بالرعاية والنفقة وتربيه المكفول أو التزام الأم أو المؤسسة الخاصة بالطفولة بتسليم الولد إلى كافله، ما يجب على الطفل المتكفل به أن يكون موجودا ومعينا من خلال أن يكون ذكرا أو أنثى ، كما يجب على الأم أن تكون قد تخلت عنه أو المؤسسة هي التي أعطته لكافله ولا يكون مسروق.

3ركن السبب :

سبب الكفالة هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه، المادة 98 من القانون المدني(كل التزام مفترض أن له سبب مشروع ما لم يقوم الدليل على غير ذلك، ويعتبر المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك فإذا قام الدليل على صوريه السبب على من يدعي أن للالتزام سببا آخر غير مشروع أن يثبت ما يدعيه) 2 والسبب في الكفالة هو نيته أو الدافع إلى الكفالة وتحمله الالتزامات على عاتقه من نفقه ورعاية وتربيه 3

و لصحة سبب الكفالة يجب أن يكون السبب صحيحا فالسبب غير الصحيح لا يصلح أن يقوم عليه التزام، كما يجب أن يكون السبب مشروعا أي لا يجرمه القانون ،وان لا يكون مخالفا لنظام العام والآداب العامة 4.

4 . ركن الشكل :

أن الشكل في عقد الكفالة واجب لنص المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري حيث تنص(يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة او أمام الموثق.....) 5 ويكون هذا الشكل في ورقه رسميه يدون فيها العقد، كذلك نجد أن المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري تنص(الكفالة.... وتتم بعقد رسمي) فنلاحظ أن المادة لم تنص على شكلية معينه، والمادة 117 من قانون الأسرة الجزائري اكتفت برضا الوالدين إذا كان معلوم النسب .

---

1 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد 1، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان، 1998 ص 408

2– الأمر رقم 75– 58 مرجع سابق

3 ـ بوعيشة عقيلة، الكفالة في قانون الاسره والشريعة الاسلامية، مذكره نهاية التكوين، 2001/ 2004، ص17

4 – عنيتر نور الهدى، الكفالة في قانون الاسره الجزائري، جامعه مرباح، ورقله، 2013– 2014ص 118

5 – عبد الرحمن سلام، الكفالة في التشريع المدني الجزائري، مرجع سابق ص611

الفرع الثاني: شروط انعقاد الكفالة في القانون الجزائري :

اخذ المشرع الجزائري بنظام الكفالة ومنع التبني وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية،ونظم موضوع الكفالة من عده نواحي، فنجد أن قانون الأسرة الجزائري بين شروط الكفالة متمثلة في شروط الكافل من جهة والمكفول من جهة أخرى وشروط أخرى خاصة بالعقد نفسه 1 وسنتطرق إلى الشروط الموضوعية لانعقاد الكفالة، والشروط الإجرائية لانعقاد الكفالة 2

1ـالشروط الموضوعية للانعقاد الكفالة :

سنتناول في هذا الجزء الشروط الواجبة في الكافل والشروط الواجبة في المكفول والشروط الواجبة في عقد الكفالة

أ- الشروط الواجبة في الكافل :تتطلب تربيه الطفل عناية خاصة ومقدرة معينه في القائم بها، لذلك اشترط المشرع الجزائري شروط معينه نص عليها صراحة في المادة 118 حيث تنص(يشترط أن يكون الكافل مسلما عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته) 3 وكذلك نص المادة 495 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية حيث تنص(يتأكد قاضي شؤون الأسرة من توفر الشروط الشرعية المطلوبة في الكافل وعند الاقتضاء يأمر بإجراءات تحقيق او أي تدبير يراه مفيدا من قدرة الكافل على رعاية المكفول والإنفاق عليه وتربيته) 4.

1- شرط الإسلام :يعتبر هذا الشرط هو الشرط الأول وهو مذكور في المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري، ولان الغرض من الكفالة تحقيق مصلحه الطفل وجب توفر صفات معينه في الكافل من بينها الإسلام، ومع دامت الجزائر حسب الدستور ديانتها الإسلام، فإذا وجد طفل لقيط فوق أرضها يسمى بالمسلم الحر كما انه يكتسب الجنسية الجزائرية 5 طبقا للمادة 7 من قانون الجنسية الجزائري 6 اعتبر المشرع الجزائري شرط الإسلام . شرطا ضروريا ومنه فغير المسلم عندما يقدم طلب كفالة قاصر جزائري، يرفض طلبه وهذا ما يجري عمليا في المحاكم7 .

---

1 – بوعيشة عقيلة، مرجع سابق ص 20

2 – عمراش أسماء، بليل كاتبة ، الكفاله في قانون الاسره الجزائري، مذكره لنيل الماستر في القانون تخصص القانون الخاص الداخلي، جامعه مولود معمري، تيزي وزو، 2014،ص49

3 – القانون رقم 84- 11 مرجع سابق

4 – قانون رقم 08- 09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الاداريه ،ج ر،ج ج عدد 21 صادر بتاريخ23 ابريل 2008

5 – بوعيشة عقيلة، مرجع سابق،ص 21

6- أمر رقم 70- 86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970- يتضمن قانون الجنسية الجزائرية، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05- واحد مؤرخ بتاريخ 27 فيفري 2005،ج،ر،ج،ج ، عدد 15، صادر بتاريخ 27 فيفري 2005

7 ـ عمراش أسماء ، بليل كاتية ، مرجع سابق،ص51

2 ـ شرط الأهلية :يجب أن يكون الكافل بالغا راشدا غير محجورا عليه لسبب الجنون أو العته، فإذا ثبت عدم تمتعه بالأهلية رفض الطلب لان هذه المسالة من النظام العام، ونلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد في قانون الأسرة سن الكافل إلا من خلال نصه على الأهلية في المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري وبلوغه سن الرشد 19 سنه حسب المادة 40 من القانون المدني 1

3 – العقل :و هو الشرط الثاني حسب المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري، فيجب أن يتوفر في الراغب بالكفالة حتى يقبل طلبه، حيث لا يقبل قانونا امكانيه إسناد أمر الولد المكفول إلى شخص مجنون أو معتوه لأنهما يشكلان خطرا عليه بدلا من أن يكونا حاميان له، لان كل من المجنون والمعتوه بحاجه إلى رعاية، فمن لا يملك الولاية عن نفسه لا يملكها على غيره. "2

4 – شرط القدرة :وهذا الشرط نصت عليه المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري وهو الشرط الأخير فيجب أن يكون الكافل قادرا على رعاية شؤون المكفول وذلك بان يكون قادرا على القيام بما تطلبه الكفالة من أعمال، فلو كان عاجزا عن ذلك لكبر السن أو مرض أو عاهة تحول بينه وبين أداء وظيفته كالعمى لم يكن أهلا للكفالة، وكذلك لو كان قادرا على أعمال الكفالة ولكنه مريض مرضا يخشى على حياه الطفل من لا يكون أهلا لها 3 كذلك يجوز للقاضي التأكد من قدرات الكافل على رعاية المكفول ماديا ومعنويا وخلقيا بما يتناسب و أطوار حياته والقيام بكل شؤون تنشئته دينيا وعلميا 4كما توجد القدرة المادية، التي يقصد بها الشرع الحالة المالية والاقتصادية لطالب الكفالة، إذ لا يعقل أن يكون باطلا وليس له مورد رزق، وعمليا يطلب القضاة من طالبي الكفالة تقديم كشف الراتب الشهري للتحقق من هذه القدرة و إلا رفض طلبه مراعاة لمصلحه الطفل 5 إضافة إلى هذه الشروط هناك شروط أخرى أغفلها المشرع الجزائري ولم يذكرها مما يحيلنا هذا الغموض إلى جهات القضاء الجزائري في تأويلها وهذه الشروط هي – :

ـ الشرط المتعلق بالذكورة والأنوثة :من خلال نص المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري نجد أن هذا تكلمت عن الكافل بصفته مذكر ومنه ألغت دور المرأه في الكفالة ، مع أنها أولى من الرجل في رعاية الطفل فلا فرق بين أن يكون الكافل رجلا أو امرأة 6.

---

1 – سلوى سالم ، كفالة مجهولي النسب في قانون الاسره، مذكره مقدمه لنيل شهادة الماستر أكاديمي، 2017/ 2018،ص 19

2 – بليل صابرينه و شعلان نعيمه، عقد الكفاله في قانون الاسره الجزائري، مذكرات ماستر في الحقوق، جامعه بجاية، 2012/ 2013ص25

3 – شلبي محمد مصطفى، أحكام الاسره في الاسلام، دراسة مقارنه بين الفقه المذاهب السنية والمذهب والقانون،ط2، دار النهضة العربية للطباعة والنشر بيروت 1977،ص 743

4 – تواتي صباح، دوافع الأسر الجزائرية للإقبال على الكفاله، دراسة ميدانيه بدار الحضانة النخيل(الابيار)، رسالة لنيل شهادة الماستر قسم علوم الاجتماع، كليه العلوم الاجتماعية جامعه الجزائر2000/ 2001,ص 106

5 – علال أمال، التبني والكفالة، دراسة مقارنه بين الشريعة والقانون الوضعي، مذكره لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ،جامعه أبو بكر بلقايد، تلمسان 2008/ 2009،ص 75

6 – الغوثي بن ملحه، مرجع سابق،ص 169

. جواز الشخص المعنوي طلب الكفالة :لا يوجد نص قانوني يجيز للأشخاص الاعتبارية الحق في الكفالة مثل: المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال، مع العلم أن مثل هذه الأشخاص الاعتبارية عاده لها مركز مالي، وتسيير بشري لائق يمكنها التكفل بالطفولة المحرومة إذ انه من الأحسن النص عليها في قانون الأسرة وإعطائها حق التكفل بالطفولة المحرومة، وعليه فان هذه الفئة من المواطنين لابد على المجتمع التكفل بهم، وتنشا لهم مراكز مخصصه لإيوائهم وتربيتهم وهذه المؤسسات هي صاحبه الولاية القانونية على أولئك الأطفال بحيث تتمتع بالشخصية القانونية وذات الصلاحية القانونية في مهمة التعاقد مع الكافل 1

. الفارق في السن بين الكافل والمكفول :بالرجوع إلى الأحكام المتعلقة بالكفالة لا نجد نص قانوني ينظم هذه الوضعية حيث لابد أن يتجاوز سن الكافل سن المكفول 2 أي على المشرع أن يحدد سنا معينه للكافل يكون فيها أكثر نضجا لتحمل مسؤولية رعاية المكفول، قد تكون 35 سنه أو أكثر من ذلك، كما يشترط على المشرع أن يحدد فرق السن بين الكافل والمكفول التي قد تكون 10 أو 15 سنه 3 - **شرط الزواج** :لم ينص المشرع الجزائري على هذا الشرط، لكن عمليا وفي المحاكم الجزائرية ومنها محكمه ارزيو التي ألزمت طالب الكفالة على إرفاق ملف الكفالة بشهادة الزواج، وهذا مراعاة لمصلحه القاصر محل الكفالة حيث أن الغاية من الكفالة هي نشاه الطفل في جو اسري، ومنه فعلى المشرع الجزائري اعاده النظر في المسالة وهذا لأهميتها 4.

. شرط موافقة الزوجين : وتعتبر موافقة الزوجين على الكفالة من المسائل الضرورية في رعاية الولد المكفول وتحقق الغرض المطلوب من الكفالة، وهذا من اجل مصلحه الطفل ومن المفروض أن تكون الموافقة صريحة وبحضور الزوجين أمام القاضي، وعليه فانه كان على المشرع تدارك هذا الأمر والنص عليه في قانون الأسرة 5

. شرط السكن اللائق والصحي :نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتطرق لهذا الشرط، ولكن عمليا يشترط من طالب الكفالة أن يكون له سكن صحي ولائق 6 فالسكن الرديء(البيوت القصديرية) تؤثر على الصحة النفسية للطفل، ومنه فالمسكن ضرورة من الضروريات التي تساعد الأسرة على أداء مهمتها التربوية على أحسن وجه، وهذا تجنبا لبقاء الطفل في الشارع 7.

ب- الشروط الواجبة في المكفول :تنص المادة 119 من قانون الأسرة الجزائري(الولد المكفول أما أن يكون مجهول النسب او معلوم النسب) من خلال هذه المادة نستنتج انه لا يشترط أن يكون المكفول مجهول نسب بل قد يكون أبواه معروفين، وكذلك نلاحظ أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يحدد أي شروط

---

1 - بوعيشه عقيلة، مرجع سابق،ص9

2 - الغوثي بن ملحه، نرجع سابق،ص 169

3 - تواتي صباح، مرجع سابق،ص 71

4 - طلبه مالك، التبني والكفاله، مذكره لنيل شهاده المدرسه العليا للقضاء، محكمه ارزيو، مجلس القضاء وهران، الدفعه الرابعه عشر، ص 24

5 - عنتري نوريه، مرجع سابق،ص 27

6- دليل الكفاله، متحصل عليه من مديريه النشاط الاجتماعي، لولايه بومرداس

7 - عمراش أسماء ، بليل كاتية، مرجع سابق،ص 58

بالنسبة للمكفول، من خلال المواد التي تتكلم عن الكفالة يمكن تحديد بعض الشروط :

– **أن يكون المكفول قاصرا** :نجد أن المشرع الجزائري نص في المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري على الولد القصر، ومن خلال المادة 40 و 42 من القانون المدني يمكن تعريف القاصر بأنه الشخص الذي لم يبلغ 19 سنه، وهذه المرحلة تنتهي ببلوغ هذا السن حيث يصبح كامل الأهلية وبإمكانه القيام بشؤونه بنفسه وعليه إذا ثبت للجهة المكلفة أن المكفول بلغ سن الرشد فإنها ترفض أن تضعه تحت حماية الكافل، بدليل انه أصبح راشدا 1

2– أن يكون المكفول مجهول النسب او معلوم النسب :وهذا ما نجده في نص المادة 119 من قانون الأسرة الجزائري.

أ_ المكفول مجهول النسب :تنشأ الكفالة في هذه الحالة بناء على رغبته بعض الأسر التي لم ترزق بذرية بكفالة أطفال ولدوا من أبوين مجهولين، وتتم بموافقة دار رعاية الاجتماعية، أو دار الطفولة المسعفة التي عاش فيها بحيث تعتبر هذه الموافقة ضرورية .فالكفالة في هذه الحالة تطمح من جهة إلى إنقاذ عائله محرومة من الأطفال، ومن جهة أخرى تضمن تربيه عاديه لطفل محروم من العائلة، والأطفال مجهولي النسب هم الأكثر خضوعا للكفالة مثل اللقيط. 2

ب– المكفول معلوم النسب :يكون في هذه الحالة انتساب الطفل لأبوين معلومين، فان كان الاثنين على قيد الحياة تعيين رضاهما على الكفالة، وإذا توفى أحدهما وكان عاجزا على التعبير عن إرادته في أمر الكفالة فموافقة من هو على قيد الحياة تكفي .أما في حاله إذا توفى الأبوان معا أو عجزا عن التعبير عن إرادتهما يكون القول للمجلس العائلي بعد موافقة من كان في حضنه الولد 3 إلا انه يمكن أن نشير إلى أن مجهول النسب هو موضوع بحثنا وليس معلوم النسب .

ج– الشروط الواجبة في عقد الكفالة

تنص المادة116من قانون الأسرة الجزائري (.... تتم بعقد شرعي....) 4 وهذا العقد يكون أمام الموثق أو أمام القاضي أو أمام البعثات الدبلوماسية في الخارج 5 و هذا ما نصت عليه المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري .

---

1 – بيد ويري كريمه، الكفاله والتبني، مذكره ماستر في الحقوق، جامعه عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2013،ص 15

2 – سلامي دليله، حمايه الطفل في قانون الاسرة، مذكرة لنيل شات ماستر في القانون، فرع القانون الخاص، الحقوق بن عكنون، جامعه الجزائر، بن يوسف بن خده ، 2007– 2008،ص 69

3– الغوثي بن ملحه، مرجع سابق،ص 170

4– قانون رقم 84/ 11، مرجع سابق

5 – الغوثي بن ملحة. مرجع سابق.ص 117

أولا– انعقاد الكفالة أمام المحكمة :أن عقد الكفالة يتم بين طرفيه وهما الكافل وولي المكفول في حاله معلوم النسب ، و بين مؤسسه حماية الطفولة في حاله مجهول النسب، إلا أن هذا العقد لا يرتب آثاره إلا باللجوء إلى القاضي هذا ما نصت عليه المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري، كما نصت عليه المادة 492 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية حيث تنص(يقدم طلب الكفالة بعريضة من طالب الكفالة أمام قاضي شؤون الأسرة لمحكمه مقر موطن الكفالة 1 ،ويقصد بها رئيس الجهة القضائية الذي يصدر أمره بإفراغ ارادة الطرفين المتطابقة في شكل معين، وبعد إطلاع وكيل الجمهورية على أوراق الملف ، وهذا حفاظا على مصلحه المكفول حتى لا تضيع حقوقه، حيث أن أمر رئيس المحكمة له قوه قانونيه تمكن حامل هذا العقد(الكافل) من تسجيل ذلك بمصالح الحالة المدنية حتى يتسنى له الحصول على الوثائق الإدارية سواء للكافل أو المكفول 2

ثانيا– انعقاد الكفالة أمام الموثق :نظرا للظروف التي قد تكون فيها المحاكم، أو أن إبرام العقد أمام المحكمة يسبب حرجا للكافل، أو ولي المكفول أو حتى التأثير على نفسيه المكفول . فقد أوجد المشرع طريقا آخر لإفراغ العقد في شكل معين ليعتد به في نظر القانون، وذلك أمام الموثق وهذا ما نصت عليه المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري وللأطراف حق الاختيار بين اللجوء إلى المحكمة أو اللجوء إلى الموثق .

ثالثا– انعقاد الكفالة أمام البعثات الدبلوماسية :يكون هذا الشرط عندما نكون أمام الجالية الجزائرية بالمهجر، إذ أن تقديم الطلب يكون من ذوي الشأن إلى المصالح القنصلية، بحيث يرسل الملف لدى المصالح القنصلية في نسختين بالإضافة إلى الوثائق المطلوبة بالنسبة لطالب الكفالة بالتراب الوطني، يتضمن الملف ما يلي: 3

– تحقيق نفسي اجتماعي مملوء وموقع قانوني من طرف مصالح القنصلية المختصة والمعنية .

ـ نسخه طبق الأصل من بطاقات ووثائق التعريف أي البطاقة القنصلية وللقنصلية الحق في أن تقبل أو أن ترفض الطلب حسب توافر الشروط المطلوبة"4 – **الشروط الإجرائية لانعقاد الكفالة** :

اشترط للمشرع أن يمر طلب الكفالة بمرحلتين أساسيتين وهما : المرحلة التمهيدية ثم المرحلة القضائية.

أولا– المرحلة التمهيدية:

أكد القانون في هذه المرحلة على وجوب رضا أبوي المكفول معلوم النسب صراحة ، حيث نصت المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري(.... وان تتم برضا من له أبوان.....) 5 وكما سبق وذكرنا بان الكفالة تنصب على مجهول .

---

1 – قانون رقم 08/ 09

2 – عمراش أسماء، بليل كاتيه ،مرجع سابق

3 –إجراءات كيفيات الوضع القانوني، متحصل عليها من مديريه النشاط الاجتماعي

4 – عمراش أسماء. بليل كاتيه، مرجع سابق،ص 62

5 – قانون رقم 84/ 11، مرجع سابق

النسب وعلى معلوم النسب، وبما أن موضوع بحثنا هو كفالة مجهول نسب فإننا نقتصر على هذه الفئة ، إلا انه يمكن التفرقة بين مجهول النسب معلوم الأم ومجهول النسب مجهول الأبوين.

أ- القاصر معلوم الأم : هنا في هذه الحالة رضا الأم ضروري، إلا أن القانون لم يشدد اشتراط رضا أم المكفول لأنه بمجرد تسليم طفلها للكافل لكي يرعاه ويربيه يدل على القبول الضمني هذا الإجراء يتم عند الموثق، عندما تسند الأم ابنها القاصر للكافل، ولكن هناك إجراء آخر بالنسبة للطفل معلوم الأم ، الذي تخلت عنه أمه عند الولادة وذلك لأسبابها الخاصة (الطفل الناتج عن علاقة غير مشروعه) ففي هذه الحالة تمر الكفالة بعده بمراحل:

1- على مستوى المستشفى :تنص المادة 73 من قانون حماية الصحة وترقيتها(على انه تحدد مصالح الصحة كيفيات المساعدة الطبية التي تستهدف الوقاية الفعالة للأطفال من الإهمال) 1 ، حسب نص المادة يتضح أن المساعدة الاجتماعية الخاصة بالمستشفى هي التي ترى الأم البيولوجية، وتقوم بالإجراءات اللازمة فتقدم لها محضر التخلي عن الطفل، وتقوم بتقديم نسخه من بطاقة التعريف الوطنية أو شهادة ميلاد وصوره شمسيه، غير أن هذا الإجراء غير إلزامي حيث يدون المحضر دون أي معلومات عنها ثم تقوم المساعدة الاجتماعية بسؤال الأم البيولوجية، هل تتخلى عن طفلها؟.

قد يكون التخلي بصفه مؤقتة ، فيعطى لها مهله ثلاثة أشهر وتوقع على التخلي المؤقت، وعند انتهاء هذه المدة ترجع الأم طفلها لحضانتها، أو تأخذه مديريه النشاط الاجتماعيDAS ، ويمكن للام تجديد محضر التخلي في حاله انتهاء المدة القانونية ولكنها لا تريد التخلي عن ابنها إذا كان لها ظروف تمنعها من استرجاعه، أما التخلي بصفه نهائية فانه يعطى للام مهله شهر واحد للتراجع عن قرارها وذلك بعد توقيعها على محضر تخلي نهائي، وبعد انتهاء المهلة القانونية يؤخذ منها الطفل بصفه نهائية، بعد قيام المساعدة الاجتماعية بهذه الاجراءات تأتي مرحله بالبلدية ويجب تقديم تسجيل الطفل الوثائق التالية :

صوره طبق الأصل لبطاقة التعريف الوطنية أن وجدت

شهادة طبية للولادة .

جدول الإرسال من المستشفى .

2. على مستوى الحضانة :عندما توقع الأم على محضر التخلي سواء بصفه مؤقتة أو نهائية أثناء هذه المهلة التي تقدر بشهر أو ثلاثة أشهر بوضع هذا الولد في دار الحضانة التكافل به وعند انتهاء المدة ولم ترجع الأم البيولوجية، فانه يصبح تابعا لمديريه النشاط الاجتماعي للولاية

1 - قانون رقم 85/ 05, مرجع سابق

3 ـ على مستوى مديريه النشاط الاجتماعي :(DAS)

يمكن تعريفها إنها مؤسسة ذات طابع اجتماعي تهدف إلى خدمه الأفراد المكونين للمجتمع وهي هيئه تعمل تحت وصاية وزاره العمل والشؤون الاجتماعية والتكوين المهني ويكون مقرها على مستوى الولاية ومن بين مهامها :إدماج الطفولة المسعفة في اسر تكفلها وترعاها1 ،وفي هذه المرحلة تأخذ المساعدة الاجتماعية ملف الطفل وتبحث له عن العائلة التي تبحث عن المواصفات الموجودة فيه، هذه العائلة تضع ملفات الطلبات على مستوى المديرية 2 ، أين تودع نسخه من الملف في الأرشيف ، وتجتمع اللجنة المكلفة بدراسة الملفات في دورات منظمه لدراستها وتقوم اللجنة بالتحقيق الاجتماعي، فتتوجه الى المكان الذي يعيش فيه طالب الكفالة إن أمكن ذلك 3 ، لأنه قد يكون طالبو الكفالة يقطنون خارج الجزائر، ولا تتم الموافقة على الكفالة إلا بعد المقابلة النفسية لطالب الكفالة .

ب- القاصر مجهول الأبوين :نلاحظ انه بالغالب يوجد الطفل مجهول الأبوين في مكان مرمي بدون حماية هذا القاصر يكون تحت حماية مؤسسه الطفولة والتي تقوم برعايتهم والعناية به فنجد أن القانون لم يشترط رضا المكلف بهذه المؤسسة صراحة 4 ، رغم أن مدير النشاط الاجتماعي يعتبر وصيا على هؤلاء الأطفال غير أن الواقع يشترط أن يتقدم الكافل بملف لهذه المؤسسة التي تقوم بدراسته، فيرسل أو يودع الملف في نسختين بمديريه النشاط الاجتماعي للولاية:"5 . ويتكون من :

ـ طلب خطي تحفيزي(يكون الطلب خطي يعين فيه الرغبة في كفالة الطفل، الجنس السن،....) .

ـ استمارة التحقيق النفسي الاجتماعي منجزه من طرف المساعدة الاجتماعية مملوءة بدقه متضمنة رأي صريح و إمضاء مدير النشاط الاجتماعي.

ـ شهادة ميلاد لكل الزوجين .

ـ بطاقة عائليه للحالة المدنية أو شهادة شخصية للحالة المدنية للعازبات .

ـ كشف السوابق القضائية للزوجين .

ـ شهادة عمل لكلا الزوجين .

ـ كشف الراتب للأشهر الثلاثة الأخيرة(أما بالنسبة للتاجر يقدم السجل التجاري). شهادتان طبيتان للزوجين تثبت الحالة الصحية حاملة لإمضاء وختم الطبيب المعالج لكلا الزوجين(صدريه وعامة) .

ـ شهادة تثبت عقد الإقامة(شهادة الملكية، عقد الإيجار) .

---

1 – سلوى سالم، كفالة مجهولي النسب في قانون الاسره، مرجع سابق ص 23

2 – الملحق رقم 1

3 – الملحق رقم2

4 – عنيتر نور الهدى ، مرجع سابق ص20.

5 – اجراءات كيفيات الوضع القانوني، متحصل عليه من مديريه النشاط الاجتماعي

ـ صوره شمسيه حديثه .

ـ عقد الزواج .

ـ صوره طبق الأصل لبطاقة التعريف الوطنية .

ـ سجل السوابق العدلية للكافل(في حاله عدم زواجه أو زواجه) .

ـ شهادة الجنسية للزوجين بعد تكوين هذا الملف يوضع لدى مديريه النشاط الاجتماعي(DAS) مرفقا بالاستمارة الخاصة بالتحقيق الاجتماعي ثم يدرس من اللجنة الولائية خاصة بدراسة ملفات الكفالة ويتكون

ـ مدير النشاط الاجتماعي

ـ الأخصائي النفساني

ـ مدير الطفولة المسعفة

ـ رئيسه الفئات المحرومة

ـ المربين.

وتقرر اللجنة الموافقة، أول الرفض من الناحية الإدارية مثلا: الملف ناقص 1 .

وفي حاله موافقة اللجنة على الكفالة تقوم بإبلاغ الكافل، ثم يتم استدعاء العائلة الكافلة قصد إجراء مقابلات عيادية مع الطاقم البسيكو بيداغوجي , (psychologie)وهذا الأخير يعطي رأيه بالموافقة بقبول العائلة أو رفضها من الناحية النفسية، وبعد ذلك تبرمج لقاءات مع الطفل وذلك في شكل حصص كل طفل حسب سنه إذا كان رضيعا تكون هناك ثلاثة حصص أما إذا كان عمره شهرين أو ستة أشهر فتكون من أربع حصص فما فوق حتى يتأقلم مع العائلة المتكفلة به أما بالنسبة للطفل المكفول فان طلب الوثائق الخاصة به يتكون

ـ مقرر التسجيل 2

ـ مقرر الوضع 3

ـ شهادة ميلاد وإذا توفرت كل هذه الوثائق المطلوبة يتوجه الكفيل إلى المحكمة من اجل إصدار عقد الكفالة .

ثانيا: المرحلة القضائية :

يتجه الكافل إلى الجهة القضائية المختصة لكي يعطي للموافقة الحاصل عليها من قبل مديريه النشاط الاجتماعي الصيغة الرسمية، فيرفع طلبا بموجب عريضة إلى قاضي شؤون الأسرة ويرفق معها نسخه من التصريح

---

1 – معلومات متحصل عليها من مديريه النشاط الاجتماعي

2 – مقرر التسجيل: هو عبارة الوثيقة تبين أن الطفل مسجل ضمن اتهام الدولة ، ويكون المقرر مهم لاستعماله في حياته اليومية استخراج الوثائق التي يحتاجها مثل: بطاقة التعريف الوطنية

3 – مقرر الوضع: هو عبارة عن وثيقة تبين أن الطفل قد وضع في عائله كفيله .

بموافقة أبوي الولد المكفول أو لأحد منهما، والقاضي المختص محليا هو الذي يوجد في موطن صاحب الطلب، وان كان موطن صاحب الطلب خارج الجزائر يرفع إلى القاضي الذي بموطن مكفول و هذا حسب نص المادة 492 من قانون الاجراءات المدنية الادارية 1 دور القاضي هنا يتصل فقط بالوظيفة الولائية بمعنى لم يحصل أمامه نقاشا ولا مرافعة كما أن القانون لم يلزم تدخل النيابة العامة، ومهمة القاضي تنصب أساسا على التحقق من توفر الشروط المطلوبة قانونا في الكفالة 2 ،تجدر الإشارة إلى انه ما يفتقر إليه القضاء الجزائري هو عدم وجود أو عدم إسناد هذه المهمة إلى القاضي المختص بالأحداث الذي يتبع تنفيذ الكفالة ومراقبه مدى تنفيذ الكافل التزامات الكفالة، أن المشرع اعتبرها مسالة مدنيه، كما أن قاضي الأحداث عاده مختص بالجانب الجزائي فقط، كما انه لا يوجد القاضي المكلف بشؤون القصر الذي من المفروض يسهر على تسجيل الكفالة في سجلات الحالة المدنية لدى بلديه المكفول"3 وقد نص المشرع الجزائري صراحة على أن عقد الكفالة يكون شرعيا ويجب أن يحرره الموثق أو المحكمة ويتطلب عقد الكفالة الوثائق التالية 4 :

- طلب خطي موجه إلى رئيس المحكمة للولاية المعنية(رئيس شؤون الأسرة)
- شهادة الميلاد لكلا الزوجين .
- سجل السوابق العدلية لكلا الزوجين.
- شهادة الجنسية للكفيل.
- عقد الزواج .
- شهادة عمل لكلا الزوجين .
- كشف الرواتب الثلاثة للأشهر الأخيرة لكلا الزوجين.
- شهادة ميلاد الطفل.
- شهادة وضع في إطار الكفالة موقعه من طرف مديريه النشاط الاجتماعي.
- و بالتالي فان رئيس شؤون الأسرة هو من يصدر عقد الكفالة.

1 – قانون رقم 08- 09, مرجع سابق

2 – الغوثي بن ملحة، مرجع سابق،ص 172

3 – علال أمال ، مرجع سابق،ص95

4 – اجراءات وكيفيات الوضع القانوني ، الكفاله،متحصل عليه من مديريه النشاط الاجتماعي

المبحث الثاني : أثار وانقضاء الكفالة حسب الشريعة الإسلامية و التشريع الجزائري :

المطلب الأول : أثار و انقضاء الكفالة في نظر الشريعة الإسلامية :

كل عقد مبرم من طبيعته يترك آثارا كما لكل عقد أسباب شرعية تؤدي إلى انتهائه

الفرع الأول : آثار الكفالة بمجهولي النسب في الشريعة الإسلامية :

لا شكّ بأنّ النظرة المجتمعية اليوم لمجهولي النسب قاصرة جدّا قد تؤدي إلى ضياع هذه الفئة من الأطفال. بالرغم أنّنا نحن كمسلمين أولى بأن نغلق دور رعاية الأيتام و مجهولي النسب لأنّنا معنيون جميعا بتقديم عائلات دافئة لأولئك الأطفال ممّن لا ذنب لهم في المصير الّذي أوصلهم إليه آباؤهم وأمهاتهم عن قصد أو غير قصد .

وعلى الرغم مما تحمل شريعة الإسلامية من ايجابية و رحمة نحو هؤلاء الأطفال البرآء و من عظيم الثواب في التكفّل بهم إلا أنّ المجتمعات العربية و الإسلامية ما زالت لا تتقبل أسباب وجودهم و تتجاهل كل أحكام الشريعة الإسلامية التي أحاطتهم بها . و سواء شئنا ذلك أم أبينا ، هناك أطفال يولدون من خلال علاقات خارج إطار الزواج في بلداننا العربية و الإسلامية وكوننا مسلمين أو كوننا مجتمعا محافظا لا يعني تكذيب الحقائق . ومحاولة الحدّ من ظواهر تواجد مجهولي النسب و بمخاطرها هي أمر مهم يقع على عاتق المجتمع كلّه سلطة و شعبا . لكن لا ننسى أيضا بأنّ التكفّل بهؤلاء الأطفال هو أيضا أمر مهم جدا لا يجب أن نغفل عنه . بل تفوق أهميته أهمية كفالة اليتيم ، لما يتعرض له أولئك الأطفال من حياة مأساوية منذ ولادتهم 1.

عرفنا مما سبق كيف أنّ الطفل مجهول النسب طفل ضعيف لا يقوى على رعاية شؤونه بنفسه ، كما لا يقدر على تدبر أمور حياته و ذلك بسبب فقد من كان يجب أن يكون له سندا و عونا في هذه المرحلة من العمر فهو أحوج ما يحتاج إلى من يقف إلى جانبه ، و يقوم على تربيته و تنشئته تنشئة صالحة لنفسه و يفتح له آفاقا يكون فيها إنسانا صالحا لمجتمعه و باب عون في مرحلة تعدّ هي الأساس الذي يبنى عليه ما تبقى من عمره بعد أن يشتدّ عوده و يكبر و يصبح أقدر على الاهتمام بنفسه في رعاية شؤونه ، و مما لا شك فيه أن إهماله و عدم المبالاة به سيعرضه لخطر الهلاك أو الضياع ، و ستصله مخاطر الانحراف و سيدفع ثمن تجاهله كما سيدفع المجتمع الثمن أيضا و من هذا الباب اهتمت الشريعة الإسلامية بهاته الفئة كخطوات استباقية كان لابد منها لما فيها من فوائد دنيوية على الفرد والمجتمع من جهة و الثواب في الآخرة هذا في الكفالة من الناحية الموضوعية من الناحية الشكلية فإنّ الكافل ملزم بكل ما ورد في عقد الكفالة و إنّ نية العاقد (الكافل) صبت في العقد متجهة إلى التبرع بالالتزام نحوه في القيام له مقام الوالد في كل مناحي حياته بالقدر الذي يكفل له الحياة الكريمة من نفقة و تأديب و تنشئة بما يجعله إنسانا صالحا ، كما يمكن أن يشمل إدارة أمواله أيضا إذا ثبت له مال وقت التقاطه ، فكل عقد يقوم على أركانه ووفق شروطه ينتج آثاره .

1 ـ د. أسماء عابد: كفالة مجهول النسب في الإسلام ، بين التعسف ونظرة المجتمع (إسلاميات)، 16يناير، 2021 https://abaqk.com

فالإشكالية التي يمكن طرحها كما يلي : ـ ما هو مضمون عقد الكفالة ؟ .

ـ وما هي الآثار المترتبة عليها ؟ .

فالكفالة رتّبت ميثاقا وعهدا قطعه الكافل على نفسه تجاه المكفول ، فهو ملزم أمام الله تعالى بانجاز ما تم الاتفاق عليه سواء كانت الاتفاق على التكفّل بنفس أو مال أو بهما معا .

غير أنّه لا يوجد ضمان و لا توجد أدنى عناصر عقد الكفالة التي بمقتضاها يلتزم الكافل في حماية حقوق المكفول ، كما لا يوجد وجه من أوجه للالتزام والحقوق في أحكام الكفالة مثل واجب النفقة و واجب التربية والرعاية كقيام الأب لإبنه ، إلا أنّ الولاية الشرعية على المكفول هي ما يجب وما يحق للكافل والمكفول معا لأن الولاية على القاصر محددة بعنصرين : عنصر المال وعنصر النفس . إذا فالكافل عندما يقدم على عقد الكفالة فهو مهيأ نفسيا وماديا لتحمل مسؤولية هذا القاصر المكفول بمثابة كإبنه

فالولاية الشرعية من الكافل اتجاه المكفول مثل مقام الأب ، إذ الكافل بمثابة الأب للمكفول وإن له كامل الولاية الشرعية على القاصر سواء على نفسه أو ماله لذلك فالمكفول يأخذ مرتبة الابن الشرعي وعليه يمكن توضيح مضمون الكفالة بدءا من الولاية على نفس المكفول و ماله بحسبما أشار إليه الفقهاء في هذا الباب :

أولا : الولاية على نفس المكفول : و يعد هذا الجزء الأهم في الولاية على المكفول إن لم نقل هو ما يترتّب عليه أصل الكفالة شرعت هذه الولاية للمحافظة على نفس المكفول وصيانته ،و هذه الولاية إن كانت تثبت كقاعدة عامة على القصر فإنها تثبت كذلك على المجنون و المعتوه وعليه فإن الولاية على نفس المكفول تكون بإنفاق الكافل عليه وذلك بتوفير الملبس و الأكل و الدواء و المأوى و حسن تربيته ، وهذا الواجب عادة موكول للنساء لكون الولد المكفول في المرحلة الأولى من عمره يكون محتاجا إلى عطف وحنان إلام أكثر من الأب فيجب على الكافل إن يسهر على حمايته من كل اعتداء يقع عليه إذ يمثل الولي الشرعي له عند الاعتداء عليه وهو الذي يرفع باسمه الشكاوى أمام القاضي أو الحاكم ويطالب بالتعويض لفائدته باعتباره متضررا هذه من جهة ومن جهة أخرى فهو المسؤول الشرعي عن تصرفات المكفول التي تلحق الضرر بالآخرين بأن يتحمل التعويض نتيجة أخطائه .

ثانيا : الولاية على مال المكفول : إذا كان بمقتضي الكفالة تنتقل الولاية الشرعية للكافل على نفس المكفول فإن الأمر كذلك على ماله ، إذ بمقتضى أحكام الكفالة حددت مضمونها فيما يتعلق بالذمة المالية للمكفول فسلطة الكافل هي إدارة مال المكفول إن وجد ، وهذا شيء بديهي كون المكفول قاصرا لا يعمل وبالتالي فأموال المكفول الملتقطة معه هي حق له إذ يجب عليه التصرف فيها تصرف الرجل الحريص 1.

---

1 ـ الرجل الحريص = هو الذي يدرس الواقعة ونتائجها المستقبلية سواء سلبية أو أجابية ثم يوازن بين الضرر و المنفعة حرصا على مال المكفول .

و قد تسحب الكفالة من الكافل إذا ما ثبت تصرفه في مال المكفول بما لا يحقق الفائدة له و يعتبر سفيها . في الشريعة الإسلامية عدم وجوب تصرف الكافل في أموال المكفول ، باعتبار أنّ هذا الأخير حر و أهلا للتملّك و ما على الكافل إلا الحفاظ على هذه الأموال و لا ينفق منها شيئا إلا بإذن القاضي1

الآثار المترتبة على قيام عقد الكفالة : يترتب من لحظة إبرام عقد الكفالة آثار بينتها الشريعة الإسلامية للكافل ابتدءا من يوم بدء الكفالة إلى غاية سقوطها أو انقضائها تتلخص فيما يلي :

- الكفالة هي عقد يقوم على تسليم و استلام كشرط لنفاذ العقد ، إذا تم العقد بشكل صحيح ، فانه يشترط لنفاذه وعدم توقفه على إجازة أحد ، وأن يكون كل من العاقدين ذا صفة تجعل له الحق في مباشرة العقد إذا استوفى أركانه وشروط صحته وشروط نفاذه أي فان عقد أي واحد من هؤلاء إذا استوفى شروط الانعقاد والصحة ينعقد صحيحا موقوفا على إجازة صاحب الشأن 2 .
- الكفالة عقد تبرع بقصد الإرفاق و الإحسان . و قد قرر الفقهاء عدم جواز أخذ العوض على الكفالة فإنّ كل ما يجر نفعا ماديا منتظرا الكفيل ممنوع شرعا .
- عند منشأ عقد الكفالة فلا يمكن القول بقيامها ما لم يتم انتقال الولد المكفول من كنف الحاضنين له إلى كنف الكافل .
- الكافل لا يرث من المكفول لعدم ثبوت النسب لأنه يحتفظ بنسبه الأصلي إذا كان معلوم النسب . مال اللقيط يكون بعد مماته لبيت مال المسلمين ، إذا لم يعلم له وارث كزوجة أو ولد ، ولا يرثه مربيه ، أو كافله قال صاحب الزاد في باب اللقيط : وميراثُه ، وديتُه ، لبيْت المال . قال الشيخ ابن عثيمين في الشرح الممتع : قوله : وميراثه وديته لبيت المال ميراثه إن خلّف مالاً وديته إن قُتل خطأ أو عمداً ، واختيرت الدية لبيت المال لأنه لا وارث له ، وأسباب الإرث ثلاثة : النكاح ، والنسب ، والولاء ، وهذا ليس له سبب من الثلاث فيكون ميراثه لبيت المال ، ولو تزوج هذا اللقيط وأتاه أولاد ، فميراثه لورثته للزوجة إن بقيت معه ولأولاده لكن إذا لم يتزوج ، فميراثه يكون لبيت المال .
- حفاظ المكفول بهويته غير أنّ مصطلح الهوية لم يرد على لسان الفقهاء و لم يتناوله الفقه الإسلامي كموضوع مستقل بل تحدّثت عنه بما يشير إليه في مواطن كثيرة أو كأحد عناصر حق الطفل إذا كان معلوم النسب في الحفاظ بالاسم العائلي لأبويه أو يتبع أمه في الاسم إذا كان مجهول الأب أو لا يعترف به كما هو الحال في ولد اللعان . و قد جاء في المادة 07 من ميثاق الطفل في الاسلام بقولها " للطفل الحق في الحفاظ على هويته بما في ذلك اسمه ،و جنسيته ، وصلاته العائلية ، وكذلك لغته و ثقافته و على انتمائه الديني و الحضاري 3 .

---

1 ـ أبو زهرة : الأحوال الشخصية ،المرجع نفسه ص 401 .

2 ـ سيد سابق (المتوفى: 1420هـ : فقه السنة : دار الكتاب العربي بيروت ، لبنان . 1977/1397 ، باب شرط نفاذ العقد ، ص 60 .

3 ـ صدر ميثاق الطفل في الاسلام عن جامعة الدول العربية عام 1997 منشور على شبكة الانترنت .www . islamonline. com

- إذا الكفالة تعطي للكافل الولاية الشرعية على المكفول و تجعله مثل الأب ، فإنّ هذا لا يعني أنّها ترتب نفس الآثار كما هو الحال بين الأب و الأبناء الأصليين فأحكامها نصت صراحة على أنّه يجوز للكافل فقط الهبة و الوصية في حدود الثلث1 .

- أكدت الشريعة الإسلامية أنّ للطفل مجهول النسب حقّا مقررا له ، و هو أنّه يحق لملتقطه أو كافله أن يجعل له اسما يدعى به و يشترط في الاسم أن يكون اسما إسلاميا لا يتنافى مع أحكام التسمية في الشريعة الإسلامية 2 . مثله مثل الطفل معلوم النسب .

كما ينجر عن الكفالة مجموعة من الحقوق للمكفول ما دام تحت وصاية أو ولاية الكافل تقع على عاتقه هي :

❖ **الحقوق الأدبية :**

1- الحضانة :

ويشمل حكماً يحتاج إليه الولد في بداية حياته من رضاع وعناية وتطبيب و في المأكل والمشرب والملبس و الجوانب النفسية من الحنان والرحمة والدفء الأسري وحكماً يحتاج إليه الطفل مما يجعله آمناً و مطمئنا .

والحضانة حق للصغير في الكفالة كمثل ولد الصلب ، و واجبة على زوج الكافل في حال كان المكفول في مرحلة متقدّمة من العمر وهي الأحق بهذا الدور وأقدر الناس .

ومن هنا نصت التشريعات الحديثة بامتداد حضانة الأم لأولادها إلى سن البلوغ أو تمتد إلى سن الزواج إذا أمكن الأمر و صار متاحا و التزم بالمعايير التي جاءت في الشريعة الإسلامية و أسند إلى الكافل هذا الحق .

فهي مرحلة يكون فيها في حاجة ماسة إلى الرعاية والحفظ و الصيانة و هي الفترة المعبر عنها بولاية التربية الأولى 3 كما لا يمكن تجاهل خصوصية هذه المرحلة بالنسبة لأي طفل بتوفير كل ما يحتاجه من مقومات النمو البدنية و الروحية فهو في حاجة إلى من يسهر على مصالحه بالعيش مع أشخاص قادرين على رعايته و رد الضرر عنه .

و ما لهذه الفترة من حياة الصبي من حساسية فقد شرعت الحضانة وفق شروط 4 ، نظرا لتأثيرها على المحضون من الناحيتين السلوكية (العقلية) و الاجتماعية ، و قد سبقت الشريعة الإسلامية غيرها في التنبيه إلى أهمية الحضانة و خطورتها و تأثيرها المستقبلي على المحضون فكان لزاما أن يكون المحضون بين أيدي ترعاه و ليس من الوالدين غير أنّ الكافل و زوجته يمكنها أن يكونا البديلين عنهما بالنسبة إلى الطفل المكفول فيقومان على تنمية جسمه و عقله و تزكية نفسه . و اعتبرها الإسلام مسؤولية مشتركة بينهما فكانا ملزمين بعد عقد الكفالة و استلام المكفول بأداء

---

1 ـ ألأستاذ الغوثي بن ملحة : قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء : ديوان المطبوعات الجامعية 2005 ، ط1 ص 174 .

2 ـ مجلة الفرقان : مجلّة إسلامية صدرت بتاريخ 2004/07/26 ، العدد رقم : 303 .

3 ـ الإمام محمد أبو زهرة : تنظيم الإسلام للمجتمع : دار الفكر العربي ، القاهرة (بدون ذكر تاريخ الطبع) ص 99 .

4 ـ الشروط التي يجب توفرها هي شروط مشتركة بين الحاضن (الكافل) و الحاضنة (زوج الكافل) كالسلامة العقلية و البلوغ و حسن الخلق ... فبالنسبة الكافل يشترط اتحاد الدين بينه و بين المكفول و قد اختلف الفقهاء على وجوب ذلك في زوج الكافل .

الأمانة خير أداء و الحفاظ عليها مصداقا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : " ... **ألا فكلّكم راع و كلكم مسؤول عن رعيته** 1 .

و في هذا الباب يقول الإمام الغزالي رحمه الله " الطفل أمانة عند والديه (كافليه) ، و قلبه الطاهر جوهرة نفيسة ساذجة خالية من كل نقش و صورة ، و هو قابل لكل نقش و مائل لكل ما يمال به إليه ، فإن عود الخير و علمه نشأ عليه ، و سعد في الدنيا و الآخرة و شاركه في ثوابه أبواه و كل معلّم له و مؤدب ، وإن عود الشر و أهمل إهمال البهائم شقي و هلك ، و كل الوزر في رقبة القيم عليه و الولي له 2 . و قياسا على ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم " **يولد المولود ما من مولود إلا يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه كما تنتج البهيمة بهيمة جمعاء هل تحسون فيها من جدعاء** "3 ثم قال أبو هريرة رضي الله عنه(فطرة الله التي فطر الناس عليها) .

2 ـ التربية :

إن أعظم مهمة للأسرة هي التربية بهدف تكوين شخصية الطفل تكويناً سوياً متزناً متكاملاً وتقوم التربية السليمة على العناصر الآتية :

- تعليم وتدريب الطفل على آداب وقيم الإسلام وتعويده أداء بعض أركان الإسلام المتناسبة مع عمره وغرس العقيدة والمحبة والآداب في نفسه .

أن يكون الكافل و زوجه هما القدوة الطيبة لأولادهما و لمن تحت كفالتهما .

- أن تكون التربية على أساس التشاور بين الوالدين أو الكافل و زوجه .
- تتجنب التربية المحاذير الثلاثة : **التدليل المفرط ، القسوة والضعف ، التفرقة في المعاملة بين الأبناء** ومن هنا لا يجوز التمييز في المعاملة بين الأبناء كما لا يجوز التفرقة بين الأبناء و المكفول إن وجد فمن شأنه يفسد الطبع و ينشئ العداوة .
- الإشباع العاطفي للطفل بإحاطته بجو من الحنان والرحمة والعطف والتوجيه والإرشاد المناسبين لكل مرحلة عمرية
- يجنب الكافل و زوجه الآثار السلبية لخلافاتهما أمام أبنائهم و حتى المكفول .
- بالبناء النفسي للطفل يكون بالإنصات للطفل ، وتخصيص وقت للكلام والمناقشة معه ، والبعد عن التهديد والتخويف المستمر، واحترام ذات الابن وشكره حين يُحسن.

---

1 ـ صحيح مسلم الحديث برواية عبد الله بن عمر رضي الله عنهما الحديث رقم 3408 .

2 ـ أشار إليه الدكتور مخلد الطراونة في مقال بعنوان " حقوق الطفل (دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون الدولي و الشريعة الإسلامية ..) منشور بمجلة الحقوق العدد 2 السنة 27 ، 2003/1424 جامعة الكويت ، ص 293/292 .

ـ و أشار إليه الدكتور محمد زرمان : حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية ، دار اقرأ سوريا ط1 سنة 2002 ، ص 64 .

3ـ الحديث صحيح رواه البخاري ومسلم في الصحيحين برواية أبي هريرة رضي الله عنه .

- بالبناء الاجتماعي للطفل؛ يكون ذلك بجعل الطفل ينخرط مع من حوله من الأطفال، وتسجيله في المراكز الصيفية وحلقات تحفيظ القرآن ، كما ويمكن أيضاً إعطاء الطفل مسؤولية معينة؛ كإكرام الضيف والقيام بضيافته.
- بالبناء الصحي للطفل؛ يكون ذلك بالاهتمام بغذائهم الصحية ، ورقيتهم بالرقية الشرعية ، وتعويدهم على النوم والاستيقاظ المبكّرين .
- يبدأ المربي المسلم بتعويد الطفل على العبادات منذ الصغر، و حب الطاعة و إنكار المنكر في نفس الطفل وهو صغير حتى يشب و يكبر على الاعتدال .
- معه ؛ وقد حثّ النبي ﷺ الوالدين على أمر الأطفال بالطاعات وتعوديهم عليها رويداً رويداً وذلك في الحديث الشريف قال : " **مُروا أولادَكم بالصلاة وهم أبناءُ سَبع سنين، واضْربوهم عليها وهم أبناءُ عَشْر وفَرِّقوا بينَهم في المضاجع** "1 ومن ذلك أيضاً تحبيب الأولاد بالصيام وتدريبهم عليه لفترات قصيرة وتقديمهم للإمامة في الصلاة مع أقرانهم 2 وتكون تربية الابن من الناحية العبادية بتعليمه أولاً أركان الإسلام الخمس ، ثم تعليمه كيفية الوضوء والصلاة ، وحثه عليها وتحبيبه فيها واصطحابه إلى المسجد .

- الاهتمام بتعليم الطفل السلوكيات الحسنة بالقدوة ؛ فيحرص الأب على إلقاء السلام على أولاده ، والتستر أمامهم والإحسان إلى الجيران ، و الناس بشكل عام ، و الاشتراك في الحملات التطوعية .
- الاهتمام بغذائهم الصحي ، ورقيتهم بالرقية الشرعية ، وتعويدهم على النوم والاستيقاظ المبكّرين .و ممارسة الرياضة و تنظف فناء البيت و تجميله .
- بتعويد الأطفال على القراءة وتشجيعهم عليها ، وحل الألغاز والألعاب الفكرية ، والقراءة معهم ، وتدريبهم على الإلقاء والخطابة .

❖ **الحقوق المادية :**

1 ـ النفقة :

تعتبر إعالة الطفل تحت الحضانة أو المكفول من أعظم القربات ، بل من أعظم الواجبات فقد ألزمت الشريعة الإسلامية الأب أو الكافل بالنفقة على ابنه أو الطفل المكفول ، وتشمل تلك النفقة كل الجوانب التي يحتاجها ، من مأكل، ومشرب وملبس ، ودراسة ، وتعليم ، ونحوه ، ويستمر ذلك إلى أن يبلغ الطفل سناً تسمح له بالتكسب ، والإنفاق على نفسه .

---

1 ـ رواه الألباني ، في صحيح أبي داوود ، عن جد عمرو بن شعيب ، الصفحة أو الرقم:495، حسن صحيح .

2 ـ د. أحمد المزيد : 130 طريقة في تربية الأبناء (دون طبعة أو تاريخ): دار الوطن للنشر، صفحة 5- 16 . بتصرف.

و التفريط في الإنفاق يعد منقصة في الدين فليس من الحكمة الإمساك عن الإنفاق متعمدا . لأنّ الإنفاق هو حق أساسي للمكفول على الكافل و أثر من آثار الالتزام . و النفقة التي أقرتها الشريعة تكون في حدود الكفاية و الاحتياج بناء على قاعدة لا إفراط و لا تفريط .. عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنّ هندا قالت : يا رسول الله إنّ أبا سفيان رجل شحيح و ليس يعطيني وولدي ما يكفيني إلا ما أخذت من ماله و هو لا يعلم فقال لها : " **خذي ما يكفيك و ولدك بالمعروف** "1.

لأنّ النفقة شرعت لدفع الحاجة ، و الحاجة تدفع بالكفاية 2 . و مهما يكن فإن النفقة على الطفل المكفول كالنفقة على ابن الصلب تماما متى ما كان عاجزا عن الإنفاق على نفسه سواء لصغر سنّه ، أو لفقر أو بسبب مرض أو إعاقة أو كان مزاولا للدراسة . و النفقة الشرعية هي الكفاية حسب وضعية الكافل المالية ايسارا أو إعسارا قال الله تعالى : " **و متعوهنَّ على الموسع قدره و على المقتر قدره متاعا بالمعروف حقّا على المحسنين** "3 و في قوله تعالى : " **لا يكلّف الله نفسا إلا وسعها** ..."4

فعدم الإنفاق تعني شيئا واحدا و هو التخلي عن المكفول ، فرفض متولي الطفل رعايته بتقديم المساعدة له رغم تواجده في حالة خطر كتركه دون مأوى أو نفقة من شأنه تعريض حياة الطفل للخطر ، أو ربما تهديد حياته بالموت 5 .

و اعتبر الإسلام النفقة على الأهل من العيال أو الزوجة أفضل من الإنفاق في سبيل الله ، و لما لها من عظيم الأجر عند الله تعالى . يقول رسول الله ﷺ : " **أفضل دينار ينفقه الرجل دينار ينفقه على عياله و دينار ينفقه الرجل على دابته في سبيل الله و دينار ينفقه على أصحابه في سبيل الله** "6. فقد يذهب شح الانفاق أو انعدامه ببقية الحقوق الأخرى مما سبق ذكره فالحقوق جميعها معلّقة بشكل واضح بهذا الحق .

1 ـ **الميراث** : مما لاشك فيه أنّ الطفل المكفول لا حق له في مال كافله ، إذا كان المكفول مجهول النسب فهو لا يرث لانعدام النسب ، أما بالنسبة لماله إن كان له وارث زوجة أو أولاد ..فيؤول الأمر كما اقتضت الشريعة الإسلامية فالوارث هنا أحق بمال المكفول بعد موته ، أما إذا لم يظهر له نسب فماله يكون لبيت مال المسلمين أو ما يعرف اليوم بالخزينة العمومية . غير أنّه لا توارث بين ولد الزنا وولد اللعان بجهة الأب و قرابته باتفاق أهل العلم ، فهما يرثان أميهما لأنّ نسبهما منهما غير منقطع على عكس الأب فهو منقطع و غير ثابت

---

1 ـ رواه البخاري : صحيح البخاري : الحديث رقم : 4945 .

2 ـ الأستاذ زكي الدين شعبان : الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية ، الناشر : جامعة قاريونس 1978 ص 679 .

3 ـ سورة البقرة / الآية 236 .

4 ـ سورة البقرة / الآية 286 .

5 ـ الدكتور محمد أحمد طه : الحماية الجنائية للطفل المجني عليه ، مطبعة الرياض ، 1999/1420 ، ط1 / ص 228

6 ـ صحيح مسلم ، الحديث رقم 1660

شرعا فهما من جهة الأم ثابتين بالحس و المعاينة فيتوارثان بينهما كما يرث إخوتهما من أمهما بالفرض دون العصوبة إلا بالولاء و الولادة ، و يرثه من أعتقه أو أعتق أمّه أو ولده بالعصوبة و يرث مُعتقُه أو مُعتق مُعتقه أو معتق ولده بالعصوبة أيضا . و قد ذهب أهل الفقه من الجمهور أن لا خلاف بينهم في ذلك إلا خلافا لا َيعتد به1، فإذا تزوجا و أنجبا أولادا ثبت الميراث بين كل منهما و بين زوجته ، و أولاده و ذوي رحمه على القواعد العامة في الفرائض2 . أما يخص اللقيط الذي انقطع نسبه من الجهتين فالتقاطه كان فرض كفاية لأنّ ذلك من التعاون على البر و التقوى ، وكما ذكرنا سابقا أنّ إحياء نفس مهددة واجبا ، فإن كان معه مال فهو له و ينفق عليه منه و إلا نفقته من بيت مال المسلمين إلا أن يتبرع بها من التقطه3 ، أما ميراثه لزوجته و أولاده حصرا باتفاق أهل العلم .يصح للكافل أن يملّك المكفول من ماله بعد موته وصية كانت أو هبة و ليس ميراثا و كلاهما مشروع بالكتاب والسنة النبوية والإجماع قال الله تعالى:" **كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين و الأقربين بالمعروف حقّا على المتّقين** "4 . و قوله تعالى : " **من بعد وصية يوصي بها أو دين** "5 . و هذا كله يفسر نية الإحسان إلى المكفول قال تعالى " **و إذا حضر القسمة أولوا القربى و اليتامى و المساكين فارزقوهم منه** .."6 .ويدخل في هذا الباب كل مكفول من مجهولي النسب فهم أكثر تضررا من اليتامى .

الفرع الثاني : أسباب انقضاء كفالة مجهولي النسب في الشريعة الإسلامية :

كما تناولنا سابقا أن عقد الكفالة لا ينعقد إلا بتوفر الشروط التي حددتها الشريعة الإسلامية وبموجبها تكون الكفالة صحيحة ملزمة وتكون صالحة لأن تنتج آثارها سواء بما يتعلّق بالكافل أو بالمكفول و ككل العقود التي تحوز قوتها من التزام شروطها ، وتتميز هذه الأخيرة بالديمومة والاستمرارية إلى أن يطرأ عليها أي ظرف من الظروف يؤدي إلى زوال آثارها ، و هذا يجعلنا نتطرق إلى أهم السباب التي تؤدي إلى انقضائها :

أولا : أسباب متعلّقة بالكافل :

تخلّف شرط الأهلية :

عرفنا سابق أن أهلية الوجوب يولد بها الشخص الطبيعي ، فهي صلاحية الإنسان لأن تثبت له حقوق وتجب عليه واجبات، وتتعلق أهلية الوجوب بالإنسان بمجرد إنسانيته ، فهي ملازمة لحياة الإنسان منذ بدء حياته حتى

---

1 ـ انظر ابن عابدين المرجع نفسه ج6 / ص 799 ـ 800 . ـ الدسوقي : المرجع نفسه ج2 / ص 457 ـ 466 .

2 ـ العظيم آبادي شمس الحق : عون المعبود شرح سنن أبي داود : دار الكتب العلمية بيروت 1415هـ ، /ج5 / ص 85 .

3 ـ ابن عابدين : المرجع نفسه ج 4 / ص 269 .

ـ العمراني : أبو الحسين يحي بن أب الخير : البيان في مذهب الإمام الشافعي : دار المنهاج ـ جدة 2000/1421 ، ج 8 / ص07 .

4 ـ سورة البقرة / الآية 180 .

5 ـ سورة النساء / الآية 12 .

6 ـ سورة النساء / الآية 08 .

انتهائه منها أما أهلية الأداء وهو كل من بلغ عاقلاً و هذه الأهلية تعتمد على العقل وترتبط بالبلوغ لأنه مظنة العقل1 . و يكون مخاطبا بجميع التكاليف الشرعية في العقيدة والعبادات والأخلاق والمعاملات والعقوبات، ولكن لا تسلم له أمواله إلا إذا بلغ رشيدًا وتأكد الولي أو القاضي من رشده 2. وبما أن أحوال الإنسان وقدراته العقلية معرضة لطوارئ من نقص وتغيير، فإن قدرته على الفهم وصلاحيته للالتزامات تتغير أيضا ، وبالتالي فإن أهلية التكليف تختلف من حال إلى حال و من زمن إلى آخر حسب الظروف .

فالإصابة بالجنون أو العته مثلا يخلان بالالتزام و يسقطان المسؤولية في زمن وجودهما ، ولا يترتب على تصرفاته أثر شرعي، وتنعدم عنه التكاليف . و بالتالي لا يؤمن على المكفول معه و يكون هو نفسه في حاجة إلى من يتكلّف بشؤونه . وعن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قال: "**رفع القلم عن ثلاث:النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يكبر، وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق** "3 . عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال : " **إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه** "4

و ما دام الكافل بيده زمام التصرف و التبرع و خال مما يعيب إرادته بأي سبب مخل بأهليته فهو أهل لبقاء المكفول عنده و بوجود تلك العيوب من عوارض أو موانع للأهلية زمن إبرام العقد أو ظهورها آنفا كانت تصرفاته قابلة للإبطال فتلك العيوب تحد من تصرفاته أمام نفسه أو غيره لأنّ العبرة بتمام وجود العقل .

فبانعدام التمييز لدي الكافل جراء مرض أو اضطراب أصاب عقله يكون فاقدا للأهلية في وضع لا يسمح فيه بتحمل مسؤولية نفسه فما بالك بتحمل مسؤولية غيره .

❖ **تخلف شرط الإسلام :**

مما لا شك فيه أنّ الطرف الضعيف يتأثر بالقوي و الصغير بالكبير و منه فالمكفول بالكافل بحث من الطبيعي و نتيجة الاحتكاك الدائم بين الاثنين تتشكّل شخصية الطفل و تتأثر بمن حوله عموما و بالأخص الذي يقوم على تربيته و رعايته وفقا لما يؤمن به من أفكار و توجهات في هذه الحياة سواء كانت تلك الأفكار مستوحاة من التقاليد و العادات الاجتماعية أو من الدين الذي يعتنقه فالمكفول يأخذ أفكاره و توجهاته من كافله لهذا السبب كانت الشريعة الإسلامية أحرص على دين المكفول فكان لزاما أن يكون الإسلام شرطا من شروط إبرام العقد . فإذا تكلّمنا عن الإسلام فلابد أن هناك جملة من الأمور وجب تحققها في هذا الشرط أهمها :

---

1 ـ محمد مصطفى الزحيلي :كتاب الوجيز في أصول الفقه الإسلامي : دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق 2006/1427 ، ص 495 .

2 ـ عبد العلي محمد بن نظام الدين محمد السهالوي : فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ، دار الكتب العلمية 2002/1423 ج1 / 156 .

3 ـ رواه ابن ماجه 1677، والطبراني في المعجم الأوسط ج8/ 1618273. والحديث صححه ابن دقيق العيد في الإلمام ج2/ 679 –كما اشترط على نفسه في المقدمة – وقال ابن الملقن في شرح صحيح البخاري ج25/ 276 : ثابت على شرط الشيخين .

4 ـ رواه ابن ماجه والطبراني عن ثوبان حديث حسن صحيح .

ـ يشترط أن يطعم الكافل المكفول من مال حلال ويجتنب المال الحرام1 .

ـ يعتبر المكفول صاحب المال ومالكه إن وجد معه مال حال وجوده ، ولا يجوز التصرف في مال المكفول إلّا بحق شرعي ، وعلى الكافل أن يصرف هذا المال فيما يخص المكفول من أموره ومصالحه فقط ، وإن تصرف بمال المكفول بغير وجه حق يكون قد ارتكب كبيرة ، وقد وصف الله تعالى ذلك في قوله : "**وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا** " 2 ، باعتبار أن مجهول النسب بموضع اليتيم .

ـ يشترط في كفالة الطفل أيضاً ألّا ينسب إلى كافله ، وإنّما يرعاه الكافل في بيته أو في غير بيته ، فالكفيل في هذه حالة هو منعم على المكفول بعد الله تعالى يؤدي بذلك عبادة رغّب الله تعالى بها ، وعندما يبلغ المكفول الحلُم يجب أن تتحجب نساء الكافل وبناته عليه ويفصلون عنه3 ، فيكون بلوغ الصبي بالاحتلام ، ويخرج بذلك من كونه مكفولا ويصبح رجلاً مكلفاً ، لكن تصرفه في ماله مقيد بالرشد والبلوغ وزوال السفه ، وذلك لقوله تعالى : " **حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** "4 .

ـ التعامل مع المكفول بالإحسان إليه ، وترك ظلمه والتسلّط عليه ، قال تعالى : (**فَأَمَّا الْيَتِيمَ فَلَا تَقْهَرْ**) 5 واستعمال لفظة القهر فيه إيحاء إلى أنّ القهر ليس فقط أن يظلم أويَمنع حقّه ، إنّما قد يكون بكلمة أو لفتة أو نبرة يشعر معها المكفول بالقهر والحزن كونه ضعيفا وكون هناك ما ينقصه6 .

ـ والوصاية على الطفل لها مقتضيات في الشرع ؛ أولها أن يتولى الوصي أو الكافل تعليمه ، وتأديبه ، ورعاية صحته الجسدية ، والسعي على مداواته إن احتاج ، وتعليمه حرفة أو مهنة يتكسب منها ويعيل نفسه منها وتزويجه أيضاً في حال الاستطاعة ، وثاني مقتضيات الولاية أن تُحفظ أموال المكفول ، وتستثمر بالحلال والنفقة عليه من ماله إن وجد وإن لم يكن للمكفول مال كانت نفقته على من تجب عليه 7 .

❖ تخلّف شرط القدرة :

القدرتين أو الاستطاعتين المادية و المعنوية مطلوبتين في الكافل للقيام بمتطلبات المكفول على أتم وجه فالمادية هي القدرة المالية التي من خلالها توفير كل حاجيات المكفول بالمعروف من مأكل و ملبس و دواء و إيواء على الوجه الذي يرضي الله تعالى أما المعنوية تزويد المكفول بما يحتاجه من رعاية نفسية بالإحسان إليه و توفير جو يُحضى فيه الطفل بالأمن و الأمان الأسري ، فإن عجز الكافل على توفير الأمرين سواء بسبب مرض أصابه أو

---

1 ـ مجموعة من المؤلفين، الموسوعة الفقهية الكويتية (الطبعة الثانية)، الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ج45/ 255،بتصرف

2 ـ سورة النساء / الآية 02 .

3 ـ "الفرق بين كفالة الأيتام وتبنيهم"، islamqa.info ، 20-6-2002 ، اطّلع عليه بتاريخ 4 - 5 -2022. بتصرف.

4 ـ سورة النساء / الآية 06 .

5 ـ سورة الضحى / الآية 09 .

6 ـ عائشة عبد الرحمن بنت الشاطئ ، التفسير البياني للقرآن الكريم ط 4 ، دار المعارف القاهرة 1990، ج1 ص 52 .

7 ـ وزارة الشؤون الإسلامية و الدعوة و الارشاد السعودية (.د.عبد الله بن محمد الطيار، أ.د.عبد الله بن محمد المطلق ، د.محمَّد بن إبراهيم الموسى) : الفقه الميسر في ضوء الكتاب و السنة . مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف 2011 ط1 ج11 / ص 143 .

عجز حدّ من قدرته لممارسة دوره نحو المكفول و هذا العجز أكان صحيا أو لكبر سنه أو بسبب فقر أصابه عجز عن إعانة نفسه ناهيك عن إعانة غيره يكون حينها أمام تخلق شرط القدرة الذي يتحتم فيه إبطال عقد الكفالة ، فلم يعد لعقد الكفالة أية فائدة و إن استمر قد يعرض المكفول إلى خطر قد لا يمكن تداركه .

❖ **تخلف شرط الحياة :**

تكون العبرة بفسخ عقد الكفالة على ما تم الاتفاق عليه أثناء إبرام العقد ، فإن ذكر شرط دوام كفالة المكفول على نفقته و ماله بعد موته تكون محل الوصية وإن لم يذكر ذلك ينفسخ العقد مباشرة بعد موت الكافل إلا إذا قبل الورثة استمرار سريان العقد و تنتهي فترة الكفالة فأصلها لا يورَّث ، لأنها عقد تبرع يلزم فيه المتبرع نفسه حال حياته و لأنّ العقد ملزم . حال إلزامه لأطرافه فقط أما إذا تبرع بالقيام بها الورثة أو أحدهم بعد موت أبيهم برا به فهذا يكون بعقد تبرع جديد1 .

ثانيا : الثاني : أسباب متعلّقة بالمكفول :

❖ **بلوغ المكفول سن الاستغناء :**

رتَّب الشرع العظيم الأجر العظيم على كفالة مجهولي النسب ؛ لأنّ في الكفالة جبرا لضعفهم وقياما مقام عائلهم الذي فقدوه ، وإنما ينجبر الضعف باستغنائهم عن غيره وقدرتهم على القيام بأنفسهم ، وهذا يقتضي أنّ الكفالة لا تتوقف بمجرد بلوغهم ، بل تستمر حتى استغنائهم عن الناس وبلوغهم الحد الذي يكونون فيه قادرين على الاستقلال بشؤونهم والاكتساب بأنفسهم ؛ فالكفالة باقية ما بقيت الحاجة إليها ، وأجرها مستمر ما دام سببها باقيا .

وبذلك وردت نصوص الشريعة؛ فجعلت أحكام اليتم لا تنتهي ببلوغ اليتيم، و قياسا عليه كل مجهول نسب مكفول وأن ما يترتب على وصف اليتم لا يرتفع عنه حتى يبلغ مبلغ الرشد ويصل حدًّا يمكنه فيه الاستقلال بأموره والاكتساب بنفسه دون حاجة إلى غيره:فجاء في القرآن الكريم إطلاق اليَتْم على البالغين؛ كما في قوله تعالى: " **وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** " 2 ، وقوله تعالى: " **وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ** " 3

وقال الإمام النووي الشافعي : " وفي هذا دليل للشافعي ومالك وجماهير العلماء أنَّ حكم اليُتْم لا ينقطع بمجرَّد البلوغ ولا بعلو السن ، بل لا بدَّ أن يظهر منه الرشد في دينه وماله "

وقال أبو حنيفة : " إذا بلغ خمسا وعشرين سنة ، زال عنه وصار رشيدا يتصرَّف في ماله " .

---

1 ـ المفتي علي جمعة محمد : الفتوى رقم 311 لسنة 2010 ، تاريخ النشر 2017/12/15 بموقع http://www.fatawa.com .

2ـ سورة النساء / الآية 06 .

3ـ سورة النساء / الآية 03 .

يقول الإمام الجصاص : " واسم اليتيم قد يقع على المنفرد عن أبيه وعلى المرأة المنفردة عن زوجها ، قال النبي ﷺ : " **تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا** " ، وهي لا تستأمر إلا و هي بالغة .

وقال العلامة أبو البقاءَ الكفَوي: " كلُّ شيء فرد يعَزُّ نظيره فهو "يتيمٌ"، وحقُّ هذا الاسمِ أن يقع على الصغار والكبار لبقاء الانفراد عن اعتبار الأخذ والإعطاء من الولي بالنظر إلى حال نفسه ، إلا أنه غلب أن يسمَّى به قبل أن يبلغ مبلغ الرجال، فإذا بلغ زال عنه هذا الاسم ، وعلى وفق هذا ورد عرف الشرع " .

ولا يعارض ذلك قولُ النبي ﷺ : " **لا يتم بعد احتلام** " ؛ فإنّ نفْي اليتم فيه بعد الاحتلام يقصد به نفي أحكام الصّغرِ عن اليتيم إذا بلغ ؛ فهو مسوق للتفريق بين أحكام الصغار والكبار؛ حيث إن اليتيم إذا بلغ الحلُم جرت عليه أحكام الرجل البالغ المحتلم المكلَّف ؛ فتتوجه إليه التكاليف الشرعية إلزاما والتزاما ولا يكون وصف اليتم حينئذ حائلا بينه وبين ما قد يترتب عليه من مسؤولية ومؤاخذة ؛ فهو بيانٌ للأحكام الشرعية لا نفي لاسم اليتم عنه .

ويقول الإمام الزمخشري : " وأمَّا قوله ﷺ : " **لَا يُتْمَ بَعْدَ الْحُلُم** " فما هو إلا تعليمُ شريعة ، لا لغة ؛ يعني أنه إذا احتلم لم تجر عليه أحكام الصّغار" .ومجهول النسب يكون أحوج ما يكون إلى الكفالة رعايةً وإصلاحا في المرحلة التي تلي البلوغ إذ هي أكثر مراحل العمر حرجا ، بل إن الواقع يشهد بأن توقف الكفالة في هذه السن قد يكون سببا في ضياعه وانقلابه على المجتمع الذي تركه دون أن يضع قدمه على الطريق أو تكتمل له عناصر النجاح و الاستغناء عن غيره . وتحديد المرحلة أو السن التي يتم فيها استقلالُ اليتيم بنفسه رعايةً وكفايةً واكتسابا بحيث تنتهي كفالته عندها هو أمر يخضع لحالته وقدراته الذاتية واستعداده النفسي، كما يخضع للعرف والنظام المجتمعي وطبيعة العصر الذي يحيا فيه

❖ إبطال أو فسخ الكفالة

إذا تكلمنا عن الفسخ أو إبطال الكفالة من قبل بسبب تخلف شروط لا تتماشي و مصلحة المكفول في أصل العقد سواء من الناحية الأدبية أو المالية إلا أنها أجازت لمن له علاقة نسب ثابتة شرعا بالمكفول حق إبطال عقد الكفالة و تبطل بموجب شرعي إذا ما توفّرت شروط العيش الكريم للمكفول بتمام الضم .

و لم يعرف على مر التاريخ أصدق ودا من الأم لابنها فهي الأدرى من الجميع بما يحوط بإبنها من أوجاع و مشتهيات ثمّ أنها بطبيعتها لا تتعب في سبيل تربية و رعاية إبنها و إحاطته بكل ما يحتاجه الصبي في سن مبكرة و منه فإن الشريعة الإسلامية لا تجد مانعا من أن تكفل الأم ابنها ما دامت أهلا لذلك فتكون هي الأولى من غيرها نظرا لحاجة الطفل إلى حنان أمه و لا يشعر بالأمن و الأمان إلا معها و من هذا المنطلق لا يرى فقهاء الشريعة على إجماعهم بأسا من إبطال الأم كفالة ابنها من غيرها وإن كان من زنا أو لعان دون قيد أو شرط غير أنّهم تحفّظوا مع بقية أقاربه كل حسب درجة قرابته منه و حسب الاستطاعة لإبرام عقد كفالة جديد .

❖ **موت المكفول :**

يبرأ الكافل من عقد الكفالة بموت المكفول و هذا ما ذهب إليه الجمهور الحنفية 1 و المالكية 2 و الشافعية 3 و الحنابلة 4 و بعض التابعين 5 .

عرفنا أن وفاة الكافل سببا لانقضاء الكفالة و توقّفها إلا إذا أقرها الورثة و أبقوا عليها بموجب عقد جديد فكذلك يعتبر موت المكفول سببا آخر لانقضاء عقد الكفالة لأنّ أصل العقد و محلّه يقوم أساسا على مصلحة المكفول ماديا و أدبيا فالعقد بموت المكفول لم يعد له محل يستوفي قيامه أو بقاؤه و يجري بموت المكفول ما يجري على المسلم الحر من مسائل الميراث إذا ثبت بحوزته مال له

ـ فابن الزنا و بن اللعان يشملهما الحكم نفسه في حسبة الميراث باعتبار أن الوارث معلوم و هو وجود الأم أو قد يتعداه إلى الإخوة لأم إن لم يكن قد تزوج و لأبنائه و زوجه بدءا ثم من يتبعهم كل حسب درجة قرابته .

ـ اللقيط و له حكم مختلف قليلا إذا لا يعرف له أب أو أم فإن لم يكن قد تزوج بعد و هو امرئ حر و لا ولاء عليه فيرثه المسلمون ما دام ليس له وارث 6 . فيرجع ماله إن وجد إلى بيت مال المسلمين غير أن الإمام أحمد بن حنبل يرى أنّ ماله لمن التقطه و قد تم ذكره فملتقطه أولى بماله لأنه هو من أنفقه في حياته و يرى الكثير من فقهاء العصر أنّ الرأي الأخير هو الأصوب ليس من باب التوارث و إنّما لما فيه من تحفيز و تشجيع على التكفّل بهذه الفئة من الأطفال ، أما إذا كان اللقيط متزوجا أو له أولاد من صلبه فهم الأحق بعد موته بما أبقى من مال و متاع .

---

1 ـ محمد بن عبد الواحد السيواسي ابن الهمام : (المرجع السابق) ج7/ص 170 .

2 ـ محمد بن يوسفبن أبي القاسم الغرناطي المالكي(المرجع السابق)ج7 / ص 60 .

3 ـ أبو زكريا محيي الدين يحي بن شرف النووي: (المرجع السابق)ج4 / 258 .

4 ـ ابن قدامة المقدسي المرجع نفسه ج7 / ص 105 .

5 ـ ابن قدامة المقدسي المرجع نفسه ج7 / ص 105 .

6 ـ فريدة زواوي : مدى تعارض الرسوم التنفيذية 24/92 المتعلقة بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية ، المجلة القضائية ، العدد02 / 2000 ص 69 .

المطلب الثاني: آثار وانقضاء الكفالة في القانون الجزائري :

يعتبر عقد الكفالة كالعقود الأخرى تترك آثارا كما تطرأ عليها أسبابا تؤدي إلى انقضائها وانتهائها .

الفرع الأول: آثار كفالة مجهول نسب في القانون الجزائري:

يرتب عقد الكفالة عده آثار فهناك آثار بالنسبة للكافل وهناك آثار بالنسبة للمكفول القاصر مجهول النسب .

أولا– آثار عقد الكفالة بالنسبة للكافل:

أ– الولاية على نفس المكفول :تخول الكفالة حق الولاية على الطفل المكفول 1 وتعرف **الولاية اصطلاحا:** بأنها تجعل لصاحبها القدرة على التصرف في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه كالتربية والتعليم والتزويج 2 والولاية على النفس هي ولاية الحفظ والتربية وكذلك تزويج من كان قاصرا 3 ، فبمقتضى الكفالة تنتقل الولاية الشرعية للكافل على نفس المكفول حسب المادة 121 من قانون الأسرة الجزائري، حيث تنص(تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي.) فالكافل يتمتع بكل الصلاحيات التي تتصل بالولاية على النفس، من تربيه ورعاية 4

أ– **النفقة والرعاية** :حسب نص المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري فان الكافل ينفق على المكفول كما ينفق الأب على الولد الشرعي فإذا كان المكفول ابنا فان النفقة عليه تكون حتى بلوغه سن الرشد، وان كانت بنتا فان النفقة والكفالة تمتد إلى ما بعد ذلك، إلى أن تتزوج أي بالدخول عليها على الوجه المشروع 5 وذلك حسب المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري باعتبار أن الكافل بمثابة الأب الحقيقي للمكفول 6 ،كذلك حسب المادة 121 من قانون الأسرة الجزائري فان الكفالة تخول الكافل الحق في تقاضي المنح العائلية و الدراسية التي تصرف عاده على الولد الأصلي7

ب– التربية والتعليم والعناية بالمكفول: من آثار الكفالة أيضا واجب الكافل بتربيه المكفول، فيجب أن تكون تربيه حسنه خلقا و إيمانا ، فيجب منحه الحنان والعطف الذي حرم منه ويربيه على الحب والتعاون ليندمج في المجتمع، كذلك على الكافل أن يحمي المكفول من كل اعتداء يقع عليه، كذلك يعتبر الكافل مسؤولا على أعمال المكفول في حاله ما إذا الحق ضررا بالغير .وبالإضافة إلى ما سبق فالكافل له سلطه الولاية في الزواج إذا منح له القاضي رخصه بذلك8 .

---

1 – بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الاسره الجزائري، الجزء1،ا حكام الزواج،ط6، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2010،ص 422

2 – محمد مصطفى شلبي، أحكام الاسره،ط2، دار النهضة العربية،ص 254

3 – لحسين بن الشيخ آث ملويا ، قانون الاسره نصا شرحا، الجزائر، 2014،ص 109

4 – الغوثي بن بالملحة، مرجع سابق،ص 173

5 – بن زرده عبد العزيز، أحكام الأطفال مجهولين النسب في القانون الجزائري، مذكره ماستر في قانون الاسره، جامعه الطاهر مولاي، سعيده 2014 / 2015،ص 50

6 – سلوى سالم، مرجع سابق،ص 42

7 – الغوثي بن ملحه، مرجع سابق،ص 173

2 –الولاية على مال المكفول :من آثار الكفالة أيضا الولاية القانونية على مال الطفل المكفول من طرف الكافل وذلك بالرجوع إلى أحكام الولاية علي مال القاصر إذ تنص على ذلك المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري 1 ، فالولاية تعني السلطة التي يتمتع بها الشخص في أن يقوم بتصرفات قانونيه على مال الغير، ونجد أن المشرع وضع قواعد على الكافل احترامها عند إدارته لأموال القاصر، ومنه فعلى الكافل أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، إلا انه يستأذن القاضي في التصرفات المحددة في نص المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري محدده على سبيل الحصر و عليه وحسب هذه المادة فانه عليه أن يحصل علي إذن من القاضي في التصرفات التالية :

1- بيع العقار وقسمته و إجراء المصالح

2- بيع المنقولات ذات الأهمية

3- استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في الشركة

4- إيجار عقار القاصر لمده تزيد على ثلاثة سنوات أو تمتد لأكثر من سنه بعد بلوغه سن الرشد.

كذلك نجد أن المادة 89 من قانون الأسرة الجزائري تؤكد انه على القاضي أن يراعي في الإذن حاله الضرورة ومصلحه القصر وان يتم بيع العقار بالمزاد العلني 2

ثانيا آثار عقد الكفالة بالنسبة للمكفول :لا تقتصر آثار عقد الكفالة على الكافل بحسب، بل إنها تنتج آثارا على الشخص المكفول باعتباره طرفا في العقد

1 – جواز الوصية والهبة للمكفول:

أ– الوصية: لا يجوز للمكفول أن يرث الكافل ولكن المشرع أجاز للكافل التبرع من أمواله للمكفول بالوصية حيث تنص المادة 123 من قانون الأسرة الجزائري 3 (يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، وان أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك بطل ما زاد عن الثلث إلا إذا أجازه الورثة) ، فحسب قانون الأسرة في المادة 189 فانه لا وصيه لوارث وبما أن المكفول لا يربطه بالكافل أي نسب انه لا يعتبر وارثا، ومنه فتجوز له الوصية ولكن في حدود الثلث وما زاد عن الثلث فانه يبطل إلا إذا أجازه الورثة .

ب– الهبة : تنص المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري بان (الهبة تمليك بلا عوض...) فالهبة تعرف على أنها تمليك المال مجانا في الحال ، أو بأنها تمليك المال بلا عوض حالة حياة المملك4 .

أما المشرع الجزائري فقد عرف الهبة على أنها تمليك بلا عوض ينقل بموجبها الواهب ملكيه كل أو جزء من أمواله إلى الموهوب له مع جواز تعليقه على شرط حتى تسري عليه وتصبح نهائيا في حق الواهب.

---

1 – قانون رقم 84، 11، مرجع سابق

2 – بيدويري كريمه، مرجع سابق ص 61

3 – قانون رقم 84، 11، مرجع سابق

4 – كمال حمدي ، المواريث الهبة و الوصية ، منشأه المعارف، مصر، 1998،ص 154

ومن خلال المادة 123 من قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع أجاز الهبة للولد المكفول في حدود الثلث مع امكانيه التبرع له بأكثر من ذلك ولكن مع شرط أجازه الورثة لكن وبالرجوع إلى الأحكام العامة للهبة نجدها أجازت التبرع بكل أو جزء من المال دون تحديد نسبتها من جهة، ومن جهة أخرى نجد أن المشرع في الأحكام المنظمة لعقد الكفالة قد حددها بالثلث وما زاد عن الثلث توقف على أجازه الورثة.

من خلال كل هذا نلاحظ أن هناك تناقض في الأحكام المنظمة لعقد الهبة .

أن سبب عدم تحديد المشرع لقيمه الهبة في الأحكام العامة ربما راجع إلى رغبته في تطبيق مبدأ سلطان الإرادة وجدية الشخص في التصرف في أمواله وأن أول متضرر في هذا الفعل هو صاحب المال في حياته قبل الورثة، أما في ما يتعلق بتحديد الهبة بالثلث بالنسبة للكافل اتجاه المكفول فسببها راجع إلى أن الورثة هم المتضررون في هذا التصرف لإمكانية التعسف في استعمال الحق، وبذلك حرمانهم من حق شرعه الله والقانون لهم 1 .

ج- حق المكفول في منحه الاسم واللقب العائلي:

يعتبر الاسم الوسيلة أو العلامة التي تحدد ذاتية كل شخص، ولمنع اللبس بينه وبين الآخرين"2 ، فهناك الاسم العائلي وهو لقب الشخص ,(Le Nome de famille)وهناك الاسم الشخصي ويتم اكتسابه تلقائيا عند ولادة الطفل، فالاسم واللقب هما اللذان يحددان هوية الشخص ونسبه، ونلاحظ انه لا يطرح أي إشكال بالنسبة للطفل معلوم النسب ولكن يظهر المشكل بالنسبة للطفل مجهول النسب، فنجد أن المشرع الجزائري عالج هذه المسالة من خلال نص المادة 120 الأسرة الجزائرية حيث تنص(يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إذا كان معلوم النسب وان كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 قالوا الحالة المدنية، ومن خلال استقراء هذه المادة أجد انه في حالة ما إذا كان الطفل محل الكفالة من مجهولي النسب فليس بإمكانهم أن يحمل أي منهم لقب عائله معينه وإنما اكتسابهم للاسم يكون بالقانون، عن طريق تطبيق المادة 64 قانون الحالة المدنية حيث تنص(يختار الأسماء الأب والأم ، وفي حاله عدم وجودهما المصرح ....

يعطي ضابط الحالة المدنية نفس الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء ، يعين الطفل المجموعة من الأسماء تتخذ آخرها كلقب عائلي)"3 نستخلص من نص هذه المادة أن مهمة إعطاء الاسم لمجهولي النسب يقع على عاتق ضابط الحالة المدنية، بحيث يعين الطفل بمجموعه من الأسماء شريطه عدم تعارضها مع النظام العام وعدم إخلالها بحيائه ، فيتخذ من آخرها لقبا له هذا الاسم الممنوح له ملكا وحقا للطفل مجهول نسب حتى بعد إسناد أمره إلى الكافل، إلا انه بتزايد فئة مجهولين نسب في المجتمع وصعوبة دمجهم فيه ومراعاة لمصلحه هؤلاء الأطفال ونظرا للتزايد الطلب المستمر من مختلف

---

1 – عنتري نوريه و مرزوق نسيبه، مرجع سابق،ص 47

2 – فريدة محمدي زواوي، مدخل الى العلوم القانونية، طبعت المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الجزائر، سنه 2002،ص 63

3 – أمر الرقم 70/ 20، المؤرخ في 13 ذي الحجة 1 – عنتري نوريه و مرزوق نسيبه، مرجع سابق،ص 47

الأسر للتكفل بالأطفال المحرومين من العائلة دفعت السلطات الجزائرية إلى إصدار المرسوم المتعلق بتغيير اللقب المرسوم رقم 92- 24" 1 ، وذلك قصد تسويه وضعيتهم الإدارية، بمنحهم الاسم واللقب العائلي لأنها ضرورة اقتضتها الحياة في المجتمع 2 ، بموجب هذا المرسوم يمكن لطالب الكفالة أن يحول لقب هذا الطفل من الذي منحه له القانون إلى اسم عائله الكافل وذلك حسب نص المادة الأولى من المرسوم في شطرها الأول حيث تنص(كما يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة ولدا قاصرا مجهول النسب من الأب أن يتقدم بطلب تغيير اسم هذا الولد ولفائدته، وذلك قصد مطابقة لقب المكفول بلقب الوصي عندما تكون أم القاصر معلومة وعلى قيد الحياة فينبغي أن ترفق موافقتها في شكل عقد شرعي بالطلب) 3 .

حسب هذه المادة فانه لكي يتمكن الكافل من إلحاق اسمه إلى الولد الذي تكفل به لابد من توفر الشروط التالية :

1- إلزامية وجود عقد الكفالة :لكي يتمكن الكافل من تغيير لقب المكفول ومنحه لقبه العائلي لابد أن يكون كافلا له قانونيا وذلك بموجب عقد توثيقي، ومنه لابد من أن يكون لدى الكافل وثيقة العقد التي تثبت علاقة الكفالة بينه وبين الولد القاصر.

2- ضرورة أن يكون المكفول مجهول النسب من جهة الأب: فالمشرع الجزائري أجاز تغيير لقب المكفول سواء كان بنتا أو ابنا 4 ، فإذا كان معلوم النسب فانه لا يمكن تغيير لقبه وذلك لاحترام نسبه الشرعي وعدم المساس به"5 أما إذا كان الطفل معلوم الأم وهي على قيد الحياة فيشترط الحصول على موافقتها على تغيير لقب طفلها إلى لقب المتكفل به والتي تصدر في شكل عقد شرعي هذا حسب نص المادة 1 من القانون 92- 24 السالفة الذكر، مع ضرورة إرفاق هذا التصريح بملف تغيير اللقب .

3- أن تكون المبادرة والرغبة في تغيير اللقب من طرف الكافل :يجب أن تصدر المبادرة في تغيير لقب المكفول من طرف الكافل شخصيا ويجب أن يكون كامل الأهلية وسليم الأهلية طلب لأن تغيير اللقب هو تصرف قانوني ينتج عنه آثار.

وفي الأخير وبعد توفر الشروط السالفة الذكر فان تغيير لقب المكفول يمر بعده إجراءات يمكن أن نوجزها في ما يلي: ــ يتقدم الكافل بطلب تغيير لقب المكفول إلى وزير العدل مرفقا بالوثائق التالية:

---

1 – مرسوم تنفيذي رقم 92- 24

2 – بن الشيوخ الرشيد، شرح قانون الاسره الجزائري المعدل، دراسة مقارنه ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر،د،ت،ن،ص 248

3 – المرسوم التنفيذي رقم 92- 24، المتعلق بتغيير اللقب

4 – بشير خلوفي، التبني والكفالة-2 www tomohna.com./...../shaw.thead.php:

5 – سلامي دليله، حماية الطفل في قانون الاسره، مذكره ماجستير في القانون الخاص جامعه الجزائر،كليه بن عكنون،2007- 2008ص 74

1- طلب خطي من الكافل يعبر فيه عن رغبته في تغيير لقب الطفل المكفول ليصبح نفس لقب الكافل

2- عقد كفالة محرر طبقا لأحكام المادتين 116-117

3- نسخه من شهادة ميلاد الكافل والمكفول

4- عقد زواج الكافل

5- الموافقة الكتابية لام مكفول إذا كانت معلومة وعلى قيد الحياة 1

6. الأطفال الموجودين في إطار المساعدة الاجتماعية بالإضافة إلى هذه الوثائق لابد من شهادة وضع في إطار الكفالة مسلمه وموقع من طرف مدير النشاط الاجتماعي(أو نسخه مصادق عليها) 2.

-وبعد إتمام كل الوثائق، يقوم وزير العدل حافظ الأختام بإرسال الملف إلى السيد النائب العام لدى المجلس القضائي التابع لاختصاصه مكان ولادة الطفل لغرض اجراء تحقيق وتحويل الملف إلى السيد وكيل الجمهورية الذي يقوم بإجراء التحقيق، ثم يقدم هذا الملف مرفوقا بطلب السيد وكيل الجمهورية لتغيير اللقب ، إلى السيد رئيس المحكمة المختص إقليميا وهو نفس اختصاص وكيل الجمهورية"3،و يصدر رئيس المحكمة الأمر بتغيير اللقب في غضون 30 يوما الموالية لتاريخ الإخطار من وزير العدل حافظ الأختام" ،بعد صدور الأمر بتغيير اللقب يكون محل التسجيل و الاشاره على الهامش وذلك بسجلات وعقود ومستخرجات عقود الحالة المدنية بكتابه الضبط حسب ما ورد في المادة 5فقره1 من المرسوم التنفيذي 92- 24"4 ، ثم يقوم السيد وكيل الجمهورية بإرسال نسخه من الأمر إلى كتابه الضبط بالمجلس وأخرى إلى ضابط الحالة المدنية بالبلدية من اجل تسجيل اللقب الجديد على هامش عقد ميلاد الطفل بسجلات الحالة المدنية البلدية والمجلس5.

وفي الأخير وعند إتمام هذه الاجراءات وقبول الطلب إلحاق الكافل بالمكفول ويسمح للمكفول لقب الكافل.

ويمكن أن نقول أن مرسوم 92- 24 وقع فيه اختلاف بين مؤيد ومعارض.

1. الرأي الأول (المخالف):

عارض أصحاب هذا الرأي هذا المرسوم بحجه انه يشجع نظام التبني، فرفضوا تطبيقه على ارض الواقع لأنه في تغيير لحقيقة النسب الأصلي للولد المكفول 6 ، فهو اعتداء على نظام الأسرة واختلاط الأنساب7 ،ومنهم من يعارضه على أساس انه في الأصل أن رئيس الحكومة اختصاصه إصدار قواعد إجرائية لتنفيذ قاعدة تشريعيه

---

1 – بشير خلوفي، مرجع سابق،ص 14

2 – علال أمال ، مرجع سابق،ص 117

3 – انظر المادة 5 مكرر2 من المرسوم التنفيذي رقم 92- 24، مرجع سابق

4 – مرسوم تنفيذي رقم، 92، 24، مرجع سابق

5 – عمراش أسماء، بليل كاتيه، مرجع سابق،ص83

6 – إبراهيم لعرج وآخرون، أحكام كفالة القصر في التشريع الجزائري، مذكره تخرج لنيل شهادة ليسانس في العلوم القانونية الاداريه ، جامعه جيجل، كليه الحقوق،ص 75

7 – عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الاسره،ط2،الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر،د،س،ن،ص 158

سابقه، ولكن ما نلاحظه في هذا المرسوم هوانه انشأ قاعدة تشريعيه والذي يعتبر من اختصاص المجلس الشعبي الوطني، وعليه فقد تجاوز حدود مهامه الموكلة إليه بموجب الدستور، اضافة إلى ذلك فكيف يمكن تغيير لقب الولد المكفول إذا كان في الأصل هو عديم النسب واللقب؟ 1 .

2 ـ الرأي الثاني(المؤيد) :وهناك من أيد المرسوم رقم 92- 24 المتعلق بتغيير اللقب وذلك على أساس انه حتى ولو تم تغيير لقب الطفل محل الكفالة فهذا لا يؤثر على انتمائه، فهو مجرد لقب إضافي حيث يشار إليه في هامش عقود ومستخرجات الحالة المدنية مع الإشارة إلى عدم امكانيه تسجيله في الدفتر العائلي، وعليه فمن الضروري إذن الاستجابة للمتغيرات ومتطلبات العصر والعمل بالمرسوم الصادر عن رئيس الحكومة السابق سيد احمد غزالي المتعلق بتغيير اللقب لأنه لا يخالف أحكام قانون الأسرة ولا أحكام الشريعة الإسلامية وذلك لكونه صدر لحماية هذه الفئة الضعيفة من التأثيرات السلبية التي سوف تؤثر سلبا على نفسيته وسلوكه 2 ، إلا انه على الكافل قول الحقيقة للولد المكفول منذ الصغر بطريقه مقبولة لكي يعلم ويقتنع أن العائلة التي تكفله هي ليست عائلتها الحقيقية، فهذا اللقب الممنوح له لا يمكن اعتماده في الميراث ولا يمكن إخفاؤه في إبرام عقد الزواج بل يستعمل الاسم الأصلي كذلك لا يمكن توريث هذا اللقب أولاده.

وفي الأخير يمكن أن نقول أن تغيير لقب الولد المكفول هو إجراء وجد لغرض ادماج فئة مجهولي النسب في المجتمع والمحافظة على نفسيتهم وسلوكهم وعدم تحسيسهم بان هناك فرق بينهم وبين بقيه الأطفال معلومي النسب، وليس من اجل تغيير نسبهم ولا لطمس هويتهم وانتمائهم 3 .

الفرع الثاني: أسباب انقضاء كفالة مجهول النسب:

أن عقد الكفالة هو من العقود المؤقتة، حيث تنتج عنه صله غير دائمة بين الكافل والمكفول، إذ أنها قابله للانتهاء والسقوط في أي وقت وذلك بتوفر أسباب معينه .

فمن هذه الأسباب وفاه الكافل أو المكفول أو تخلف احد الشروط الموجودة في نص المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري، ومنها ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 124 و 125 من قانون الأسرة الجزائري.

1. وفاه الكافل :يعتبر الكافل هو الملتزم الوحيد في عقد الكفالة وباعتبار هذا العقد تبرعي فان العقد يلزمه فإذا ما توفى الكافل ينتج عنه انقضاء العقد ويصبح الولد المكفول بدون كافل وتصبح كفالته من جديد من قبل شخص آخر 4 ، إلا انه بالرجوع إلى نص المادة 125 من قانون الأسرة الجزائري فان المشرع لم يترك مصير الطفل مجهولا بعد وفاه الكافل، حيث تنص المادة 125 من قانون الأسرة الجزائري(..... وفي حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة أن التزموا بذلك و إلا فعل القاضي أن يسند أمر القاصر والى الجهة المختصة بالرعاية) .

1 – عبد العزيز سعد، المرجع السابق،ص 169

2 – إبراهيم لعرج وآخرون، مرجع سابق،ص67

3 – فريدة محمدي زواوي، مرجع سابق،ص 71

4 – علال أمال– مرجع سابق،ص 126

فمن خلال استقراء المادة فان ورثه الكافل هم الذين يشرفون على عقد الكفالة، إن كانوا على استعداد للقيام بذلك و إلا فلا يمكن إلزامهم 1.

ففي حاله قبولهم للكفالة فانه لابد من توفر شروط الكفالة فيهم، فإذا كان الكافل متزوج تنتقل إلى زوجته 2.

أن الكفالة تنتقل إلى زوجه المكفول دون إجراءات قانونيه، لكن عمليا عند وفاه الكافل نجد من يحل محله يقدم طلب كفالة من جديد إلى المحكمة .

-أما الاحتمال الثاني وهو إن لم يكن الورثة على استعداد للقيام بذلك، أو في حاله الرفض منهم فهنا حسب المادة 125 السابقة الذكر فان الطفل إذا كان غير مميز يوضع بأمر من القاضي لدى مصالح الرعاية الاجتماعية للطفولة المختصة إقليميا .

أما إذا كان الطفل مميزا أي بلغ 19 سنه ففي هذه الحالة يترك وشانه لأنه أصبح قادرا على تدبير شؤونه".3

2- وفاه المكفول:

يعتبر وفاه المكفول سببا من أسباب انقضاء الكفالة، وذلك لان محل عقد الكفالة هو القيام بقاصر، ففي حاله وفاه هذا الأخير فان النفقة والتربية والرعاية لم يعد لها محل في التطبيق وذلك لان من أقرت لمصلحته توفى .

3. تخلف احد الشروط الواردة في نص المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري :كنا قد ذكرنا الشروط الواجب توافرها الكافل والتي وردت المادة 118 وهي الأهلية و الإسلام والقدرة، وهي شروط عامه فإذا تخلف شرط من هذه الشروط أدى ذلك إلى انتهاء عقد الكفالة وهذا حسب القواعد العامة، وفيما يلي سنتعرض إلى آثار تخلف كل شرط على حدا .

1. تخلف شرط الإسلام :حسب نص المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري فانه من شروط الكفالة أن يكون الكافل مسلما، وبما انه يقوم بشؤون القاصر فان القاصر المكفول يتأثر به، وبما أن الإسلام دين الدولة وهذا ما كرسه الدستور الجزائري، والمكفول إذا ما وجد على التراب الجزائري فهو يعتبر مسلما وعليه يجب أن يكون المتكفل به مسلما، و إذا ارتد الكافل عن الإسلام أدى إلى انقضاء الكفالة.

2. تخلف شرط الأهلية :هذا الشرط كذلك نصت عليه المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر، فالكافل يلتزم على وجه التبرع حسب المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري ومنه فلابد أن تتوفر لديه أهلية التبرع الخالية من العيوب فإذا غابت إرادته لأي سبب كالجنون، العته، السفه تصبح هذه الإرادة معيبة ، ومنه لا يمكن للكافل إبرام عقد الكفالة.

---

1 – جعفر رقيه،اليلة فاطمة، الكفاله بين الشريعة الاسلامية وقانون الاسره الجزائري، دراسة مقارنه، مذكره تخرج لنيل شهادة اليسانس الحقوق والعلوم الاداريه، كليه العلوم الانسانيه والاجتماعية، جامعه حسيبه بن بوعلي، الجزائر،ص 48

2 – المادة 87 من قانون رقم 84-11 مرجع سابق.

3 – جعفر رقيه،اليلة فاطمة، مرجع سابق ص 48

3. **تخلف شرط القدرة** : حسب نص المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري فانه كذلك من الشروط اللازمة في الكافل أن يكون قادرا على رعاية وحماية المكفول فإذا حدث مرض مزمن وتسبب هذا المرض في عدم قدره الكافل على القيام بالواجبات اتجاه المكفول، أدى ذلك إلى انتهاء و وانقضاء عقد الكفالة .

4-التخلي عن الكفالة :يعتبر التخلي سببا من أسباب انقضاء الكفالة حيث تنص المادة125 من قانون الأسرة الجزائري على(التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة وان يكون بعلم النيابة...) إذن تنقضي الكفالة بالتخلي عنها من طرف الكافل ،حيث يكون ذلك بالتعبير عن رغبته الصريحة في التخلي عن واجباته نحو الولد المكفول، وهذا التخلي راجع لعده ظروف قد تطرأ على الكافل، مثل عدم القدرة المالية لتدهور حالته الاقتصادية، مما يؤدي بالكافل إلى الخوف من عدم إعطاء المكفول حقه وعدم القدرة على تلبيه كل حاجيات هذا الأخير، وهذا ما يدفعه إلى اللجوء إلى التخلي عنه .كذلك يمكن أن يكون سبب التخلي راجع إلى ظهور عارض جسمي مما يؤدي به إلى عدم القدرة على القيام بأمور الولد المكفول، كما يمكن أن لا يكون للكافل أي سبب يدفعه للتخلي عنه و إنما لعدم الرغبة في المواصلة في الكفالة .ويستوجب على الكافل الذي يريد التخلي الامتثال أمام نفس الجهة التي قامت بإقرار هذا العقد و إبرامه سواء أمام المحكمة، و أمام الموثق او أمام البعثات الدبلوماسية من اجل فك الرابطة التي كانت تجمع الكافل بالطفل المكفول 1،حيث ترفع دعوى التخلي على الكفالة وفقا للإجراءات العادية بعدم علم النيابة العامة وسماعها بذلك، ينظر في الدعوى في جلسة سريه، وهذا ما نصت عليه المادة 496 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري حيث تنص على ما يلي:(ترفع دعوه إلغاء الكفالة أو التخلي عنها حسب قواعد الاجراءات العادية، ينظر في الدعوى في جلسة سريه بعد سماع ممثل النيابة العامة في طلباتها 2

5. إسقاط الكفالة عن الكافل :تسقط الكفالة عن الكافل مراعاة لمصلحه الولد المكفول حسب ما يمكن استنتاجه من أحكام الولاية وذلك لان الكافل يعتبر وليا للطفل المكفول وتطبق عليه المادة 91 من قانون الأسرة الجزائري 3 حيث يتم إسقاط الولاية عن الكافل والتي تكون بموجب حكم قضائي في الحالات التالية: 4 . إذا سلطت على الكافل عقوبات تبعية مثل :الحرمان من الحقوق المدنية، وهو يجعله عديم الأهلية 5 ، وهذا ما ورد في المادة 8 الفقرة الرابعة من قانون العقوبات، أو عقوبات تكميلية كالاعتقال والإقامة الجبرية والمنع من الإقامة المادة 9 الفقرة الأولى والثانية من قانون العقوبات 6 .

---

1 – إبراهيم لعرج وآخرون، مرجع سابق ، ص 84

2 – القانون رقم 08، 09، يتضمن قانون الاجراءات المدنية الاداريه الجزائري، مرجع سابق

3 – قانون رقم 84- 11، مرجع سابق

4 – عمراش أسماء، بليل كاتيه، مرجع سابق،ص 96

5 – الغوثي بن ملحة ، حماية الطفولة شرعا وقانونا، مرجع سابق،ص 16

6 – انظر المواد 8و9، الفقرة الأولى والثانية من الأمر رقم 66- 156، مرجع سابق.

الخاتمة

الخاتمة :

اتفقت الشرائع السماوية و القوانين الوضعية على أنّ الطفل لا يختلف عن الراشدين من بني جنسه في الصفة الإنسانية و يتميز عنهم في طبيعة حاجاته و نموه غير المكتمل لأنه مازال ضعيفا و عاجزا عن الاهتمام بنفسه و يظل كذلك لسنوات من عمره يحتاج خلالها للحماية و الرعاية و التكفّل بشؤونه و التي تحاول الكثير من الأنظمة الوضعية القانونية الحديثة توفيرها له .

و لذلك حرص الإسلام على تلك الرابطة السامية و الصلة العظيمة ، فلم يدعها الشارع الكريم نهبا للعواطف والأهواء تهبها لمن تشاء وتمنعها ممن تشاء، بل تولاها بتشريعه ، وأعطاها المزيد من عنايته ، وأحاطها بسياج منيع يحميها من الفساد والاضطراب ، فأرسى قواعدها على أسس سليمة. وقد قضت حكمته تعالى السامية وسنته في خلقه أن يوجد الطفل لا حول له ولا قوة غير مستقل بنفسه ، وغير قادر على القيام بشئونه ، كان من عظيم رحمته أن يودع في الآباء حب الأبناء ، فيظلوا مدفوعين بعامل خفي على رعاية أبنائهم ، يحدوهم إلى ذلك وازع الحنو الذي لا ينازعهم فيه أحد 1

كما حرص الإسلام حرصا كبيرا على سلامة الأنساب ووضوحها ، وما ذلك إلا لحفظ كرامة الإنسان ، وبناء أسر وأجيال ومجتمعات مسلمة تنعم بالوحدة والمودة والسعادة والاستقرار . و يتجلى ذلك في مكافحة الإسلام للزنا الذي هو أحد الأسباب المهمة في اختلاط الأنساب ، قال تعالى : " **وَلاَ تَقْرَبُواْ الزِّنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاء سَبِيلا** " 2 .

كما ركّز في الكثير من أحكامه على تماسك الأسرة و الحفظ على نسيجها الداخلي من خلال ضرورة إفشاء روح الود و السكينة بين الزوجين ابتداء و منه إلى البنين انتهاء و ربطها بأصولها من العائلات التي تزداد اتساعا محاولا إبقاء النسيج الأسري محكما غير أن الأهواء و الظروف التي تنتج الخلاف الذي يؤدي في بعض حالاته إلى إحداث شرخ أو تفتت أو تحلل ذلك النسيج بالطلاق أو أحد الأسباب الأشد على أفراد الأسرة و هو اللعان كما سبق و أن عرفنا ذلك و رغم ذلك فقد حرصت الشريعة الإسلامية لعدلها على فرض علاجات قد تبدو قاسية أمام البعض إلا أنّها فعالة لو حرص الناس على تفعيلها كما أراد لهم الخالق عز وجل

أوجد عقوبة الجلد لمن تثبت عليه جريمة الزنا إن كان عزبا لقوله تعالى : " **الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ** "3 . و كما ورد في السنة الشريفة التشديد على عقوبة الزنا ، بحيث جعلت عقوبة الزاني

---

1 ـ الزحيلي: وهبه الزحيلي – الفقه الإسلامي وأدلته – دار الفكر – ط3- 1409 / 1989 – ج7/ ص 673

2 ـ سورة الإسراء: آية رقم 32

3 ـ سورة النور / الآية رقم 03 .

المحصن هي الرجم حتى الموت ، من ذلك قوله : " **البِكْر بالبِكْر جَلْدُ مائَة ونَفْي سنة ، والثّيب بالثيب جَلْدُ مائة والرجم** "4 .

ومن مظاهر عناية الإسلام بالنسب تحريمه التبني ، والتبني في الشرع الإسلامي لا يعطي المتبنى أي حق من الحقوق الشرعية في النسب الشرعي، وأولى الحقوق التي ينزعها الإسلام منه هو حق النسب ، فلا يثبت النسب بالتبني. فالتبني المنهي عنه أن يدخل الطفل في الأسرة التي تبنته بحيث يصبح فردا من الأسرة لا فرق بينه وبين أبناء الصلب ، فله الحق في الاسم والميراث والاختلاط ، وتنطبق عليه قواعد المصاهرة ، وغير ذلك وكل هذه الأمور محظورة في الإسلام على أي شخص غير شرعي في الأسرة .

ومن مظاهر حفظ الإسلام للنسب أن الفقهاء قد اعتبروا حفظ النسل (النسب) من مقاصد الإسلام الكلية الخمسة التي لا تستقيم الحياة بدونها وهي : **حفظ الدين والنفس والنسل** (النسب أو العرض) **والمال والعقل** .

و من أهمية حفظ الأنساب ورعايتها في الإسلام أن الإسلام ربط بالنسب حرمة المصاهرة فكلّما ثبت النسب كانت هناك أحكام خاصة من إباحة الزواج وصلة الرحم .

و قد منع الشرع أيضا من انتساب الأبناء إلى غير آبائهم قال تعالى : " **ادْعُوهُمْ لآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ** "5 .

و بالنظر إلى فئة مجهولي النسب لم تعدَ اليوم مقتصرة على مجتمع دون آخر بحيث أصبحت تشكّل جزء من المجتمع شئنا أم أبينا و من باب الإنصاف فإن الشريعة الإسلامية استفاضت في تسليط الضوء على كل صنف منها على حدا بالتحليل مع ذكر الحلول و معالجة أسباب وجودها أو على الأقل الحرص على الحد من تفاقمها و التنويه بخطورتها على المجتمع الإسلامي الذي اجتهدت بإبقائه متماسكا قويا .

فالشريعة الإسلامية لما أغلقت باب التبني و اعتبرته جريمة في حق أطفال فتحت بابا آخر و هو الكفالة كبديل أرقى و أسلم من التبني لهؤلاء الأطفال المحرومين الأبرياء الذين افتقدوا الحضن الدافئ و حماية الوالد و شاءت الأقدار أن يتواجدوا في وضع لا ذنب لهم في اختياره لتضمن لهم بالكفالة ولو بعضا من جو الأسرة التي يحلمون بها و يجدون في هذه الحياة أب و أم و أخوة و أسرة بدلاء رجاء أن يجدوا قلوبا عوض عن قلوب آباء أو أمهات أذنبوا فتخلّوا ، فبالكفالة كبديل صار بالإمكان إعدادهم لغد أفضل .

و من جهة أخرى و بالرغم من الاجتهادات القضائية المتكررة في قانون الأسرة و ما يرتبط به فإن المشرع الجزائري لم يذكر إلا القليل من الأحكام التي تخص مجهولي النسب مقارنة بأحكام الشريعة

في هذا الباب و قد سكت عن الكثير و لا نكاد نرى ذلك إلا من خلال المادة 222 من قانون الأسرة التي

---

4 ـ أبو الحسين مسلم بن مسلم النيسابوري: صحيح مسلم (بشرح النووي) – دار أحياء التراث العربي ط 2 – 1972/1392 ، ج11/ ص188 .

5 ـ سورة الأحزاب / الآية 05 .

تحث على الرجوع في الأحكام القضائية إلى الشريعة الإسلامية في حال عدم وجود النص القانوني من غير الاعتماد على مذهب دون آخر . و بذلك نستطيع أن نقول أنّ المشرع الجزائري قد أفلح في هذه الحالة باعتبار أن أحكام الشريعة الإسلامية قد أحاطت هذا الموضوع بالعناية اللازمة كما أحاطت جميع جوانب الأسرة المسلمة بقدسية كبيرة من جهة و حفاظا على الطفل و حقوقه بشكل واضح من جهة أخرى .

و على الرغم من كل ذلك إلا أن المشرع الجزائري قد أقفل بعض المسائل التي هي من صلب حقوق الطفل و خير دليل على ذلك حق ابن الزنا في إثبات نسبه فلا نجد له تنويها و لو بسيطا في المنظومة الأسرية و على الرغم من وجود الطرق العلمية التي تثبت ذلك ، فالقضاء الجزائري ما زال إلى اليوم يعتبرها ليست كافية لإثبات النسب و غالبا ما كان يرفضها و يعتبرها أنّها ليست من الوسائل المقررة شرعا لذلك غير أنّه و في الآونة الأخيرة و بعد تدخل فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا المجال الذين أجازوا الأخذ بتلك الطرق العلمية لإثبات النسب و تماشيا مع الواقع و لحل هذه الإشكالية فقد أورد المشرع الجزائري في نص المادة 40 من قانون الأسرة جواز الأخذ بالطرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب و كان أهمها البصمة الوراثية أو الحمض النووي سواء في إثبات النسب أو نفيه .

و باعتبار التبني تصرفٌ ادعائي لبنوة مفترضة ومزيفة حرَّمها الإسلام ، فأَبطل نظام التبني وأَثبت النّسب إلى الآباء الحقيقيّين ، وجعل الله نسبتهم إليهم هو العدلَ عند الله تعالى ، قطعاً لطُرق تزييف الحقائق ومخالفة الفطرة ومحافظة على حقوق الأولاد النَّسبيين الأصليين وصيانةً لهم من الضياع .. لهذا السبب أخذ المشرع الجزائري بنظام الكفالة التي حث عليها الإسلام بديلاً عن التبني الذي كان سائدا في الجاهلية و ما زال معمولا به في الكثير من البلدان الأجنبية. بل تعداه المشرع الجزائري و حرصا على توازن حياة المكفول في أسرته التي تكفله فقد أقر بجواز منح الكافل لقبه الأسري لمكفوله كبادرة لحسن نشأتهم في أسر لا يشعرون فيها بالاختلاف عن بقية الأولاد الصلبيين مع عدم تصنيفهم من ضمن الورثة لأن ذلك يعد اعتداء على حقوق الغير و مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية مع جواز إسهامهم بالوصية أو الهبة و ذلك من باب الرأفة و الرحمة بهم و تمام الأجر . وعلى غرار اعترافه للطفل بالحق في الهوية اهتم بسلامته في نصوص كثيرة سواء في قانون الأسرة أو قانون العقوبات و قانون الإجراءات الجزائية 284 إضافة للأمر المتعلق بحماية الطفولة والمراهقة و قانون الصحة ولقد وفق إلى حد كبير في ضمان حق الطفل في الأمن بتبنيه لسياسة وقائية تهدف إلى حمايته من كل خطر يتهدده ، عبر تجريمه لأفعال الاعتداء البحتة و اعتبار تأذي الطفل من جرائها ظرفا مشدد مع مضاعفة التشديد متى كان الجاني من والدي الطفل أو القائمين على رعايته الذين يسألون أيضا عن كل إهمال يصدر عنهم اتجاه الطفل ولو كان جنينا . و مع كل ما أوردناه إلا أنّ التشريع تكلّم بشكل مقتضب على حقوق الطفل و رعايته سواء أسريا أو اجتماعيا مما أثّر سلبا على آليات الحماية الضرورية لحقوق الطفل و هذا ما نلمسه في الحالات التي يكون فيها تفكك الأسرة و انحلال الرابطة الزوجية فإجراءات التقاضي و كثرة القضايا المطروحة في أروقة المحاكم ، أثّرت على فعالية الحماية لحقوق الطفل .

اقتراحات :

بالرغم من ذكر المشرع لشخص الطفل في نصوص قانونية متعددة و متفرقة إلا أنّ الكثير من تلك النصوص يلفّها الغموض و لا يكاد يفسر الكثير منها إلى جانب إهمالها لكثير من جوانب حياة الطفل بشكل عام ناهيك عن تلك الفئة المحرومة التي لا يكاد يرى لها حق في منظومة قانونية طويلة عريضة كما ترك المشرع بعض الثغرات و خاصة فيما يتعلّق ابرام عقد الكفالة بمجرد توفر الشروط في الكافل و تغاضى عن موافقة زوج الكافل التي قد يكون لها من التأثير في المكفول أكثر من الكافل نفسه نتيجة تواجده في حضنها و خاصة في مراحل حياته و هو صغير لهذه الأسباب و غيرها كان لابد من

- أخذ موافقة زوج الكافل و ذكرها إلى جانب الكافل في عقد الكفالة .
- إلزامية تقنين كيفية الاجراءات عند استلام المكفول سواء من الموثّق أو القاضي .
- توسيع دائرة الكفالة لتشمل الورثة بنصوص قانونية واضحة مع ذكر الكيفية .
- التنصيص لكيفية إجراءات انقضاء عقد الكفالة والكيفية التي يتم بها عودة المكفول إلى والديه الشرعيين أو أمه الشرعية
- ضبط المصطلحات القانونية و فك اللبس عن بعض المواد القانونية في باب الكفالة و التي لا يفهم منها الاحتمالية .
- تكملة النقص الوارد في بعض النصوص المتعلّقة بحق الطفل في النسب و الرعاية و لما لا تشريع خاص بالطفل يعالج النقائص الموجودة في بقية النصوص المتفرقة .
- جعل مرصد وطني خاص بالطفل يكون شغله الشاغل تسليط الضوء على أهم مشاكل العصر التي لها تأثير على الطفل كما له الحق في ملائمة أو تكييف القوانين الصادرة أو باقتراح منه تسن القوانين التي تضمن للطفل الحق في العيش في أمن و أمان .
- ضرورة استمرارية تقييم السياسة التشريعية و القضائية و معرفة هفواتها و مواقع غموضها و حتى أخطائها و العمل على تكييفها وفق ما يضمن الحياة الكريمة للأفراد و خصوصا الأطفال بشكل عام و المحرومين كمجهولي النسب بصفة خاصة .

المراجع
و
المصادر

المراجع الفقهية :

أ ـ القرآن الكريم

ب ـ كتب السنة النبوية : ـ محمد بن اسماعيل البخاري . صحصح البخاري

ـ أبو الحسن مسلم بن الحجاج النيسابوري ـ صحيح مسلم

ـ الإمام أحمد بن حنبل ـ مسند الإمام أحمد

ـ محمد بن عيسى بن الضحاك الترمذي : سنن االترمذي

ـ علي بن عمر ت الدارقطني : سنن الدارقطني

ـ أبو داود سليمان بن إسحاق : سنن أبي داود

ـ أحمد بن الحسين بن علي البيهقي : السنن الكبرى للبيهقي

ـ عبد الله بن عبد الرحمان الدرامي : سنن الدارمي

ـ أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني : سنن بن ماجة

جـ ـ كتب و مجلّدات

01 ـ شحاته صقر الكتاب : الاختلاط بين الرجال والنساء

02ـ الشيخ محمد إبراهيم الحمد دروس رمضان الناشر على موقع وزارة الأوقاف السعودية

03ـ أ. د. وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلي، كتاب الفقه الإسلامي

04ـ إسماعيل بن كثير الدمشقي ت (774ه) , تفسير القرآن العظيم (تفسير بن كثير)

05ـ أبو فارس محمد عبد القادر : تحديد النسل و الإجهاض في الإسلام

06ـ خالد بن سعود البليهد ـ موقع صفحة " صيد الفوائد

07ـ العظيم آبادي محمد شمس الحق توفي (1310ه) ,عون المعبود شرح سنن أبي داود

08ـ النسائي أحمد بن شعيب ت (303ه) السنن الكبرى ,

09ـ الطحاوي أبو جعفر أحمد بن محمد سلامة الطحاوي(321ه) شرح مشكل الآثار.

10ـ الخطيب : أم كلثوم يحي الخطيب : قضية تحديد النسل في الشريعة الإسلامية ..

11ـ وزارة الأوقاف الإسلامية الكويت : الموسوعة الفقهية .

12 ـ محمد بن أمين بن عمر ابن عابدين الحنفي :رد المحتار على الدر المختار

13ـ أبو محمد محمود بن موسى العيني الحنفي :البناية في شرح الهداية.

14ـ أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي: القوانين الفقهية

15ـ أحمد ابن أحمد سلامة القليوبي و أحمد البرلسي عميرة :حاشيتا قليوبي و عميرة

16 ـ أبو حامد محمد بن محمد الغزالي ت(505ه) إحياء علوم الدين

17 ـ ابن أبي تغلب : عبد القادر بن عمر الشيباني : ت (1135ه) نيل المآرب بشرح دليل لطالب.

18 ابن حزم: أبو محمد علي بن حزم الأندلسي :ت 456هـ : المحلى بالآثار
19 ـ شمس الدين محمد بن شهاب الدين الرملي: نهاية المحتاج
20ـ العدوي : علي بن أحمد العدوي : حاشية الشيخ العدوي على مختصر خليل
21ـ الشيخ سعيد رمضان البوطي : مسألة تحديد النسل
22ـ الشيخ يوسف القرضاوي : الحرام و الحلال في الاسلام
23ـ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي:حاشية الدسوقي
24ـ شمس الدين الخطيب الشافعي : مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج
25ـ الكاساني:علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي :بدائع الصنائع
26ـ فخر الدين محمد بن عمر الرازي : التفسير الكبير للفخر الرازي
27 ـ د. وهبة بن مصطفى الزحيلي : و سائل الاثبات في الشريعة الإسلامية
28ـ محمد بن محمود الأسروشني (جامع أحكام الصغار)
29ـ ابن قدامة : عبد الله بن محمد بن قدامة المقدسي : الكافي في فقه الامام أحمد بن حنبل .
30 ـ أبو داود , و البخاري في الأدب المفرد و الحاكم
31ـ محمد بن شهاب الدين السيوطي :جواهر العقود ...
32ـ يحي بن شرف الدين النووي .. : روضة الطالبين و عمدة المفتين
33ـ علي سليمان المرداوي .. : الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف
34ـ صالح عبد السميع الأبي , جواهر الإكليل لشرح خليل.
35ـ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(مرجع سابق) ج4 / ص 126 ـ
36ـ القرافي: أحمد بن ادريس القرافي 684هـ: الذخيرة (في الفقه المالكي)
37ـ عبد العلي محمد بن نظام الدين محمد السهالوي : فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت
38ـ د. مريم الداغستاني : أحكام اللقيط في الاسلام.
39ـ علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني الحنفي : بدائع الصنائع.
40ـ الدكتور زكي الدين شعبان : أصول الفقه الاسلامي
41 ـ محمد بن أحمد السرخسي (483هـ) : المبسوط .
42ـ أبو محمد محمود الغيتابي الحنفي (855هـ) البناية شرح الهداية .
43 ـ عبد الله بن محمد بن إبراهيم أبي شيبة : مصنّف ابن أبي شيبة
44 ـ محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية : تهذيب السنن (على مختصر سنن أبي داود)
45 ـ أبي سليمان الخطابي : معالم السنن
46 ـ منصور بن يونس بن صلاح البهوتي : كشاف القناع
47 ـ وزارة الأوقاف الإسلامية (الكويت) : الموسوعة الفقهية

48ـ محمد بن صالح العثيمين : الشرح الممتع على زاد المستقنع
49ـ تقي الدين أبو العباس أحمد ابن تيمية المتوفي (728هـ) : الفتاوى الكبرى
50ـ عبد الرزاق الشيخلي: حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والنظام السعودي والمواثيق 51الدولية
52ـ أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري : المصباح المنير في غريب الشرح الكبير
53ـ أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري المتوفى: 393هـ : الصحاح تاج اللغة و الصحاح
54ـ أبو عبيد عبد الله بن عبد العزيز بن محمد البكري الأندلسي : المسالم و الممالك
55ـ بدران أبو العينين بدران : تاريخ الفقه الاسلامي
56 ـ محمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي : البحر الرائق في الزهد و الرقائق
57 ـ أبو حامد محمد الطوسي النيسابوري الغزالي : الوجيز في فقه الامام الشافع
58ـ د. مصطفى السباعي : شرح قانون الأحوال الشخصية
59ـ محمد بن أحمد الفاسي : الإتقان و الأحكام في شرح تحفة الحكام.
60ـ ابن حجر الهيتمي عبد الحميد الشرواني : حواشي تحفة المحتاج في شرح المنهاج
61ـ سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني (المتوفى793هـ : شرح التلويح على التوضيح
62ـ محمد بن محمد بن محمود .. جمال الدين البابرتي : العناية شرح الهداية .
63ـ أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي الصاوي : بلغة السالك لأقرب المسالك .
64ـ أحمد بن محمد بن علي ابن حجر الهيتمي : تحفة المحتاج في شرح المنهاج .
.65ـ سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني (المتوفى793هـ : شرح التلويح على التوضيح .
66ـ محمد بن محمد– البابرتي : العناية شرح الهداية
67ـ الصاوي: أبو العباس أحمد الخلوتي : بلغة السالك لأقرب المسالك
68ـ ابن حجر الهيتمي : تحفة المحتاج في شرح المنهاج
69 ـ علي بن سليمان المرداوي : الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف
70ـ كمال الدين محمد المعروف بابن الهمام : فتح القدير
71ـ محمد بن يوسف العبدلي الغرناطي : التاج والإكليل
72 ـ الشافعي: أبو عبد الله محمد بن ادريس : الأم.
73 ـ أبو محمد علي بن أحمد بن حزم الأندلسي المتوفى: 456هـ : المحلى بالآثار
74 زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري: الغرر البهية في شرح البهجة الوردية
75ـ محمد أحمد مصطفى أبو زهرة : الأحوال الشخصية
76ـ سيد سابق (المتوفى: 1420هـ : فقه السنّة
77ـ ألأستاذ الغوثي بن ملحة : قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء
78ـ الامام محمد أبو زهرة : تنظيم الاسلام للمجتمع

79. الدكتور محمد زرمان : حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية
80. د. أحمد المزيد 130 طريقة في تربية الأبناء
81. الأستاذ زكي الدين شعبان : الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية
82 ـ العظيم آبادي شمس الحق : عون المعبود شرح سنن أبي داود
83 ـ العمراني : أبو الحسين يحي بن أب الخير : البيان في مذهب الامام الشافعي
84. محمد مصطفى الزحيلي : كتاب الوجيز في أصول الفقه الإسلامي
85. عائشة عبد الرحمن بنت الشاطئ ، التفسير البياني للقرآن الكريم

د ـ المعاجم : ـ د. مروان العطية : معجم المعاني الجامع
ـ ابن منظور: محمد بن مكرم بن على بن منظور : لسان العرب

المراجع القانونية :

01 ـ سلامي دليله، حمايه الطفل في قانون الاسرة، مذكرة لنيل شات ماستر في القانون، فرع القانون الخاص، الحقوق بن عكنون، جامعه الجزائر، بن يوسف بن خده ، 2007– 2008
02 ـ علي بن هاديه، بلحسن بليش، الجيلاني بن الحاج بحثي، القاموس الجديد للطالب،ط7
03 ـ بن الشيوخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنه ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر،د،ت،ن
04 ـ زهية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الامل، تيزي وزو،د،س،ن،
05 ـ عنتري نوريه – مرزوق نسيبه، كفالة مجهولين النسب في الشريعة الإسلامية القانون الجزائري، مذكره لنيل شهاده الماستر، تخصص احوال شخصيه، جامعه الجيلاني بونعامة خميس مليانة، 2018 /2017
06 ـ بوعره مفتاح، الكفالة في قانون الأسرة و الشريعة الإسلامية، مذكره التخرج ليسانس، ورقلة
07 ـ عبد الرحمن سلام، الكفالة في التشريع المدن الجزائري، كليه الحقوق العلوم السياسية، جامعه مستغانم، 2018
08 ـ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة،ط2، دار النهضة العربية
09 – نبيل صقر، الأسرة نصا وفقها وتطبيقا دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين ميلة، 2006
10 ـ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري،ط1 ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر 2006

11 ـ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998
12 ـ كمال لدرع : مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الجزائري ـ المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية و السياسية
13 ـ زبيدة أقروفة : الاكتشافات العلمية البيولوجية و أثرها على النسب ـ مراجعة معوض عبد التواب : الدفوع الشرعية في دعاوى الأحوال الشخصية
14 ـ فريده محمدي زواوي، مدخل الى العلوم القانونية، طبعت المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، سنه 2002
15 ـ بوعيشة عقيله، الكفالة في قانون الأسرة والشريعة الإسلامية، مذكره نهاية التكوين، 2001/ 2004
16 ـ عنيتر نور الهدى، الكفالة في قانون الأسرة الجزائري، جامعه مرباح، ورقلة، 2013– 2014
17 ـ عبد الرحمن سلام، الكفالة في التشريع المدني الجزائري
18 ـ
19 ـ عمراش اسماء، بليل كاتية، الكفالة في قانون الأسرة الجزائري، مذكره لنيل الماستر في القانون تخصص القانون الخاص الداخلي، جامعه مولود معمري، تيزي وزو، 2014
20 ـ كمال حمدي ، المواريث الهبه والوصية، منشأه المعارف، مصر، 1998
21 ـ زرده عبد العزيز، احكام الاطفال مجهولين النسب في القانون الجزائري، مذكره ماستر في قانون الأسرة، جامعه الطاهر مولاي، سعيدة 2014 / 2015
22 ـ الغوثي بن ملحة ، حمايه الطفولة شرعا وقانونا
23 ـ لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا شرحا، الجزائر، 2014
24 ـ سلوى سالم، كفاله مجهولي النسب في قانون الأسرة، مذكره مقدمه لنيل شهاده الماستر اكاديمي، 2017/ 2018
25 ـ بليل صابرينه و شعلان نعيمه، عقد الكفالة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرات ماستر في الحقوق، جامعه بجايه، 2012/ 2013
26 ـ شلبي محمد مصطفى، احكام الأسرة في الاسلام، دراسة مقارنه بين الفقه المذاهب السنيه والمذهب والقانون،ط2،دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1977
27 ـ تواتي صباح، دوافع الاسر الجزائرية للإقبال على الكفالة، دراسة ميدانيه بدار الحضانة النخيل(الابيار)، رساله لنيل شهادة الماستر قسم علوم الاجتماع، كليه العلوم الاجتماعية جامعه الجزائر2000/ 2001
28 ـ علال أمال، التبني والكفالة، دراسة مقارنه بين الشريعة والقانون الوضعي، مذكره لنيل شهاده الماجستير في الحقوق جامعه أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008/ 2009.

29 ـ بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء1،ا حكام الزواج،ط6، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2010
30 ـ ـ جعفر رقيه،البلة فاطمه، الكفالة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنه، مذكره تخرج لنيل شهاده الليسانس الحقوق والعلوم الإدارية، كليه العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعه حسيبه بن بوعلي، الجزائر
31 ـ عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعه على نظام الأسرة،ط2،اليوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر،د،س،ن
32 ـ سلامي دليله، حمايه الطفل في قانون الأسرة، مذكره لنيل الماجستير في القانون الخاص جامعه الجزائر، كليه بن عكنون 2007– 2008
33 ـ طلبه مالك، التبني والكفالة، مذكره لنيل شهاده المدرسة العليا للقضاء، محكمه ارزيو، مجلس القضاء وهران، الدفعة الرابعة عشر 24
34 ـ ابراهيم لعرج واخرون، احكام كفاله القصر في التشريع الجزائري، مذكره تخرج لنيل شهاده ليسانس في العلوم القانونية والإدارية ، جامعه جيجل، كليه الحقوق
35 ـ بيد ويري كريمه : الكفالة والتبني، مذكره ماستر الحقوق، جامعه ع الرحمن ميرة بجاية 2013،ص15
36 ـ سلوى سالم، كفاله مجهولي النسب في قانون الأسرة.

قوانين و مراسيم و إجراءات:

01 ـ القانون رقم 84– 11 يتضمن قانون الأسرة الجزائرية
02 ـ دليل الكفالة، متحصل عليه من مديريه النشاط الاجتماعي، لولايه بومرداس .
03 ـ قانون رقم 08– 09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية والإداريه،ج ر،ج القانون الخاص الداخلي، جامعه مولود معمري، تيزي وزو، 2014
04 ـ ـ امر رقم 70– 86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970– يتضمن قانون الجنسية الجزائرية، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05– واحد مؤرخ بتاريخ 27 فيفري 2005،ج،ر،ج،ج، عدد 15، صادر بتاريخ 27 فيفري 2005
–3عمراش اسماء، بليل كاتية
05 ـ إجراءات و كيفيات الوضع القانوني، متحصل عليها من مديريه النشاط الاجتماعي .
06 ـ المادة 87 من قانون رقم 84– 11
07 ـ المواد 8و9، الفقرة الاولى والثانية من الامر رقم 66– 156.
08 ـ قانون رقم 85/ 05
09 ـ المادة 5 مكرر2 من المرسوم التنفيذي رقم 92– 24
10 ـ الملحق رقم 1 .

11 ـ الملحق رقم2 .

12 ـ المرسوم التنفيذي رقم 92– 24، المتعلق بتغيير اللقب

13 ـ إجراءات و كيفيات الوضع القانوني، متحصل عليه من مديريه النشاط الاجتماعي .

14 ـ معلومات متحصل عليها من مديريه النشاط الاجتماعي .

15 ـ مقرر التسجيل: هو عبارة الوثيقة تبين أن الطفل مسجل ضمن اتهام الدولة، ويكون المقرر مهم لاستعماله في حياته اليومية استخراج الوثائق التي يحتاجها مثل: بطاقة التعريف الوطنية

16 ـ مقرر الوضع: هو عبارة عن وثيقة تبين أن الطفل قد وضع في عائله كيفيله .

17 ـ مرسوم تنفيذي رقم 92– 24

18 ـ امر الرقم 70/ 20، المؤرخ في 13 ذي الحجه 1389الموافق ل 19 فبراير 1970، المتعلق بالحالة المدنية .

19 ـ الامر رقم 75– 58، المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق ل 26 سبتمبر سنه 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون05–10 المؤرخ في 20 يونيو 2005ج،ر،ج،د،س، ع 78 الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975

20 ـ إجراءات و كيفيات الوضع القانوني، الكفالة متحصل عليه من مديريه النشاط الاجتماعي .

21 ـ الامر رقم 75– 58

هـ ـ المجلات و المواقع :

01 ـ مجلة الفرقان : مجلّة إسلامية صدرت بتاريخ 2004/07/26 ، العدد رقم : 303 .

02 ـ الدكتور مخلد الطراونة في مقال بعنوان " حقوق الطفل (دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون الدولي و الشريعة الإسلامية ..) منشور بمجلة الحقوق العدد 2 السنة 27 ، 2003/1424 جامعة الكويت ص 293/292 .

03 ـ 1 ـ د. أسماء عابد: كفالة مجهول النسب في الإسلام ، بين التعسف ونظرة المجتمع (إسلاميات)، 16يناير، 2021 https://abaqk.com

04 ـ صدر ميثاق الطفل في الاسلام عن جامعة الدول العربية عام 1997 منشور على شبكة الانترنت .www . islamonline. com

05 ـ "الفرق بين كفالة الأيتام وتبنيهم"، islamqa.info ، 2002–6–20 ، اطّلع عليه بتاريخ 4 – 5 –2022. بتصرف.

06 ـ المفتي علي جمعة محمد : الفتوى رقم 311 لسنة 2010 ، تاريخ النشر 2017/12/15 بموقع http://www.fatawa.com .

07 ـ بشير خلوفي، التبني والكفالةwww tomohna.com./...../shaw.thead.php:

الملاحق

في: [redacted]

محكمة .....

- لفائدة السيد : ..... الساكن في: .....

القائم في حقه الأستاذ..... ، محامي لدى المجلس الكائن مقر مكتبه ب.....

إلى السيد رئيس المحكمة.

***** طلب الإذن للتكفل بقاصر *****

ليطب لرئيس المحكمة المحترم،

يتشرف العارض أن يتقدم أمام سيادتكم بهذا الطلب ملتمسا طلب الترخيص له للتكفل بقاصر.

حيث أن العارض يعمل بوظيفة قارة ك..... (شهادة عمل، وثيقة مرفقة)، يتلقى عنها راتبا محترما يكفل العيش الكريم (كشف الراتب لآخر ثلاثة أشهر، وثائق مرفقة).

حيث أن العارض متزوج بالسيدة ..... (شهادة ميلاد الزوجين وثيقتين مرفقتين) بتاريخ ..... (شهادة الزواج وثيقة مرفقة)، ولم ينتج هذا الزواج أطفالا (شهادة الحالة العائلية، وثيقة مرفقة).

حيث قام والدا الطفل المراد كفله بتصريح شرفي (نسخة من التصريح الشرفي، وثيقة مرفقة) يسمحان في للعارض وزوجته بكفالة ابنهما القاصر ..... المولود بتاريخ ..... وجنسه ..... (نسخة من شهادة ميلاد القاصر، نسخة مرفقة).

***** لهذه الأسباب ولأجلها *****

في الشكل: قبول الطلب لتقديمه طبقا للقانون.

في الموضوع: الترخيص للعارض موكلي للتكفل بالقاصر المذكور أعلاه طبقا للمواد 117 وما بعدها من قانون الأسرة.

المرفقات:

- شهادات ميلاد العارض وزوجته والطفل القاصر.
- عقد زواج الكافل والشهادة العائلية.
- شهادة عمل وكشف الراتب.
- الشهادة العائلية للأبوين وتصريحهما الشرفي.
- نسخة لبطاقات التعريف الوطنية لكل من الكافل وزوجته وأبوي الطفل المكفول.

مع كافة التحفظات

عن المدعي وكيله

في: [redacted]

محكمة .....

- لفائدة السيد : ..... الساكن في: .....

بصفته ولي عن القاصر .....

القائم في حقه الأستاذ..... ، محامي لدى المجلس الكائن مقر مكتبه ب.....

***** طلب الإذن للتصرف في أموال قاصر *****

إلى السيد رئيس المحكمة.

ليطب لرئيس المحكمة المحترم،

يتشرف العارض أن يتقدم أمام سيادتكم بهذا الطلب ملتمسا طلب الإذن للتصرف في أموال قاصر تحت ولايته، شارحا أسباب طلبه كالتالي:

حيث أن المرحومة ..... المتوفية بتاريخ ..... (نسخة شهادة وفاة، وثيقة مرفقة)، تركت تركة تم تقسيمها بين الورثة، وقد تحصل القاصر ..... المولود في .....(نسخة من شهادة الميلاد، وثيقة مرفقة) على مبلغ مالي قدره ..... وقطعة أرضية مساحتها ..... في .....

حيث أن موكلي يلتمس بموجب هذا الطلب من المحكمة الموقرة الترخيص له بالتصرف في نصيب ابنه القاصر المذكور أعلاه،

***** لهذه الأسباب ولأجلها *****

في الشكل: قبول الطلب.

في الموضوع: الترخيص للعارض موكلي للتصرف في أموال القاصر المذكور، طبقا للمواد 42، 43، 84، 87 من قانون الأسرة.

مع كافة التحفظات

عن المدعي وكيله

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التربية الوطنية
اللجنة الوطنية للخدمات الاجتماعية

P1

ملف رقم:.....

تاريخ استلام الملف: ...../...../.....

طلب الاستفادة من منحة الأيتام

اللقب (العامل (ة)):..... اللقب الأصلي للمتزوجة: .....الاسم: .....

تاريخ و مكان الازدياد: ...../...../..... بـ .....العنوان الشخصي: .....

الوظيفة:.....مكان العمل: .....

اسم ولقب المتوفي (ة):..... تاريخ الوفاة:...../...../.....

طالب المنحة: ☐ العامل(ة) ☐ الزوج (ة)..... ☐ الكفيل(ة)..... .....

رقم الهاتف: ..... رقم الحساب البريدي الجاري : ..... مفتاح .....

الرقم	الاسم و اللقب	تاريخ الازدياد	المبلغ
01			
02			
03			
04			

حرر بـ.....في : ...../...../.....

إمضاء المعني (ة)

الوثائق المطلوبة:

الرقم	الوثائق المطلوبة	الوثائق المستلمة	المراقبة الأولى	المراقبة الثانية	ملاحظات
01	الاستمارة.				
02	شهادة عمل أو نسخة من قرار التقاعد أو قرار فسخ العقد .				
03	شهادة عائلية أو كفالة ليتيم الأبوين)				
04	شهادة وفاة.				
05	شهادة عدم الزواج للبنت فوق 21 سنة				
06	شهادة عدم الانتساب إلى CNAS للبنت 21سنة				
07	شهادة عدم الانتساب إلى CASNOS للبنت 21سنة				
08	صك بريدي مشطوب للمستفيد(ة).				

إطار خاص باللجنة:

تاريخ المعالجة (المداولة)	قرار اللجنة (المداولة)	مبلغ الاستفادة (المداولة)	تأشيرة اللجنة

ملاحظة: تسدد هذه المنحة مرة واحدة في السنة و يسقط حق الاستفادة بعد انقضاء السنة المالية

- الملحق رقم 01 : - طلب الإذن للتكفل بقاصر يتيم ، مجهول النسب ، قاصر ذهنيا

- الملحق رقم 02 : - طلب الإذن في التصرف في أموال القاصر .

الملحق رقم 03 : - طلب الاستفادة من منحة الأيتام بما في ذلك مجهولي النسب تحت الكفالة

ملخص :

الكفالة : نوع من العقود التبرعية التي عرفها الانسان منذ القديم ، في مجالات متعددة منها : كفالة مجهول النسب القاصر والغرض منها إلحاق القاصر (المكفول) بأسرة الكافل ليكون فردا منها من الناحية التربوية والعاطفية والتنشئة فقط ، وليس بنسب الكافل لأن ذلك ممنوع من الدين و اعتداء على حقوق الأبناء من الصلب ، فهي نظام يعترف به الشرع الإسلامي كما اقره النظام القانوني في الجزائر حفاظا على ثابت من ثوابت الدين وهو حفظ النسب (النسل) و بذلك يمنع الخلط في الأنساب حسبما جاء في المادة 45 من قانون الأسرة ، و هذا المنع في الشريعة أو القانون ليس معناه التخلي عن تلك الفئة الضعيفة من المجتمع ، فإن كان قد منعا التبني فقد شجعا على طرق أخرى تضمن حقوقهم مع إمكانية منح اللقب العائلي للمكفول حسب المرسوم التنفيذي رقم 24/92 حتى تصان كرامته اجتماعيا .

Summary :

Sponsorship: a type of donation contract that has been known to man since ancient times, in various fields, including : Sponsorship of unknown parentage for a minor and the purpose of which is to attach the minor (the sponsored) to the sponsor's family so that he may be a member of it in terms of educational, emotional and upbringing only, and not in relation to the sponsor because that is forbidden by religion and aggression On the rights of children from crucifixion, it is a system recognized by Islamic law as approved by the legal system in Algeria in order to preserve one of the constants of religion, which is the preservation of lineage (offspring), and thus prevents confusion in lineages.

According to Article 45 of the Algerian Family Code, this prohibition in Sharia or law does not mean abandoning that weak group of society.

According to Executive Decree No. 92/24 to preserve his social

الفهرس

الإهداء ..... أ
شكر و تقدير ..... ب
مقدمة 01
الفصل الأول : أسباب و أحكام وجود مجهولي النسب في ظل الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري
المبحث الأول : أسباب و أحكام وجود مجهولي النسب في ظل الشريعة الإسلامية..... 06
المطلب الأول : ابن الزنا ..... .08
الفرع الأول : أسباب وجوده في نظر الشريعة الإسلامية 08
الفرع الثاني : أحكامه في الشريعة الإسلامية 11
المطلب الثاني : الولد اللقيط 16
الفرع الأول : أسباب وجوده في الشريعة الإسلامية 18
الفرع الثاني : أحكامه في نظر الشريعة الإسلامية 19
المطلب الثالث : ولد اللعان 26
الفرع الأول : أسباب وجوده في ظل الشريعة الإسلامية 30
الفرع الثاني : أحكامه في نظر الشريعة الإسلامية.....32
المبحث الثاني : أسباب و أحكام وجود مجهولي النسب في التشريع الجزائري.....34
المطلب الأول : ابن الزنا 34
الفرع الأول : حالات وجوده في نظر القانون الجزائري.....34
الفرع الثاني : أحكامه في القانون الجزائري.....36
المطلب الثاني : الولد اللقيط 38
الفرع الأول : أسباب وجوده في نظر القانون الجزائري 38
الفرع الثاني : أحكامه في نظر القانون الجزائري 40
المطلب الثالث : ولد اللعان 41
الفرع الأول : أسباب وجوده في ظل القانون الجزائري.....42
الفرع الثاني : أحكامه في نظر القانون الجزائري.....43
الفصل الثاني :كفالة مجهول النسب أركانها وشروط انعقادها آثارها وانقضائها الجزائري.....45
تقديم 46
المبحث الأول : أركان الكفالة و شروط انعقادها في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائر..... 49
المطلب الأول : أركان و شروط كفالة مجهولي النسب وفق الشريعة الإسلامية.....49
الفرع الأول : أركان الكفالة (الأهلية و التراضي و المحل و السبب و الصيغة)..... ..49
ركن الأهلية..... 49
ركن التراضي 52
ركن المحل 55
ركن السبب 57
ركن الصيغة 58

الفرع الثاني : شروط إجراء كفالة مجهولي النسب في الشريعة الإسلامية.....59
شروط خاصة بالكافل 59
شروط خاصة بالمكفول 63
المطلب الثاني : أركان الكفالة و شروط انعقادها في القانون الجزائري.....65
الفرع الأول : أركان انعقاد الكفالة.....65
ركن التراضي 66
ركن المحل 66
ركن السبب 67
ركن المحل 67
الفرع الثاني : شروط انعقاد الكفالة في التشريع الجزائري 68
شروط متعلّقة بالكافل 68
شروط متعلّقة بالمكفول 70
الشروط الواجبة في عقد الكفالة.....71
المبحث الثاني : أثار وانقضاء الكفالة حسب الشريعة الإسلامية و التشريع الجزائري.....77
المطلب الأول : آثار و أسباب انقضاء الكفالة في نظر الشريعة الإسلامية 77
الفرع الأول : آثار الكفالة مجهولي النسب في الشريعة الإسلامية.....77
الفرع الثاني : أسباب انقضاء الكفالة مجهولي النسب في الشريعة الإسلامية 84
أسباب متعلّقة بالكافل 84
أسباب متعلّقة بالمكفول 87
المطلب الثاني : آثار وانقضاء الكفالة في القانون الجزائري.....90
الفرع الأول : آثار الكفالة بمجهولي النسب في التشريع الجزائري 90
الفرع الثاني : أسباب انقضاء الكفالة بمجهولي النسب حسب القانون الجزائري.....95
الخاتمة 99
اقتراحات 102
الملاحق 114
المراجع و المصادر 104
الملخص 113
الفهرس 116