جامـــعة الجيلالي بونعامة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

العنوان

مجهولي النسب في التشريع الجزائري

رسالة مقدمة ضمن متطلبات شهادة ماستر في الحقوق

تخصص: قانون الأحوال الشخصية

من إعداد الطالبتان:

- حورية مالكي
- نسيبة شيشة

إشراف الدكتور:

- جلول فيساح

لجنة المناقشة

(أ/د/أ.د) اسم ولقب الدكتور: رواب جمال ..... رئيسا

(أ/د/أ.د) اسم ولقب الأستاذ: فيساح جلول ..... مشرفا

(أ/د/أ.د) اسم ولقب الأستاذ: أيت عبد المالك نادية ..... عضوا

السنة الجامعية: 2014/ 2015

"شكر وتقدير"

لا يسعنا بعد اكمال هذه الدراسة الا ان نحمد الله عز وجل وان نشكره على عظيم نعمته

فهو سبحانه مبدا الحمد ومنتهاه

ثم نجزي بالشكر الوافي الى الأستاذالمشرف

"فيساح جلول"

الذي افادنا كثيرا من علمه وآرائه القيمة رغم التزاماته الكثيرة

سائلين المولى عز وجل ان يحفظه وان يجزيه عنا خير الجزاء

كما نتوجه بالشكر الجزيل الى كل من افادنا برايه ونصيحته وامدنا

بمعلومة او فائدة سواء من قريب او من بعيد والى كل

اساتذتنا الافاضل اللذين رافقونا طوال المشوار الدراسي

اسال الله ان يجعله لهم ذخرا يوم القيامة

والى كل من احبتهم قلوبنا وعجزت عن ذكرهم اقلامنا.

إهـــــــــــــــداء

" أهدي هذا العمل إلى ثرى والدي الغالي رحمه الله وأسكنه فسيح جنانه، الذي ما مرّ وقت واحد إلّا وهو في قلبي ووجداني."

" إلى من ناضلت لأجلي منذ أن ولدت حتى كبرت ، أدعوا الله أن تبقى تاجا على رأسي، أطال الله في عمرها، أمي الحبيبة والعزيزة "رقية""

.

" إلى أعز الناس على قلبي، وحبهم لا يفارقني ما عشت ،الذين عشت معهم أحلى لحظات عمري، إخوتي وأحبائي "عائشة،سليمان و مليكة".

" إلى كل عائلة مالكي وعائلة تمار".

" إلى زميلتي وشريكتي في العمل والتي عشنا معا أيام لا تنسى رغم الصعوبات التي واجهتنا "شيشة نسيبة."

" إلى من مدّني بمعلوماته القيّمة وساعدنا على إتمام بحثنا هذا ،فكان لنا خير عون ورشاد الأستاذ الفاضل "فيساح جلول"

" إلى كل الزملاء والزميلات بقسم الحقوق عامة ، تخصص أحوال شخصية خاصة. "

" إلى كل الأصدقاء والصديقات فهم إن لم أسع ذكرهم جميعا ، فهم في قلبي. "

" إلى كل شخص ساعدنا ولو بالقليل حول موضوع بحثنا هذا ،نشكره جزيل الشكر. "

حـــــــــــــــورية

إهداء

إلى من جعل الله الجنة تحت قدميها

الى روح امي الطاهرة في ملكوت ربها علها ترضى

من علمتني حب العلم منذ نعومة اظافري عرفانا لها واجلالا

والى والدي العزيز سندي وحمايا في هذه الحياة

"ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا"

الى كل العائلة الكريمة كبيرا وصغيرا وخصوصا الى الام التي لم تنجبني الى خالتي الغالية

والى اختي التي لم تنجبها امي "نور الهدى" والى الكتكوتة "ندى"

وكل الاصدقاء والزملاء والى رفيقة الدراسة و العمل "مالكي حورية" فرب اخ لم تلده امك

والى كل غيور على هذا الوطن الغالي

أهدي ثمرة جهدنا المتواضع ونسأل الله السداد والتوفيق

فهو ولي ذالك والقادر عليه.

لقد نادت الشريعة الاسلامية السمحاء الى ضرورة الزواج وجعلت من النسب اهم اثاره ولهذا فان اي علاقة خارج نطاقه تعد جريمة تخلف وراءها ضحايا لا ذنب لهم سوى انهم ثمرة علاقة محرمة كانت نتيجتها فقدان هويتهم وحقيقة وجودهم فأضفت عليهم صبغة مجهولي النسب .

وتبقى ظاهرة مجهولي النسب من المشكلات المتعددة الابعاد القانونية والاجتماعية والنفسية والدينية والتي تتزايد خطورتها في المجتمع الجزائري وبدون شك انه خاصة وفي الآونة الاخيرة اخذ الموضوع مكانا واسعا من الاهتمامات على جميع الاصعدة القانونية والاجتماعية وحتى الدينية وذلك على اعتبار ان الاطفال المجهولين النسب جزء من المجتمع ويشكلون شريحة من الطفولة التي تعتبر الارث القومي الذي يصنع به المستقبل فبقدر ما يكون الاتمام بالطفولة جادا وحكيما واي جهد يوجه لرعايتهم هو في نفس الوقت تامين للمستقبل .

ويعتبر مجهولي النسب جزء لا يتجزأ من المجتمع حيث لا يجوز النظر اليهم بدونية واحتقار لانهم ضحايا لا ذنب لهم في وضعيتهم ولا تلحقهم جرائم والديهم لان الجرائم لا تورث .

إن ظاهرة الأطفال المجهولين النسب التي اصبحت ظاهرة جد منتشرة في الآونة الاخيرةوزادت حدتها عبر ارجاء الوطن بأعداد وارقام تتزايد يوما بعد يوم وهذه الشريحة من المجتمع التي اصبحت الان واقع لايمكن اخفاءه او انكاره باعتباره جزء لا يتجزأ من المجتمع الانساني ولا يستطيع العيش منعزلا عن الاخرين فهو بحاجة اليهم و هذا المجهول النسب يحتاج منذ ولادته الى الرعاية و الاهتمام الى ان يشب ويكبر ويندمج في الحياة الاجتماعية وذالك لان شعور الطفل بانه ليس لديه هوية ولا اسرة ومحروم من والديه يخلق لديه شعور بالضياع الاجتماعي والنفسي .

وان موضوع دراستنا هذا ماهو الا تعبير عن لسان حال اكثر من سبعة الاف شخص مجهولي النسب في الجزائر لا يحملون هوية ولا يتمتعون بأدنى حقوقهم الاجتماعية والقانونية في ظل القانون الحالي الذي حسب ما نراه على ارض الواقع قد عجز عن توفير الحماية القانونية الفعلية لهؤلاء الاطفال وايجاد الغطاء القانوني الكفيل بتسهيل اندماجهم في المجتمع وهذا ما ادى الى اثارة جدل واسع في الجزائر بين القانون ورجال الدين وعلماء النفس والاجتماع الذين يطالبون بالحماية الفعلية لهؤلاء حيث ان الطفل المجهول النسب في الجزائر لا يزال يعاني من التهميش والاحتقار في ظل عجز الدولة عن التكفل به واعطائه ابسط حقوقه كانسان وهو الاعتراف بوجوده كفرد في المجتمع له حقوق كغيره من الاطفال المعلومين النسب مع ضرورة اعادة النظر في آليات قانونية اكثر مرونة لتسوية وضعيتهم المزرية ولإدماجهم في المجتمع وحمايتهم من كل انواع الاستغلال وهذا ماذهب اليه علماء النفس والاجتماع اللذين يرون ان المجتمع لا يمتلك القابلية للاعتراف بهذه الفئة فهو لم يصل بعد الى المرحلة التي يعتمد فيها على نظام القيم المؤسساتية التي تعترف بالمولود المجهول النسب كانسان وتمنحه هوية وحقوق مهما كانت طريقة ولادته .

ولما للموضوع من اهمية انسانية بالدرجة الاولى وقانونية وبالدرجة الثانية دفعت بنا الى دراسة الموضوع وعرضه للتحليل والنقاش من خلال تحليل ماجاء به المشرع في اجندته القانونية لمعالجة وضعية انسانية ذات ابعاد وقانونية حساسة جدا تمس فئة مهملة ومهمشة من المجتمع هي في تزايد مستمر باحثين عن دور القانون العلاجي لهذه الوضعية التي اصبحت امرا واقعا ومشكلا يجب معالجته والتعامل معه بحزم وجدية اكثر والتكفل بها من الناحية القانونية خاصة والتي هي موضوع دراستنا المطروح للنقاش حيث انه وبتسليط الضوء على ارض الواقع ومحاولة معرفة مدى فعالية الحماية القانونية الحالية التي يحظى بها مجهولو النسب في الجزائر .

ففيما تتمثل الحماية القانونية للأطفال مجهولي النسب في التشريع الجزائري ؟

من خلال ماسبق ذكره في الموضوع ارتأينا اتباع المنهج التحليلي وذلك لتحليل الظاهرة المطروحة للدراسة والنقاش والمتمثلة في الاطفال مجهولي النسب .

ومن هنا قمنا بتقسيم بحثنا هذا الى فصلين :

الاول منه بعنوان احكام النسب بين الشريعة والقانون حيث قسمناه الى مبحثين

المبحث الاول : النسب في الشريعة الاسلامية .

المبحث الثاني : النسب في القانون

اما الفصل الثاني فهو بعنوان : الحماية القانونية للأطفال مجهولي النسب

حيث يحوي هذا الفصل ثلاثة مباحث :

المبحث الاول : الطفل على المستوى الدولي

المبحث الثاني : الطفل مجهول النسب في التشريع الجزائري

المبحث الثالث : نظام الكفالة لحماية مجهول النسب .

الفصل الأوّل :

النسب بين الشريعة والقانون.

إن رابطة النسب في الإسلام من أبرز أثار الزواج الذي اعتبره الله عز وجل ميثاقا غليظا بين الزوجين وجعله وسيلة لتحقيق غايات نبيلة من اجل رفعة الإنسان والعلوبه إلى مستوى لائق هووذريته ورتب عليه حقوقا أولها ثبوت النسب كل فرد إلىأبيه كي لا تختلط الأنساب ولا تضيعالأولاد[1]ولذلك أمر الله عز وجل الآباءأنينسبواأولادهمإليهم ونهاهم عن إنكار بنوتهم لقوله تعالى(ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله.....)-سورةالأحزاب-[2].

ونهى رسول الله عليه الصلاة والسلام الآباء عن التنكر لأبنائهم كما نهى الزوجات أن ينسبن لأزواجهن من ليس منهن لقوله(أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولم يدخلها جنته وأيما رجل جحد ولده وهوينظر إليه احتجب الله عنه وفضحه على رؤوسالأولينوالآخرين)[3].

ووفقا لما اعطاه الشارع الحكيم للنسب من اهتمام بالغ حيث يظهر ذلك من خلال ما سنتطرق الية من خلال الفصل الاول متفصلين في احكام النسب بين الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة الجزائري وذلك من خلال التطرق الى احكام النسب شرعا في المبحث

[1]- احمد نصر الجندي – النسب في الإسلام والأرحام البديلة-دار الكتب القانونية للنشر-مصر-2003-ص9/8.

[2]- القرآن الكريم- سورة الأحزاب – الآية رقم 24.

[3]- حديث شريف – صحيح مسلم– المجلد الرابع – دار المدينة للنشر- ط3 – د س ط.

الاول وذلك مع ذكر اهم اسبابه وادلة اثباته وموانعه وفي المبحث الثاني سنتطرق الى الاحكام القانونية للنسب في التشريع الجزائري وهذا مما يلي :

المبحث الأول

أحكام النسب في الشريعة

لقد نادت الشريعة الاسلامية السمحاء الى ضرورة الزواج وجعلت من النسب اهم آثاره ولقد كان اهتمام الاسلام بموضوع اهتماما كبيرا رحمة من الله عز وجل ولذلك من هذا المبحث سنتطرق الى احكام النسب في الشريعة وهي كلآتي :

المطلب الاول

تعريف النسب

الفرع الاول : النسب لغة

ان النسب في اللغة هو انتساب الولد لأبيه وعلاقته به , والنسب هو صلة الشخص بغيره على أساس الدم فهو رابطة القرابة غلى اساس الدم بين الولد وابيه عامة وهو الناتج عن طريق الزواج [1]

الفرع الثاني :النسب شرعا

والنسب في الإسلام هوصلة الشخص بغيره على أساس القرابة القائمة على صلة الدم والغالب في استعمال كلمة نسب هونسب الشخص لأبيه وهوعلاقة قوية تقوم عليها الأسرة

[1] - ابن المنظور – لسان العرب – المجلد الرابع –دار الفكر العربي – لبنان – دس ط – ص312.

وتربط أطرافها بوحدة الدم والولد جزء أبيهوكل منهما عصب الأخر والنسب نسيج كل أسرة وهولحمتها ولذلك يدعو الشارع الكريم إلىالتأكد من صلة النسب فيها وإحاطتها من الدخيل عليها لذلك أبطلالإسلام نظام التبنيوأمر الله عز وجل أن بنسب الشخص لأبيه الحقيقي فقال تعال في سورة الأحزاب (ادعوهم لإبائهم هواقسط عند الله.....).

وذلك لاعتبار النسب نعمة من نعم الله تعالى على عباده ومظهرا من مظاهر قدرته حيث قال في الكتاب الكريم (وهوالذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا...)[1].

فالله خلق الإنسان فجعله نسبا وصهرا وهما رباط كل قربى بين البشروقد احكم القواعد المبينة لذلك وطالب بالالتزام بها ليعرف كل إنسانأصله ونسبه ورسول الإسلام عليه أفضل الصلاة وأتم التسليم يقول (تعلموا من أنسابكم ما تصلون به أرحامكم)[2]وأكد على ذلك فقال (أناالنبي لا كذب أنا ابن عبد المطلب)وهذا يدل على الحرص على النسب الذي ينحدر منه الشخص ولم يكن في عهد النبي الكريم من يجهل نسبهونسب عشيرته فقد كان رسول الله اعلم العرب بالأنساب ومن بعده أبوبكر رصي الله عنه وأرضاه الذي كان مرجعا فيه وقد كان رسول الله يحث على المحافظة على الأنساب بتخيّر النطفة لان العرق دساس حتى يكون النسب قويا منطويا على صفات طيبة فالنسب في الإسلام يقوم على

[1]- القرآن الكريم-سورة الفرقان – الآية رقم 77.

[2]- حديث شريف –صحيح البخاري- المجلد الثاني – ط 5 - 1998.

الحل والمشروعية وهي في الأساس رابطة الزواج الصحيحولم يتركه لاهواء الناس ورغباتهم [1].

المطلب الثاني

أسباب النسب في الشريعة.

للنسب أسبابينشاء عنها وهذه الأسباب تختلف وتتعدد وهي تتمثل فيما يلي:

الفرع الاول:الزواج الشرعي.

الزواج لغة هوالاقتران والاختلاط [2] والزواج اصطلاحه له عدة معانيكلها تؤدي إلى منحى واحد فهناك من يقول بان الزواج "هوعقد يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالأخر".

وقيل فيه أيضا "هوعقد يتضمن إباحةالوطء" وهذه التعريفات وغيرها كلها تنشد الحل في المعاشرة الزوجية بين الزوجين بعد الحرمة الثابتة شرعا بالنصوص الصريحة وقد ظهر من هذا التعريف بان الزواج هو[3]:"عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يقتضيه الطبع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة ويحدد مالكيهما من حقوق وما

[1]- احمد نصر الجندي - مرجع سابق-ص10.

[2]- المنجد في اللغة العربية المعاصرة – دار المشرق – بيروت – 2008-ط3-ص245.

[3]- احمد حامد – النسب في الشريعة والقانون – دار لقلم للنشر – الكويت – ط1-1983-ص 47.

عليه من واجبات " وبهذا يكشف الفقه عن أن مقصود النكاح في الشرع هوالإحصان والنسل والمودة والرحمة بين الزوجين.

أولا - أساس قاعدة الولد للفراش:

أساس هذه القاعدة هوأن كل ما ينتج عن هذا الفراش (الزواج) من نسل في إطار معاشرة زوجية مهيأة لاستقباله أساسها السكن والمودة والرحمة ومن اجل ذلك كان الزواج الشرعي الصحيح أقوى سبب من أسباب النسب حيث يثبت به هذا الأخير (النسب) من غير الحاجة إلى إعتراف صاحب الفراش ببنوة الولد إذا نتج عن هذا الزواج ولذلك نجد أن الرسول الكريم عليه أفضل الصلاة وأتم التسليم يضع قاعدة عامة وهي "الولد للفراش وللعاهر الحجر" وهذه القاعدة فيها حماية للزوجة ولشرفها وفيها أيضا صيانة لنسب ولدها الذي تأتى به هذا الفراش بإلحاق نسبه إلى الزوج المفترشدون الحاجة إلى اعتراف منه ببنوة الولد لان الفراش الصحيح قرينة قوية وكافية لثبوت النسب[1].

ثانيا - شروط ثبوت النسب بالزواج الصحيح:

بالرغم من أن قاعدة الولد للفراش إلا انه لثبوت النسب في الزواج الصحيح توفر عدة شرائط وهي تتمثل في:

[1]- احمد نصر الجندي- مرجع سابق –ص34/23.

-أن يكون الزوج ممن يتصور الحمل منه عادة وهذا الشرط ينبغي فيه أن يكون الزوج بالغا أو على الأقل مراهقا بلغ من العمر اثنا عشر سنة أيأن تكون له القدرة على مباشرة الزوجة.

-إمكانية التلاقي بين الزوجين وهذا الشرط بحد ذاته محل خلاف بين الفقهاء:

حيث قال الأحناف أن مجرد الفراش (العقد)وحده كاف لإلحاق النسب بالزوج صاحب الفراش وبالتالي الأحناف لا يشترطون دخول الزوج بالزوجة لكي يلحقه نسب مأتاتي به الزوجة من أولادولا يشترطون إمكان الدخول بها اكتفاء بمجرد العقد.

إما جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة ذهبوا إلىأن الفراش في الزوجية إنما يثبت بالعقد بشرط إمكانية الدخول بالزوجةفلوتزوج رجل من امرأة ثم طلقها في مجلس العقد ثم أتت بولد بعد مرور مدة ستة أشهر من تاريخ العقد فأكثر لم يثبت النسب منه مظنة له وبالتالي يشترطون إمكانيةالوطءمع مراعاة المدة الزمنية المحددة لمدة ستة أشهرإلى سنة من تاريخ العقد ورأي الجمهور هوالأرجح.

-أنتأتي الزوجة بالولد خلال مدة ستة أشهر من تاريخ الزواج ولا يزيد عن مرور سنة من تاريخ الطلاقحيث اتفق العلماء على أن اقل مدة للحمل التي يثبت بها النسب إماإذا جاء في مدة اقل من ستة أشهر فلا يثبت نسب هذا الحمل للزوج.([1])

[1]- الإمام أبو زهرة-محاضرات في عقد الزواج واثاره –دار الفكر العربي-دمشق-ص 81.

الفرع الثاني: الزواج الفاسد.

لقد وضع الفقهاء شروطا لعقد الزواج وهي أركانه التي يقوم عليها وشرائطه الشرعية التي لابد من توفرها ليكون عقد الزواج صحيحا شرعا إماإذا اختفت أركان العقد أوشروطه فان الفقهاء يطلقون عليه وصفا آخر ويختلف هذا الوصف من مذهب لآخر:

أولا - المالكية:ومن معهم جعلوا عقد الزواج الربعة أنواع وهي:

1/زواج لازم، 2/زواج غير لازم، 3/زواج موقوف، 4/زواج فاسد أوباطل.

وأساس ذلك أن عقد الزواج عندهم إذا استوفى أركانه وشروط صحته ونفاذه ولزومه فهو زواج "لازم"،وإذا اختل فيه شرط من شروط اللزوم فهو"عقد زواج غير لازم " وإذا تخلف فيه شرط من شروط النفاذ فهو"عقد زواج موقوف" وان فقد عقد الزواج ركن من أركانهأوشرط من شروط صحته فهو"عقد زواج فاسد أو باطل ".[1]

ثانيا - الأحناف: وكذلك هي الحال عند الحنفية إلاأنهم يفرقون بين "الزواج الفاسد" و"الزواج الباطل" عكس المالكية ففي رأيهمأن عقد الزواج إذا استوفى أركانهوشروط انعقاده وتخلف شرط من شروط الصحة سمي "عقدا فاسدا" وإذا لم يستوفي العقد ركنا من أركانهأوشرطا من شروط انعقاده سمي "عقدا باطلا".

وإذا فقد عقد الزواج شرطا من شروط الصحة كان زواجا فاسدا،وهي الشروط الواجب توافرها ليكون عقد الزواج صالحا لترتيب أثره الشرعي بعد انعقاده وشروط الصحة هي

[1]- احمد نصر الجندي – مرجع سابق – ص71/70.

الشهادة على الزواج وألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما فيه شبهة أوخلاف بين الفقهاء وان تكون صيغة الزواج خالية منالتوقيت وألا يكون احد من الزوجين مكرها على الزواج من الآخرأو أن يكون محرما تحريما مؤقتا من حج أوعمرة عدة أو أن يكون زواجا من دون صداق لدى "المالكية " وأيضا إلايتواطأ الزوج مع الشهود على كتمانالزواج ومن شروط صحة الزواج لدى "المالكية" ألا يكون احد الزوجين مريضا مرضا خطيرا ومخوفا.[1]

ثالثا -إثبات النسب بالزواج الفاسد:

أن كل نكاح يدرا فيه الحد عند المالكية يلحق الولد فيه بالواطئ لان المشرع لما أراد عنه الحد فتح الباب لإثبات نسب الولد منه،إما حيث وجد الحد لا يلحق النسب بالواطئ ويقام عليه الحد إما في حالة وجود الشبهة يسقط الحد.[2]

الفرع الثالث : الوطء بشبهة

الشبهة هي الأمر الذي يشبه به الثابت، وهوليس بثابت فيه واصل ذلك قول سيد الأنام عليه أفضل الصلاة وابلغ السلام "ادروا الحدود بالشبهات ما استطعتم ".

ووطئ الشبهة هوغلط في من تحل له في المستقبل وقيل هوكل وطئ حرام لا حد فيه ينفي الحرمة ويضرب الفقهاء مثلا بقولهم من وطئ امة ولده لا يجب عليه قيام الحد لقيام

[1]- الإمام أبو زهرة – مرجع سابق – ص 92/91.

[2]- وهبة الزحيلي– مرجع سابق – ص 122.

الشبهة في محل الوطء وهوالأمةالموطوءة استنادا لقوله صلوات الله وسلامه عليه:"أنت ومالك لأبيك" وهذه الشبهة رتب عليها الفقهاء:

أولا - نتائج الشبهة :

1/سقوط حد الزنا عن الواطئ (الأب) لقيام الشبهة،وذالك بإدّراء الشبهات استنادا لقوله صلى الله عليه وسلم "إدّرئوا الحدود بالشبهات مااستطعتم".

2/إلحاق نسب الولد وهذا الأثرأساسهأن كل وطئ لا يوجب قيام الحد فيه فان نسب الولد فيه يلحق بالواطئ،فهذا الوطء لا يعد زنا حقيقة والظاهرية يرون عدم ثبوت النسبويحد الواطئ والشبهة في نظرهم في هذه الحالة قد تكون شبهة فعل.

أما الأحناف فيرون أنها ظن غير الدليل دليلا عليه،فالواطئ هنا ظن حل الوطئ و لذلك كانت الشبهة في الفعل وليست في محل الوطء، مثالذلك أن يباشر الرجل معتدته من طلاق الثلاث ولذلك يرون ان شبهة الوطء تسقط الحد عن الواطئ لظنه حل الوطء ولايترتب عليه ثبوت النسب لأنه زنا محض[1].

ثانيا -شروط ثبوت النسب في الوطء بشبهة:

1/الشبهة في المحل والشبهة في العقد هي شبهة حكيمة ولذلك يثبت بها النسب مطلقا لان الشبهة هنا فيها دليل قاطع على قائم يقتضي الحل إذا العقد فيهما فاسد ويسقط به الحد ويثبت به النسب لأن النسب يحتاط في إثباتهوتعتبر مدة ثبوت النسب من تاريخ الدخول.

[1]- الإمام ابوزهرة– مرجع سابق – ص 101.

2/ثبوت النسب لا يتوقف على ثبوت الزوجية فقد يثبت النسب شرعا بدون الزوجية كما يثبت بالوطء بشبهة.

3/توجب قواعد الشريعة الإسلامية الاحتياط في الأنسابوتثبت النسب وتورث به في النكاح ولوكان فاسدا وبالوطء بشبهة.

المطلب الثالث

اثبات النسب و موانعه

الفرع الاول : إثبات النسب شرعا.

المقصود بالإثبات هوإقامة المدعي الدليل على ثبوت ما يدعيه قبل المدعى عليه أما الثبوت فهوقيام الحق المدعى به،فالإثبات هوإذن فعل يصدر من المدعي،وهذا الفعل قائم بذات الشيء المدعى به قبل المدعى عليه ونتيجته الإثبات والثبوت وألا يحكم به القاضي وفيه إجابة المدعي إلى طلبه بدعواه، أو رفضه هذا الطلب،هذا ويلاحظ انه لا يلزم من الثبوت أمام القاضي الثبوت في الواقع كما هوالحال في شهادة الزور فهذه الشهادة يترتب عليها ثبوت أمام القاضي فيقضي على ضوئها،رغم أن الثبوت المبني عليها مبني على غير الواقع.

وأدلة ثبوت الحق إمام القضاء متعددة حتى ان بعض الفقهاء أطلقالأدلةوأجازإثبات الحق موع الدعوى بأي دليل لان الغاية من حكم القاضي أن يكون عادلا وأن يعطي كل ذي حق حقه.

ذهب جمهور الفقهاء إلى حصر أدلةإثبات النسب في طائفة معينة وسندهم في ذلك ان النصوص وردت بالشهادة واليمين ولذلك يتعين الوقوف عند ماجاءت به هذه النصوص والإقرار الصادر من المقر على نفسه ملزما إياها بما اقر به وهذا لا يمنع الشرع منه فقد حكم رسول الله عليه الصلاة والسلام على من اقر عنده بالزنا بناء على إقراره به وأضافالجمهور أن بعض الأدلةالأخرى جاء بها الشرع كالقسامة وبعض الأدلة كالقيافة والقرعة والقرائن ولذلك يرى أصحاب هذا الرأي وجوب حصر الأدلة دون التوسع فيها ومن هنا قال الفقهاء أنالأصل في الدليل الإباحةأيضاقالوا بان ليسلكل ذي حق أن يختار ما يرضاه من طرق الإثبات دليلا على حقهوقد اتفق الفقهاء على بعض أدلةالإثبات وهي:[1]**الإقرار،الشهادة،القسامة**،واختلفوا في القرائن والدليل الكتابي واليمين والنّكول والقيافة والقرعة.

ولما كان مجال إثبات النسب أمر خفي بين الرجل والمرأة فسوف نقوم بتبيان أدلةإثباته بادئين ب:

أولا - الفراش(الزواج):

قال الرسول صلاة الله وسلامه عليه "الود للفراش وللعاهر الحجر"والفراش شرعا هويعني تعيين المرأة لرجل واحد ولذلك كان الفراش سببا قويا لثبوت النسب وذلك دون التوقف على إقرار الزوج أو بينة لان عقد الزواج الصحيح شرعا يبيح المعاشرة الزوجية

[1]- الإمام أبو زهرة – مرجع سابق – ص127.

بين الرجل والمرأة ويجعل الزوجة مختصة بزوجها يستمتع بها وحده دون غيره فإذا جاءت بولد فهومن زوجها واحتمال انه من غيره مرفوض لان الأصل حمل أحوالالناس على الصلاح حتى يثبت عكس ذلك.

فقال "الأحناف" أنالمرأة تصير فراشا بمجرد عقد الزواج وان لم يجتمع بها الزوج لان مجرد عقد الزواج يجعل منها فراشا فهومظنة الاتصال فإذا وجد كفى، ولذلك يقول "صاحب البسوط" أن (الفراش سبب ظاهر وحتى أقيم السبب الظاهر مقام المعنى الخفي – الاتصال الجنسي بين الزوجين-تيسيرا سقط اعتبار المعنى الباطن لان المقصود من النسب حكمه لا عينه).

إمارأي "الشافعية" و"الحنبلية" و"المالكية" فهوأنالمرأة تصير فراشا بعقد الزواج إضافةإلىإمكانية الدخول بها (الوطء) وهذا كاف لإثبات النسب وهنا نسب ولد المطلقة في مجلس عقد زواجها ولا نسب لولد المشرقية من المغربي إذا لم يتم التلاقي بينهما مثلما يقضي به الأحناف وذلك لأنه ثبت انه لم يصل إليها وسبب ذلك أن عقد الزواج لا يقوم مقام الوطءإلا حيث انه يكون مظنة له.[1]

وللفراش مراتب مختلفة ومتفاوتة فقد قال:

أ – الأحناف: إن الفراش أربعة مراتب وهي:

[1]- احمد نصر الجندي – مرجع سابق- ص21/20.

- فراش ضعيف وهو فراش الأمة وبسبب هذا الضعف لا يثبت نسب ولدها إلاإذا ادعاه سيدها.
- فراش متوسطوهوفراش الأمةأم الولد وهي الأمة التي سبق وان أنجبت من سيدها فجعلها أم ولده وهذا النسب يثبت دون ادعاء من سيدها إلاإذا نفاه.
- الفراش القويوهوفراش الزوجية وهوحال قيام الزوجية أوخلال فترة العدة من طلاق رجعي وهذا الفراش يثبت به النسب بلا دعوة إلا انه ينتفي باللعان.

وهناك فراش أقوى وهوفراش المطلقة طلاقا بائنا وسمي هذا الفراش بأنه هوالأقوىلأنه لا يتنافى باللعان لان هذا الأخير لا يجوز مع المطلقة طلاقا بائنا لان شرطه الأساسي قيام الزوجية.

ب - جمهور الفقهاء:

حيث جعلوا الفراش مرتبتين:

المرتبة الأولى:وهي فراش قوي وهوفراش الزوجة وفراش المعتدة من طلاق رجعيوالبائن لان المرأةإذا وجبت عليها العدة وجاءت بولد قبل مضي أقصى مدة الحمل من يوم الطلاقأوالوفاة كان هناك احتمال إنها حملت من الزوج من يوم الطلاق أوالوفاة فيثبت النسب منه بناء على هذا الاحتمال، +وهذا النسب لا يتم نفيه إلا باللعان،ولا يختلف الحكم إذاأقرت بانقضاء عدتها قبل الإتيان بالولد قبل مضي أقصى مدة الحمل من وقت الإقرار بانقضاء العدة أوبعد مضيها وهذا ويلاحظ أن الجمهور اقر بملاعنة المعتدة من طلاق بائن

لنفي الولد وهذا على خلاف ما قال به الأحناف بان فراش المطلقة بائنا فراش أقوى ولا ينتفي فيه النسب باللعان.[1]

ثانيا –الإقرار :

وهو يأتي في المرتبة الثانية من أدلةإثبات النسب والإقرار هو:إقرار الشخص وادعائه بثبوت النسب إليه لما فيه من أخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه ولذلك لا يكون سببا لمدلوله وإنما هودليل تقدم الاستحقاق عليه في زمن سابق وحكمه ظهور ما أقربه المقر ثبوته ابتداء باعتبار الإقرارأخباربأمر وليس إنشاء لحق ولذلك يكون الإقرار صحيحا ونافذا ولوكان خاليا من ذكر سببه.

أ - الأحناف: يرى الحنفية أن الإقرار هو إخبار عن ثبوت الحق لا إنشاء له فالمقر يخبر بالحق لغيره ولا ينشئ لذلك الحق ولذلك فان حكم الإقرار ظهور الحق لإثباته ابتداء فمن قال أن فلانا ابنه وتوافرت شروط ذلك الإقرار فقد ظهر ثبوت النسب لهذا الابن قبل الإقرار بمعنى أن النسب كان ثابتا له من قبلوالإقراربشأنهما هوإلا دليل تقدم بثبوت النسب عليه في زمن سابق ولذلك كان حكم هذا الإقرار هوظهور نسب الابن لهذا المقر لان الإقرار مظهر للحق المقر به لا مثبت له.

كما قضى بان الفقهاء نصوا على انه إذا اقر شخص ما بنسب ولد ثبت نسبه منه إذا كان الولد مجهول النسب ويولد مثله لمثله وصادقه المقر له على ذلك إن كان

[1]- وهبة الزحيلي– مرجع سابق – ص131/130.

مميزاوهذا الإقرار لا يصح الرجوع عنه ولا يبطل نسب الولد الثابت بهذا الإقرار بالرجوع عنه بعد ذلك والإقرارأقوى الحجج لان العاقل لا يقر على نفسه أوماله كذبا ولذلك قرر الفقهاء أن المقر إذا ادعى كذب إقراره ولم يصدقه المقر له كان يدعي شيئا غير مصدق عند العقلاء فلا يقبل منه بنية عليه أي على ادعائه الكذب في إقراره ولوكان لا تقبل فيه بنية عليها وإنما يحلف المقر له.

يقول ابن رشد ان حقيقة الإقرار هي الأخبار عن أمر يتعلق به حقللغير وحكم اللزوم والإقرار ابلغ من الشهادة.

ويقول أشهب "قول كل احد على نفسه أوجب من دعواه على غيره وله أربعةأركان: الصيغة المقر، المقر ّله والمقّر به ، والإقرار له ضربان: نسب ومال وهو في النسب الاستلحاق ، مالم يكذبه عقل أو عادة أو شرع.[1]

ب- المالكية:يرون أن الاستلحاق هوإقرار الرجل المكلف انه أب لمجهول نسب ولوكذبته أمه_ لتشوف الشارع للحوق النسب ولا يشترط فيه ان تصادق أم الولد على إقرارالمستلحق فالنسب يثبت بالاستلحاق ولو كذبته أمه متى كان لا يكذبه العقل كان المستلحق صغيرا مثلا.

[1]- عبد العزيز عامر-الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية – دار الفكر العربي—دمشق- ط1-1984- ص 67/65.

هذا ويلاحظ ان ولد الزنا لا يجوز استلحاقه كمنا لا يجوز استلحاق المعلوم النسب لان شرط الاستلحاق لان شرط الاستلحاق أن يكون المستلحق مجهول النسب،إما ولد الزنا فهومقطوع النسب متى كان معلوما انه من الزنا.

وقد بين الفقهاء أن سبب الإقرار هو إرادة المقر إسقاط الواجب عن ذمته بإخباره ان الحق قائم في ذمته وفي مجال النسب بإخبارهأن الولد ابنه من فراش صحيح شرعا فيحقق بذلك إظهار ثبوت نسب الولد له ويحقق أيضا حق المرأة في إظهار عفتها واثبات في انه لولدها أب معروف شرعا.

أ- شروط الإقرار بالنسب:

1/أن يكون المقر بالغا عاقلا حتى يتمكن من نفاذ إقراره في حقه ولذلك لا يصح إقرار الصغير والمجنون والمعتوه.

2/أن يكون الإقرار الصادر عن قصد وإرادةفإذا كان مكرها كان إقراره باطلا وكذلك هي الحال إذا كان هازلا في إقراره،إذ يشترط لصحة الإقرار وجوب أن يفيد ثبوت الحق المقر به على سبيل الجزم واليقين فلوشاب الإقرار مظنة أوشك في بواعث صدوره،فلا يؤخذ به.

3/ان لا يكذب ظاهر الحال المقر في إقراره،بمعنى أن المقر بالنسب إذا اقر بولد لايولدمثله لمثله بأنه ابنه ولا يصح إقراره لظهور بطلان هذا إلا قرار فالصغير الذي يقر لمن هو أكبر منه سنا بأنه ابن له لا يقبل منه إقراره لبطلانه.

هذا ويثبت أنالإقرار الصادر بالنسب ممن توفرتفيه شروط الإقرار يثبت به النسب عند الأحناف ولو كان المقر كاذبا احتياطا لإثبات النسب ويكون عليه وزر ادعائه وحتى ولوكانت الظواهر تكذبه ولا يحول دون ثبوت النسب بهذا الإقرار.[1]

والإقرار نوعان:

ب-إقراربأصل النسب:هو إقرار فيه تحميل النسب على المقرابتداء أو مباشرة مثال ذلك ان يقر شخص بان فلان ابنه، أو أن فلان أب له.

قال السرخسي "إذا اقر بابن فإنما يقر على نفسه لان الأب يتحمل نسب الولد على نفسه وهذا الإقرارإماإقرار ببنوة أو بأبوة وقد يكون إقراربالأمومة ".

وهذا الإقرار له شروط وهي:

1/أن يكون المقر رجلا بالغا مكلفا حرا ومختارا في إقراره حتى ينتج الأثرالإقرار في حقه.

2/أن يكون لولد المقر له بالنسب مجهول النسب أي لا يعلم له أب في البلد الذي ولد فيه.

3/أن يصادق المقر له المقر في إقراره ومحل هذا الشرط أن يكون الولد المقر له بالبنوة عاقلا بالغا إماإذا كان صبيا صغيرا فلا يشترط مصادقته لان ثبوت النسب فيه مصلحة له فالمصادقة التي تثبت بها الدعوى (مصادقة المدعى عليه)أوبالبينة من المدعي والمصادقة

[1]- الإمام أبو زهرة – مرجع سابق –ص 137.

لازمها أن يكون الولد المصادق أهلا لها بالعقل والبلوغ اذا كان المقر له حيا والى هذا ذهب الأحناف والشافعية والحنبلية.

4/أن يولد مثله لمثله وهذا الشرط تقضي به ضرورة إثبات النسب وان لا يدعي المقران ولده من الزنا وان لا ينازع المقر في إقراره شخص آخر حيث في هذه الحال لابد لكليهما من بينة تؤيده في دعواه للاستحقاق مجهول النسب المقر له.[1]

وهناك نوع ثاني من الإقراروهو:

ج - إقرار فيه تحميل النسب على الغير:

وهذا النوع من الإقرار لا يعتبر إقرارا مجردا به ولا مجال لإثبات النسب فيه بالدعوة التي تقوم على الإقرار بالنسب لان النسب هنا فيه تحميل للنسب على الغير (الشخص المقر) وإنما يتعدى النسب بهذا الإقرارإلى غيره أولا حتى يمكن أن يصل إليه ومفاد ذلك إنالإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير يخالف الإقراربالأبوة والبنوة للمقر فالشخص الذي يقر أن فلانا أخوهأوعمه يتعدى إقرارهإلى غيره ولذلك لا يقبل إقراره في حق النسب.[2]

ثالثا -إثبات النسب بالبينة(الشهادة) :

يقصد بالشهادة أخبار صادق لإثبات حق في مجلس القضاء ويرى الأحنافأن يكزن الأخبار بلفظ الشهادة وفي حجة الشهادة في الإثبات يقول الحنفية إن القياس يأبىأن تكون

[1]- أحمد نصر الجندي – مرجع سابق– ص134/133.

[2]- الإمام ابوزهرة– ص141.

الشهادة حجة في الأحكاملأنها خبر محتمل للصدق ومحتمل للكذب أيضا والخبر المحتمل لا يمكن اعتباره دليلا قاطعا وحجة ملزمة غير أن النصوص الشرعية دلت على الشهادة فقد قال الله عز وجل في كتابه الكريم "واستشهدوا شاهدين من رجالكم "وقال أيضا"فاستشهدوا عليهن أربعة منكم "وقال رسوله الكريم عليه أفضل الصلاةوأتم التسليم "شاهداك أويمينك" وقال أيضا "البينة على من ادعى" كما أن حاجة الناس داعية ذلك لكثرة الخصومات بين الناس ويتعين إقامة الحجة الموجبة للعلم في كل خصومة هذا وإضافة لذلك النصوص طلبت الاستشهاد بالشهود وأوردت العددالمطلوب للشهادةلما في ذلك من معنى طمأنينة للقلب وهداية القاضي لسبيل الحق وللشهادة شروط لتحملها ولأدائها فإذا توفرت هذه الشروط وقامت بالبينة دلالة على ثبوت النسب المدعى به ثبت النسب وكان ثبوته بالبينة أقوى من مجرد ثبوته بالدعوةأو الإقرار.

أ / مراتب الشهادة:

الأحناف:يقول الحنفية بأنها أربعة مراتب وهي:

الأولى:الشهادة على الزنا ونصابها أربعة رجال ولا تقبل فيها النساء وذلك طبقا لقوله تعالى في سورة النور "واللاتي يؤتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم".

وهذا النصاب إذأريدإثبات الزنا لإقامة الحد أماإذاأريدإثباتلأجل حق آخر يترتب على ثبوته فلا يشترط هذا العدد من الشهود.

الثانية:الشهادة على بقية الحدود أوالقصاص في النفس أوفيما دونها ونصابها رجلان ولا تقبل فيها شهادة النساء.

الثالثة:الشهادة على مالا يطلع عليه عادة الرجال من عيوب النساء في المواضيع التي لا يطلح كالبكارة والثيوبة والولادة والرتق وتكفي فيها شهادة امرأتينأو امرأة واحدة فقط طبقا لقول الرسول عليه الصلاة والسلام"شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه".

الرابعة:الشهادة على سائر الحقوق يكون نصاب الشهادة فيها رجلين أو رجل وامرأتين.

والأصل في الشهادة انه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه بالعين أو بالسماع بنفسه إلاأن الفقهاء استثنوا من هذا الأصل مسائل منها "النسب" فأجازوا فيه الشهادة بالتسامح بين الناس وان لم يعاين بالعين أوبالسماع بنفسه وهذا الاستثناء ضرورة دعت إليها المصالح والحاجة الشديدة أوهي استحسان مرده والوجه فيه إنالأمور المستثناة يختص بمعاينتهأسبابها خواص الناس لا يطلع عليها إلا هم.[1]

ب/نصاب الشهادة على النسب :

اختلف الفقهاء في النصاب المحدد للشهادة على النسب وذلك على النحوالتالي:

[1]- أحمد نصر الجندي – مرجع سابق– ص 59/58.

رأي الجمهور:نصابها هورجلان عدلان ولا تقبل عندهم شهادة النساء في النسب لان الله تعالى قال في كتابه الكريم في سورة الطلاق "واشهدوا ذوي عدل مكنكم " وهذا الإشهاد محمول على مالا يقصد من المال والنسب.

رأي الأحناف:هم يقبلون شهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتان في النسب لان الله أجاز بوجه عام الشهادة للنساء مع الرجال.

وهناك رأيأخر يقول بقبول رجلين عدلين أورجل وامرأتينأورجل فقط أويمين المدعي في دعوى النسب،لان عبد الله ابن العباس رضي الله عنه وأرضاه قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بيمين وشاهد.

ثانيا/ موانع النسب:

إن النسب وكغيره من المسائل الخاصة لديه حدود وموانع يقف عندها إذا توفرت تحول دون ثبوته ومشروعيته وهي مايلي:

أولا/ الزنا:

إن الزنا من الكبائر التي نهى عنها الإسلام وشرع لها حدا وورد النهي عن اقترافها في الكتاب والسنة المطهرة والإجماع.

أ-الكتاب:وذلك من خلال نصوص قاطعة وذلك في قوله جل جلاله "ولا تقربوا الزنى انه كان فاحشة وساء سبيلا "([1]) وقال ايضا "والزاني والزانية فاجلدوا كل منهما مئة جلدة ولا

[1]- القرآن الكريم – سورة النور – الآية رقم 2و3.

تأخذكم بهما رأفة في دين الله ان كنتم مؤمنين بالله واليوم الأخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين" وقوله تعالى "واللذين لا يدعون مع الله إلاها آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله إلا بالحق ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلقى آثاما ويضاعف له العذاب يوم القيامة ويخلد فيه مهانا ".[1]

ب -السنة النبوية:إما ما ورد في السنة المطهرة فقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم افتخر بنسبه وقال "ولدت من نكاح ولم أولد من سفاح " وروي عن عبد الله بن مسعود قال"سالت رسول الله عليه الصلاة والسلام أي الذنب أعظم قال:إن تجعل له ندا قال ثم قلت أي؟ قال:أن تقتل ولدك مخافة إن يطعم معك قال ثم قلتأي؟قال: قال إن تزني بحليلة جارك "وقوله "لا يزني الزاني حين يزني وهومؤمن ".[2]

ج -الإجماع:لقد اجمع فقهاء الأمة السلامية على تحريم الزنا وجعله من اكبر الكبائر ولا يدخل الجنة مرتكبه ولذلك جاء تحريمه بالنص القاطع الدلالة على ذلك رغبة في صيانة الأنساب وعدم اختلاطها حتى لايؤدي الزناإلىالإخلال بالنظام الأخلاقي والاجتماعي فتشيع به الفاحشة ومن اجل ذلك يقول الفقهاء "أنالزنا معطل للنسب".

فقرر جمهور الفقهاء أن الزنا لا يلحق به نسب الولد وان ادعاه صاحبه لان ثبوت الحكم ينبني على ثبوت النسب والزنا ليس سببا لقيام النسب وثبوته وذلك لان النسب نعمة

[1]- القرآن الكريم – سورة الاسراء –الآية رقم 32.

[2]- حديث شريف –رواه الترمذي.

والزنا نقمة فلا يستحق الزاني النعمة التي عبر عنها رسول الله بان الولد للفراش اي للحل والنكاح.[1]

ثانيا / اللعان:

لقد جعل الشارع الحكيم حدا لمن يقذف المرأة الطاهرة العفيفة بالزنا ولم يثبت دعواه بشهادة أربعة شهود عدول وهذا الحد هوعقوبة فيها زجر للقاذف ولمن يحذوحذوه من اللذين يخوضون في أعراض العفيفات من نساء المسلمين والحد مقدر في القران الكريم بثمانين جلدةطبقا لما جاء لقوله في سورة النور "واللذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعةشهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداوأولئك هم الفاسقون "[2] وهذه الآيةأطلقت الحدفي قذف المحصنات إلاأن الله عز وجل وضع نصا خاصا خفف فيه عن الأزواج فشرع اللعان إذا قذف الزوج زوجته قال تعالى في سورة النور "واللذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلاأنفسهم فشهادة احدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ويدرا عنها العذاب أتشهدأربعة شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين " ولما نزلت هذه الآيات على الرسول الكريم أقام اللعان بين زوجين حيث اتهم زوج زوجته بالزنا مع شخص آخر بعد أن وعظهما الرسول عليه الصلاة ة والسلام فصار ذلك

[1]- احمد نصر الجندي – مرجع سابق – ص165/163.

[2]- القرآن الكريم – سورة النور –الاية رقم4-9.

هوالحكم المقرر في حال اتهام الزوج لزوجته بالزناأوبنفي نسب ولدها إليه ولم تكن له بينة في دعواه ولم تصدقه الزوجة وطلبت حق القذف.

والمالكية يرون أن اللعان هوحلف الزوج على زنى زوجته أو نفي حملها وحلفها على تكذيبه.

وعند الأحناف هو أربع شهادات مؤكدات بالإيمان مقترنة باللعن قائمة مقام حد القذف في حق الزوج وحد الزنا في حق الزوجة.

وعند الشافعية هوقذف الرجل لزوجته التي علم زناها بان رآه بعينه أو ظنه ظنا مؤكدا وقيل عندهم أيضا "اللعان هوكلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف فراشه فالحق العار به أو المضطر إلى نفي والولد".[1]

أ/شروط اللعان :

1/قيام الزوجية بين المتلاعنين حقيقة أوحكما عند القذف وهذا الشرط يستوي فيه أن الزوجة مدخول بها أولا أوتكون مطلقة طلاقا رجعيا كما يرى الأحناف لان العبرة عندهم بالوقت الذي وقع فيه اللعان من الزوج.

أما رأي الجمهور هنا أن العبرة في الوقت الذي يدعي فيه الزوج زنى الزوجة ففي رأيهم لابد أن يكون حال قيام الزوجية فإذا كان الوقت الذي وقع فيه اللعان بعد طلاق بائن أو قبل الزواج لا يقبل منه لعان ويقام عليه حد القذف.

[1]- الامام أبو زهرة– مرجع سابق – ص 171.

2/الزواج الفاسد لا لعان فيه لان فيه تعتبر أجنبية ولذلك يقام على الزوج حد القذف مالم تكن له بينة وكانت المرأة عفيفة.

غيرأن الحنبلية والشافعية أجازوا اللعان في النكاح الفاسد إذا قصد به نفي نسب الولد لان الرجل قد يضطر لنفي نسب الولدولا طريق له إلا اللعان.[1]

المبحث الثاني:

النسب في القانون

يعتبر النسب حقا أساسياوأصليا لكل إنسان، حيث انه بواسطته تثبت للشخص جميع حقوقه الشخصية الأخرى ذلك أن أول سؤال يطرح للطفل هو: من أنت.....وابنمنأنت. ..... فإذا ما ثبت نسبه تثبت له سائر الحقوق الأخرى بصورة تلقائية وطبيعية وشرعية ومنها:الاسم واللقب والموطن إماإذا لم يثبت نسبه أولم يعلم نسبه فان هذه الحقوق تتقرر للطفل ولكنعلى أساسآخر غير أساس ثبوت النسب، فتثبت له الجنسية على أساس المكان الذي ولد فيه أوعثر عليه فيه كما تثبت ديانته أساس الدين الغالب في ذلك المكان،أما حقوقه الأسرية وغيرها من سلالحقوق الخاصة كالحضانة والنفقة فتتحول من حقوق خاصة إلى حقوق اجتماعية عامة تتولى الدولة تقريرها للطفل مجهول النسب عن طريق المؤسسات التي تنشأ تحت إشرافها لهذا الغرض،وأمام هذه الكبرىللنسب، وسعيا للمحافظة على الأنساب والروابط الأسرية سعت الشريعة الإسلاميةإلى سد جميع سبل الاختلاط

[1]- احمد نصر الجندي – مرجع سابق – ص172/169.

الأنساب بتحديدها تحديدا دقيقا وواضحا في سبل إثباته، وهو نفس النهج الذي سار عليه المشرع الجزائري في المواد من 40إلى46من قانون الأسرة، وقبل التحدث عن هذه الطرق ووجب علينا أولا وقبل كل شيءإعطاء تعريف قانوني جامع مانع للنسب، فما هوالنسب ؟

المطلب الأول:

مفهوم النسب في القانون

الفرع الأول : تعريف النسب قانونا.

لقد عرف النسب بأنه القرابة الناشئة من صلة الدم بالتناسل والبنوة وهي نسبة الولد لأبيه[1]وعرف أيضابأنهإلحاق الولد بابيه قانونا ودينا واعتباره الأصل الذي تفرع عنه ذلك الولدفالنسب إذن هو إحدىأهم قواعد التشريع في الأحوال الشخصية لأهمية دوره في ضمان انسجام التشريعمع أثاره وقبل أن يتصف هذا الإلحاقبأية صفة أخرى فهو إحقاق للحق وإبطال للباطل، لأنهإثبات لواقعة اللقاء الجنسي بين الرجل والمرأة كان سببا في هذا النتاج من جهة ولأنه رفع للظلم الذيتعرض له طفل بريء بجهل نسبه ولم يفعل ما يجلب له ظلم الظالمين[2].

وعرف أيضابأنه هوالذي يتبع فيه الولد أباه في القانون والدين والحضارة وينبني عليه الميراث وينتج عنه موانع الزواج ويترتب عليه حقوق وواجبات أبويةوإبنية، أما

[1]- عمر فروخ- الأسر في الشرع الإسلامي- لمكتبة العلمية والعصرية- بيروت صيدا- ط1-1951-ص98.

[2]- فضيل سعد – شرح قانون الأسر الجزائري في الزواج والطلاق-المؤسسة الوطنية للكتاب-ج1-ط1986-ص120.

النسب الغير شرعي فلا يترتبعليه شيءإطلاقا وهوهنا ينسب للام كما في الشريعة الإسلاميةلأنه ولدها[1].

وعليه إذا كان تعريف النسب لا يثير أيةإشكالية وهومتفق عليه في كل التشريعات فات الحال غير ذلكفي طرق إثبات ونفي النسب وهوما دعا كل التشريعات الإسلامية والدولية إلىإعطائهاأهمية خاصةفهل وفق المشرع الجزائري في تحديد طرق إثبات النسب ونفيه خاصة مع التطور العلمي المذهل الذي يشهده العالم في الآونةالأخيرة؟ حتى لوكانت الإجابة بنعم أولا فما هي الطرق المكملة لذلك؟ ثم ما جدواها في حل الإشكالية التييثيرها إثبات النسب ونفيه أمام القضاء؟

وذلكماسنحاول معالجته من خلال تركيزنا على تبيان كل من الطرق الشرعيةلإثبات النسب ونفيه وكذلك الطرق المستحدثة فيه ومدى استفادة المشرع والقضاء منها.

الفرع الثاني -إثبات النسب في القانون:

تنص المادة 40 من قانون الأسر على انه "يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 34، 33، 32 من هذا القانون "وبالتمعن في أحكام هذه المادة يمكننا تقسيم طرق إثبات النسب إلى طريقتين أوسببين وهما:

[1]- العربي بلحاج-الوجيز في شرح قانون الأسر الجزائري-الزواج والطلاق-ط1999-ص188.

– سبب منشئ بمعنى انه لا يحتاج إلىدليل وهذا السبب يشمل كل أنواع النكاح.

– وسبب كاشف لهأي يعيد إدماجه قانونيا وهذا الأخير يدخل تحت طائلته (الإقرار والبينة).

وهذا ما سنحاول توضيحه مما يلي:

المطلب الثاني :

الأسباب المنشئة للنسب في القانون:

ينشأ النسب بالنكاح سواء كان صحيحا أوفاسدا وكذلك بنكاح الشبهة وقبل التطرق إلى الشروط الواجب توفرها وذلك وفقا لما يلي:

الفرع الاول-الزواج الصحيح:

ويقصد به الزواج الذي تتوفر أركان الانعقاد وشروط الصحة طبقا لمقتضى المواد 9 و23من قانون الأسر وما يليها من نفس القانون[1].

إذنإذا كان الزواج كامل الشروط والأركان عد زواجا صحيحا وصالحا لإثبات النسب دون اشتراط بينة أوطلب اعتراف ممن سيثبت نسب الولد منه، وهذا متى كان تصور مجيء الولد من هذه الزوجية القائمة ممكنا حتى يكون كما قال الرسول صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش وللعاهر الحجر"[2]

[1]- فضيل سعد – مرجع سابق – ص213.

[2]- محمد محدة- الخطبة والزواج – دار الشهاب للنشر – ط2- 2000 – ص 416.

الفرع الثاني-الزواج الفاسد :

لقد ورد في المادة 40 من قانون الأسر على انه يثبت النسب. .....وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخولطبقا للمواد 34، 33، 32 من نفس القانون.

ومن مراجعة أحكام هذه المواد يتضح لنا بجلاء أن الأولى نصت على فسخ النكاح أي على فساده إذا اختل احد أركانه أويشتمل على مانع أوشرط يتنافى ومقتضيات العقد،أوثبتت ردة الزوجوالثانية نصت على انه إذا تم الزواج بدون ولي أوصداق أوشاهدين يفسخ قبل الدخول ولاصداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد،أما الثالثة نصت على أن الزواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول أوبعده.[1]

الفرع الثالث-نكاح الشبهة:

ويقصد به النكاح الذي يقع فيه خطا بسبب الغلط الذي يقع فيه الشخص كان يتزوجالشخص بإحدى المحرمات عليه معتقدا أنها تحل له، وبعد الحول تبين له أنها أخته من الرضاع مثلا.

ولكن يجب لحرص كلالحرص على ثبوت غلط الشخص فان كان عالما بالغلط أوالشبهة وتعمدها فالزواج باطل ولا اثر له والولد في هذه الحالة يعتبر ولد زنا،وعليه

[1]- د/فضيل سعد , مرجع سابق , ص84.

ومتى[1]نتج عن إحدى هذه الأنكحة ولد فإن نسبه يثبت لأبيه ولكن بتوفر ثلاث شروط أساسية وهي تلك التي حددتها المواد 41 و42 من قانون الأسر وهذا بيانها:

أولا/إمكانية الاتصال الجنسي:

أيإمكانية التلاقي بين الزوجين بصورة فعلية لأنهإذا ثبت أو تأكد عدم الاتصال وعدم التلاقيفلايثبت النسب،ويتحقق هذا الشرط بالخلوة الصحيحة لأنها قرينة على تسليم المرأة نفسها لاعتبار العقدشرعيا –هذا في الزواج الصحيح –أما فيما يخص النكاح بشبهة والنكاح الفاسد فالدخول فيه شرطأساسي لتحقق هذا الشرط.

ثانيا/عدم نفي الولد بالطرق الشرعية:

بمعنى انه لا ينفيه الزوج عنه بالطرق المشروعة سواء قبله قبولا ضمنيا أوصريحا، الطرقالمشروعة في نفي النسب هي اللعان طبقا لقرار المحكمة العليا المؤرخ في 1993/11/23 ملف رقم 99000 والذي جاء فيه انه "من المقرر قانونا أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة" ومن المستقر قضاء أن مدة نفي الحمل لا تتجاوز ثمانية أيام.

ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم علمه به وخلال المدةالمحددة شرعا وتمسكا بالشهادة الطبية التي لاتعتبر دليلا قاطعا ولان الولد ولد بعد مرور مدة أكثر منستة أشهر على البناء،وان قضاة الموضوع بقضائهم بصحة

[1]- الامام محمد أبو زهرة , محاضرات في عقد الزواج وآثاره , مرجع سابق , ص74.

الزواج العرفي مع رفض إلحاق النسب الولد بابيه عرضوا قرارهم للتناقض مع أحكام المادة 41من قانون الأسرةوأخطئوافي تطبيق المادتين41 و42 من قانون الأسر فيما يخص إلحاق النسب، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[1].ونفس الشيءجاء به القرار رقم 165408 المؤرخ في 1997/07/08[2].

ثالثا/ولادة الولد بين اقل وأقصى مدة الحمل:

واقل مدة الحمل هي ستة أشهر[3]أماأقصى مدة للحمل هي محل خلاف بين الفقهاء كما سبق وتطرقناإليه فيما يخص مدة الحمل في الشريعة الإسلامية ونجد أن المشرع الجزائري وحرصا منه على اجتنابالشبهات جعلها مدة عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أوالوفاة طبقا لنص المادة 43 من قانون الأسرة.

وقد ورد في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1998/05/19 ملف رقم 193825 بأنه من المقرر شرعا أن الزواج في العدة باطل، ومن المقرر قانونا أن اقل مدة الحمل هي ستة أشهروأقصاها عشرة أشهر.ومتى تبين في قضية الحال أن الزواج وقع على امرأة مازالت في عدة الحمل وان الحمل وضع بعدمرور أربعةأشهر من تاريخ الزواج الثاني وأن قضاة الموضوع بقضائهم باعتبار الطاعنة بنت الزوج الثاني اعتمادا على قاعدة "الولد للفراش" مع أن الزواج الثاني باطل شرعا فإنهم بقضائهم كما فعلواخالفوا

[1]- المجلة القضائية – غرفة الأحوال الشخصية – عدد خاص- 2001- ص 67/64.

[2]- قانون الأسر المعدل والمتمم 1996.

[3]- طبقا للقرآن الكريم- الآية 15 سورة الاحقاف –الآية 13 – سورة لقمان.

القانون وخرقوا أحكام الشريعة ومتى كان كذلك استوجب نقض القرارالمطعون فيه بدون[1]إحالة.

وتجدر الإشارةإلىأن هذه الشروط يجب أن تكون مجتمعة ليمكن الحكم بإثبات النسب وحتى اختلشرط انتفى النسب وهذا طبعا فيما يتعلق بالأسباب المنشئة للنسب ولا شك أن هذه الأحكام تختلف فيالأسباب الكاشفة للنسب فما هي أحكام هذه الأخيرة؟

المطلب الثالث

الاسباب الكاشفة للنسب في القانون.

إذا انتفت أسباب النشوء المشار إليهاأعلاهأمكنإثبات النسب إما عن طريق الإقرار أوالبينة وسنوضحهما مما يلي :

الفرع الأول -الإقرار:

اللفظ في أصله كان يطلق على حمل النسب على الغير فقط واستعملت أخيرا للجمع بين ماكان إقرارا بثبوت النسب بالدعوى بمعنى ان النسب يثبت بالإقرار وحده من غير أن يقرن به ما بين وجهه لأنه أن بين الوجه كان ذلك هوالسبب دون الإقرار المجرد[2].

والإقرار بالنسب قسمين كم ا سبق وتطرقنا إليه من جانب الشريعة الإسلامية السمحاء:

أولا/إقرار بالنسب على النفس:

وهوما سبق ان تطرقنا إليه وهو إقرار الشخص واعترافه بأبوته لشخص آخر.

---

[1]- مجلة قضائية سابقة – ص73.

[2]- الإمام أبو زهرة – مرجع سابق – ص395.

وهناك نوع آخر من الإقرار وهو:

ثانيا/إقرار بالنسب على الغير:

وفي حالة الإقرار بالنسب على الغير اي تحميل النسب على الغير[1] بمعنى أن الإقرار في هذا النوع لا ينسب فيه الشخص المقر له بالنسب إلى شخص المقر ولا ينتسب هوإلى غيره وإنما النسب هنا يكون إلى شخص ثالث لحمل نسبه على غيره ومن ثمة قيل بان النسب فيه متعد متى توافرت شروطه الأربعة ولكن لكي ينتج هذا النوع من الإقرار بالنسب على النفس الشرط الآتي:

*تصديق المحمول عليه النسب لهذا الادعاء وهذا وفق ما جاء في نص المادة 45 من قانون الأسر ومن هذا يتضح لناجليا أن الإقرار بالنسب على الغير لا يملكه المقر ولا يملك غيره إلا بالتصديق له كما أنالآثار الناتجة عن هذا الإقرار منصرفة إليه دون غيره من الأقارب بخلاف الإقرار بالبنوة فانه وبثبوتنسبه من أبيه تثبت الأخوة بينه وبين بقية الأبناء ويشاركهم في الميراث من أبيهم ولقد جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1998/12/15 ملف رقم 202430 مايلي:"من المقرر شرعا انه يثبت النسب بالإقرار لقول خليل في باب بيان أحكامالإقرار.....ولزم الإقرار لحمل في بطن المرأة. .....الخ"[2].

[1]- فضيل سعد – مرجع سابق – ص131.

[2]- عبد الرحمان لصابوني – قانون الأحوال الشخصية السوري-مديرية الكتب الجامعية –دمشق- ط5-1979- ص175.

كما أنإثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكنلأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك وفي الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة "إحياء الولد" ومتى تبين في قضية الحال أنالمطعون ضده اقر بحمل الطاعنة بشهادة جماعة أمام الموثق بتاريخ 1997/04/06 فان هذه الشهادة لاتعتبر صلحا بل هي توثيق لشهادة جماعة عن إقرار المطعون ضده بحمل الطاعنة كما أن المادتين 341 و461 من القانون المدني لا تنطبق على قضية الحال التي هي من قضايا الحالة التي يحكمها قانون الأسرة كما انه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل وطلب الطلاق قبل الوصول إلى استرداد نصف الصداق ومن آثار الإقرار انه حجة قاصرة على المقر دون غيرهمن ذلك أن اثر الإقرار لايتجاوز المقر من أحكام ولهذا كان للإقرار أثاره بالنسبة للمقرفقط دون غيره[1].

الفرع الثاني: إثبات النسب بالطرق العلمية في القانون

لقد اتضح تأثر المشرع الجزائري اثر التعديل الذي طرأ على قانونالأسرة بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/07 بالثورة العلمية الهائلةالتي كان سببهاالتطور البيولوجي، ففتح المجال واسعا لقضايا لم تشهدها البشرية من قبل ويتعلق الأمر بالطرق العلمية لإثبات النسب التي نصت عليها المادة 40/ف2 من قانون الأسر المتمم والمعدل في 2005 بنصها على انه:"...ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرقالعلميةلإثبات النسب".

[1]- محمد محدة– مرجع سابق – ص432.

لذلك سنتطرق إلى تكريس اهم الطرق العلمية القطعية بموجب التعديل الأخير لـــ2005 ثم سنتطرق إلىمدى حجيتها ودلالتها ثانيا.

أولا - الطرق العلميةلإثبات النسب في القانون:

لقد كانت مسالة إثبات النسب بالطرق العلمية في البداية محل جدل فقهي وقف عليه بعض جمهور الفقهاء موقف المرتاب والرافض للأخذ بالطرق العلمية كحجة قاطعة لإثباتالنسب فنظروا مثلا على أن اللعان يعتبر الوسيلة الوحيدة لنفي النسب اعتمادا على قوله تعالى في كتابه الكريم ".....وَالّذِين يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَم يَكُن لّهُمْ شُهَدَاء إِلّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أُحَدِهِمْ أَرْبَع شُهَادَات بِاللّهِ....."[1]فالآية الكريمة ذكرت ان الزوج لا يملك شهادة نفسه فيلجأ إلى اللعان وأي اعتماد على الطرق العلمية دون ذلك فهوتزيد على كتاب الله وان الرسول صلى الله عليه وسلم من خلا قاعدة "الولد للفراش وللعاهر الحجر" أهدر بذلك الشبه البين وهوالذي يعتمد على البصمات الوراثية،كما إنالأستاذ "محمد الشريف قاهر" عضوالمجلس الإسلاميالأعلى ذكر ان العلم حقيقة مطلقة صالحة لكل زمانومكان وهوالذي فصل في مسالة نفي واثبات النسب معللا رأيهأن النص القرآني صريح وواضح وبالتالييقتضي بالقاعدة الفقهية "لا اجتهاد مع وجود النص "[2].

[1]- سورة النور الآية 6إلى 8.

[2]- محاضرات القيت على طلبة القضاة –د.محمد الشريف قاهر –استاذ بالمدرسة العلي للقضاة

انطلاقا من كل ذلك تبنى المجلس الإسلاميالأعلى موقفا صريحا في مسالة إثبات النسب بالطرق العلميةرغم عدم إصدارهلأي فتوى مستظهرا بذلك وضوح القواعد الفقهية التي لم تسمح باستعمال أي طريقة شرعية قد تثبت أوتنفي النسب.

اعتمادا على ذلك قرر هذا الاتجاه عدم جواز الطرق العلمية في مسالة إثبات النسب لما في ذلك من خروج عن القواعد الفقهية التي جاءت بها الشريعة الإسلاميةبأغراضهاالأساسية في حفظ الكليات الخمس من نفسومالوعقل ودين ونسل.

ولقد كان المشرع الجزائري متأثرا فيما يبق ذكره أثناء سنه لقانون الأسر في سنة 1984 إذ لم يعتمد سوى الطرق الشرعية لإثبات النسب الواردة في المادة 40 من نفس القانون من خلال الفقرة الأولى رافضا استعمال الطرق العلمية كوسيلة لذلكوهوما كان قد كرسه القضاء الجزائري فغلا مكتفيا بجمود النص القانوني الذي لا يقبل أي تأويل أواجتهاد.

بينما رأي اتجاه آخر في الفقه إلى ان العمل بهذه الطرق العلمية وسيلة حتمية بنتائج ملموسة فرأوا أن الآيةوالتي استدل بها الفريق الأول إنما تتعلق بالعذاب الذي يقع على المرأة وإدرؤوه عنها، واعتبار كل ذلك محاولة من المشرع الجزائري للاستجابة للتطورات العلمية الحديثة فانه قد أدرج الطرق العلمية ضمن وسائل الثبات النسب أثناء تعديل قانون الأسر الأخير بموجب الأمر رقم 02/05 من خلال الفقرة الثانية من المادة 40 السالفة الذكر غير أن هذه المادة اكتفت بالإشارة إلى هذه الطرق والوسائل العلمية

دون تحديد المقصود منها أوحصر لصورها علما أن البحوثالعلميةوالتوصياتالمقدمة في هذا المجال أثبتت وجود نوعين من الطرق العلمية يتصف الأول بأنه قطعي الدلالة والإثبات والثاني لا يرقى إلى ذلكعلى أساس انه ضمني الثبوت.

أ- الطرق العلمية القطعية:

نظام البصمة الوراثية:

إن بناء جسم الإنسان يبدأ باندماج نطفتين احدهما مذكرة "حيوان منوي" والأخرى مؤنثة "بويضة" وينتج عن اندماج هاتين الأخيرتين نطفة مختلطة وهي عبارة عن بويضة ملقحة بالحيوان المنوي وتبدى هذه النطفة المختلطة بالانقسام وأول ما ينقسم من الخلية الحية نواتها التي تحتوي على عدد من الجسيمات تعرف بالصبغيات **(كروموزم)** وهي تتكون من تجمعات للحمض النووي.

هوالعنصر المكون للخصائص الوراثية للإنسان عندما يلتقي المني مع البويضة(adn) لكل من الأبوالأم يتحدان فكل خلية من خلايا الجسم الإنسان تحمل في نواتها مايسمى بالحمضالنووي[1]،وهوموجود على صيغة واحدة في جميع مكونات الجسم سواء في الدم أوالمني أوالشعر أوالجلد، وفي أي عضومن أعضاء الجسم وهوعبارة عن بروتين يحمل مورثات أوجينات لها مواصفات تختلف من شخص إلى آخر وتبقى ثابتة مدى الحياة إلى ان تتحلل الجثة بعد الموت وهما ميزتان أساسيتانأكدهما العلماء الباحثون لذلك أطلقوا عليها اسم البصمة الوراثية.

[1]- د.نبيل سليم –البصمة الوراثية وتحديد الهوية –مجلة حماة الوطن –العدد265-ص204.

مسالة النسب لها جانبان وهما معرفة أمومة الطفل ومعرفة أبوته حيث يؤكد العلماء أن الطفل وهوفي بطن أمه يحمل في مكونات حامضه النووي نصف مورثات أبيه ونصف مورثات أمه الموجودة على مستوىكل منهما،مما يسمح للطب الشرعي من معرفة نسب الطفل إليهما.

ويتم الاعتماد على نظام البصمة الوراثية في مجال اثبات النسب وذلكبأخذ عينة من احد السوائل البيولوجية كالدم أوالمني ولكل من الطفل والأب أوالأم أوكلاهما معا وإذا لم تتم المطابقة فهذا يدل على نفي النسب الطفل إليهما.

ويتم الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في عدة حالات منها حالات التنازع على مجهول نسب وحالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال وحالات ضياع الأطفال بسبب الحروب والكوارث الطبيعية والحوادث وتعذر معرفة أهلهم وقد رأى العديد من العلماء والباحثين قياس البصمة الوراثية على القيافة والتي تعني في مصدرها اللغوي قاف بمعنى تتبع أثره فالقائف هوالذي يتتبع الأثر ويعرف شبه الرجل بابيه وأخيه بمعنى الذي يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء الجسم المولود[1].

[1]-د حسين علي شحرور –كتاب الطب الشرعي مبادئه وحقائقه 262-و.د/ابراهيم صادق الجندي –تقنيات البصمة الوراثية وامكانية التحليل عليها –ص4.

إلاأن البعض الآخر رأوا بعدم قياسها على القيافة نظرا لاختلاف موضوعهما فالقيافة تعتمد على الشبه الظاهر فيغلب عليها الظن بينما تعتمد البصمة الوراثية على بنية الخلية الجسمية أي على الحس والواقع لذلك فالقيافة باب البصمة الوراثية باب آخر[1].

وسواء كانت البصمة الوراثية أخذتم رجعيتها من القيافة أو من غير ذلك فأنها تعد وسيلة قطعية لا تكاد تخطئ في التحقق في إثبات نسب أونفي نسب الولد لأبيه بسبب التطور البيولوجي الذي يشهده عالمنا المعاصر.

ب- نظام البصمة الوراثية الخاصبالمناعة :

هونظام مرتبط بالمناعة ويعتبر إلى جانب نظام البصمة الوراثية من إحدى الطرق العلميةالقطعية الدلالة في إثبات النسب ونفيه فهي من الناحية العلمية تمتاز بخصائص علمية تجعلها نظام أكثر وفعالية في مجال النسب، ونظام مهم جدا باعتباره (polymorphe)أي بالرغم من انه جد متغيرومتعدد المظهر البيولوجي إلا انه جد ثابت ومتوازن في انتقاله من الآباء إلى الأبناء مما يعطيه خاصية ثالثة تتمثل في أنظمة التميز البيولوجي المعروفة(transmission génétique) حاليا، ويتشكل هذا المركب من خمسة أنظمة متشابكة فيما بينها مما يسمح بتمييز بيولوجي جيني منفرد مختلفين عن بعضهما البعض واحدة من الأب والأخرى من الأمو لكل إنسان يحصل على مركبين لتسمح بالتمييز بين الأفراد بصورة اكبر مما تمنحه كل الأنظمة الأخرى مجتمعة.

[1]- البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الأثبات –مذكرة تخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء – دفعة 13 –سنة 2005/2002 –ص83.

قد يقف عائقا أمام حالة الزواج العائلي أوالمتكرر فان نظام المناعة الخاص بالطفل هنا فان قطعية اثبات النسب بنظامي المناعة المتشابهين مما يصعب الاستنتاجات والتحاليل المخبرية ممايستدعي اللجوء إلى الاثبات عن طريق نظام البصمة الوراثية.[1]

ب - حجية الوسائل العلمية لإثبات النسب:

يعتبر العلماء أن البصمة الوراثية هي ذات دلالة قطعية تتجلى في انفراد كل شخص بنمط وراثي معين لا يوجد لدى كائن غيره في العالم إذ لا يمكن أن تتشابه بصمته الوراثية لشخصين إلا مرة واحدة كل ستة وثمانون مليون حالة أي ان نسبة التشابه من 1إل 86 مليون شخص وبالتالي يمكن القول أن النسبة منعدمة تماما.

وتجدر الإشارة إلى أن الطرق العلمية المتمثلة في:

نظامي البصمة الوراثية « HLA »و « ADN » هي الوحدة التي تكتسي الحجية المطلقة وما يؤكده هذه القطعية في الحجية إمكانية أخذها من أي مخلفات بشرية سائلة (دم، مني ...) أو نسخة (لحم، جلد....) كما أنها تقاوم التحلل والتعفن كمما يمكن الحصول عليها حتى من الآثار القديمة والحديث.

1- البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات – مرجع سابق – ص91.

بغض النظر عن الأسباب والدوافع التي نتج عنها الأطفال مجهولين النسب، إلى أنه تبقى نظرة المجتمع إلى هذه الفئة نظرة احتقار وكره نبذ.

فالأطفال مجهولين النسب في غالب الأحيان ما تكون ثمرة خلل في المجتمع حيث أنه تكون النسبة الكبيرة منه نتاج علاقة محرمة وخاطئة كما سبق وأن أشرنا سابقا أدت إلى إيجاد مثل هؤلاء الأطفال والذين لا ذنب لهم في مثل هذه الجرائم والمنكرات، فلا يجب أن نحملهم أخطاء غيرهم ونحملهم أوزارهم، وهم لأحول لهم ولاقوه ولهذا نقول بان الأثر المترتب على وجودهم في المجتمع ينبني على تعاملنا نحن أبناء المجتمع معهم، فإن تعاملنا معهم بإيجابية بإعطائهم حقوقهم وتلبية حاجاتهم وحل مشاكلهم، تكون الآثار إيجابية وإن تعاملنا معهم بسلبية تكون الآثار سلبية وذلك بإنشائهم أفراد غير سويين ناقمين على المجتمع عدوانيين وسلبيين على الأقل .

وباعتبار موضوع الأطفال مجهولين النسب هو موضوع حساس وشائك، توجب التوقف عنده، واستخلاص الحلول البديلة لهذه الفئة، لأنه يبقى عنصر من عناصر المجتمع خاصة منه المجتمع الجزائري،

وفي إطار نبذ المجتمع لهذه الفئة خاصة منه المجتمع الجزائري، لأنه يبقى مجتمع إسلامي يتحكم فيه الدين الإسلامي والعادات والتقاليد. لا يتقبل سلوكيات غير خلقية خاصة ما يخص العلاقات الغير الشرعية وكل الأمور التي تمس بالشرف.

وفي ظل هذه الظروف كلها التي يصدم أمامها الطفل المجهول النسب، ما مكانة الطفل المجهول النسب في القوانين الجزائرية ؟ وما الحماية القانونية التي أبداها المشرع الجزائري؟

سنتناول في هذا الفصل أربعة مباحث :

المبحث الأول: حماية الأطفال سواء الأطفال العاديين أومجهولي النسب في القانون الدولي والإتفاقيات الدولية والإعلانات المختلفة و الوكالات الدولية المتخصصة , وكذا أهم حقوق الطفل المتفق عليها,

المبحث الثاني: حماية الطفل مجهول النسب في القوانين الجزائرية المختلفة.

المبحث الثالث: الوسائل البديلة لحماية هذه الفئة من خلال نظام الكفالة.

المبحث الأول :

آليات حماية حقوق الطفل على المستوى الدولي

تجد حقوق الطفل دعما كبيرا من طرف الاتفاقيات الدولية عامة ومن الوكالات المتخصصة خاصة، سواء كان الطفل عادي أو الطفل المجهول النسب، لان المنظور للعلاقات يختلف من دولة إلى أخرى ففي العالم الغربي يختلف عن العالم الإسلامي والعربي فالطفل مجهول النسب حسب نظرة الغرب هي نظرة عادية بحكم ثقافتهم المتفتحة خاصة منها العلاقات بين الرجل والمرأة، أما العالم الإسلامي فالإسلام يحرم العلاقات خارج إطار الزواج.

وقد لعبت هذه الاتفاقيات دورا في احترام حقوق الإنسان وتشجيع التعاون الدولي في مجال وضع قواعد لحماية حقوق الطفل،وقد وضعت منظمة الأمم المتحدة من ضمن أولويات العمل فيها هو كفالة الحماية الحقيقية للطفل وإنشاء جهات تسهر على كفالة هذه الحقوق واحترامها،ووضع تقارير دورية عن مدى التزام الدول باحترام حقوق الطفل،يتم مناقشتها داخل المنظمة والمعلومات الواردة لها في حالة حدوث تعدي على احترام حقوق الإنسان وانتهاكها وسوف نتناول في هذا المبحث أربعة مطالب الأول منه حقوق الطفل في الدولي والثاني منه الطفل في المواثيق الإقليمية والثالث منه الطفل في الإعلانات الدولية والرابع الطفل في الإتفاقيات الدولية والخامس دور بعض الوكالات المختصة و السادس منه نتناول حقوق الطفل المتفق عليها في القانون الدولي.[1]

[1] ـــد /خالد مصطفى فهمي، حقوق الطفل ومعاملته الجنائية في ضوء الاتفاقيات الدولية "دراسة مقارنة"، بدون طبعة، دارا لجامعة الجديدة، مصر2007ص83

المطلب الأول :

حقوق الطفل في القانون الدولي

إهتم القانون الدولي بموضوع الطفل , حيث كان الشغل الشاغل لديه , لذلك سنتناول في هذا المطلب أربعة فروع وهي:

الفرع الأول: حقوق الطفل في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان:أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في 10|12|1948وجاء الإعلان بمثابة الاعتراف بالكرامة المتأصلة في جميع أعضاء الأسرة البشرية وبحقوقهم المتساوية في الحرية والعدل والسلام، كما جاء بمثابة الرفض لأعمال الهمجية، والدعوة إلى انبثاق عالم يتمتع فيه الفرد بحرية القول والعقيدة ويتحرر من الفزع على جانب سيادة القانون وحمايته لحقوق الإنسان لكي لا يضطر المرء في آخر الأمر إلى التمرد على الاستبداد والظلم .

فرع 2:المبادئ العامة التي جاء بها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

يتألف الإعلان من ثلاثين مادة تناولت كلا من الحقوق المدنية والسياسية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ويتمثل الحقوق المدنية والسياسية التي نصت عليها المواد من 3إلى 21 في حق كل إنسان في الحياة والحرية وسلامة شخصه وحقه في التحرر من والعبودية والاسترقاق، وحقه في التحرر من التعذيب أو التعرض لأي شكل من أشكال المعاملة القاسية المهينة المنافية للكرامة الإنسانية وحق كل إنسان أن يعترف بشخصه أمام القانون، وحق كل الناس في حماية قانونية متساوية، وحق كل إنسان في الالتجاء عند أي اعتداء، وحقه في عدم القبض عليه وحبسه بدون سبب قانوني وحقه في

حرية الرأي والتعبير وحضور الاجتماعات، والحق في الإسهام في شؤون بلاده والإلحاق بالوظائف العامة على أساس من المساواة ...الخ.[1]

كخلاصة يمكن القول بأن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان يعتبر أهم وثيقة عالمية عنيت بتكريس الحقوق والقيم الأصيلة للإنسان وهي بالرغم من أهميته فقد وجرى التصويت عليه آنذاك شفهيا ويرفع الأيدي، دون أي توقيع خطي أو مصادقة رسمية ودولية عليه وبالتالي لم يتمتع هذا الإعلان بصفة قانونية ملزمة ولم يشكل قط جزءا من القانون الدولي.

فرع3: العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية .

اعتمدت الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة هذا الميثاق في 16|12|1966 بالقرار رقم 2200(ل،21) ووصل العدد الدول المصادقة عليه حتى العام 2000 إلى142دولة. يتألف هذا الميثاق من خمسة أقسام:

القسم الأول: الحق في تقرير المصير

القسم الثاني: تحديد طبيعة موجبات والتزامات الدول

القسم الثالث: تعداد وتحديد الحقوق الأساسية.

القسم الرابع: آلية التطبيق الدولي.

القسم الخامس: إجراءات ختامية ذات طبيعة قانونية[2]

1ــ سليمان بن عبد الرحمان الحقيل، حقوق الإنسان في الإسلام والرد على الشبهات المثارة حولها للمؤلف الرياضي 1999م ص70.

1ــ غسان خليل، حقوق الطفل المنظور التاريخي من بدايات القرن العشرين، بدون طبعة، بيروت ص41،

كل هذا جاءت بها لاتفاقية الخاصة بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. [1]

فرع 3:العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية .

بتاريخ 16ديسمبر 1966، اعتمدت الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة هذا الميثاق بالقرار رقم 2200وقد وصل عدد الدول المصادقة عليه حتى العام 2000إلى 144دولة

حيث جاء في المادة 23و24منه على توفير رعاية خاصة للطفل[2]

أثر هذا الميثاق بشكل مفصل وموسع المبادئ نفسها التي تضمنها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمتعلقة بالحقوق المدنية والسياسية. وتميز عن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمتعلقة بالحقوق المدنية والسياسة . وتميز الإعلان العالمي بتمتعه بالإلزامية القانونية وهي الصفة التي تفتقر إليها الإعلان وتتمتع الاتفاقيات والمواثيق والعهود

وفيما يتعلق بحقوق الطفل، تضمّن الميثاق جملة مواد تطرقت بشكل مباشر إلى مصالح الأطفال وحقهم بالحماية.

المطلب الثاني:

الطفل في المواثيق الإقليمية.

تطرقت الدول التي تجمعها روابط إقليمية يبعضها البعض إلى حقوق الطفل من خلال مواثيق نظمتها وعملت على أن تكون كمرجع لها في مجال حقوق الإنسان عامة وحقوق الطفل، وسنتناول في هذا المطلب الميثاق الاجتماعي الأوروبي وميثاق حقوق الطفل العربي.

3ــ العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ' الصادر بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1966/12/16م بقرار رقم 2200.

1ــ غازي حسني صباري، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عملن سنة 1997مص201.

الفرع الأول :الميثاق الاجتماعي الأوروبي:

انبثق هذا الميثاق من ميثاق حقوق الإنسان الأوروبي والذي قرره المجلس الأوروبي في نوفمبر سنة 1950، وتتكون من عدد دول أوروبا، حيث أوصت الجمعية الاستشارية للمجلس بوضع المشروع الذي انتهى بالمصادقة عليه من أغلب دولة، بعد أن اجتاز مراحل متتابعة من الأعداد والبحث وأصبح نافذا ملزما للدول التي صادقت عليه اعتبارا من عام 1962ويشتمل الميثاق على 38 مادة، تضمنت حقوق اجتماعية مختلفة تتعلق بالعمل والتعليم والصحة والتأمين الاجتماعي والحقوق الثقافية وغيرها من الحقوق التي قررها للأفراد عموما .

ومن ناحية أخرى نص الميثاق على حقوق الأطفال والنشء في الحماية الخاصة من الأخطار المادية والأدبية، وحظر العمل ليلا قبل سن 15سنة إضافة إلى مجموعة من الحقوق التي نص عليها مثل الحق في الحياة...الخ.[1]

ويتميز الميثاق الأوروبي من بين المواثيق الدولية بالصفة الإلزامية لنصوصه باعتبار أن كل منها يلزم الدول الموقعة عليه بالتزام تعاهدي بتطبيقه داخل إقليمها وبين رعاياها. أي انه يعتبر معاهدة دولية، تقضي بوضع التشريعات الداخلية المنفذة له أوتنسيق التشريعات القائمة بما يتعلق ونصوصه.

الفرع الثاني : ميثاق حقوق الطفل العربي:

إن بداية الاهتمام العربي تزامن مع مشاركة الدول العربية، في إطار هيئة الأمم المتحدة لإنجاز نصوص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وكذا المواثيق التي تم تبنيها بعد حوالي عشرين عاما .

[1]ــ حسني نصار، حقوق الإنسان في الاتفاقيات الدولية، ط1، دار المنشورات الحلبية، سوريا ص79

كما برز أيضا إسهام الدول العربية عام 1979، وهو العام المصادف للسنة العالمية للطفل بإقامة العديد من الأنشطة والفعاليات في عدد من الدول العربية وأيضا من خلال متابعة فريق العمل المكلفة. [1]

فخلال الفترة من 1974 وفي عام م 1982شهدت جامعة الدول العربية أنشطة متعددة وأنجزت العديد من البرامج والفعاليات حيث انعقدت حلقة دراسة حول واقع الطفل العربي وخاصة الطفل الفلسطيني في القاهرة من 23إلى 26أكتوبر1978م وفيها قدمت مبادرة هامة تمثلت بتقويم واقع الطفولة في البلدان العربية والمطالبة بعقد مؤتمر عربي لمناقشة أوضاع الطفولة .

وانعقد في تونس بين 08إلى10أفريل1980م مؤتمر الطفل العربي . ودراسة قيام منظمة عربية للطفولة، ومن المهم الإشارة إليه أنه تم خلال المؤتمر مناقشة دراسة حول مدى تنفيذ الإعلان العالمي لحقوق الطفل في البلدان العربية، ثم تنفيذها في كل من الإمارات، والبحرين، سوريا العراق، عمان، الكويت، اليمن .

كما اتفق في المؤتمر على صياغة ميثاق عربي لحقوق الطفل وهوما تم انجازه لاحقا وإقراره في مجلس وزراء الشؤون الاجتماعية العرب في دورته الرابعة والتي انعقدت في تونس من 4ــ6|12|1983م[2]

المطلب الثالث:

الطفل في الإعلانات الدولية الخاصة بالطفل.

سنتناول في هذا المطلب فرعين إعلان جنيف 1923 والفرع الثاني الإعلان العالمي لحقوق الطفل لسنة 1959م.

[1] ــ محمد عبده الزغير وعبلة إبراهيم، حقوق الطفل في الدول العربية، ط1، الرياض ص16.

[2] ــ نادر فرجاني، نحو ميثاق عربي لحقوق الإنسان، المعهد العربي لحقوق الإنسان، بدون طبعة، تونس1990م ص6.

الفرع الأول:إعلان جنيف: مباشرة بعد انتهاء الحرب العالمية الأولى تجسدت أولى المحاولات لوضع قواعد دولية لحقوق الطفل، فكان إعلان جنيف الصادر عن عصبة الأمم سنة 1924الذي تم التصويت على الإعلان سنة 1923م فيفري، وصوتت عليه نهائيا اللجنة التنفيذية في 17|05\1923م ثم ليصبح إعلان جنيف لحقوق الطفل، وليشكل الوثيقة الدولية الأساس في التوافق الدولي حول حقوق الأطفال، فيعتبر إعلان جنيف عام 1924م أهم ما قامت به العصبة من أجل حماية الأطفال على الرغم من أن هذا الإعلان لم يكن ملزما للدول، ولم يتعرض لحق الأطفال في النماء، إلا أنه يكتسب قدرا كبيرا من الأهمية كونه الإعلان الدولي الأول لحقوق الطفل وهوان نص على حماية الأطفال، فلنتيجة للمآسي وللآلام التي خلفتها الحرب العالمية الأولى لاسيما عند الأطفال والنساء.[1]

وبالرغم أن هذا الإعلان لم يعالج بشكل كامل حقوق الطفل،إلى أن صدوره في ذلك الوقت المبكر يعد بادرة حسنة وخطوة إيجابية للفت نظر الدول إلى ضرورة الاهتمام بالطفل وحماية حقوقه، كما أنه يعد أول إعلان صنف الأطفال كأول فئة لها خصوصية.

إعلان جنيف يتكون من ديباجة وخمسة مبادئ،وتؤكد الديباجة مسؤولية الجنس البشري في حماية الأطفال،دون تفرقة بسبب الجنس أو الأصل الاجتماعي أو العقيدة ، وينص المبدأ الأول منه على ضرورة إشباع حالات الطفل المادية والروحية، وينص المبدأ الثاني على ضرورة تغذية الطفل، وعلاجه، وإيوائه وإنقاذ الطفل اليتيم،ومساعدة الطفل المتخلف،وإعادة الطفل الضال، وفي المبدأ الثالث أن الأولوية تقديم يد العون والمساعدة في الأوقات الصعبة يجب أن تكون للطفل،أما المبدأ الرابع نص على ضرورة منح الطفل إمكانية اكتساب طرق عيشه من خلال العمل،وحمايته من كل استغلال،والمبدأ الخامس على ضرورة تربية الطفل،وتعميق روح المسؤولية عنده،حتى يقدم الأفضل للإنسانية.[2]

---

[1]ـــ غسان خليل، مرجع سبق ذكره ص25.

2ـــ د/ سمر خليل، محمود عبد الله، حقوق الطفل في الإسلام والاتفاقيات الدولية، بدون طبعة، مكتبة الجامعة الأردنية، مركز إيداع الرسائل الجامعية، الأردن، بدون سنة ص142.

عند صدور الإعلان علام 1924م لم تعتبر الدول المرجع لهذا الإعلان، بل اعتبر انه في وضع وتصدير النساء والأطفال من كل أنحاء العالم، الدول الأعضاء في عصبة الأمم غير ملزمة بأية موجبات أو مسؤوليات مترتبة عليها من جراء هذا الإعلان، وألقى عبء الالتزام على عاتق الشعوب المطلق لذا لا يعتبر إعلان جنيف جزءا من القانون الدولي، كما أن مبادئه لم تتمتع بالقوة القانونية، إذ نصت في نطاق الالتزام الأدبي والمعنوي،

وهي في الأصل صيغت كتوصيات لا كمواد قانونية، ووجهت إلى ضمائر الأفراد وغلى الدول والحكومات وعلى الرغم من خروج إعلان جنيف عن نطاق القانون الدولي فهو ينص هذا الإعلان في الجمعية العامة لعصبة الأمم المتحدة أعطاه قوة معنوية وبعد سياسي مما حمل الدول الأعضاء على الالتزام بمضمونه ولو إلى حد بعيد، احتراما لعضويتهم في العصبة لا إيمانا منهم بحقوق الطفل كقضية إنسانية عادلة.

الفرع الثاني :الإعلان العالمي لحقوق الطفل سنة 1959م :

صدر إعلان حقوق الطفل من هيئة الأمم المتحدة في 20|11|1959م مشتملا على عشرة مبادئ عدا الديباجة التي أشارت إلى عزم الشعوب العالم على تعزيز التقدم الاجتماعي واستندت إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وإلى إعلان جنيف الصادر في 1924م

وهو يحتوي على عشرة مبادئ تحدثت عن أهم الحقوق التي يجب أن تمنح للطفل خاصة منه البند الأول الذي يتمثل في حق الطفل في التمتع بالحقوق دون تمييز بسبب العرق أوالدين أو الرأي السياسي، أو الغير السياسي، أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الثروة أو النسب أو أي وضع آخر يكون له ولأسرته.

واللافت في مؤتمر القمة هذا أنه أشار جديا إلى ضرورة أن تولي الدول اهتماما أوليا لمسألة وفاة الأطفال، وأن تترجم هذا الاهتمام فعليا من خلال موازناتها العامة، مما أدى إلى ابتكار (مبادرة 20|20)

وهي إستراتيجية تهدف إلى محاربة أسوأ آثار الفقر.

المطلب الثالث: الطفل في الاتفاقيات الدولية والمنظمات الحكومية [1]

المطلب الثالث:

الطفل في الاتفاقيات الدولية.

لعبت بعض الإتفاقيات الدولية دور في حماية حقوق الطفل ومن بين هذه الإتفاقيات نتناولها في أربعة فروع وهي كالآتي:

الفرع الأول: اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989م

إعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 44\25المؤرخ في 20نوفمبر 1989م ودخلت حيز النفاذ في 20\سبتمبر\1990موفقا للمادة 49 حيث قامت غالبية الدول الأعضاء في الأمم المتحدة بالتصديق على الاتفاقية بشكل كامل أو جزئي.

تعتبر اتفاقية حقوق الطفل ميثاقا دوليا وصكا قانونيا ملزما يحدد حقوق الأطفال المدنية و الحقوق السياسية والاقتصادية والثقافية، بحيث تشرف لجنة حقوق الطفل التابعة للأمم[1] المتحدة على مراقبة تنفيذ أحكام الاتفاقية، وعلى الحكومات الدول التي أقرت الاتفاقية إرسال التقارير والمثول أمام لجنة حقوق الطفل بشكل دوري ليتم فحص مدى التقدم في تطبيق الاتفاقية.

وبحسب الاتفاقية يعرف الطفل بأنه كل شخص تحت سن الثامنة عشر ما لم يكن بلغ سن الثامنة عشر ما لم يكن بلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب قانون الدولة.

[1] ــالإتفاقية الخاصة بحقوق الطفل لعام 1989م بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 44/ 25 المؤرخ في20/ 11/ 1989م

وتتمحور الاتفاقية حول حقوق الطفل واحتياجاته بما يتوافق مع مصالحه المثلى حيث تعترف أن لكل طفل حقوق أساسية .

وقد احتوت ديباجة الاتفاقية لعام 1989م على أربع وخمسين مادة مفصلة لكل منها عنوان.[2]

إشتملت الاتفاقية على ثلاث أجزاء أجزاء الأول منها احتوى على 41 مادة تحدثت عن أهم الحقوق والمبادئ المعلنة للطفل على والديه والمجتمع والدول والمنظمات العالمية الأخرى.

والثاني احتوى على المواد من 42إلى 45 التي تحدثت عن كيفية نشر مبادئ الاتفاقية وأحكامها وكيفية إنشاء اللجنة الخاصة بحقوق الطفل ووضع الدول التدابير لتطبيق حقوق الطفل

و الثالث منه يحتوي على المواد من 46إلى 54وتبين فيها كيفية التوقيع والتصديق والانضمام إليها وبدء النفاذ وعن تعديلها والتحفظ عليها والانسحاب من الاتفاقية.[3]

للإتفاقية بروتوكولين ملحقين أولهما البروتوكول الاختياري بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة لعام 2002م والبرتوكول الثاني الخاص بشان بيع الأطفال واستغلالهم في الدعارة والمواد الإباحية لعام 2002م.[4]

الفرع الثاني:البروتوكول الاختياري بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة لعام 2002م

---

[1]ــ أ/وفاء مرزوق، حماية حقوق الطفل في ظل الاتفاقيات الدولية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ص58.

[2]ــ أ/ ألفت سعد الدين سعيدة، حماية الطفل في القانون الدولي، موقع إلكتروني، أطلع عليه بتاريخ 3/15/ 2015.

[3]، موقع إلكتروني، أطلع عليه في 2015/4/26م على الساعة العاشرة صباحا.www.un.orgj

[4]ــ محمد صدوق، دراسة مصادر حقوق الإنسان، الجزائر، بدون ط، ديوان المطبوعات الجامعية 1995م ص116.

أعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في 263في الدورة الرابعة والخمسين والمؤرخ في 25\05\2000م لكنه دخل حيز النفاذ في فبراير 2002م

ويشتمل البر وتول على ديباجة وثلاثة عشر بندا، كلها تدين استهداف الأطفال في حالات النزاع المسلح والهجمات المباشرة على أهداف محمية بموجب القانون الدولي، بما فيها أماكن تتسم عموما بتواجد كبير للأطفال مثل المدارس والمستشفيات كما تدين الأطفال وتدريبهم واستخدامهم داخل وعبر الحدود الوطنية في الأعمال الحربية من جانب المجموعات المسلحة المتميزة عن القوات المسلحة للدولة وتذكر بالتزام كل طرف في أي نزاع مسلح .

الفرع الثالث: البروتوكول الاختياري بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في الدعارة والمواد الإباحية لعام 2002م

اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 263في الدورة الرابعة والخمسين والمؤرخ في 25\05\2000م لكنه دخل حيز النفاذ في 18\01\2002م ويشمل ديباجة وأربعة وعشرين مادة، جاءت مكملة للاتفاقية حقوق الطفل ومؤكدة على الحقوق التي نصت عليها ولا سيما تلك التي تتعلق بحماية الطفل من الاستغلال والمواد الإباحية والاتجار به أو بيعه. [1]

3الفرع الرابع: اتفاقيات العمل الدولية في مجال حماية الطفل :

1ــ هناك عدة اتفاقيات العمل التي تهدف إلى القضاء الكامل على عمل الأطفال منها

1ــ اتفاقية عمل الدولية 138

1ــ نسخة من البروتوكول الاختياري الخاص بيع الأطفال واستغلالهم في الدعارة والمواد الإباحية الصادر بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة 263والمؤرخ بتاريخ 2002/5/25م

2ــ اتفاقية عمل دولية 182

4ــ اتفاقية عمل دولية رقم (5)و(6)و(7).

5ــاتفاقية عمل دولية رقم (7)و(10)و(15)و(16).

6ــــاتفاقية عمل دولية رقم (33)و(58)و(59)و(60).

7ــاتفاقية عمل دولية رقم (33)و(58)و(59)و(60)و(73)و(77)و(78) و(79)و(90) و(112)و(123) و(124). [1]

المطلب الرابع: دور الوكالات الدولية المتخصصة في حماية الطفل:

لعبت الوكالات المتخصصة دورا كبيرا في حماية حقوق الطفل، لذلك نتناول في هذا المطلب أربعة فروع وهي :

الفرع الأول: صندوق الأمم المتحدة للطفولة (اليونيسيف).

كانت بداية ظهور هذا الصندوق في سنة 1946م كصندوق مؤقت أطلق عليه صندوق طوارئ الأمم المتحدة للطفولة بهدف توفير الطعام والمسكن والملبس والعلاج

للأطفال الدول التي كانت ضحية العدوان في أعقاب الحرب العالمية الثانية وإنما كان لهذا الصندوق العديد من الأنشطة وقام بدور إيجابي في العمل الذي وكل له فقد ارتأت الجمعية العامة أن يستفيد منه بصفة مستمرة،فأصدرت قرارها رقم 802في أكتوبر 1953والحقته بالمجلس الاقتصادي والاجتماعي،وأطلق عليه صندوق الأمم المتحدة لرعاية الطفولة وأدخلت في اختصاصاته كافة مجالات رعاية الطفولة في العالم وخاصة في الدول النامية،وقد منح للصندوق جائزة نوبل للسلام سنة 1965م

[1] ــ أ/ وفاء مرزوق، مرجع سابق ص61/60.

الفرع الثاني: منظمة العمل الدولية.

تلعب منظمة العمل الدولية دورا جوهريا وفعالا، في مجال تنفيذ سياسة حماية حقوق الطفل وتقدم من المساعدات الفنية والمادية، والقرارات والاتفاقيات ما من شأنه حماية حقوق الطفل، وقد تم إنشاءها في أفريل 1919م وتم إنشاء اتفاقية تعاون بينها وبين منظمة الأمم المتحدة في 14/ 1946/12. ومقر المنظمة جينيف بسويسرا

أفريل 1919م وتم إنشاء اتفاقية تعاون بينها وبين منظمة الأمم المتحدة في 14/ 1946/12. ومقر المنظمة جينيف بسويسرا

_ وقد أصدرت المنظمة العديد بشأن حماية حقوق الطفل العامل لحسين أوضاعه وحمايته، ومن بينها فيلادلفيا الملحق بميثاق هيئة العمل الدولية والصادر في 1944 والذي وضع من بين أهدافه، حماية الطفولة والأمومة

الفرع الثالث :منظمة الصحة العالمية.

لقد كان لها الفضل في القضاء على بعض الأمراض ووضع تحصينات لأمراض عديدة سواء من خلال تعاملاتها مع الدول أومن خلال المنظمات غير الحكومية ولعل من لأهمية بمكان التعرف دور المنظمة في تزويد الدول بالتحصينات ضد أمراض المختلفة ...الخ في، وتطوير برامج التعاون في الأبحاث المستحدثة والتعاون مع الدول النامية في مجال الرعاية الصحية للأطفال، والمبدأ في ذلك هوحق كل طفل في أن يجد العلاج المناسب الذي يقيه من الأمراض.

الفرع الرابع: منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة (اليونسكو).

تلعب اليونسكو دورا هاما في مجال حماية حقوق الإنسان وهي المنظمة الأولى في العالم والتي تهتم بالتربية والعلوم والثقافة وتهتم بتقديم المساعدات للدول الأعضاء،وتحسين نطاق الطفولة المبكرة وتنميتها لتمكين الأطفال من التقدم وتنمية قدراتهم وحمايتهم من

المخاطر التي تهدد مستقبلهم بما فيهم أطفال الأقليات،وقد ألزمت المنظمة الدول الأعضاء على تحصيل التعليم للأطفال وحقهم في ذلك من مبدأ تكافؤ الفرص حسب المادة 28 من الاتفاقية.[1]

المطلب الخامس:حقوق الطفل التي جاءت بها جميع المواثيق والاتفاقيات الدولية.

يتعرض عدد كبير من الأطفال في مختلف أنحاء العالم يوميا إلى مخاطر تعيق نماءهم، وتنمية قدراتهم، وبالتالي تسلبهم حقوقهم، تلك المخاطر تتمثل في الحروب وويلاتها، وفي أعمال العنف، أوفي الفقر الأزمات الاقتصادية أوفي الأوبئة والمجاعات.

ولأن الطفل هو مستقبل الشعوب وهو عاجز عن المطالبة بحقوقه بنفسه، فقد إهتمت جميع الوثائق الدولية بحقوق الطفل، وجميع الإعلانات والاتفاقيات الصادرة عن الهيئات الدولية.

تتمثل حقوق الطفل سواء كان هذا الطفل مجهول نسب أو معلوم النسب في:

الفرع الأول :الحق في الحياة والحرية والسلامة الشخصية: يعتبرا لحق في الحياة من أهم الحقوق الإنسانية ولا يقتصر على الإنسان فقط ولكن من حق الجنين أيضا أن تستمر رعايته في بطن أمه قبل ولادته فذهب فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الإعتداء على الجنين بالإجهاض قبل نفخه الروح فيه عمدا وبلا عذر محرم شرعا كذلك جاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في ديباجته لكل شخص الحق في الحياة وسلامة جسده.[2]

حيث نصت المادة الثالثة :"يولد الناس أحرارا يتمتعون بالحق في الحياة والحرية والسلامة الشخصية".

1ــد/خالد مصطفى فهمي، حقوق الطفل ومعاملته الجنائية في ضوء الاتفاقيات الدولية "دراسة مقارنة" بدون ط، دارا لجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة2007 ص83

[2]ــ د/خالد مصطفى فهمي، حقوق الطفل ومعاملاته الجنائية في ضوء الإتفاقيات الدولية،ص62.

وجاء في المادة الأولى منه على:" ويولد الناس أحرارا متساوين في الكرامة والحقوق وهم قد وهبوا العقل والوجدان، وعليهم أن يعاملوا بعضهم بروح الإخاء " وأشار في المادة الرابعة على أنه "لا يجوز استرقاق أو استعباد أي شخص ويحظر الاسترقاق وتجارة الرقيق بكافة أوضاعها"

هذه المواد تعلن حقوق الإنسان في الحياة والحرية والسلامة والأمن وهي حقوق يبدأ سريانها وفعاليتها جميعا من يوم مولد الطفل فهو بها أولى.[1]

الفرع الثاني :الحق في الحماية.

لقد ورد هذا الحق في المادة العاشرة من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وبناء على هذه المادة يمكن إجمال هذه الحقوق بوجوب منح الأسرة أوسع حماية، ومساعدة ممكنة، وضرورة أن يتم الزواج بالرضا الحر للأطراف المقبلة عليه، ووجوب منح الأمهات حماية خاصة خلال فترة الحمل .

الفرع الثالث: حق الطفل في الاعتراف بشخصيته القانونية :[2]

حيث نصت المادة 06من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه لكل إنسان أينما وجد أن يعترف بشخصيته القانونية.

إذا كان هذا النص يعني الإنسان عموما، فإنه يعني الطفل كونه صورة المرحلة الأولى من الحياة عند الإنسان، حيث يبدأ تطبيق الشخصية منذ الولادة بل وقبل ولادته. وهو جنين في بطن أمه وتتجسد الشخصية والاعتراف بالشخصية القانونية لها أهمية تكمن في أنه

[1] ــ د/ غسان خليل، حقوق الطفل التطور التاريخي منذ بدايات القرن العشرين، بدن طبعة، بيروت، سنة 2000م ص41.

[2] ــأ/ عبد الله لحود وجوزيف مغزل، حقوق الإنسان الشخصية والسياسية، بدون طبعة، منشورات عويدات، بيروت،1985ص139.

كحق يعتبر أصل الحقوق جميعا أو مصدرها الأول، فعلى أساس الوجود القانوني للطفل يكون له الحق في الحياة والبقاء والحرية.

الفرع الرابع :الحق في الرعاية نصت المادة 02من ميثاق الطفل في الإسلام على:[1]

"اختيار كلا من الزوجين للآخر.

2ــفترة الحمل والولادة

3ــ من الولادة حتى التمييز أي مرحلة الطفل الغير المميز

4ــ من التمييز حتى البلوغ أي مرحلة الطفل المميز

وتنشأ للطفل في كل هذه المراحل المختلفة التي تشملها رعاية الطفل في الشريعة الإسلامية، أما اتفاقية حقوق الطفل التي اقتصرت المادة 01 منها على تعريف الطفل "بأنه كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة "

الفرع الخامس :الحق في الرضاع وفي الحضانة.

1-الحق في الرضاع.

للرضيع الحق في الرضاع سواء من أمه أومن غيرها في العامين الأولين من عمره، حيث تنص المادة 15من ميثاق الطفل في الإسلام على" أن الطفل الرضيع الحق في أن ترضعه أمه إلا إذا منع ذلك مصلحة الرضيع أو أمر صحي"

ويدخل حق الطفل في الرضاع ضمن إيلائه عناية فائقة واتخاذ التدابير الممكنة للنمو الصحي له وبالحفاظ على سلامته الجسدية والنفسية والعناية بصحته وقاية وعلاجا"

[1]ــ أ/ احمد أباش، الأسرة بين الهرم والحداثة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، دمشق، سنة2011م ص84.

3_الحق في الحضانة :

المادة 20 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل " ويجب أن لا تتعارض مع مصالح الطفل الفضلى (الحضانة وما يقابلها من مسكن الزوجية وغذاء وملبس الكسوة ...الخ)

وما جاء في المبدأ السادس من الإعلان العالمي لحقوق الطفل من حاجة الطفل" لكي ينعم بشخصية منسجمة النمو مكتملة التفتح إلى الحب والتفهم"

الفرع السادس :الحق في التسوية بينه وبين إخوانه :[1]

حيث جاء في المادة 02 من اتفاقية حقوق الطفل التي تمنع التمييز بين الأطفال لأي سبب كان حيث تنص الفقرة الثانية على:

"تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة لتكفل للطفل الحماية من جميع أشكال التمييز أو العقاب القائمة على أساس مركز والدي الطفل أو الأوصياء القانونيين عليه أو أعضاء الأسرة، أو أنشطتهم أو آرائهم المعبر عنها أو معتقداتهم"

الفرع السابع:الحماية من كل أشكال العنف :

حيث جاءت المادة 27من ميثاق الطفل في الإسلام هذا الموضوع فنصت على "للطفل الحق في حمايته من كافة أشكال العنف أو ضرر أو أي تعسف.

كذلك المادة 19من اتفاقية حقوق الطفل على هذه المبادئ بالنص على:[2]

تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير التشريعية والإدارية والاجتماعية والتعليمية الملائمة لحماية الطفل من كافة أشكال العنف أو الضرر أو الإساءة البدنية أو العقلية والإهمال أو المعاملة المنطوية على إهمال أو إساءة

[1] ـــسمر خليل محمود عبد الله، حقوق الطفل في الإسلام والاتفاقيات الدولية (رسالة ماجستير) كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية نابلس،2003م ص30.

[2] ـــ الاتفاقية الخاصة بحقوق الطفل 1989م، مرجع سابق.

الفرع الثامن: الحق في التعليم وفي التعبير وتكوين الرأي. :[1]

حيث نص الإعلان حقوق الطفل الصادر في 1959 من المبدأ السابع على حق الطفل في تلقي التعليم، ويجب أن يكون مجانا وإلزاميا في مراحله الابتدائية على الأقل، وأن يستهدف ثقافة الطفل العامة .

وكذلك المواد من 28إلى 30 من اتفاقية حقوق الطفل على جعل التعليم الابتدائي إلزاميا ومتاح للجميع وتشجيع وتطوير التعليم.

وقد نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادته 26 على أن" لكل شخص الحق في التعليم، ويجب أن يكون التعليم في المرحلة ما قبل الابتدائية الأولى إلى غاية المراحل الأخيرة أي الثانوية")

1-**حق الطفل في العمل:** وقد نص قانون الطفل على رعاية الطفل العامل والأم العاملة في المواد من 64 إلى4 7 وعدم جواز تشغيل العامل قبل بلوغ 14سنة ويسمح من سن 12سنة للعمل في أعمال موسمية لا تضر بصحتهم بعد موافقة وزير التعليم وبقرار من المحافظ المختص.

2- **الحق في التعبير وتكوين الرأي :**

وفقا لمقتضيات الاتفاقية الدولية أن يعبر بآرائه متى استطاع ذلك وكانت له القدرة على ذلك، وآراء ه يسمع إليها

9_ حق الانتفاع من الضمان الاجتماعي : حيث تنص المادة 26من اتفاقية حقوق الطفل "تعترف الدول الأطراف " لكل طفل الحق في الانتفاع من الضمان الاجتماعي بما في ذلك التأمين الاجتماعي ، وتتخذ الدول التدابير اللازمة لتحقيق الإعمال الكامل لهذا الحق وفقا للقانون الوطن.

[1]ـــ أحمد أباش، الأسرة بين الهرم والحداثة، مرجع سابق

وقد اهتم المجتمع الدولي بالفئات المحرومة بنصه مجموعة من الحقوق بالإضافة إلى الحقوق السابقة وهي:[1]

الفرع التاسع:الحق في الانتماء إلى أسرته والعيش وسط جو عائلي مناسب.

1-الحق في الانتماء إلى أسرته :

حيث تنص المادة20 من قانون الطفل الفلسطيني على:" للطفل الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهما، ولا يجوز أن ينسب الطفل لغير والديه."

كذلك المادة 21من نفس القانون على:"مع مراعاة مصلحة الطفل الفضلى للطفل المنفصل عن والديه أو عن احدهما الحق في الاحتفاظ بعلاقات شخصية واتصالات مباشرة مع كلا والديه وبصورة منتظمة "

2-الحق في العيش وسط جو عائلي مناسب:

حسب المادة من 19 قانون الفلسطيني على:"لكل طفل الحق في العيش في كنف أسرة متماسكة ومنتظمة "

والفقرة 2من المادة 30من نفس القانون:"تتخذ الدول الأطراف التدابير اللازمة لضمان التزام والدي الطفل أومن يقوم على رعايته يتحمل المسؤوليات والواجبات المشتركة المنوط بهما في تربية الطفل ورعايته وتوجيهه ونمائه على الوجه الأفضل "

الفرع العاشر:الحق في الإدماج الاجتماعي وفي الرعاية الإجتماعية

1-الحق في الإدماج الإجتماعي.

حيث تنص المادة 31من نفس القانون على"وفقا للقواعد والشروط التي تضمنها الدولة ومؤسساتها للأطفال الآتي بيانهم الحق في الحصول على المساعدات الاجتماعية:

[1]-قانون الطفل الفلسطيني، الصادر برام الله بتاريخ 15/ 8/ 2004م الموافق ل29جمادى الثاني سنة 1420هج.

1ــالأطفال الأيتام أو مجهولين النسب.

2ــ الأطفال في المؤسسات الرعاية الاجتماعية .

3ــ أطفال المطلقة أو المهجورة الذين لا عائل لهم .

4ــ أطفال المسجون أو المفقود أ والعاجز عن العمل بسبب المرض أو الإعاقة.

5ــ أطفال الأسر التي دمرت بيوتها و أحرقت.

2-الحق في الرعاية الاجتماعية :حيث تنص المادة 47 الفقرة 08على

"على الدولة اتخاذ التدابير الرعاية أو الإصلاح المناسبة إذا وجد والطفل موقف يعرضه للخطر"فإنه حسب المادة 48"يسلم الطفل لمن يستطيع القيام برعاته وتتوفر فيه الضمانات الأخلاقية من الأشخاص الآتي ذكرهم :[1]

1ــ أبويه أو أحدهما .

2ــمن له ولاية أ وصاية عليه.

3ــأحد أفراد أسرته.

4 أسرة بديلة تتعهد برعايته.

1ــ د/خالد مصطفى فهمي، حقوق الطفل ومعاملته الجنائية في ضوء الإتفاقيات الدولية ص19، 20، 21، 47

2ــ القانون الفلسطيني لسنة 2004م، مرجع سابق.

المبحث الثاني:

مجهولي النسب في التشريع الجزائري.

لقد كانت القوانين الجزائرية مكملة لما جاءت به مختلف القوانين الدولية والإتفاقيات والإعلانات، فقد أولت حماية قانونية لهذه الفئة من خلال إعطاءها مجموعة من الحقوق المختلفة مثله مثل الاطفال العاديين ، كذلك أولت له الحماية من خلال مجموعة من الآليات القانونية، سنتناول في هذا المبحث أربعة مطالب وهي الأول مجهول النسب في قانون العقوبات، والثاني في ق الجنسية والثالث في قانون الحالة المدنية والرابع في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول:مجهول النسب في قانون العقوبات الجزائري.

لكل طفل حق في الحياة سواء ولد من نسب معلوم أو مجهول وتدخل القانون في هذا المجال مسلطا عقوبة الإعدام على كل شخص يقتل طفل حديث العهد بالولادة طبقا للمادتين 159و261 من قانون العقوبات إلا أن الأم سواء كانت فاعلة أصلية أ وشريكة تعاقب بعقوبة السجن من 10 إلى 20 سنة طبقا للمادة 261 من نفس القانون 02|01(1).

كما تنص المادة 314 من قانون من عقوبات وما يليها على معاقبة كل من يترك طفل أو يعرضه للخطر في مكان خال أو غير خال من الناس أو يحمل الغير على ذالك وتختلف العقوبات المقررة على الفاعل حسب العجز الذي لحق بالطفل من جهة بالاختلاف الفاعل أيضا العقوبات وقد تنص العقوبة على الإعدام، إذا ما تبين بعد وفاة الطفل من جهة

وباختلاف الفاعل أيضا وقد تصل العقوبة إلى الإعدام إذا تبين بعد الوفاة الطفل أن الطفل أن الفاعل قد قصد قتل الطفل.[1]

لقد جرم قانون العقوبات الجزائري كل من يتعرض للطفل أو يحمله الخطر، أولم يصرح بولادة طفل أو بعدم تسليم طفل إلى الجهة المعنية بحمايته، واعتبرها جريمتين يعاقب عليهما.وسنتعرض لهاتين الجريمتين.

فرع 1: جريمة عدم التصريح بميلاد الطفل :

لقد نصت المادة 61من قانون الحالة المدنية " يجب أن يصرح بالمواليد خلال خمسة أيام من الولادة إلى ضابط الحالة المدنية للمكان وإلا فرضت العقوبات المنصوص عليها في المادة 442 من قانون العقوبات.

وفي الفقرة الأولى منها " كل من حضر ولادة طفل ولم يقدم عنها الإقرار المنصوص عليه في القانون خلال الموعد المحدد،يعاقب من 10 أيام على الأقل إلى شهر على الأكثر ومن 100 إلى 1000 دج، أو بإحدى هاتين العقوبتين

المادة 62 من قانون الحالة المدنية :" يصرح بولادة طفل لأب أو للأم أوالى الأطباء والقابلات أو أي شخص أخر من متولي الولاية وعندما تكون الأم قد ولدت خارج منزلها فالشخص الذي ولدت عنده هو من يصرح"[2]

أركان الجريمة: يكفي لقيام الجريمة الركن المادي فقط

الركن المادي:يتكون من عنصرين:

[1]ــ القاضي بن رزق الله إسماعيل، محاضرة حول حقوق الطفل وفق التشريع الجزائري، دفعة 2009/2008م جامعة تبسة ص7.

[2]ــ أ/ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، ط2، الجزائر ص33.

1 عنصر عدم التصريح بالطفل:

1-وهو ذلك التصرف السلبي الحاصل من الأب أو الأم وهو ما نصت عليه المادة 62 من ق ح م

2- أن يكون الجاني من بين للأشخاص الملزمين بالتصريح بالولادة.

الفرع 2: جريمة عدم تسليم طفل حديث العهد في الولادة.

نصت المادة 442 من ق ع يعاقب بالحبس من 10 أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 100 إلى 1000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من وجد طفل حديث العهد بالولادة ولم يسلمه إلى ضابط الحالة المدنية،ما لم يوافق على أن يتكفل به ويقر بذلك أمام جهة البلدية التي ينسب على الطفل في دائرتها، ويعاقب الجاني متى وجد الطفل حديث العهد بالولادة ولم يقم بتسليمه إلى رئيس البلدية باعتباره ضابط الحالة المدنية غير أنه إذا قبل أن يتكفل بالطفل بموجب إقرار أمام ضابط الحالة المدنية بالمكان الذي تم العثور على الطفل فانه يعفى من العقاب إلى غاية اتخاذ الإجراءات المساعدة الاجتماعية

نصت المادة 321 من ق ع على انه يعاقب بالسجن من 5 سنوات إلى 10 سنة كل من نقل عمدا أو أخفاه أو استبدل طفل بطفل أخر به أو تدخل على أنه ولد امرأة لم تضع، وذلك في ظروف من شانها أن تبرر التحقق من شخصيته،وإذا لم يثبت أن الطفل قد ولد حي فتكون العقوبة هي الحبس من شهرين[1]

إلى 5 سنوات وإذا اثبت إن الطفل لم يولد حي فتكون العقوبة هي الحبس من شهر إلى شهرين،غير انه قدم فعلا الولد على انه ولد لامرأة لم تضع حملا يعد تسليم اختياري أو

[1]ــ بوسقيعة أحسن، الوجيز في شرح ق العقوبات الجزائري في ضوء الممارسة القضائية، ط2، الجزائر،ديوان الطبع للنشر والتوزيع ص120

إهمال من والديه فان المجرم يتعرض لعقوبة الحبس من شهر إلى 5 سنوات والجريمة تأخذ وصفين:

1 إخفاء سن لطفل حي وكذلك جريمة عدم تسليم طفل: نلاحظ أن المادة لم تشير إلى سن معين للطفل، يتكون هذا الفعل الإجرامي من ركنين الركن المادي والركن المعنوي.

الركن المادي: يتكون من صور هي:

أ_ **نقل الطفل:**وذلك يكون بإبعاد الطفل عن المكان الذي وجد به ونقله إلى مكان أخر فتطبق على الجاني نص المادة 326 من ق ع .

ب_ إخفاء الطفل :وهوان يقدم الجاني بخطف الطفل وشخص أخر يكون شريك في إخفائه،وذلك من اجل تربية الطفل في ظروف لا يمكن التعرف على شخصية الطفل .

ج_ استبدال طفل بطفل أخر: وهو أن يستبدل الجاني الطفل المولود بعد إن وضعته أمه محل طفل أخر حتى لا يأخذ نسبه الحقيقي ومثال ذلك قيام الجاني باستبدال طفل من جنس أنثى بطفل من جنس ذكر

د_ تقديم طفل على انه ولد امرأة لم تضع على أن تكون عاقر

2_ يجب إن تكون المرأة قد وضعت حملها وأن الطفل ولد حي،وانه لم يسلم لمن له الحق بالمطالبة به

3_ يجب أن تكون النتيجة المترتب عنها هي إخفاء نسب الطفل ومعه لا يمكن التحقق من شخصية الطفل.

الركن المعنوي :هذه الجناية جريمة يلزم لتوفرها القصد الجنائي،ويكون بانصراف إرادة الجاني وعلمه بعناصرها في حين يكون الجاني عالما بأنه يقوم بنقل الطفل من مكانه بدون

سند قانوني فلا تقوم الجريمة إذا كان الجاني المحافظة على حياة الطفل ثم إرجاعه لمن يستحق.

الفرع الثالث :جريمة عدم تسليم جثة طفل.

نصت الفقرة 32 من المادة 321 من ق ع العقوبات التي تتعلق بالطفل الذي لم يولد حي والذي لم يثبت انه حي.

وهذه الجريمة لا تقوم إلا إذا بلغ الجنين ستة أشهر وهي اقل مدة الحمل طبقا للمادة 42 من ق أ وإلا اعتبر الفعل إجهاضا.[1]

صور هذا الركن :

1- إذا لم يثبت أن الطفل ولد حي، وبذلك تقوم الجريمة.

2_ إذا اثبت أن الطفل لم يولد حي .

المطلب الثاني:

في قانون الجنسية.

الجزائر في مجال الجنسية أخذت منح الجنسية الأصلية بروابط الدم أصلا، أي أن كل من ولد من أب جزائري وأم جزائرية له الجنسية الجزائرية أصلية، واستثناءا :

وطبقا للمادة 7من قانون الجنسية نجدها تنص على اعتبار الطفل المولود في الجزائر من أبوين مجهولين جزائري الجنسية، وكذا الولد المولود في الجزائر من أب مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاده دون معلومات عنها تثبت جنسيته.[2]

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

[1] ــاحسن بوسقيعة، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق ص123و124.

[2] ــ القاضي بن رزق الله، مرجع سبق ذكره،ص8

تمنح الجنسية بواسطة رابطة الدم والإقليم وهي وسيلة لإثبات نسب الطفل المجهول:

أولا :عن طريق رابطة الدم حيث تنص المادة 6على : من قانون الجنسية الجزائرية على ما يلي:

يعتبر من الجنسية الجزائرية بالنسب :

1ــ الولد المولود من أب جزائري .

2ــالولد من أم جزائرية وأب مجهول.

3ــ الولد المولود من أم جزائرية وأب عديم الجنسية.

فنجد بمقتضى هذه المادة أن من ينتمي بنسبه لأب جزائري يعد جزائريا بالنسب وهذه الصياغة تعبر أن الأساس هنا هو الانتماء لأصل جزائري والنسب هو تعبير عن رابطة الدم .

ثانيا عن طريق رابطة الإقليم :

لقد ذهبت معظم التشريعات العالمية ومن بينها التشريع الجزائري إلى الأخذ برابطة الإقليم كأساس الجنسية الأصلية برابطة أو حق الإقليم أن الدول تمنح جنسيتها الأصلية لكل مولود يولد على إقليمها دون الاعتداد باعتبارات أخرى، مثلا الجذور العائلية له . وإذا كانت الدول حرة في اتخاذ الإقليم كأساس لمنح جنسيتها، فإن هناك قيدا على هذه الحرية من القانون الوضعي مفاده عدم تطبيق حق الإقليم كأساس للجنسية الأصلية على أولاد الأشخاص الذين يتمتعون بالحصانة الدبلوماسية.

سبق أن ذكرنا أن الجزائر أخذت برابطة الإقليم كأساس لمنح الجنسية الأصلية الجزائرية، ولكن هذا الأمر كان بصفة استثنائية، أن الأصل في قانون الجنسية الجزائري هو منح الجنسية الأصلية على أساس رابطة الدم. ونشير إلى أن المشرع الجزائري اعتبر

المقصود من عبارة الجزائر مجموع التراب الجزائري والمياه الإقليمية الجزائرية والسفن والطائرات الجزائرية وهذا المادة 5 من قانون الجنسية .[1]

ولقد أورد الأمر 70ــ86 المتضمن قانون الجنسية الجزائري في مادته 7هي الحالة الوحيدة التي أخذ بها المشرع الجزائري برابطة الإقليم لمنح الجنسية الجزائرية الأصلية والتي تنص على ما يلي : " يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر :

1ــ الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين:، غيران الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين يعد كأنه لم يكن جزائريا قط إن أثبت خلال قصوره انتسابه إلى أجنبي وكان ينتمي إلى جنسية هذا الأجنبي وفقا لجنسية هذا الأخير .

2ــ إن الولد الحديث الولادة الذي عثر عليه في الجزائر يعد مولودا فيها ما لم يثبت خلاف ذلك...."

فطبقا لهذه المادة فإن الحالة التي أخذ فيها المشرع الجزائري برابطة الإقليم هي حالة الولد المولود من أبوين مجهولين أو عثر عليه وحديث العهد بالولادة، تمنح له الجنسية الجزائرية وذلك تفاديا من وقوعه في حالة انعدام الجنسية

وجاء المشرع في المادة 7بشرطين أــساسيين من أجل منح الجنسية الجزائرية الأصلية بناءا على حق الإقليم وهما.

أولا :شرط الولادة بالجزائر :فلكي تثبت الجنسية الأصلية حسب هذه المادة يجب أن يكون الولد مولودا بالجزائر أي أخذ من المستشفيات الوطنية أو عثر عليه في الجزائر وهو حديث العهد بالولادة أمام أحد المساجد آو الملاجئ أو المستشفيات ...الخ .

[1]ــ د/ بلقا سم أعراب،القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع الاختصاص القضائي،الجزء الثاني، الجزائر، دار هومة للنشر، 2003 م ص110.

ويشترط النص أن يكون الطفل حديث العهد بالولادة حتى تقوم القرينة على أنه ولد بالجزائر. و هذه المسألة مسألة واقع تخضع لتقدير القضاء فإذا ثبت أنه غير حديث عهد الولادة فيما يكون قد ولد بإقليم آخر أخذ جنسيته.[1]

ولكن حسب رأي الأستاذ بلقا سم أعزب فإن هناك فرقا بين الولد المجهول الأبوين واللقيط وهذا عكس ما ذهب إليه البعض بالقول أن اللقيط هو مجهول الأبوين مثل الدكتور علي علي سليمان، ويتجلى الفرق في كون أن مجهول الأبوين واقعة ميلاد ثابت في الجزائر منذ البداية كأن تضع المرأة في المستشفى مولودا ثم تغادره قبل الكشف عن هويتها وهوية طالب الطفل بينما في حالة اللقيط فواقعة الميلاد غير ثابتة فبالإمكان أن يكون مولودا في الخارج وأتي به إلى الجزائر.[2]

ثانيا: شرط كون الولد مجهول الأبوين.

ومفاد هذا الشرط أن يكون كلا الوالدين مجهولين غير معروفين، ويعتبر الولد مجهول الأبوين حتى وإن كانت الأم معروفة الهوية (أي معروفة الاسم) لكنها مجهولة الجنسية فهو من جهة ليس بلقيط كون أمه غير معروفة للناس. وهي من جهة أخرى فهوليس بولد معروف الجنسية لأن أمه غير معروفة الجنسية.

وبعد معرفتنا لهذين الشرطان نصل إلى القول أنه وحسب دائما المادة 7السالفة الذكر فإنه إذا ما ثبت نسب الولد إلى أجنبي ذكر كان أم أنثى وقانون جنسيتها يسمح بإلحاق جنسيتها به سقطت الجنسية الجزائرية عنه. ولكن بشرط أن يثبت نسبه خلال قصره، وبالضبط خلال قبل بلوغ سن الواحد والعشرين.

1ــ د/ علي علي سليمان، القانون الدولي الخاص، ط4 الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية للجزائر1993م ص245و246.

2ــد/ بلقا سم أعراب مرجع سابق ص246.

وقد اختلف الفقه في مسألة نسبه منه أو طبقا لقانون البلد الذي وجد به، ويرى أغلبية الفقه أن ثبوت النسب يجب أن يتم طبقا لقانون جنسية من يريد إثبات نسبه منه من الأبوين، بينما كان القضاء الفرنسي يرى وتسايره الهيئات الرسمية في فرنسا أن ثبوت النسب يجب أن يتم طبقا للقانون الذي وجد اللقيط بإقليم دولته، وكانوا يستدلون على ذلك بأن النص الفرنسي سنة 1945م ينص " إذا كان قانون جنسية هذا الأجنبي إنما يكون فقط لمعرفة ما إذا كان يعطيه جنسيته وليس لثبوت النسب .

وتجدر الإشارة في آخر المقام أنه في حالة حصول الولد مجهول الأبوين على جنسيته سواء من جهة الأم أومن جهة الأب، فإن ذلك يتم بأثر رجعي طبقا للمادة 7من قانون الجنسية التي تنص على"..... يعد كأن لم يكن جزائريا قط"

المطلب الثالث:

في قانون الحالة المدنية.

تماشيا مع أحكام المادة 28 من القانون المدني تنص المادة 64من قانون الحالة المدنية لأمر 70|20 مؤرخ 19 فبراير 1970[1] على على ضابط الحالة المدنية نفسه هو الذي يعطي الأسماء اللقطاء أو المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم أية أسماء، وتعيين الطفل مجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي، كما تنص المادة 67 من نفس الأمر على وجوب قيام شخص الذي يجد مولود.

حديث الولادة بالتصريح بذلك إلى ضابط الحالة المدنية، مع الألبسة والأمتعة الأخرى الموجودة معه، وهنا ضابط الحالة المدنية يقوم بأمرين.

[1]- الأمر رقم 86/70 المؤرخ في 1970/12/15م المتضمن قانون الجنسية الجزائري.

1ــ تحرير محضر مفصل يبين فيه تاريخ وساعة ومكان وضرر وفي التقاط الطفل وسنه الظاهري، وجنسيته وأية علامة يمكن أن تسهل معرفته والسلطة أوالشخص الذي عهد به إليه ويسجل المحضر في سجل الحالة المدنية .

2ــ يعد ضابط الحالة المدنية عقدا يكون بمثابة عقد الميلاد [1]

المطلب الرابع:

في قانون الأسرة الجزائري.

لقد اهتمت الشريعة الإسلامية السمحاء بوضع اللقيط، كما قرر الفقهاء جملة من الأحكام نلخصها فيما يلي :

1ــ من وجد طفلا عاجزا في مكان يغلب على ظنه الهلاك لوترك كان التقاطه فرض عين بمعنى يصير أمرا واجبا ولا يجوز تركه للهلاك ولا يهم بعد ذلك الجهة التي ترعاه سواء الملتقط أو الدولة من خلال الجهة المكلفة بالرعاية.

2ــ الملتقط أحق باللقيط من غيره إذا رغب في رعايته،ولا ينزع منه إلا لضرورة معقولة، وعليه كفالته وتربيته وتعليمه، فإذا عجز سلمه للدولة لرعايته .

3ــإذا وجد مع الملتقط مال يحفظ له هذا المال حتى يبلغ، وإذا احتاج الملتقط لهذا المال أو بعضه للإنفاق منه على اللقيط، جاز له أن يطلب من القاضي ترخيصا باعتباره وصيا عليه أو كفيلا له.

4ــ إذا أقر الملتقط بنسب اللقيط صح هذا النسب بالإقرار لأن الإقرار كما رأينا يثبت بها النسب متى صدقه العقل والعادة.[2]

---

[1]ــ القاضي بن رزق الله إسماعيل، مرجع سابق ص9.

[2]- ــ د/ بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل "دراسة مقارنة" ط1'، الجزائر دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر2008م ص256.

5ــ إذا لم يوجد من ينفق على اللقيط ولم يوجد لديه مال وجب على الدولة أن تنفق عليه لأنها تكفل كل من هو غير قادر على الإنفاق لأن له حق في بيت مال المسلمين، ولا يجوز للحاكم أن يضيعه.

6-ــيعتبر اللقيط مسلما إذا وجد في بلاد المسلمين أوفي منطقة يوجد فيها المسلمين، فإذا وجد في بلد غير مسلم فهو على دين ذلك البلد إلا إذا قام الدليل على خلاف ذلك.

هذه هي أغلب أحكام اللقيط التي تحدث عنها الفقهاء أردناها أن تكون موجزة.

ولم يتعرض قانون الأسرة الجزائري إلى أحكام المجهول النسب إلا من باب الإشارة عرضا في مواطن متفرقة من مختلف القوانين، كقانون الأسرة في باب النسب المادة 44، وفي موضوع الكفالة المادة 119و120.

حيث نصت المادة 119من قانون الأسرة "الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب.

والمادة 120"يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64من قانون الحالة المدنية "

والكفالة إما أن تكون على صغير معلوم النسب من الأبوين أومن أحدهما،وهنا يحتفظ الولد المكفول من نسبه طبقا لأحكام المادة 120من ق الأسرة .

غير أن الملفت الانتباه هو صدور المرسوم التنفيذي رقم 92ــ24المؤرخ في 13ــ01ــ1992م الذي يقضي بالسماح للشخص الكافل والذي يكفل ولدا مجهول النسب من الأب أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائدته، وذلك لمطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي . و عندما تكون أم الولد القاصر

معلومة وعلى قيد الحياة، فينبغي أن ترفق موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب.وهذا أمر لا يمكن قبوله من الناحية القانونية والشرعية، لأنه خالف المادة 120من

ق ــ أ وم 64 من ق ــ ح ــ م، خاصة المادة 64 من ق ــ أ التي تقضي صراحة بأنه يمنع التبني .[1]

المبحث الثالث:

تبني نظام الكفالة كبديل لحماية الطفل المجهول النسب.

سنتناول في هذا المبحث

- لقد حرمت الشريعة الإسلامية السمحة التبني بعدما كان معمول به في الجاهلية قبل الإسلام،حيث كان النبي (ص)قبل النبوة متبنيا زيد بن حارثة والذي كان يدعى في ذلك الوقت زيد بن محمد مثل باقي العرب في تلك الحقبة من الزمن، وبمناسبة هذه الواقعة أنزل الله عز وجل الآيتين من سورة الأحزاب وقال الله تعالى " وأدعوهم لآبائهم هوأقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم " (1)إلا أن هذا التحريم كان بديلا وذلك لحماية شريحة في المجتمع التي كانت ضحية تصرفات سلبية التي نتج عنها الأطفال مجهولين النسب واللقطاء، وهذا البديل يتمثل في نضام الكفالة الذي عملت به العديد من الدول الإسلامية، منها الدولة الجزائرية التي استبعدت نضام التبني طبقا للمادة 46 من قانون الأسرة الجزائري، فأعطت له البديل بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية[2].

والهدف من تبني نظام للكفالة هوحماية الأنساب من الضياع والتزييف، وجعلت ثبوت النسب حقا للولد يدفع به عن نفسه المعرة والضياع، وحقا لأمه تدرأ به الفضيحة والإتهام بالفحشاء، وحقا لأبيه يحفظ به نسبه وولده أن يضيع أوينسب لغيره، وجعلت النسب يثبت بطرق شرعية وعلمية دقيقة، ولأن الطفل مجهول النسب هوإنسان كغيره من البشر قامت بحمايته الشريعة الإسلامية من التهميش والضياع .

---

[1] ــ د/ بن شويخ الرشيد، المرجع السابق ص246و247و248.

[2] - من المشاكل الأسرية النسب وأحكامه الشرعية، الديوان الوطني للتعليم والتكوين عن بعد ص12 ONFD l WWW 2led ldz

كذلك القانون الجزائري اهتم بهذه الفئة من خلال تبني نظام الكفالة . فلذلك سنتعرض لمفهوم الكفالة من تعريف والشروط الكفالة...الخ .

المطلب الأول :

تعريف الكفالة

الكفالة في اللغة : لغة "الكافل ""العائل"، كفله يكفله وكفله إياه، وفي التنزيل العربي"وكفلها زكرياء"، وقد قرأت بالتثقيل ونصب زكرياء، بكسر الفاء، وفي الحديث " انا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة"له ولغيره، والكافل القائم بأمر اليتيم المربي له، وهومن الكفيل الضمين والضمين في له ولغيره راجع إلى الكافل أي أن اليتيم سواء كان الكافل من ذوي رحمه أو أنسابه أو كان اجنيا .لغيره تكفل به، وقوله كهاتين الإشارة إلى إصبعيه السبابة والوسطى ومنه الحديث،ألراب كافل ألراب، زوج أم اليتيم لأنه يكفل تربيته ويقوم مع أمه، وفي الحديث وفد هوازن : وأنت خير المكفولين يعني رسول الله (ص) أي خير من كفل في صغره، وأرضع وربي حتى ينشأ، وكان مسترضعا في بني سعد .بن بكير.

والكافل والكفيل، الضامن والضمين، والأنثى كفيل أيضا، وجمع كافل كفّل، وجمع الكفيل كفلاء، وقد يقال للجميع كفيل كما قيل في الجمع صديق، " وكفلها زكريا أي ضمنها إياه حتى تكفل بحضانتها، ومن قرأ : وكفلها زكريا فالمعنى ضمن القيام بأمرها .

وكفل المال وبالمال : ضمنه، وكفل بالرجل يكفل ويكفل كفلا، وكفله ضمنه، وكفلت عنه بالمال لغريمه وتكفل بدينه تكفلا .

أبوزيد : أكفلت فلانا المال إكفالا إذا ضمنته إياه، وكفل هوبه كفولا وكفلا، والتكفل مثله : قال تعالى : أكفلنيها وعزَني في الخطاب .

ابن الأعرابي: كفيل وكافل ضمين وضامن بمعنى واحد، التهذيب، وأما الكافل فهوالذي كفل إنسانا بعوله وينفق عليه، وفي الحديث الربيب كأصل، وهوزوج أم اليتيم كأنه كفل نفقة اليتيم.[1]

اصطلاحا:

هناك مفهومان للكفالة الكفالة في القانون المدني والكفالة في قانون الأسرة.

1ــالكفالة في الشرع :

1ــ عند الأحناف: الكفالة ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقا بنفس أوبدين أو بعين.

المالكية : إذا ذكرت الكفالة عند المالكية وعرف الأستاذان بودري الكفالة بقولهما أنها :"عقد بمقتضاه يكفل شخص من الغير تنفيذ التزام بأن يتعهد بالوفاء إذا لم يتم به المدين نفسه على أن يحتفظ بحق الرجوع على هذا المدين .

عند الشافعية: هي ثلاثة أنواع الأول ضمان الدين وهو يتعلق بالذمة فقط وهذا النوع هو الأغلب والأكثر والثاني ضمان البدن وهو يتعلق بالذمة والعين والثالث ضمان العين كأن يقول ضمنت دينك في هذه العين.

عند الحنابلة : التزام من يصح تبرعه أومفلس برضاها ما وجب أويجب على غيره مع بقائه عليه .[2]

عند الزيدية : الكفالة بالوجه والضمان بالمال . عند الإمامين : للضمان عند الإمامية إطلاقان : أحدهما : إطلاق بالمعنى لازم الشامل للحوالة والكفالة .

---

[1] ــ الإمام العلامة إبن المنظور، لسان العرب، الجزء السابع، القاهرة، دار الحديث 2003م ص 699.

[2] ــ د/ علي محمد عبد الحافظ السيد، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي،ط1، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي 2008م ص23و24.

والآخر إطلاق إطلاق بالمعنى الأخص وهو: التعهد بالمال.

مشروعيتها ودليلها: الكفالة مشروعة في الإسلام ولقد استدل العلماء على مشروعيتها بالكتاب والسنة والإجماع.

الأدلة مستمدة من الفقه الإسلامي :

عن شعبة عن أبي عون الثقفي، عن الحارث بن عمرو، عن رجال من أصحاب معاذ :أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: بعث معاذ إلى اليمن فقال : كيف تقضي فقال : أقضي بما في كتاب الله : قال: فإن لم يكن في كتاب الله ؟ فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم : قال : فإن لم يكن في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال اجتهد رأي قال الحمد لله الذي وفق رسول الله صلى الله عليه وسلم.

1ــ في القرآن: قواه تعالى " وكفلها زكريا [سورة آل عمران |الآية 37]

أي ضمها الله تعالى إليه وجعله كافلا لها وضامنا لمصالحها، فالآية تدل على ان الكفالة تأتي بمعنى الضمان : وهولا يتحقق إلا بالضم .

وجاء في أحكام القرآن للحصاص : أن هذه الآية إذا قرئت بالتخفيف كان معناها أنه ضمن مؤنتها ورعاية مصالحها، وإذا قرئت بالتثقيل كان معناها : يدل على أن الكفالة كانت بأمر الله تعالى، فالآية وإن كانت لا تدل على الكفالة بالمال صراحة، حيث جاءت لبيان حكم الكفالة بالصغير، من حيث تربيته، والقيام بمصالحه إلا أنها دلت على معنى الكفالة وهو الضم، ويمكن قياس كفالة المال على ذلك.

2ــ من السنة النبوية الشريفة:

بعد أن بينا ما جاء القرآن الكريم من آيات ببنات تدل على مشروعية الكفالة: تأتي إلى السنة النبوية الشريفة، وهي المصدر الثاني من مصادر التشريع وقد جاء في السنة أحاديث تدل على مشروعية الكفالة نذكر منها:

1ــ عن أبي أسامة الباهلي رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول في الخطبة عام حجة الوداع : العارية مؤداة، والزعيم غارم، والدين مقضي .

في السنة :منها قوله صلى الله عليه وسلم " أنا وكافل اليتيم في الجنة كهاتين، وأشار بالسبابة والوسطى وفرج بينهما شيئا، رواه أحمد"

3ــ الإجماع: أجمع الفقهاء على صحة الكفالة بمعنى الضمان، منذ عصر الصحابة، إلى يومنا هذا.[1]

2ــ الكفالة في القانون المدني الجزائري:

عرفته المادة 644من التقنين المدني الكفالة بأنها" عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ إلتزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام، إذا لم يفي به المدين نفسه".

من هذا التعريف يتبين لنا في البداية أن عقد الكفالة هذا إنما ينشأ عن وجود علاقة مديونية تقوم بين الدائن والمدين،وأن الكفيل إنما يأتي لضمان الوفاء بهذه المديونية،وأنه لولا عقد الكفالة لظل الكفيل غريبا، فالكفالة بهذا المعنى يتم بين شخصين أساسيين هما:الدائن في الالتزام الأصلي وبين الكفيل، وأن المدين في الالتزام الأصلي ليس طرفا في عقد الكفالة رغم أنه يلعب دورا في إنقاذها،وقد تتم الكفالة من جهة أخرى دون علم المدين أو حتى معارضته،إذ نص المادة 647 من ق المدني"تجوز كفالة المدين بدون علمه،وتجوز أيضا رغم معارضته "،فالكفالة هنا ترتكز على إلتزام أصلي، وتعمل على الوفاء به، فهي تابعة دائما له ومن ثمة فهي ترتب إلتزام شخصي في ذمة الكفيل محله الوفاء بالإلتزام الأصلي إن لم يف به المدين، ومنه لا يكون مصدر الإلتزام المكفول هو العقد دائما بل تتعدد مصادره بمصادر الإلتزام، المعروفة هي:العقد،الإرادة المنفردة، الفعل المستحق للتعويض أو القانون، بينما التزام الكفيل الناشئ عن عقد الكفالة مصدره دائما واحد وهو العقد.

[1] ــ د/ علي محمد عبد الحافظ السيد، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي،مرجع سابق ص5و6و7.

المطلب الثاني:

تعريف الكفالة في قانون الأسرة الجزائري.

الكفالة هي عبارة عن التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي، وعلى هذا المنوال فالكفالة هي عبارة عن التزام تطوعي للتكفل برعاية طفل قاصر من تربية ورعاية بنفس الطريقة التي يتعامل بها الأب مع ابنه .

إذ تمنح الكفالة بناء على طلب المعني وتكون سواء أمام القاضي المختص أوالموثق، الكفالة عادة كما سبق وإن أشرنا هي وسيلة لحل بعض المشاكل اليومية داخل المجتمع، سيما فبالجزائر في مرحلة سنين الجمر التي مرت بها الجزائر بداية التسعينات التي ترتبت كلها أمهات عاز بات والتي ليست لهن القدرة حتى على إعالة أنفسهن، لكن أحكام الكفالة لها أثر إيجابي في تلك الحقبة، حيث فتحت الباب للأسر التي ترغب في الإنجاب.[1]

لقد عرفت المادة 116من قانون الأسرة الجزائري الكفالة كما يلي:

"الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب لابنه وتتم بعقد شرعي "

1ــ من المقرر في الشريعة الإسلامية أن حق الرجوع بنفقة المكفول لا يثبت للكافل إلا على من وجبت

على تلك النفقة، ويشترط أن يكون هذا التحفظ بذلك الحق عند التزامه بالكفالة.

[1]ــ محمد عبد الجواد محمد، حماية الطفولة في الشريعة الإسلامية والقانون،منشأ المعارف جلال حزى وشركاؤه، الإسكندرية،مصر، ص67ــ68.

2ــ من المقرر قانونا أنه إذا كان محل وسبب الالتزام مخالفين للنظام العام والآداب العامة كان العقد باطلا، ومن ثم فإن النفي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير موجبة. [1]

ولما كان من الثابت، في قضية الحال . إن أساس دعوى طاعنة وتتعلق بعقد التخلي لها نهائيا عن البنت دون أن توجد أي قرابة سواء منها النسبة أو المصاهرة تربطها بأبوي البنت، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بإرجاع البنت إلى والدها طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب الطعن .

3ــ من المقرر قانونا أنه "إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما، يخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز وإن لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن من القاضي . مع مراعاة، مع مراعاة مصلحة المكفول .و من المقرر أيضا أنه في حالة وفاة الأب تحل الأم محله قانونا، ومن ثم فإن النفي على القرار المطعون فيه بالتناقض والقصور في الأسباب ليس في محله ومن الثابت

في قضية الحال أن المجلس لما قضى بإلغاء عقد الكفالة والتصريح بعودة الكفيلة إلى ولاية أمها بناء على رغبتها ومراعاة لمصلحتها فإن القرار يكون عندئذ خاليا من أي قصور أو تناقض في الأسباب

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن . [2]

1ــد| بالحاج العربي، شرح قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05|02|والمعلق عليه بمباديء المحكمة العليا، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية ص189.

ــ 2ــ بلحاج العربي،شرح قانون الأسرة ص188.

3ــالقانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيوسنة1984م المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم في 7/فيفري 2005م.

المطلب الثالث:

شروط المستوجبة في كلا من الكافل والمكفول.

سنتناول في هذا المطلب.

الفرع الأول : الشروط الواجبة في الكافل :بالرجوع إلى أحكام ق ــ أ في مادته 117و118نجدها حددت شروطا عامة التي يجب على جهة المكلفة بإبرام عقد الكفالة إذ تتحقق من توافرها وعلى قاضي الأحوال الشخصية أو رئيس المحكمة أو الموثق أن يقوم بإجراء تحقيق، ويراقب ما إذا توفرت هذه الشروط أم لا، فإذا اقتنع القاضي أو الموثق عدم توفرها في الكافل رفض الطلب أما إذا توفرت هذه الشروط حرر العقد من قبل الجهات السالفة الذكر،وهذه الشروط المطلوبة في الكافل هي : شرط الإسلام، شرط أن يكون عاقلا، شرط القدرة

أولاــ الأهلية :

ويعني أن يكون هنا الكافل بالغا راشدا غير محجور عليه لسبب الجنون أوالعته، وهذه حالة ظاهرة إذ يمكن التعرف على الشخص طالب الكفالة هل متمتعا بقواه العقلية أم لا ؟

فإن ثبت عدم تمتعه بالأهلية رفض الطلب لان هذه المسألة من النظام العام إذ يجوز للنيابة تقديم طلب الحجر إلى المحكمة وبالتالي لا يمكن له كفالة غيره بموجب الحكم القاضي بالحجر.

ثانيا ــ أن يكون عاقلا :

" مادام الكافل يقوم بتصرف يتضمن التبرع فلا بد أن تتوفر فيه أهلية التبرع الخالية من كل العيوب فإذا ما عيبت إرادته بأي سبب كالجنون، العته، الغفلة، السفه، أي ما يجعل إرادته معيبة وبالتالي لا يمكنه التبرع"

لوجود تلك العيوب أو ظهورها وذلك إذا ما أبرمت عقود تصرف تكون قابلة للإبطال، فما دامت هذه بشأن نفسه فكيف يمكنه القيام بشخص آخر وبالتالي تنقضي معها الكفالة والأهلية هنا تتضمن أساس العقل. [1]

ثاليا: شرط الإســــــلام :

لقد أوجب قانون الأسرة شرط الإسلام في مادته 118إذ تنص "يشترط أن يكون الكافل مسلما "

يدين بالإسلام متى يمكنه أن يتكفل بطفل، وأساس ذلك يرجع إلى أن الكافل يمارس الولاية على نفس المكفول، ويتولى كل أموره على ذلك، فيجب أن يكون مسلم . وذلك لقوله تعالى "بشر المنافقين بأن لهم عذاب أليما الذين يتخذون الكافرين أولياء من دون المؤمنين ايبتغون عندهم العزة فإن العزة لله جميعا"

وقوله تعالى " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ".

ومادامت الكفالة ترتكز أساسا على رعاية المكفول فإن الإسلام هو الديانة الفضلى في تربية الفرد وفي تكوين أخلاقه ويذلك لقوله عز وجل " يا محمد إنك لعلى خلق عظيم ".والأخلاق الإسلامية تتضمن الصدق والأمانة وروح المسؤولية، وهذه الصفة الأخيرة هي التي تجعل المكفول عندما يكون لدى الكافل في مأمن من كل ما قد يتعرض له من ضرر نظرا لروح المسؤولية التي يتصف بها المسلم الكافل .

وما دامت الجزائر حسب الدستور ديانتها الإسلام، فإذا وجد أي طفل حديث الولادة فوق أرضنا، فإنه يكتسب الجنسية الجزائرية، باعتبار مجهول الأبوين أو مجهول الأب ما لم يثبت خلاف لكنه رفض طلبها على أساس أنها من جنسية فرنسية.[2]

[1]ــ طلبة مالك، التبني والكفالة، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة14، سنة 2004/2003ص 30.
[2]-طلبة مالك، مرجع سابق ص35.

طالب الكفالة أجنبي الجنسية :

حسب نص المادة 13 مكرر 01قانون10/05 أجازالمشرع للأطراف الأجانب التقدم أمام القاضي الجزائري بطلب الكفالة وبغض النظر عن دينهم فإن قواعد الإسناد المحددة في المادة السالفة الذكر تستوجب على القاضي فقط مراعاة قانوني مقدم طلب الكفالة والطفل المكفول عند إنشاء العقد وعليه فإذا رأى القاضي الجزائري أن قانوني الأجانب يجيزا الكفالة، مع العلم أن طالب الكفالة والمكفول ليسا من جنسية واحدة فهنا القاضي بعد التحقيق الذي يجريه يقوم بتحرير عقد الكفالة .

- أما حالة ما إذا كانا من نفس الجنسية (الكافل والمكفول) وقانونهما يجيز الكفالة هنا نفس الشيء القاضي يحرر عقد الكفالة .

- لكن إذا كان أحد القوانين لا يجيز فإنه بالطبع لا يمكن تحرير عقد الكفالة لأن المادة 13مكرر1 تلزم القاضي أن يراعي القانونين معا يوم تحرير العقد في حين آثار الكفالة يحكمها قانون الكافل فقط.

رابعاــ شرط القدرة :

ويقصد الشرع بالقدرة هنا الحالة المالية والاقتصادية لطالب الكفالة، إذ لا يعقل لطالب الكفالة أن يكون بطالا وليس له مورد رزق،إذ أنه عمليا يطلب القضاة من طالبي الكفالة تقديم كشف الراتب الشهري للتحقيق من هذه القدرة، وإلا رفض الطلب مراعاة لمصلحة الطفل.[1]

- والشيء الملاحظ أنه من المفروض مثل هذه الشروط المتعلقة بالوضعية المادية للكافل أن ينظمها بمقتضى التشريع ويبين كيف تثبت هذه الوضعية هل بشهادة العمل أم كشف

[1]ــ طلبة مالك،التبني والكفالة، مذكرة لنيل المدرسة العليا للقضاء،الجزائر،سنة 2003ــ2006م ص21

2ــ قانون رقم 84ــ11 المؤرخ في 9 رمضان 1404الموافق ل5 يونيو1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم في 27فبفري 2005م

الرواتب،أم السجل التجاري،وغيرها من الوثائق الضرورية في العقد حتى لا تطرح مشاكل عملية أمام القاضي والمتقاضي،

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

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

أما فيما يخص جواز الشخص المعنوي طلب الكفالة:

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

إلا أن حق الأشخاص المعنوية المكلفة برعاية الأطفال نص عليه المشرع المغربي صراحة على هذا الحق وأشترط إن تكون الجمعية أو المؤسسة مؤهلة قانونا ومعتمدة

قانون وان تسهر على تنشأة المكفول تنشئة إسلامية بحتة وإلا رفض الطلب أوقام القاضي المكلف بشؤون القصر بإلغاء الكفالة .

الفرع الثاني : الشروط المتعلقة بالطفل المكفول:

لم يرد في قانون الأسرة أي شرط بالنسبة للمكفول وعليه يمكن استنتاج بعض الشروط المطلوبة عمليا والمنوه إليها بصورة غير مباشرة في قانون الأسرة، بالرجوع إلى نص المادة : 116 نستنتج أن المشرع أشترط في المكفول سن معينة وهي أن يكون قاصرا، كذلك سردت المادة :119 منه وضعية الطفل المكفول المجهول النسب أو معلوم النسب .

فرع3– الجهات المختصة بتلقي الطلب وإبرام عقد الكفالة :

كما سبق أن أشرت توجد ثلاثة جهات مختصة: الجهات القضائية – مكاتب التوثيق – مكاتب البعثات الدبلوماسية بالخارج.[1]

أولا: الجهة القضائية:

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

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

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

[1]ـــ طلبة مالك، التبني والكفالة، مرجع سابق ص22.

وعليه فإن رئيس المحكمة أو قاضي الأحوال الشخصية عندما يتلقى الطلب يقوم بدراسة الملف جيدا مراعيا توافر شروط انعقاد الكفالة طبقا لأحكام قانون الأسرة مع مراعاة انه طبقا للتعديل الجديد في القانون المدني في المادة 13 مكرر 01 فان القاضي الجزائري بموجب قواعد الإسناد يمكن أن يصدر حكم أوأمر بالكفالة طرفيه أجنبيين أو أحد أطرافه أجانب مقيمين على الإقليم الجزائري وذلك مراعيا للقانون الداخلي لكلا الطرفين الكافل والمكفول عند إبرام العقد ما إذا كان يسمحان بالكفالة أم لا وعليه توسعت اختصاصات القاضي الداخلي بعدما كانت مقتصرة على الأطراف الجزائرية فقط .

2- القاضي:

القاضي يباشر إجراءات التحقيق مراعاة لمصلحة الطفل المكفول :

إذ أنه عمليا يتطلب حضور جميع أطراف العقد وإبداء رضا أبوي المكفول إن كانا على قيد الحياة زيادة على ذلك إحضار الشاهدين الذين يثبتان سيرة طالب الكفالة وحسن سيرته والأمانة،وإن كانت من المستحسن أن ينتقل القاضى ويجري معاينة ميدانية لحالة طالبي الكفالة قصد الإطلاع على النوايا التي أدت إلى طلب الكفالة ومدى استعدادهما لتحمل هذه المسؤولية وظروفهم المادية والاجتماعية.

بعد إجراء هذا التحقيق يقرر القاضي أما الموافقة على طلب الكفالة اوالرفض حسب ما إذا كان التحقيق سلبيا أم أجابيا ، ومن ثم يصدر الأمر بإسناد الكفالة.

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

3ــ الموثق:

بموجب المادة: 117 ق أ أسرة فإنه يجوز للموثق بناءا على طلب ذوي الشأن تحرير عقدا لكفالة وذلك بعد إجراء تحقيق أمامه ومراعيا مدى توافر شروط الكفالة.

وعليه بمجرد تحرير هذا العقد تصبح له القوة التنفيذية مثل الحكم القضائي ولا يحتاج إلى المصادقة من طرف القاضي.

فرع4:انقضاء الكفالة:

1ــ انقضاء الكفالة بطلب والدي المكفول إذا كان معلوم النسب:[1]

جاء قانون الأسرة صريح في مسالة انقضاء عقد الكفالة بالنسبة لمعومي النسب،وذلك إذا ما عبر والديه عن نيتهم في استرجاع ولدهم المكفول وذلك في نص المادة 124من قانون الأسرة التي ورد فيها " إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة المكفول إلى ولايتهما يخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز وإن لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول " .

2ــ انقضاء الكفالة بوفاة الكافل أو المكفول :

إن وفاة الكافل أو المكفول يؤدي إلى انقضاء عقد الكفالة .

فوفاة المكفول يعد سببا من أسباب انقضاء عقد الكفالة، وذلك راجع إلى أن محل العقد هو القيام بقاصر ، لم يعد هذا الأخير موجود ، وبالتالي فإن العناية والرعاية والتربية لم يعد

---

[1] ــأ/الغوثي بن ملحة،قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء،ط1، ديوان المطبوعات الجامعية 2005م ص169.

2ــ القانون رقم 11ــ84 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل 9 يونيو1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم في 27فيفري 2005م.

3ــالمادة 117 من ق،أ.

لها محل في التطبيق لعدم وجود من سوف من تقام لمصلحته، وذلك بوفاة من أقرت لمصلحته فإذا توفي المكفول وانقضت الكفالة فما مصير المال المملوك للمكفول .

إذا يجمع جمهور الفقهاء على أن اللقيط حر وبالتالي الأصل لا ولاء عليه وإنما يرثه المسلمون مادام ليس له وارث، إذا فيعود ماله إلى بيت المال لأن نفقة وتعليم وتربية اليتيم يكون على بيت المال ' غير أن هناك استثناء على هذه القاعدة وهو أن إرثه يرجع إلى من التقطه باعتباره المنفق عليه، وأنا مع الرأي الأخير حتى نشجع الأشخاص على التكفل بالقصر ومعناه إذا ما كانت له أي أموال فإنها ترجع لكافله بعد وفاته ولكن ليس على أساس الإرث ولكن على أساس من قام بكفالته.

المطلب الرابع : إجراءات الكفالة:

سنتناول في هذا الفرع ثلاثة فروع وهي:

فرع الأول:على مستوى المستشفى :تقوم المساعدة الاجتماعية على مستوى (مصلحة الولادة)فهي التي ترى الأم البيولوجية، وتقدم لها محضر التخلي لكي تملؤه، كذلك لابد من أن تقدم الأم البيولوجية نسخ من بطاقة التعريف الوطني وإذا لم تتوفر عندها تعطي شهادة الميلاد زائد صورة شمسية، ثم تسألها هل تتخلى عن الطفل بصفة مؤقتة،أو بصفة نهائية، وفي المحضر الموجود على مستوى المستشفى تكتب أمامه صفة التخلي وفي أخير هناك إمضاء الأم، بصمتها، وإمضاء المساعدة الاجتماعية.وبعدها تقوم المساعدة الاجتماعية بتسجيله في البلدية مقدمة مجموعة من الوثائق وهي : صورة طبق الأصل لبطاقة التعريف الوطني، شهادة طبية للولادة، جدول الإرسال.

الفرع الثاني : تكون على مستوى دار الحضانة: في المدة التي تكون الأم تتخذ القرار

النهائي في أن تبقي الطفل تحت حضانتها أو التخلي عنه أي المدة المخولة لها في محضر التخلي (شهر أو ثلاثة أشهر)، بوضع المحضون في دار الحضانة ليعيش فيها تلك

المدة المقررة.عندما يبلغ 3أشهر، ولم تأتي أمه البيولوجية لاسترجاعه، يحال إلى مديرية النشاط الاجتماعي، ولا يجوز للأم بعد ذلك أن تطلب إعادة الطفل لحضانتها

الفرع الثالث: على مستوى la dais .

المساعدة الاجتماعية تأخذ ملف الطفل وتبحث في ملفاتها عن ملف العائلات التي تريد التكفل بطفل يتيم، لكنها قبل إعطاء كفالة طفل لعائلته ما تقوم بالكشف والتحري عن هذه الأسرة الكفيلة، فهذه الأخيرة تخرج مع أخصائي نفساني لإجراء التحريات، وبعدها تعطي قرارها قد يكون إيجابي أو سلبي.كما أن هناك لجنة مكونة من 10 أعضاء كلهم يصادقون على هذه الكفالة هذا إذا كان معلوم الأم،أما إذا كان الطفل مجهول الأبوين فإن مديرية النشاط الاجتماعي تقوم بدراسته ولابد أن يحتوي الملف على الوثائق التالية :

1ــ طلب خطي، يحدد فيه جنس الطفل ممضي من طرف الزوجين. 2ــ شهادة ميلاد لكل من الزوجين.

3ــالشهادة العائلية للحالة المدنية، 4ــكشف السوابق العدلية للزوجين،5ــشهادة الجنسية للزوجين،6ــ شهادة عمل وكشف الرواتب لثلاثة الأشهر،2 صور شمسية للزوجين، عقد ملكية السكن أو الإيجار، شهادة الإقامة، شهادة طبية للحالة الصحية للزوجي، شهادة السجل التجاري أو شهادة العمل،عقد الزواج، صورة طبق الأصل لبطاقة التعريف الوطنية، ويتم طلب هذه الوثائق حتى يتم الاطمئنان للحالة الاقتصادية والاجتماعية للكافل وضمان وسط معيشي حسن للمكفول، ولا تمنح الموافقة إلا بعد التأكد من ضرورة توفر الوثائق تقوم المصلحة بتشكل لجنة متكونة من مجموعة من الأعضاء، فإذا ما قبلت اللجنة الكفالة تقوم بإبلاغ الكافل ويقوم هذا الأخير بإحضار الوثائق، تسجل حينئذ في محرر رسمي عند رئيس المحكمة، أما فيما يخص حضور الوالدين فيحضر مكانهما باعتبارهما غير موجودين المساعدة الاجتماعية التي تمثل الدولة بتفويض الوالي.[1]

[1]ـ طلبة مالك ، الكفالة والتبني، مذكرة لنيل المدرسة العليا للقضاء، ص25.

فرع4ــ التخلي عن الكفالة :

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

إذا توفي الكفيل ولم يكن له ورثة، أولم يلتزم الورثة بالكفالة وجب على القاضي أن يسند أمر الكفالة إلى جهة من جهات الدولة المختصة برعاية الأولاد. [1]

[1] طلبة مالك ، مرجع سابق ص30. -

من خلال هذا الفصل الثاني أن الطفل كان ولازال الشغل الشاغل لمختلف الدول في العالم،فكان الاهتمام أولا بالطفل في جميع الاتفاقيات الدولية العامة منها والخاصة خاصة منها اتفاقية حقوق الطفل 1989م ومختلف الإعلانات الدولية بداية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان مرورا بإعلان جنيف،فبعدما كان الطفل يعاني من مخلفات الحروب من الدمار مما أثرت على الطفل فعانى التشرد والضياع...إلخ، جاءت هذه القوانين الدولية المنبثقة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تعتبر كأول مرجع لحماية حقوق الطفل خاصة وحقوق الإنسان عامة لكي تحميه وتجسد هذه الحماية من خلال إعطائه مجموعة من الحقوق التي تمثلت في الحق في الحياة الذي يعتبر أسمى الحقوق إلى أهم الحقوق الأخرى من العيش بكرامة وحقه في الرعاية وحقه في التعليم ...الخ.

ومن خلال هذه الاتفاقيات التي صادقت عليها الدول أصبح عليها لزاما أن تلتزم بما جاء في بنودها خاصة منها الدولة الجزائرية،فالجزائر كانت السباقة لحماية الطفل بصفة عامة بإعطائه جميع الحقوق التي على الطفل أن يتمتع بها سواء أكان الطفل مجهول النسب أو معلوم النسب.

وفيما يخص الطفل مجهول النسب فقد أورد المشرع الجزائري في مختلف القوانين الجزائرية حماية هذا الطفل من الدستور الجزائري وق الحالة المدنية وق الجنسية وق العقوبات.

ولكي تستطيع هذه الفئة الاندماج في المجتمع كغيرها من الأطفال تبنى المشرع الجزائري نظام بديل وهو نظام الكفالة وأوجب بذلك مجموعة من الشروط المستوجبة لدى الكفيل والمكفول، وكذا إجراءات التكفل، والجهة مصدرة الكفالة...إلخ.

خـــاتمة

إن للطفل كمخلوق بشري حقوق انسانية اساسية ينبغي ان تعمل هيئات المجتمع والدولة على صيانتها وضمان تمتع الطفل بها سواء كان هذا الطفل معلوم النسب او مجهول النسب , فأهم حق لابد ان يثبت له هو الذي يتم الاجماع عليه من طرف جميع واضعي القوانين وان يكون لديه هوية واسرة لتفاعله اجتماعيا ونفسيا ونشأته نشأة طبيعية , ومن تتشكل توجهاته المستقبلية فكان الاسلام اول من نادى بحقوق الطفل مجهول النسب فوضع احكام شرعية تحفظ لهذه الفئة من الاطفال حقوقها وتكفل رعايتها منذ الولادة لوضع حتى البلوغ حيث اتخدها العلماء اساسا لوضع نصوص تشريعية تثبت نسبه , وقد اراد الشارع الاسلامي الحكيم حماي الطفل مجهول النسب من الضياع وقد تعهدت جل التشريعات الوضعية بعديد من الاحكام تتعلق بمصير هذا الطفل وحمايته وتطور الامر الى ابرام اتفاقيات دولية من اجل هذا الغرض وتعتبر الجزائر من الدول التي تولي اهتماما كبيرا بمصلحة الطفل بشكل عام سواء كان ذلك من خلال المصادقة على اتفاقية حقوق الطفل وبما ان الجزائر جزء من المنظومة الدولية وبمصادقتها على هذه الاتفاقية اصبح عليها لزاما ان تجسد حماية حقوق الطفل الجزائري في قوانينه الداخلية الا اننا نلاحظ من خلال مختلف القوانين الداخلية للدولة الجزائرية بدء من قانون العقوبات الى مختلف القوانين الاخرى .

فهي لم تتطرق الى ظاهرة مجهولي النسب بشكل خاص بل عالجت هذا الموضوع في اطار حماية حقوق الطفل بشكل عام و حتى لو كانت هنالك حماية لشريحة مجهولي النسب في الجزائر فهي حماية جزئية وسطحية

وفي الاخير نستخلص ضرورة اهتمام المشرع بالطفولة مجهولة النسب بشكل خاص وفعال كحل مشكلة النسب بالنسبة لهذه الفئة وذلك بتعديل قانون الاسرة بأخذ الوسائل

العلمية لإثبات النسب حتى بعدم رضا الطرف الاخر (الاب) , فيما يخص قانون العقوبات اداء الدور الوقائي للقانون بمحاربة الظواهر والاسباب التي تؤدي لظهور هذه الظاهرة من خلال محاربة الدعارة والعلاقات الغير شرعية بشكل عام حتى لوكان الطرفان و غير متزوجان مثلما هو مأخوذ به في الشريعة , ومحاربة استغلال مجهولي النسب سواء كان ماديا او معنويا .

❖ قائمة الكتب :

القرآن الكريم

أحاديث نبوية شريفة

قائمة المراجع باللغة العربية

1-د.احمد ابراهيم .احكام الاحوال الشخصية .ج1.ط.1925

2-د.احمد حامد .النسب في الشريعة و القانون - دار القلم للنشر.الكويت.ط1.سنة.1983

3-د.احمد عمراني .احكام النسب بين الانجاب الطبيعي و التلقيح الاصطناعي.رسالة ماجستير في القانون الخاص.سنة.2000

4-بلحاج العربي .الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري.الزواجوالطلاق.ط.1999

5-بن داود عبد القادر –الوجيز في شرح قانون الاسرة الجديد. د س ط.

6-عبد العزيز سعد.الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري.ط3-.1996

7-عبد العزيز عامر الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية.ط1.دار الفكر العربي للنشر..1984

8-د.فضيل سعد. شرح قانون الاسرة الجزائري في الزواج والطلاق.ج1.المؤسسة الوطنية للكتاب .ط.1986

9-د.محمد يوسفي موسى . النسب واثاره. ديوان المطبوعات الجامعية.د س ط.

10-د.نشوار الجيلالي . الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية البيولوجية.ديوان المطبوعات الجامعية.

11-الامام ابو زهرة. محاضرات في عقد الزواج واثاره . دار الفكر العربي . دمشق –د س ط

12. عبد الرحمان الصابوني . قانون الاحوال الشخصية السوري دراسة مقارنة – مديرية الكتب الجامعية. دمشق . ط5 . .1979.

13. محمد محدة . الخطبة والزواج . دار لشهاب للنشر . ط2 . .2000

14. عمر فروح . الاسرة في الشرع لإسلامي . المكتبة العلمية والعصرية . بيروت وصيدا . ط1 . .1951

15. احمد نصر لجندي . النسب في الاسام والارحام البديلة . دار الكتب القانونية. مصر 1

16.المنجد في اللغة العربية المعاصرة . دار المشرق للنشر . بيروت مصر . س2008.ط3.

.2جوزيف الياس . معجم الماني المصور . دار المجاني للنشر . ط7. اوت17.2011

.ابن المنظور لسان العرب . المجلد الرابع . دار الفكر العربي. بيروت . د س ط. 18

<u>لقوانين والقرارات القضائية :</u>

1-دستور 1996 المعدل و المتمم.

2-قانون رقم11/84 المؤرخ في رمضان 1404 الموافقل9يوليو 1984 المتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم. الامر رقم 05-02 المؤرخ في 2005./02/27

3-امر رقم 70-20 المؤرخ في 13ذوالحجة 1390 الموافق ل19 فيفري 1970 المتضمن الحالة المدنية.

4- قرار المحكمة العليا . غرفة الاحوال الشخصية . المؤرخ في . 25/12/1989. المجلة القضائية 1991.ج4.

5-المجلة القضائية . غرفة الأحوال الشخصية. عدد خاص. 2001.

الوثائق الدولية :

1-العهدالدولي الخاص بالحقوق لمدنية والسياسية الصادر بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ1966/12/16 رقم 2200.

2- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الصادر بتاريخ 1966/12/16 بقرار من جمعية الأمم المتحدة تحت رقم 2200.

3- اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1889 بموجب قرار الامم المتحدة رقم 144 المؤرخ في 1989./11/20

4-الاعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة 12/10/ 1948 .

المذكرات :

7-مذكرة البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الاثبات, مذكرة لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاة , 2005/2002,الدفعة13.

9- طلبة مالك , التبني والكفالة ,مذكرة لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاة , 2004/2001,الدفعة 14.

المجلات العلمية :

.المجلة القضائية . غرفة الاحوال الشخصية. عدد خاص. 2001 .

الفهرس :

مقدمة 1

الفصل الاول : النسب بين الشريعة والقانون

المبحث الاول : احكام النسب في الشريعة 5

المطلب الأول :تعريف النسب **.....**5

الفرع الاول : النسب لغة 5

الفرع الثاني :النسب شرعا 5

المطلب الثاني : أسباب النسب في الشريعة 7

الفرع الاول : الزواج الشرعي 7

الفرع الثاني : الزواج الفاسد 10

الفرع الثالث : الوطئ بشبهة 11

المطلب الثالث : اثبات النسب وموانعه 13

الفرع الاول : اثبات النسب شرعا 13

الفرع الثاني : موانع النسب شرعا 24

المبحث الثاني: احكام النسب في القانون 28

المطلب الاول : مفهوم النسب في القانون 29

الفرع الاول : تعريف النسب قانونا 29

الفرع الثاني : اثبات النسب قانونا 30

المطلب الثاني : الاسباب المنشئة للنسب 31

الفرع الاول : الزواج الصحيح 31

الفرع الثاني : الزواج الفاسد 32

الفرع الثالث : نكاح الشبهة 32

المطلب الثالث : الاسباب الكاشفة للنسب في القانون.....35

الفرع الاول :الاقرار.....35

الفرع الثاني : الوسائل العلمية لاثبات النسب.....37

الفصل الثاني : الحماية القانونية للأطفال مجهولي النسب

المبحث الاول : الطفل على المستوى الدولي 46

المطلب الاول : الطفل في المواثيق الدولية 47

الفرع الاول : الاعلان العالمي لحقوق الانسان 47

الفرع الثاني : العهدين الدوليين 47

الفرع الثالث:العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.....48

المطلب الثاني : الطفل في المواثيق الاقليمية 49

الفرع الأول: الميثاق الاجتماعي الأوربي 50

الفرع الثاني: ميثاق حقوق الطفل العربي.....50

المطلب الثالث : الطفل في الاعلانات الدولية 51

الفرع الأول:إعلان جنيف.....52

الفرع الثاني:إعلان العالمي لحقوق الطفل سنة 1959.....53

المطلب الرابع : الطفل في الإتفاقيات و الوكالات الدولية المتخصصة.....54

الفرع الأول: اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 54

الفرع الثاني:البروتكول الاختياري بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة لعام 2002م 55

الفرع الثالث: البروتكول الاختياري بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في الدعارة والمواد الإباحية لعام 2002م 56

الفرع الرابع:اتفاقيات العمل الدولية في مجال حماية الطفل.....56

المطلب الخامس : دور الوكالات الدولية المتخصصة في حماية الطفل 57

الفرع الأول: صندوق الأمم المتحدة للطفولة 57

الفرع الثاني: منظمة العمل الدولية.....58

الفرع الثالث:منظمة الصحة العالمية.....58

الفرع الرابع: منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة.....58

المطلب السادس : حقوق الطفل التي جاءت بها جميع المواثيق والاتفاقيات الدولية....59

الفرع الأول:الحق في الحياة والحرية والسلامة الشخصية 59

الفرع الثاني:الحق في الحماية.....60

الفرع الثالث:حق الطفل في الاعتراف بشخصيته القانونية.....60

الفرع الرابع: الحق في الرعاية.....61

الفرع الخامس: الحق في الرضاع وفي الحضانة.....61

الفرع السادس : الحق في التسوية بينه وإخوته.....62

المبحث الثاني : مجهولي النسب في التشريع الجزائري 66

المطلب الاول : قانون العقوبات 66

المطلب الثاني : قانون الجنسية 70

المطلب الثالث: قانون الحالة المدنية 74

المطلب الرابع: قانون الأسرة 75

المبحث الثالث : نظام الكفالة لحماية مجهول النسب 77

المطلب الاول : تعريف الكفالة 78

المطلب الثاني : تعريف الكفالة في قانون الأسرة.....82

المطلب الثالث : شروط مستوجبة في كلا من الكافل والكفول.....84

المطلب الرابع : اجرءات الكفالة 91

خاتمة 95

قائمة المراجع

الفهرس.