

مقدمة:

من المظاهر المؤسفة التي انتشرت في المجتمع، ظاهرة الطفولة المسعفة، وهي ظاهرة إجتماعية مؤثرة للغاية، نظرا لوضع الطفل المسعف بالمقارنة مع باقي الأطفال، إذ يرى نفسه في وضعية دونية عنهم، مع ما لذلك من تأثيرات محتملة على حياته المستقبلية، كعضو في المجتمع.

وقد تعددت أسباب هذه الظاهرة من اجتماعية إلى أخلاقية دينية، وإن كانت الأسباب الإجتماعية تخرج عن نطاق بحثنا، فإن لظاهرة الطفولة المسعفة أسباب أخرى تشريعية قانونية لا تقل أهمية من جهة، وأسباب عائدة إلى سوء الفهم، والتعصب في فهم بعض المبادئ المنسوبة إلى الشريعة الإسلامية السمحاء، والمغالاة فيها.

ويشكل الطفل الذي لا أب ولا أم له ولا كافل، أصعب وضع لهذه الفئة، إلا أن أغلب الحالات ضمن الدراسة التي أجريناها تخرج عن هذه الحالة، وتندرج في حالات كان يمكن تجنبها، لاسيما حالات إسقاط النسب لأتفه الأسباب، وسقوط النسب بأخطاء إدارية أو قضائية، وترك الطفل، و إسقاط السلطة الأبوية عنه، وعدم رعاية الطفل وتعرضه للخطر، والمتاجرة به، والتسول به وغيرها من الأسباب.

فظهر بذلك وضع اجتماعي صعب، لفئة هشة لا يمكنها مواجهة آثاره لوحدها، ما حدا بالمشرع إلى بذل الجهد لتنظيم وسائل الدفاع عن هذه الفئة وحماية مصالحها وحقوقها، غير أن هذا الجهد المبذول من الدولة تارة، ومن المجتمع في صورة بعض المنظمات المهمة بمجال الطفل تارة أخرى، لم تبرز آثاره بالشكل الواضح على الطفولة المسعفة كما كان منتظرا منه، ولعل أهم الأسباب في ذلك أن هذا الجهد لم يتم إبرازه في دراسات تشرح آليات حماية هذه الفئة، والإجراءات المقررة لصالحها قانونا.

لقد أدى سوء فهم آليات حماية حقوق هذه الفئة أو التقاعس في إعمالها، أو التردد في توظيفها، إلى توسع حالات الطفولة المسعفة، فأصبح الطفل بوالده بمقتضى عقد شرعي، ويعاني من عدم النسب إليه، إما لأخطاء إدارية، وإما لتعسف بعض الجهات الإدارية، وإما لإهمال من الأب، وإما لأخطاء محتملة من رجال القانون والقضاء في إعمال قواعد النسب.

ثم توسع الأمر إلى بعض الآباء ضعاف النفوس، فأصبحوا يعمدون إلى قواعد اللعان لإسقاط نسب الطفل، باستعمال كل الطرق بما في ذلك الشهادات غير الصحيحة، ويحملون الأم وحدها تربية الطفل، فتعتمد بدورها إلى وضعه في مؤسسات الطفولة المسعفة، أو تتسول به، وينتهي القضاء إلى وضعه في تلك المؤسسات لحمايته من هذا الوضع، وكل ذلك بالرغم من أن الأم قد تتمكن من إثبات أن الطفل هو ابن زوجها الذي لاعنها؛

ثم تطور الوضع الاجتماعي إلى ظهور أنواع أخرى من عقود الزواج، منها زواج المتعة، وزواج المسيار، والزواج بنية الطلاق، والزواج الميسر، وغيرها من المسميات نظرا لظروف المجتمع، لم يعالجها المشرع في قانون الأسرة، سرعان ما انتهت بالإنفصال، دون الالتفات إلى وضع الطفل.

ومن الحالات الأكثر صعوبة، الأطفال المولودون بعد الإغتصاب، وما أكثر الحالات التي تعالج فيها الجهات القضائية جرائم الإغتصاب، الخاضعة للقانون العام، بالإضافة إلى جرائم الإغتصاب الناتجة عن الأعمال الإرهابية، وتعتمد الجهات القضائية في إثبات الجريمة على تحليل البصمة الوراثية بين الطفل الناتج عن الإغتصاب والمتهم بجريمة الإغتصاب، وتتم الإدانة على أساس هذا الدليل بصفة

أساسية، إلا أن المحاكم لا تلتفت إطلاقاً إلى وضع الطفل، لا من حيث تعويضه عن الضرر الذي وجد ملاصقاً له، ولا من حيث نسبه، وأن الأم - وتحت ضغط العائلة عادة - تقوم بوضع الطفل في مؤسسات الطفولة المسعفة، ولو حلت مسألة النسب وما يلحقها من حقوق الحضانة والنفقة وغيرها لما فعلت.

إن أكثر ما تعانيه هذه الفئة هو إهدار حقها في النسب، ثم ترتبت عن هذا الواقع سلسلة من الحقوق المهضومة أو تكاد، من حق اللقب والإسم والجنسية والنفقة والحضانة، والحق في الإقامة والمنع من التشرّد، والحق في العيش في وسط عائلي.

وما عايناه خلال دراستنا، قلة الدراسات التي تعرضت لحقوق الطفولة المسعفة بهذه الشمولية، و أن أغلب الدراسات السابقة تطرقت إما لحقوق الطفل بصفة عامة، وإما لحق من الحقوق منفصلاً عن باقي الحقوق، كما لاحظنا أن أغلب الدراسات اعتمدت على تقسيم حقوق الطفل تقسيماً تقليدياً تبعاً لمفهوم الحق، فنظرت إلى الحق في حد ذاته، ولم تنظر لا إلى الطفل، ولا إلى المكلف بهذا الحق.

وما زاد الأمور غموضاً تداخل بعض النصوص القانونية، وبعض المفاهيم الخاصة بالطفل، وتفرقتها بين عدة نصوص تشريعية وتنظيمية، ما أدى إلى صعوبة كبيرة في حصر مفهوم الطفل المسعف، وتداخله مع عدة مفاهيم مقاربة له، كالطفل في خطر معنوي، والطفل الجانح، وامتد هذا التداخل إلى المؤسسات المهتمة بالطفولة، من مؤسسات الطفولة المسعفة، إلى مؤسسات حماية الطفولة والمراهقة، إلى مؤسسات رعاية الشباب، بل امتد الأمر إلى الهيئات المتدخلة في الطفولة، من مديري النشاط الإجتماعي، إلى مديري مؤسسات الطفولة المسعفة، إلى الموظفين بالمستشفيات، إلى

قاضي الأحداث وقاضي شؤون الأسرة، ووكيل الجمهورية، وكلها هيئات تتدخل في حالة الطفل.

ونظرا لهذا الوضع، فإنه تعين حصر الفئة المعنية بالدراسة، وهي فئة الطفولة المسعفة، وهكذا يعود أصل التسمية إلى قانون الصحة العمومية القديم¹، حيث جاء الكتاب الرابع منه تحت عنوان "الإسعاف الطبي الإجتماعي"، وهو الباب الذي أدرج لاحقا في ديباجة المرسوم المتضمن لإحداث دور الأطفال المسعفين وتنظيمها وسيرها²، ثم تطور التشريع الى غاية ظهور القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة، الساري حاليا³.

وأدرج تحت عنوان الكتاب الرابع من قانون الصحة القديم، الباب الأول بعنوان "الإسعاف العمومي للطفولة" الفصل الأول بعنوان "الطفولة المحرومة من العائلة" القسم الثاني بعنوان "الإسعاف العمومي للطفولة" وهو أصل التسمية⁴، وقد ورد بالمادة 246 منه ما يلي:

"يوضع القصر من الجنسين والتابعين لأحد الأصناف المدرجة بعده، تحت حماية ووصاية مصلحة الإسعاف العمومي والمسماة أيتام الدولة:

1- الولد المولود من أب وأم مجهولين ووجد في مكان ما أو حمل إلى مؤسسة

وديعة وهو: (لقيط)،

¹ الامر 76-79 المؤرخ في 23-10-1976 المتضمن قانون الصحة العمومية - الجريدة الرسمية عدد 101 مؤرخة في 19-12-1976

² المرسوم 80-83 المؤرخ في 15-03-1980 المتضمن إحداث دور الأطفال المسعفين وتنظيمها وسيرها، الجريدة الرسمية عدد 12 مؤرخة في 18-03-1980.

³ المرسوم التنفيذي 04-12 المؤرخ 04-01-2012 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة، الجريدة الرسمية عدد 05 مؤرخة في 29-01-2012.

⁴ راجع في أصل التسمية ايضا: د- بن عيسى أحمد- الحماية القانونية الدولية والوطنية للأطفال المسعفين- مركز الكتاب الأكاديمي- عمان الأردن - الطبعة الأولى -2020 - ص 29.

2- الولد المولود من أب وأم معلومين ومتروك منهما ولم يمكن الرجوع إليهما أو إلى أصولهما وهو : (ولد متروك)،

3- الولد الذي لا أب له ولا أم ولا أصل يمكن الرجوع إليهم وليس له أي وسيلة للمعيشة وهو (يتيم فقير)،

4- الولد الذي سقطت عنه سلطة الأبوين بموجب تدبير قضائي وعهد بالوصاية عليه إلى الإسعاف العمومي للطفولة."

وبالتالي تكون هذه المادة هي أساس التسمية للطفولة المسعفة في الجزائر، وهي أساس نشأة دار الطفولة المسعفة التي تحولت لاحقا إلى مؤسسات الطفولة المسعفة ، و استمرت هذه المؤسسات في المهام المسندة إليها بالرغم من إلغاء قانون الصحة وتعويضه بقانون جديد¹، لم يشر بهذا الوضوح إلى هذه الفئة اعتبارا أنها أصبحت تابعة لوزارة التضامن الوطني وليس لوزارة الصحة.

ومن ثمة ظلت هذه المؤسسات تستقبل هذه الفئات من الطفولة من يوم الولادة إلى إتمام 18 سنة كاملة².

ويتم استقبال الأطفال بهذه المؤسسات إما بناء على محضر تنازل من الأم، وإما بقرار إداري عن الإدارة المحلية، وإما بقرار قضائي بالنسبة للأطفال أقل من 06 سنوات³.

¹ القانون 11-18 المؤرخ في 02-07-2011 المتعلق بقانون الصحة – الجريدة الرسمية عدد 46 مؤرخة في 29-07-2018.

² المادة 05 من المرسوم التنفيذي 04-12 المؤرخ 04-01-2012 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة، الجريدة الرسمية عدد 05 مؤرخة في 29-01-2012.

³ الأطفال أكثر من ست سنوات اذا كانوا محل اجراء قضائي - طفولة في حالة خطر معنوي - يتم وضعهم من قبل قاضي الأحداث بمؤسسات حماية الطفولة والمراهقة، وهي مؤسسات تخضع للأمر 64-75 المؤرخ في 26-09-1975 المعدل و المتمم وتخرج عن نطاق دراستنا.

هذه المادة هي الأساس الذي تتم بناء عليه عملية حصر الطفولة المسعفة، وتم التوسع في تفسير أحكامها إلى أن أصبحت هذه الفئة تضم:

الطفل مجهول الأبوين، أو مجهول الأب ومعلوم الأم التي تتخلى عنه طوعاً، أو معلوم الأبوين ويتخليان عنه تلقائياً للوضع الإجتماعي، أو بتدخل القضاء نظراً لإستفحال المشاكل بينهما بشكل يؤثر على الطفل، أو الطفل الذي يأمر القضاء بسحب السلطة الأبوية عن والديه، نظراً لارتكابهما جرائم مشينة أو جرائم ضد الطفل شخصياً، أو لوجودهما معا بالمؤسسات العقابية.

تلك إذن هي الطفولة المسعفة، فئة الأطفال محل الدراسة، وتخرج عن هذه الدراسة فئة الأطفال الجانحين التي تخضع لأحكام أخرى.

وإن كانت عبارة " الطفولة المسعفة" عبارة محل نظر، لغموض مفهوم الإسعاف المقصود، وأسبابه، إلا أن المشرع الجزائري لا يزال يستعملها للتعبير عن هذه الفئة من الأطفال، وهو ما يدفعنا إلى استعمال نفس المصطلح في بحثنا.

أما وقد حصرنا الفئة المعنية بالدراسة، فإن فكرة حقوق الطفولة المسعفة تطرح إشكالية كبيرة، تستدعي توضيح كيف صارت هذه الطفولة طفولة مسعفة بخلاف غيرها، وهل لهضم هذه الحقوق أثر فيما صارت إليه هذه الفئة الضعيفة من الأطفال، وهل فعلاً لا يمكن للطفل المسعف استرجاع حقوقه، والخروج من هذا النفق، في مواجهة والده بخصوص نسبه منه، وفي مواجهة الدولة والعائلة والمجتمع عامة بخصوص باقي الحقوق؟.

من أجل مناقشة هذه الإشكالية اعتمدنا دراسة تحليلية، بناء على ما توصل إليه فقهاء الشريعة والقانون، وما توصل إليه القضاء، مع المزوجة بين هذه الدراسات وبين

الوقوف ميدانيا على الوضع، لاسيما بالإتصال بالمحاكم والمجالس القضائية، ومؤسسات الطفولة المسعفة، وبعض الإدارات المعنية، وهذا ما دفعنا الى تحديد حقوق الطفولة المسعفة بحصر اغلب هذه الحقوق، وبالخصوص حق الطفل في مواجهة والده، وحقه في مواجهة العائلة، والمجتمع ككل، والدولة بالخصوص.

إن التفصيل في حقوق الطفولة المسعفة، ودراسة مفهومها، وكيفية حمايتها، سيفيد هذه الفئة في معرفة موقعها داخل المجتمع، وسيمكنها والقائمين عليها من الدفاع عن نفسها، بما يسمح لها من استرجاع هذه الحقوق.

ولاشك أن أكثر الحقوق صعوبة هو حق الطفل في النسب، فهو الحق الذي تترتب عليه الطفولة المسعفة في أغلب الأحيان، وقد عاينا أن هذا الحق يشوبه غموض كبير لدى رجال القانون والقضاء، وخط يستدعي التوضيح، إذ تبين أن سوء الفهم أحيانا، وسوء التطبيق أحيانا أخرى، يؤدي بالطفل إلى التواجد في فئة الطفولة المسعفة، في حين كان يمكن أن يستبعد منها ويحصل على حقه في النسب دون أي إشكال، غير أن بعض الوضعيات الأخرى تقتضي التعمق في الدراسة، لإدراك حق الطفل في النسب من أبيه.

وإن كان نسب الطفل إلى أبيه أصعب حق قد يحصل عليه، إلا أن حقوقا أخرى تظل مهمة بالنسبة إليه، وهي حقوق تلتزم بها الدولة تجاهه كفرد من مواطنيها، ويلتزم به المجتمع بصفته عنصرا منه ، لاسيما تمكين الطفل من اللقب والإسم، والعيش في عائلة عن طريق كفالته واستقباله ضمن عائلات صديقة، وتغيير لقبه إلى لقب الكافل، ومنعه من التشرد، وحضانته، ونفقته، وحمايته جزائيا.

انطلاقاً من هذه الإعتبارات سنقوم في مرحلة اولى من بحثنا بدراسة حق الطفل المسعف في النسب من والده (الباب الاول)، لنوجه بحثنا في مرحلة ثانية نحو دراسة حقوق الطفل في مواجهة الدولة والمجتمع (الباب الثاني).

الباب الأول: حق الطفل المسعف في النسب من والده

من أهم أسباب ظاهرة الطفولة المسعفة، إنعدام النسب لدى الطفل، في حالاته المختلفة، وإن كان الوضع بالنسبة للطفل عديم الوالدين لا يمكن تداركه إلا بمجهودات الدولة والمجتمع، إلا أن هذه الحالة تشكل فئة قليلة في نسبة الطفولة المسعفة لانعدام النسب، إعتباراً أن انعدام النسب تعددت أسبابه، نظراً لسوء فهم فكرة النسب الشرعي، وحالاتها، وما ترتب عنها من وضع الأم موضع حرج، ودفعها إلى ترك وليدها رغماً عنها، خوفاً من المجتمع، و انتشار ظاهرة إسقاط النسب، وتساهل الجهات القضائية فيه، بالرغم من تشدد التشريع، وبالرغم من أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد ذهبوا إلى أبعد الحدود في التشدد في إسقاط النسب، وتمسكوا بنسب الطفل إحياء له.

وبالتالي لاحظنا أن مفهوم النسب أصبح مقلوباً إلى أبعد الحدود، تشدد في إكتسابه، وتساهل في إسقاطه، على خلاف الشرع والقانون، وهو ما أدى إلى انتشار ظاهرة الطفولة المسعفة.

و تعلقت ظاهرة سقوط نسب الطفل، وتحوله إلى طفل مسعف ببعض الأخطاء الإدارية، كالتناقض بين العقد الإداري والعقد الشرعي، إذ يتزوج الطرفان شرعاً ويتم الدخول، ثم لا يبرم العقد إلا بعد أن تقترب الأم من الوضع، فيصبح الطفل الشرعي مولوداً خارج المدة المحددة قانوناً، أو أن يتم الزواج بدون الرخصة المطلوبة شرعاً، أو أن يتم الطلاق وبدون، وتعود الزوجة إلى زوجها بعقد شرعي دون الإلتباه إلى إعادة تسجيل العقد الإداري، وغيرها من حالات سقوط النسب لأسباب إدارية، فإن توافق الطرفان حل الأمر، أما إن كان الطرفان في خلاف فإن الوضع يتعقد، بإنكار الأب لنسب الطفل، ومن أمثلة ذلك أيضاً عقود الزواج العرفية، التي يرفض فيها الزوج الإعتراف بالعقد، ويصعب على الزوجة إثباته.

كما تعلقت ظاهرة سقوط نسب الطفل، وتحوله إلى طفل مسعف بأنواع عقود الزواج، نظرا لتعدد العقود التي أصبحت تسمى زواجا، ومنها زواج المتعة، وزواج المسيار، وزواج الميسر، والزواج بنية الطلاق، وعدم النص على هذه العقود في قانون الأسرة وتنظيمها.

كما أن انتشار ظاهرة الزنى¹ والأطفال الناتجين عنها، والأخطر من ذلك انتشار ظاهرة الإغتصاب، والأطفال الناتجين عن جرائم الإغتصاب من أسباب الطفولة المسعفة لسقوط حقها في النسب من الأب.

بالإضافة إلى انتشار ظاهرة أخرى غريبة عن المجتمع، وهي محاولة بعض ضعاف النفوس التخلص من نفقات الطفل، لاسيما في حالات الشقاق العائلي، باستعمال طريق اللعان، وإن كانت الغاية هي إذلال الأم، والطعن في شرفها، والتهرب من مسؤولية نفقة الطفل وتربيته، إلا أن النتيجة تتصرف مباشرة إلى الطفل، وإن رد فعل الأم قد يكون أحيانا - و تحت ضغط العائلة - بالتخلص من طفل ذلك الرجل الذي أهانها بهذا الشكل، فينتهي الطفل إلى مؤسسات الطفولة المسعفة.

وهو ما دفعنا للسعي إلى تصحيح وتوضيح هذه المفاهيم في إطار الشرع والقانون، واجتهادات القضاء في الجزائر، في أربعة فصول تتعلق بالنسب وعلى النحو التالي:

- الفصل الأول: حق الطفل المسعف الناتج عن العلاقات الشرعية في النسب.

- الفصل الثاني: حق الطفل المسعف في النسب بعد اللعان.

¹ الزنى كلمة تمد نهايتها وتكتب بالألف الممدودة " زنا" وتقصر الألف فيها فتكتب " زنى" والزنى بالألف المقصورة لغة أهل الحجاز، وقد وردت هكذا في القرآن الكريم بالرسم العثماني، قال تعالى " ولا تقربوا الزنى" بالقصر، أما الزنا الممدودة فهي لغة بني تميم وفي الصحاح المد لأهل نجد، وسنستعمل الألف المقصورة في كامل البحث لورودها في القرآن الكريم، غير أن الكتابة بالمد ليست بالخطأ.

راجع في ذلك لسان العرب لابن منظور - ص 7483

- الفصل الثالث: حق الطفل المسعف الناتج عن الأنكحة الفاسدة والباطلة،

والأنكحة المستحدثة في النسب.

- الفصل الرابع: حق الطفل المسعف الناتج عن الزنى والإغتصاب في النسب.

الفصل الأول:

حق الطفل المسعف الناتج عن العلاقات

الشرعية في النسب.

يعد النسب من أهم المسائل الاجتماعية التي تقتضيها مصلحة المجتمع عموماً، فهو أول وأهم ثمرات الزواج الصحيح وآثاره، وهو نعمة أنعم الله تعالى بها على عباده، وجعلها مظهراً لتعظيم قدرته، إذ خص الله تعالى هذه الأمة الإسلامية بثلاثة أشياء لم يعطها لأحد من قبل، ومنها الأنساب.

والنسب رابطة سامية، وصلة عظيمة على جانب كبير من الخطورة والأهمية، فهو حق من حقوق الطفل سواء قبل الولادة أم بعدها، إذ أن إنتماءه إلى أب يحفظه من الضياع ويحميه من التشرد أمر غاية في الضرورة، لأن وجود طفل بلا نسب يعرضه إلى مضايقات إجتماعية، ويضعه أمام تساؤلات مشينة ومؤذية، كما أنه يعرض المجتمع أيضاً إلى أذى كبير، لذلك تعددت وسائل إثباته سواء في الشريعة الإسلامية أم بالقوانين الوضعية¹.

و النسب رابطة دموية بين الطفل وأبيه أو امه، وقد ينسب الطفل لأبيه بسبب رابطتي الدم والزواج، كما قد ينسب لأبيه برابطة الدم فقط، ومن هذا المنطلق ظهرت فكرة النسب الشرعي للأب، والنسب الدموي للأم.

¹ الدكتور أوان عبد الله الفيضي - أحكام حق الجنين في النسب - دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة - دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات - مصر الإمارات - 2015 ص25.

إن هذه الرابطة قد ولدت منذ القدم حقوقاً للطفل على من انتسب إليه، ومسؤولية للشخص الذي ينسب إليه الطفل على هذا الطفل.

وارتبطت فكرة النسب بالعادات والتقاليد، ثم بالقبيلة، ثم بالديانات السماوية، وتطورت بتطور المجتمعات وتنظيمها داخليا ودوليا، لاسيما بظهور المواثيق الدولية حول الطفل وحقوقه، وظهر مفاهيم حقوق الطفل وكيفية حمايتها، واقتران هذا الوضع بتعدد المجتمعات وتشعبها من جهة، وتمسك المجتمعات ببعض العادات التي قد تخرج عن نطاق الدين فيما يتعلق بالنسب.

إن هذا التدافع بين التطور الاجتماعي من جهة، والتمسك ببعض المفاهيم حول النسب من جهة أخرى، أدى إلى تطور مفهوم فكرة النسب.

ويعرف النسب لغة أنه: " هو الإلتصاق في بني فلان، أي قرابته فهو منهم، وتقول انتسب إلى أبيه، أي التصق به، ونسب الشيء إلى فلان أي عزاه إليه، ورجل نسيب: شريف معروف حسبه وأصوله"¹، أما اصطلاحاً فهو الرابط العضوي والفسولوجي الذي يربط الانسان بأصله من الآباء والأجداد، وكذا صلته بفروعه وحواشيه².

و أغلب الفقهاء في الشريعة الإسلامية لم يضعوا تعريفاً للنسب، وإنما ركزوا على آثاره وحالاته وإثباته وإسقاطه، باستثناء البعض منهم، كما أن جل الدراسات انصبحت على أثر النسب على المنتسب إليه (الأب عادة)³ وعلى خطورة اختلاط أنسابه وزوالها، في حين لم نجد إلا بعض الدراسات القليلة التي ركزت على أثر النسب على

¹ سهر كول مصطفى أحمد - البصمة الوراثية وحجبتها في إثبات النسب- دراسة تحليلية مقارنة - دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات - مصر 2010 ص 43

² نادر بوشاشي: إثبات النسب وإثبات الأبوة بالوسائل العلمية في القانون الجزائري - دراسة مقارنة - منشورات البغدادي - الجزائر 2016 ص 7

³ نظرت امهات الكتب في الشريعة الإسلامية الى اثر النسب على الاب فقط، ومن بينها على سبيل المثال لا الحصر ما ورد في كتاب المغني لابن قدامة المقدسي، وزاد المعاد لابن قيم الجوزية، و المحلى بالاثار لابن حزم وغيرها من الكتب التي ركزت على جانب حرمة اختلاط الانساب .

الطفل في حد ذاته كشخص موجود في المجتمع، وستتطور حاجته إلى النسب مع مرور تقدمه في السن، من باب إحياء الولد¹.

و الأصل في الفقه أن الولد لا ينسب لأبيه إلا برابطة الزواج الشرعي، وأن يولد الطفل لفترة ما بين ستة أشهر للحمل وعشرة كمدة قصوى، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري بأحكام المواد 41-42-43 من قانون الأسرة²، وما أجمع عليه أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية، لاسيما المذهب المالكي السائد في الجزائر، على أن تكون هذه المدة مرتبطة بإمكانية الإتصال بين الزوج والزوجة.

وتبدو دراسة النسب ضمن العلاقات الشرعية لأول وهلة مسألة غريبة نوعا ما، إعتبارا أن مسألة النسب لا تطرح إشكالا إذا كانت العلاقة التي نتج منها الطفل، هي علاقة زواج شرعي، غير أن هذه القاعدة قد عرفت إنحرافا كبيرا في تفسيرها لدى بعض ضعاف النفوس من الأزواج، الذين يسعون بكل الطرق والوسائل إلى التخلي عن مسؤوليتهم الأبوية، باستغلال بعض الثغرات القانونية للتخلي عن الطفل، ومن ثمة الدفع بوالدته إلى التخلي عنه لدور الطفولة المسعفة، ومن هذه الثغرات مثلا، ما يقع بين الطرفين من طلاق رجعي أمام القضاء وتسجيله مباشرة من المحاكم، ورجوع الزوجة إلى بيت الزوجية مباشرة دون عقد جديد، في حين تكون المحكمة قد أخطرت الحالة المدنية للبلديات بتسجيل الطلاق، وأن الاتصال بين الطرفين يتم، ثم يولد الطفل بطريقة شرعية، إلا أنها مخالفة للعقد الإداري الذي يكون فيه الطرفان في حالة طلاق،

¹ راجع على سبيل المثال بعض الدراسات لفكرة احياء الولد، ومن بينها الدكتور وهبة الزحيلي في كتابه الفقه الاسلامي وادلته- الجزء السابع- الاحوال الشخصية - دار الفكر للطباعة والتوزيع - الطبعة الثانية - دمشق سوريا 1985، والدكتور بن عيسى احمد - في كتابه الحماية القانونية الدولية والوطنية للاطفال المسعفين - مركز الكتاب الاكاديمي- عمان الاردن - الطبعة الاولى 2020 ، و الاستاذ توفيق خير الدين خليفة خير الله في كتابه قضية اجهاض جنين الاغتصاب واثارها في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر - مصر 2011...
² القانون 84-11 المؤرخ في 09-06-1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم

وإنه بمجرد أن ينشأ خلاف جديد بين الطرفين، يستغل الأب الفرصة ويدعي أن الولد ليس منه.

ومنها أيضا ما نشأ من خلاف بين العقود الإدارية للحالة المدنية، وبين العلاقة الشرعية للزواج، كأن يتزوج الرجل بالمرأة ويبرم العقد أمام الجماعة، ويدخل بالزوجة دون أن يعلن عن الزواج بالحفل المعروف، ولا يبرم الزواج الإداري، ولا يقوم بهذا العقد إلا قبل أن يولد الطفل بفترة وجيزة، وبعد أن يولد الطفل، ويثور الخلاف بينهما، يدعي أنها أنجبته لفترة غير شرعية من تاريخ الزواج، وهو ما يؤدي أيضا بالطفل إلى دور الطفولة المسعفة.

يدفع بنا هذا التحليل إلى ضرورة تحديد مفهوم قواعد إثبات النسب الشرعية، ومعالجة الحالات الخارجة عن نطاقها، وكيف أثرت هذه المفاهيم على حقوق الطفل، وكيف كانت سببا من الأسباب التي أدت إلى ظاهرة الطفولة المسعفة، وكيف تصدى لها القضاء، في المبحثين التاليين:

المبحث الأول: القواعد الشرعية لإثبات النسب.

إعتبر الإسلام فراش الزوجية هو الموجب للنسب، لأنه نظم علاقة الرجل بالمرأة، وحصر أنه لا يكون إتصال الرجل بالمرأة إلا عن طريق الزواج، ولذا فالمرأة المسلمة لا تسلم نفسها لغير زوجها، لعلمها بحرمة الزنى وعقوبته في الدنيا والآخرة، والرجل المسلم لا يظأ غير زوجته، لعلمه بالحرمة نفسها وعقوبتها، وقد حذر الإسلام تحذيرا شديدا من مخالفة هذه الأحكام، فحذر الرجل الذي يجحد ولده للشك، وحذر المرأة التي

تخدع زوجها، وتنسب إليه من هو ليس من صلبه¹، فقد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "أيا امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم، فليست من الله في شيء، ولن يدخلها الله جنته، وأيا مرءة جحد ولده وهو ينظر إليه، احتجب الله عنه وفضحه على مرؤوس الأولين والآخرين"²، وعلى هذا فلا نسب إلا بالزواج الصحيح.

و الزواج عقد لا يقوم صحيحا، بالشكل المطلوب لترتيب النسب، إلا بتوفر ركنه وشروطه، مع مراعاة النسب الناتج عن التلقيح الصناعي، ورأي القضاء وهو ما سنعرض له فيما يلي:

مطلب أول: شروط إثبات النسب أثناء قيام الرابطة الزوجية.

يشترط لنسب الولد الى أبيه بناء على عقد الزواج، أن يكون الزواج صحيحا بركنه وشروطه، وأن يمكن الإتصال بين الطرفين، وأن يولد الولد للمدة المحددة شرعا، وهي شروط تبدو بسيطة وسهلة، إلا أن تطبيقها على أرض الواقع قد أدى إلى ظهور حالة مؤسفة للطفولة المسعفة، وعلى هذا الأساس وجب أن نفصل في هذه الشروط، بالشكل الذي يسمح لنا لاحقا بدراسة كيف أصبح سوء أعمال هذه الشروط رغم بساطتها سببا من أسباب ظاهرة الطفولة المسعفة، إما من الأطراف أنفسهم، وإما من الإدارة، وإما من القضاء في حد ذاته.

¹ الدكتور محمود سمارة، أحكام وأثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان

الأردن، الإصدار الثاني 2008، ص 370

² أخرجه أبو داوود والنسائي وابن ماجة

الفرع الأول: الزواج الصحيح شرط النسب.

عرف قانون الأسرة الجزائري الزواج في مادته الرابعة على أنه " ..عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

وهو تعريف أورده المشرع بالتعديل الصادر سنة 2005 بالأمر 05-02 المؤرخ في 27-02-2005، وقد أضاف المشرع عبارة رضائي بالمادة 104¹، ونص بالمادة 09 على أن الزواج يتبادل رضا الزوجين، فأضحى الركن الوحيد لعقد الزواج هو الرضا، وحذف من التعريف عبارة بولي الزوجة وشاهدين وصداق التي كانت واردة قبل التعديل².

ومن ثمة فركن العقد هو الرضا، ويعبر عنه بالإيجاب والقبول، أما الولي والشاهدين و الصداق فهي شروط صحة.

وينبغي أن يتم الإيجاب والقبول في مجلس متحد، فلا يفصل بين الطرفين كلام خارج عن الموضوع، ولا كل ما يشكل إعراضاً أو تثاقلاً عن العقد، والمعروف لدى الأسر الجزائرية، أنه لما يبدأ الطرفان إجراءات إبرام عقد الزواج، يفتتح المجلس إمام حافظ للقران الكريم عادة، ويلزم الجميع السكوت، ثم يتبادل الطرفين أو من ينوب عنهما عادة التخاطب حول العقد وبنوده، ولا يرفع الإمام الجلسة إلا بعد أن ينتهي الطرفان من جميع بنود العقد، وهو الأمر السائد في جميع العائلات الجزائرية كقاعدة عامة.

¹ كان نص المادة 04 كما يلي: " الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة، على الوجه الشرعي،...".

² كان نص المادة 09 كما يلي: " يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصداق"

غير أن المذاهب الإسلامية قد اختلفت في هذا الأمر، فالأحناف والحنابلة قالوا أنه لو طال المجلس وتراخى القبول عن الإيجاب، ولم يصدر ما يدل على الإعراض فالمجلس متحد¹

وحدد المشرع الجزائري ألفاظ عقد الزواج بأحكام بالمادة العاشرة من قانون الأسرة، ونصت على أنه " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر، بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا،

ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة"

ويبدو واضحا أن التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري قد جاء مطابقا لمشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، الذي تبنى ركنا واحدا ووحيدا لعقد الزواج وهو ركن الرضا، حينما نص على أن أركان الزواج الزوجان والإيجاب والقبول، واعتبر ما زاد عن ذلك شروط صحة وليست أركاناً².

وقد حدد المشرع بأحكام المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري شروط الزواج، وعددها على النحو التالي:

- أهلية الزواج
- الصداق
- الولي
- شاهدان

¹ راجع في هذا الموضوع-الشيخ سيد سابق - فقه السنة - الجزء الثاني - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت

لبنان - 2008 ص 468

² الأستاذ باديس نيايبي- حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى-

عين مليلة - الجزائر 2010 - ص13

- إنعدام الموانع الشرعية للزواج.

وقد حدد المشرع الجزائري سن الزواج بـ 19 سنة كاملة للطرفين، وأجاز الزواج قبل

هذا السن بترخيص من القاضي طبقاً لأحكام المادة 07 من قانون الأسرة.

أما الولي، فالبالغة وليها والدها، أو أحد أقاربها، أو أي شخص آخر تختاره، فالأمر تمثيلي فقط، أي يجوز أن يمثل والدها أي شخص كان.

أما القاصر فقد نص القانون على أن واليها هو والدها، أو أحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له، طبقاً لأحكام المادة 11 من قانون الأسرة.

ومع أن المشرع نص على أن الولي بالنسبة إلى القاصرة هو والدها، إلا أنه نص على أن زواجها لا يمكن أن يكون دون رضاها، فقد عاد إلى إحكام الرضا، بالرغم من قصر السن، واشترط رضا القاصر، ومنع وليها أن يزوجه دون موافقتها، طبقاً لأحكام المادة 12 من قانون الأسرة.

وقد حصر المشرع موانع الزواج، وقسمها إلى قسمين، محرمات حرمة مؤبدة، ومحرمات حرمة مؤقتة، فأما المحرمات حرمة مؤبدة فتلثثة أقسام:

1- القرابة، وتضم الأمهات، البنات، الأخوات، العمات، الخالات، بنات

الأخ، بنات الأخت.

2- المصاهرة، وتضم أصول الزوجة بمجرد العقد عليها، فروعها إن تم

الدخول بها، أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علوا، أرامل أو مطلقات فروع

الزوج وإن نزلوا.

3- الرضاع، وتضم كل ما يحرم من النسب.

وأما المحرمات حرمة مؤقتة فهم:

1- المحصنة

2- المعتدة من طلاق أو وفاة

3- المطلقة ثلاث

4- الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء شقيقة أو لأب

أو لأم أو من الرضاع.

5- زواج المسلمة مع غير المسلم.¹

متى توفر ركن الرضا، وشروط الزواج، كان هذا الزواج زواجا صحيحا يثبت به النسب، ويلحق الطفل بنسب أبيه دون أي إشكال إذا توفر شرط آخر هو إمكانية الإتصال الجنسي بين الطرفين، وهو ما سنفصل فيه فيما يلي:

الفرع الثاني: إمكانية الإتصال بين الطرفين.

لا يكفي أن ينعقد الزواج صحيحا بركنه وجميع شروطه، لنسبة الولد إلى الزوج، بل ينبغي أن يكون الإتصال بين الطرفين ممكنا، طبقا لأحكام المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري، وهو أمر يمليه المنطق أيضا، إذ لا يعقل أن يكون الاتصال مستحيلا، ويلحق الإبن بالزوج.

وقد وافق جمهور العلماء في الشريعة الإسلامية هذا المبدأ أيضا، إذ ذهب الجمهور إلى أن النسب بالعقد مع إمكانية الدخول، ويضيف المالكية بالقول: أنه إذا وقع الفراق قبل الدخول، وكان عدم الدخول ثابتا بالطرق الشرعية، فلا يثبت النسب.²

وقد فصل علماء الدين كثيرا في هذا الموضوع، فقد ذهب المالكية والشافعية إلى أن ثبوت عدم وصول الزوج إلى زوجته يجعل النسب لا يثبت من الزوج، في حين خالفهم

¹ راجع المواد من 23 إلى 30 من قانون الأسرة الجزائري

² نادر بو شاشي- المرجع السابق - ص20

الأحناف في ذلك¹، إذ يرى الأحناف، وهم أهل الرأي والقياس، أن مجرد العقد يجعل المرأة فراشا لوجود مظنة الإتصال، وعليه فوجود العقد كاف عندهم، لأن الإتصال أمر خفي وسري ولا يطلع عليه أحد غيرهما بخلاف العقد.²

والملاحظ أن كل من المشرع المغربي والمشرع التونسي قد أخذوا بضرورة الدخول الفعلي لثبوت نسب الولد، الذي لا يكون إلا بفراش الزوجية مع التأكيد على إمكانية الإتصال بين الزوجين³، على غرار المشرع الجزائري عملاً برأي الجمهور من العلماء.

وتطرح مسألة إمكانية الإتصال إشكال عملي، فهل يراد بها إمكانية الإتصال الجنسي، أي ألا يكون الزوج معيياً، كحال الخصي أو المجهول، أو إمكانية الإتصال المكاني، أي ألا يكون الزوج في الشرق والزوجة في الغرب وتأتي بالولد تنسبه إليه، وهو ما يطلق عليه بالغيبية.

وفي هذا الإطار جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي:

" من المقرر شرعاً أن الولد للفراش، وللعاهر الحجر.

ومن المقرر قضاء أن مدة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن ولادة الطفل قد تمت والزوجية قائمة، بين الزوجين، وأن الطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة، وألا تاتير لغيبية الطاعن مادامت العلاقة الزوجية قائمة، فإن القضاة بقضائهم بإثبات نسب الولد قد طبقوا صحيح القانون⁴

¹ أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة- دار الكتب القانونية - مصر 2003- ص39

² أحمد فراج حسين- أحكام الأسرة في الإسلام - الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب - مصر 1991- ص 200

³ نادر بوشاشي- المرجع السابق ص 21

⁴ راجع قرار المحكمة العليا الجزائرية - رقم 165408-بتاريخ 1997/07/08- المجلة القضائية2001- العدد الأول -

كما قضت المحكمة العليا في الجزائر أيضا:

" من المقرر قانونا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا، وأمكن الإتصال.

ومن المقرر أيضا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان، التي حدد مدتها في الشريعة والإجتهد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو الزنى.

ومتى تبين في قضية الحال أن العارض لم يثبت غيابه الدائم عن البيت الزوجي، وتمسك بأن البنت ولدت في مدة تقل عن ستة أشهر من عودته إلى التراب الوطني كما أنه لم ينف النسب بالطرق المشروعة، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بقاعدة الولد للفراش مادامت العلاقة الزوجية قائمة بين الطرفين طبقوا صحيح القانون"¹

والملاحظ أن القضاء في الجزائر قد أخذ برأي المذهب الحنفي، إذا أخذ بإمكانية الإتصال الحكمي، أي أن مجرد العقد يجعل المرأة فراشا لوجود مظنة الإتصال، وهو رأي نراه سديدا، نظرا لتطور التكنولوجيا، فالرجل قد يصبح في أقصى شرق الأرض، ويبقى مع زوجته في أقصى غربها، باستعمال الطائرة، ويصعب عليها إثبات ذلك.

كما نرى أن إمكانية الإتصال قد يتم توسيعها إلى الإتصال الجنسي وليس المكاني، إذ الزوج الخصي مثلا، إذا أثبت أنه تعرض لعملية الخصاء قبل الزواج، أو أنه ولد بها كعاهة، يمكنه التمسك بعدم إمكانية الإتصال، كأساس لنفي النسب.

¹ راجع قرار المحكمة العليا الجزائرية - رقم 204821 - بتاريخ 20-10-1998 - الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية- ص82

وبالرغم من صحة عقد الزواج، وإمكانية الإتصال بين الطرفين، إلا أن هذا الأمر لا يكفي وحده لإثبات النسب، ذلك أنه يتعين أن يولد الطفل في مدة الحمل المقرر شرعا وقانونا.

الفرع الثالث: الولادة بين مدتي الحمل كشرط للنسب.

تقضي المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري أنه: "أقل مدة الحمل ستة أشهر، وأقصاها عشرة أشهر".

وقد جاءت هذه المادة مطابقة لإجماع الفقهاء، وقد استمدوا هذه الأحكام من الآية 15 من سورة الأحقاف، في قوله تعالى: "...ووصينا الإنسان بوالديه حسنا، حملته أمه كرها، ووضعته كرها، وحمله وفصاله ثلاثون شهرا..."، واستدلوا بالآية 233 من سورة البقرة، في قوله تعالى: "...والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين..."

واستنتج الفقهاء أن مدة الفصال تضم الحمل والرضاع، ومن ثمة كان الحمل ستة أشهر.

ثم استنبطوا من الآية 14 من سورة لقمان، لقوله تعالى: "...ووصينا الإنسان بوالديه، حملته أمه وهنا على وهن، وفصاله في عامين أن اشكركي ولوالديك إلي المصير..."

وبخصوص أكثر مدة الحمل، فهناك أقوال لدى الفقه، فالبعض يرى أنها سنتان، وجعلها البعض الآخر أربع سنوات، وهو المشهور عند مذهب الإمام مالك، ويرى الظاهرية أنها تسعة أشهر.¹

¹ لحسين بن الشيخ آث ملويا- المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية - الجزء الأول - دار هومة للنشر - الطبعة 03 الجزائر 2011 ص93.

واستقر المشرع الجزائري على أنها عشرة أشهر، وهو ما تمسك به القضاء الجزائري أيضا في عديد قراراته،

فقضت المحكمة العليا بالجزائر بالقرار رقم 99000 بتاريخ 23-11-1993 أنه: "من المقرر قانونا أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال، ولم ينفه بالطرق المشروعة،

ومن المستقر عليه 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 المدة المحددة شرعا، وتمسك بالشهادة الطبية التي لا تعتبر دليلا قاطعا، ولأن الولد ولد بعد مرور أكثر من ستة أشهر على البناء.

وأن قضاة الموضوع بقضائهم بصحة الزواج العرفي، مع رفض إلحاق نسب الولد بأبيه، عرضوا قرارهم للتناقض مع أحكام المادة 41 من قانون الأسرة، وأخطئوا في تطبيق المادتين 41 - 42 من قانون الأسرة فيما يخص إلحاق النسب.¹

ثم قضت بالقرار رقم 172379 بتاريخ 28-10-1997 أنه: "من المقرر قانونا أن أقل مدة حمل هي ستة أشهر،

ومن المقرر أيضا أن الولد ينسب لأبيه، متى كان الزواج شرعيا، وأمكن الإتصال، ولم ينفه بالطرق الشرعية،

ومن المستقر عليه قضاء أنه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان، في أجل محدد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل،

¹ الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية - عدد خاص- الجزائر 2001 ص 64

ومن الثابت في قضية الحال أن الولد ولد في مدة حمل أكثر من ستة أشهر، وأن قضاة الموضوع أخطئوا كثيرا عندما اعتمدوا على الخبرة ووزن الولد واللعان الذي لم تتوفر شروطه، والذي لا يتم أمام المحكمة بل أمام المسجد العتيق، فإنهم بقضائهم بفسخ عقد الزواج، وإحاقه بأمه أخطئوا في تطبيق القانون وخالفوا أحكام المادتين 41 و42 من قانون الأسرة.¹

ثم قضت بالقرار رقم 193825 بتاريخ 19-05-1998 أنه: "من المقرر شرعا أن الزواج في العدة باطل، ومن المقرر قانونا أن أقل مدة للحمل ستة أشهر، وأقصاها عشرة أشهر.

ومتى تبين في قضية الحال، أن الزواج وقع على امرأة ما زالت في عدة الحمل، وأن الحمل وضع بعد أربعة أشهر من تاريخ الزواج الثاني، وأن قضاة الموضوع بقضائهم باعتبار الطاعنة بنت للزوج الثاني اعتمادا على قاعدة الولد للفراش، مع أن الزواج الثاني باطل شرعا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، وخرقوا أحكام الشريعة الإسلامية"²

إن الولد متى ولد من زواج تام الأركان والشروط، وأمكن الإتصال بين الزوجين على النحو الذي بيناه، وولد الطفل في مدة الحمل المحددة، وأضاف بعض الفقه شرطا آخر هو انعدام العيب المانع من الإنجاب لدى الزوج³، نسب الولد الى أبيه شرعا،

¹ الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية – عدد خاص- الجزائر 2001 ص 70

² الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية – عدد خاص- الجزائر 2001 ص 73.

³ لحسين بن الشيخ آث ملويا – المرجع السابق – ص 97

وقد أضاف الفقه المعاصر حالة أخرى، وجب التطرق إليها، ألا وهي الولد المولود بالتلقيح الإصطناعي، فهل ينسب به الولد، وبأي شروط.

حالة خاصة: التلقيح الإصطناعي كأساس لنسب الولد.

يراد بالتلقيح الإصطناعي عدة عمليات مختلفة، يتم فيها تلقيح البويضة بحيوان منوي، وذلك بغير طريق الإتصال الجنسي الطبيعي¹

وقيل في تعريفه أيضا: " هو عملية طبية معقدة يتم فيها تلقيح بويضة الزوجة بماء زوجها، في ظل علاقة زوجية قائمة، سواء تم هذا الإلتقاء داخل رحم الزوجة، أو تم خارجها، ثم أعيدت البويضة الأمشاج للرحم بعد تخصيبها، بغرض إنجاب الولد الذي لم يتيسر لهما إنجابه بالطريق العلمي"²

وقد أجاز المشرع الجزائري اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي، بين الزوجين، بشروط

هي:

- أن يكون الزواج شرعيا.
 - أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.
 - أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها
- ومنع المشرع اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي باستعمال الأم البديلة³.

¹ الدكتورة زبيدة إقروفة - التلقيح الإصطناعي - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - دار الهدى- عين مليلة الجزائر - 2010 ص 14

² الدكتورة زبيدة إقروفة، المرجع السابق، ص 15، تعريف مستمد من رسالة دكتوراه للدكتور حسيني إبراهيم أحمد - حول النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، كلية الحقوق - قسم القانون المدني - جامعة عين شمس - القاهرة 2006.

³ راجع أحكام المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

وأضاف الفقه شرطاً آخر هو حالة الضرورة، ومرد هذا الشرط أن يضطر الزوجان إلى عملية التلقيح الصناعي، بناء على قاعدة حفظ الفروج، فالزوجة التي لا حاجة لها بالتلقيح الصناعي للإنجاب، لا يجوز لها كشف فرجها للطبيب المعالج¹.
وليس المجال هنا للتفصيل في تاريخ التلقيح الصناعي والنقاش الذي دار حوله، وإنما ينصب البحث حول شروط إثبات النسب بالتلقيح الإصطناعي، بالشكل الذي يسمح لنا بدراسة أثر هذه الحالة في تزايد ظاهرة الطفولة المسعفة.

لإثبات النسب بالتلقيح الإصطناعي شروط يمكن حصرها عموماً في قسمين، قسم خاص بالفريق الطبي والمعدات الطبية، والإجراءات المرافقة للعملية، وشروط خاصة بالزوجين على النحو التالي:

أولاً: شروط التلقيح الصناعي الخاصة بالفريق الطبي والمعدات الطبية والإجراءات

المرافقة للعملية:

ليكون للتلقيح الصناعي أثره السليم على نسب الولد لأبيه وإزالة أي شك لديه، لا بد أن تتوفر في الطاقم الطبي مجموعة من الشروط نوردتها فيما يلي:

1- أن يكون مرخص له من السلطات الرسمية في البلد بإجراء هذا النوع

من العمليات، وينشط بشكل علني.

2- أن يكون الطاقم الطبي من أطباء وممرضين وأطباء مخابر، من الثقة

المعروفين بالنزاهة والثقة والضمير المهني، حتى لا يكون هناك مجال للدس

على الأنساب.

3- عدم التأثير على صحة الزوجة، لاسيما المواد المنشطة للمبيض.

¹ الدكتور تشوار جيلالي - الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر 2001 - ص 89

- 4- التأكد من وجود تقرير طبي يثبت العجز عن الإنجاب الطبيعي.
 5- وضع سجلات خاصة تمسك لهذا الغرض تدون فيها بيانات الأطراف، والطاقتم الطبي المعالج، تحفظ في أرشيف المؤسسة للعودة إليها حالة أي نزاع¹.

ثانيا: الشروط الخاصة بالزوجين.

يشترط للقيام بعملية التلقيح الإصطناعي في الزوجين ما يلي:

- 1- قيام الزواج الصحيح بين الطرفين من ركن الرضا وشرط الولي والصداق والشاهدين، وانعدام الحرمة، على النحو الذي سبق تبياناه.
 2- أن تكون هناك ضرورة لعملية التلقيح الصناعي، حماية لفرج المرأة وعورتها.

3- أن تلقح بويضة المرأة بماء زوجها.

4- وأن تتم العملية برضا الطرفين.

تلك حالات النسب إذا ولد الطفل والعلاقة الزوجية قائمة، غير أن الطفل قد يولد بعد أن تنحل الرابطة الزوجية، فكيف يثبت؟

المطلب الثاني: إثبات النسب بعد إنحلال الرابطة الزوجية.

تنحل الرابطة الزوجية إما بوفاة أحد الزوجين، كما تنتضي بالطلاق بإرادة الزوج، أو بالتراضي، و بالتطليق، أو بالخلع² وهو وضع صعب لإثبات النسب فيه، ذلك أن أغلب حالات الخلاف حول النسب مرتبطة بالميراث، وأن الوفاة هي سبب الميراث، وأن أغلب ضعاف النفوس من الورثة يحاولون استغلال ضعف المولود وأمه لإسقاط نسبه، على اعتبار أن إنقاص وريث يرفع من قيمة الميراث.

¹ راجع في كل هذه الشروط الدكتورة زبيدة إيقروفة – المرجع السابق ص 46- 47

² راجع المادة 47 من قانون الأسرة الجزائري

كما يشتد الخلاف بين الزوجين عادة، ليس للدفاع عن صفاء نسب الزوج، وإنما لحالة الشقاق التي بينه وبين مطلقة، فيصب جام غضبه على الطفل، وينكر نسبه نكايه في والدته، وتجريحا لها، وإهانة لها بين أهلها وذويها، وفي بعض الأحيان حتى لحرمانها من الزواج برجل غيره بعد طلاقهما.

إن هذا التحليل يدفع بنا إلى التفصيل في حالات إثبات النسب بعد الوفاة، وحالات إثباتها بعد الطلاق، حتى نتمكن من ترتيب ما ينصب على سوء إعمال القواعد الخاصة بها على الطفل ونسبه.

الفرع الأول: إثبات النسب بعد وفاة الزوج.

نتحدث هنا عن الزواج الشرعي مكتمل الأركان والشروط، مع إمكانية الإتصال الجنسي بين الطرفين، وانعدام المانع المادي لدى الزوج كالعاهة وغيرها، وحمل الزوجة منه قيد حياته.

ولا يطرح الحمل الظاهر للعيان قبل الوفاة أي إشكال كقاعدة عامة، وإنما قد يتوفى الزوج وزوجته حاملا في شهرها الأول، دون علم منها أو منه، ودون إبلاغ أهلها وأهله، بل وقد يجامع الرجل زوجته ويتوفى من ليلته، بنطفة تكون بإذن الله حملا في بطن زوجته، وهي الحالات التي تفتح المجال للتشكيك في النسب، على اعتبار أن النسب قد يمتد إلى ما بعد تسعة أشهر وقد يصل العشرة أشهر تماما.

ولا خلاف هنا في إعمال قاعدة مدة الحمل الدنيا، فإذا توفي الزوج يحسب انقطاعه عن زوجته من تاريخ وفاته، إلا أن تاريخ آخر جماع بينهما غير معلوم، ولا تعلمه إلا الزوجة، إلا أن الخلاف في مدة الحمل القصوى، فمتى ولدت لأكثر من عشرة أشهر لا ينسب له، مع خلاف في المذاهب حول المدة.

الفرع الثاني: إثبات النسب بعد الطلاق

تنتهي الرابطة الزوجية بالطلاق، وينقسم الطلاق إلى قسمين، طلاق قبل الدخول، وطلاق بعد الدخول.

أولاً: النسب حال الطلاق قبل الدخول:

يراد بالدخول البناء بالزوجة، والخلوة الصحيحة بها، غير أن الزوجين قد يبرما عقد زواج صحيح تام الأركان، إلا أنهما يؤجلان الدخول لأسباب تخصهما، ثم تنتهي العلاقة بالطلاق، فهل يثبت النسب بهذا النوع من الطلاق؟

الثابت شرعا أن المطلقة قبل الدخول لا عدة لها، مصداقا لقوله تعالى في الآية 49 من سورة الأحزاب: " يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن، فما لكم عليهن من عدة تعتدونها... "

والأصل كما سبق ذكره أن النسب للفراش، وأن الزوجة فراش زوجها، وهو وضع لا يتصور في المطلقة قبل الدخول، وبالتالي فالأصل ألا ينسب ولد المطلقة قبل الدخول إلى أبيه¹،

لكن، إذا حدث تلاقي جنسي بين الزوجين، أو على الأقل إمكانية ذلك، فإن بعض الفقهاء يرى إمكانية إثبات النسب طبقا لقاعدة إحياء الولد.²

¹ نادر بوشاشي - المرجع السابق - ص 38

² د-خالد محمد صالح - أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية - دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية - دار الكتب القانونية مصر - دار شتات للنشر والبرمجيات - مصر 2011 - ص 165.

ثانيا: الطلاق بعد الدخول.

الطلاق بعد الدخول ينسب به الولد متى أنجبته في عشرة أشهر من تاريخ الطلاق، كما نصت عليه أحكام المادة 43 من قانون الأسرة، ولو أن هذه المادة خلقت إشكالا باستعمالها مصطلح الانفصال، وأكدته باللغة الفرنسية "separation"، ذلك أن الانفصال غير الطلاق، وأن المشرع لم يأخذ بقاعدة التفريق الجسدي للزوجين، وأن المراد بالانفصال عدم إمكانية الإتصال الجنسي بين الطرفين، في حين المراد بالطلاق إنهاء عقد الزواج.¹

والأخذ بمبدأ إنكار النسب بالانفصال لأكثر من 10 أشهر، قد يتعارض مع قاعدة الولد للفراش إذا أمكن الإتصال، والانفصال بمفهوم التفريق قد تظل معه إمكانية الإتصال قائمة، ومن ثمة وجب أن يثبت به النسب.

وقد أخذ القضاء الجزائري بمبدأ الطلاق للتعبير عن التفرقة بين الزوجين، وقد قضت المحكمة العليا بالقرار رقم 222674 بتاريخ 15-06-1999 بما يلي "

من المقرر قانونا أنه يثبت الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا.

ومن المقرر أيضا أنه ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، وأن عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة.

ومتى تبين - من قضية الحال - أن ولادة التوأمين موضوع النزاع وقعت في ظل قيام الحياة الزوجية بين الطرفين وأن الانفصال الواقع كان أثر خلاف بينهما، ولم يكن لا في حالة الطلاق ولا في حالة الوفاة حتى يخضع لأحكام المادتين 43 و60 من

¹ ذيابي باديس - المرجع السابق - ص33

قانون الأسرة، ومن ثمة فإن العصمة بينهما قائمة والزواج شرعياً، وثبت نسب التوأمين لأبيهما، لأن الطاعن لم ينفه بالطرق المشروعة أي الملاعنة.

وعليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون تطبيقاً صحيحاً..."

فالقضاة إذا قد أخذوا بالإنفصال على أساس الطلاق، إذ جاء في حيثيات القرار ما

يلي: "عن الفرع الأول: المأخوذ من مخالفة المادة 43 من قانون الأسرة.

بدعوى أن المادة 43 من قانون الأسرة تقضي بأنه ينسب الولد لأبيه إذا وضع

الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة، والمطعون ضدها تعترف بأن

الطاعن قد غادر مسكن الزوجية يوم 14-02-1994، مع أن ولادة الولدين التوأمين

كانت يوم 27-10-1995 أي بعد 19 شهراً،

لكن، وحيث أن المادة 60 من قانون الأسرة تعني أن الإنفصال المشار إليه بالمادة

43 من قانون الأسرة إنما هو الطلاق لا الإنفصال الذي يحدث إثر خلاف مثلما يزعم

الطاعن من أنه انقطع عن الإتصال بزوجته وعليه أن يعلم بأن العصمة بينهما قائمة

وأن زوجته تبقى فراشاً له الى أن يقع الطلاق..."¹.

ومن ثمة فإن نسب الولد بعد الطلاق يكون إذا ولد خلال 10 أشهر من الطلاق،

فهل المراد ببداية سريان المدة هو تاريخ النطق بالطلاق، أم تاريخ النطق بالحكم، ذلك

أن بعض الأزواج يطلق زوجته علناً قبل أن يلجأ إلى القضاء، وبعض القضاة أثناء

جلسة الصلح، وبعد فشل المحاولات بين الطرفين، يطلب من الزوج أن ينطق بالطلاق

أمامه، ويثبته بالمحضر، ثم تبقى القضية بالتداول للفصل في توابع الطلاق، ومن

القضاة من يترك الأمر على حاله، وتستمر القضية في التداول لمدة قد تصل 06

¹ راجع القرار كاملاً، المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية، العدد الأول 1999 ص 126.

أشهر للفصل في تبعات الطلاق من متاع وحضانة ونفقة ومسكن الحاضنة، وما إلى ذلك من تعيين خبراء للفصل في بعض الأمور التقنية بين الزوجين وبطلب منهما، ثم ينطق بالطلاق، الذي كان الزوج قد نطق به قبل رفع الدعوى علنا، ثم يولد الولد بعد ذلك لمدة قد تتجاوز السنة، وهي أحكام غير دقيقة ومتناقضة وغير واضحة تؤثر في غالبيتها على الطفل، كما سيأتي توضيحه لاحقا.

لقد توصلنا في هذا الجزء من البحث إلى توضيح كيفية إثبات النسب الناجم عن علاقة شرعية بزواج صحيح مكتمل الأركان والشروط، وانتهينا إلى شروط وكيفية إثبات نسب الطفل إلى والده المتوفى أو الذي طلق والدته قبل مولده، ثم سنحاول دراسة كيف أثرت هذه الأحكام على الطفل، وكيف دفعت بظاهرة الطفولة المسعفة إلى التزايد في مجتمعنا.

المبحث الثاني: آثار سوء أعمال قواعد إثبات النسب على الطفل.

تبدوا طرق إثبات النسب للوهلة الأولى بسيطة نظريا، غير أن أعمال هذه القواعد قد أثار مجموعة من الإشكاليات في المجتمع المعاصر، أدت إلى تزايد ظاهرة الطفولة المسعفة بشكل كبير ومثير للقلق.

وقد توصلنا في دراستنا إلى أن أسباب هذه الظاهرة تعود إلى سببين أساسيين، أولهما تداخل النصوص القانونية، على اعتبار أن المشرع الجزائري حاول أن يضبط العلاقة الزوجية بوثائق إدارية، ورتب على هذه الوثائق مجموعة من الآثار لم تتسجم بشكل تام مع قواعد إثبات النسب الشرعية المعتمدة في قانون الأسرة.

وثانيهما بعض الاجتهادات القضائية المنصبة على قواعد إثبات النسب، ما انعكس سلبا على حقوق الطفل خاصة، باعتباره الطرف الضعيف في المعادلة، ونحاول في هذا المبحث دراسة هذين السببين في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: أثر تداخل النصوص القانونية على النسب والطفل.

لا يتوقف أمر إثبات النسب عند حد العقد كامل الأركان والشروط، وإمكانية الإتصال، والميلاد في المدة المحددة شرعا، على اعتبار أن المشرع قد قرر أن تضبط العلاقات بين الأفراد ضمن تنظيم إداري، أطلق عليه قانون الحالة المدنية، وقد نص في أحكام المادة 18 من قانون الأسرة على أنه: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا، مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون" أي أن المشرع فرض أن يفرغ عقد الزواج الشرعي في قالب إداري، يتم تحريره أمام جهات محددة قانونا هما إما الموثق أو موظف مؤهل قانونا، وهو ضابط الحالة المدنية بالبلدية.

ثم نص في المادة 21 من قانون الأسرة على ما يلي: "تطبق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج"
كما نص بالمادة 22 أنه: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي."

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النياية العامة"
يتضح من هذه النصوص أن المشرع قد سعى إلى تنظيم عقد الزواج وآثاره إداريا، وهو أمر ضروري نظرا لتشعب الحياة الاجتماعية، وكثرة عقود الزواج، وضرورة تدخل

الدولة لتنظيم الحياة الإجتماعية بين الناس، على خلاف ما كان سائدا في بداية ظهور الشريعة الإسلامية، أين كان يقتصر الأمر على شهادة الشهود.

غير أن هذا الأمر أثار بعض التداخل بين التنظيم الإداري الإجتماعي لعقد الزواج، وبين التنظيم الشرعي له.

لقد أدى هذا التداخل إلى ظهور حالات مأساوية للطفولة المسعفة، نفسر فيها على النحو التالي:

الفرع الأول: نسب الإبن المولود بعلاقة شرعية مع عدم قيد الزواج.

تقتضي قاعدة الولد للفراش أن يولد الطفل للفترة ما بين ستة أشهر كحد أدنى لأول إمكانية للإتصال بين الطرفين، وعشرة أشهر كحد أقصى من آخر إتصال بينهما. وإن كان الزواج مقيدا فلا إشكال، إذ يبدأ الحساب من تاريخ العقد، إلا أن السائد لدى بعض فئات المجتمع أن الزواج يتم، ويتم الدخول، طبقا للشريعة الإسلامية، ولا يتم قيد الزواج، وهو ما يعرف في الجزائر¹ بالزواج العرفي.

ومن ثمة فإن إثبات أن الطفل ولد ضمن الاجل المقرر قد يتعقد على الزوجة، إذا لم يقره الزوج، وعلى هذا الأساس أقر المشرع الجزائري ضرورة قيد عقود الزواج في سجلات الحالة المدنية.

إن هذا النوع من الزواج يتم تثبيته لدى المحاكم، إذا استمرت العلاقة طيبة بين الزوجين، غير أن ما يثار من مشاكل، ويعرض حقوق الطفل للخطر، أن العلاقة قد تسوء بين الطرفين قبل تثبيت الزواج، وفي مرحلة حمل الزوجة، ومباشرة بعد أن تضع

¹ للزواج العرفي في بعض الدول مفهوم آخر، فقد يكون مستكتما لجميع أركانه عدى الرسمية أمام موظف أو القضاء، وقد يكون عقداً بوثيقة عرفية عبارة عن ورقة بين الرجل والمرأة فقط، فهو بذلك غير مستكتم لأركانه. راجع في هذا الموضوع:

د- أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش - الزواج العرفي - حقيقته وأحكامه وأثاره والأنكحة ذات الصلة به - دراسة فقهيّة مقارنة - دار العاصمة للنشر والتوزيع - الرياض - المملكة العربية السعودية - الطبعة الأولى - ص 79 وما بعدها.

مولودها، يدعي الزوج أن الإبن ليس من صلبه، وتبدأ المشكلة بالنسبة للزوجة، فتكون مطالبة بتثبيت الزواج العرفي لإلحاق نسب ابنها، وقد يصعب الأمر عليها، فالمحكمة تطالبها بتقديم الشهود على صحة الزواج، وقد يتعذر عليها ذلك، لاسيما في بعض الزيجات التي يحضر لها الزوج كل الأمور بما في ذلك تكفله بإحضار شاهدين من معارفه.

فشهود العقد هو من أحضرهم وهي لا تعرفهم، كما أن العقد لم يعلن عنه عن طريق الحفل المعروف "الزفاف"، بل اكتفى الطرفين بالعقد الشرعي، وهو أمر مطابق لأحكام الشرع، وقد أجازته أغلب الفقهاء، وتنتهي القضية برفض إثبات الزواج العرفي، ومن ثمة رفض إلحاق النسب، وهو ما يدفع بالأم إلى التخلي عن ابنها، ووضعها في دور الطفولة المسعفة.

إنه وبالرغم من أن العلاقة شرعية، وأن الطفل ولد لما هو مطلوب قانونا، إلا أن التداخل الإداري الشرعي دفع بهذا الطفل إلى حالة الطفولة المسعفة، وقد توصلت دراستنا إلى أن السبب في هذه الحالة يعود إلى ما يلي:

1- جهل الزوجة بأحكام القانون، وتمسكها بأحكام جواز العقد شرعا، وإهمالها للجانب الإداري لعقد الزواج.

2- فتح المشرع مجال الزواج العرفي، بل وتشجيعه في بعض الأحيان، وعدم غلق المجال نهائيا، بمنع المحاكم منذ البداية من تثبيت هذا النوع من الزواج، منعا لكل تلاعب، ذلك أن تثبيت الزواج العرفي، وانتشار هذا النوع من القضايا بين الناس، قد أدى إلى التساهل في عدم قيد الزواج الشرعي بالحالة المدنية قبل الدخول، بل وأدى

إلى التحايل على بعض الحالات، لاسيما الرخص الإدارية المسبقة للزواج، كرخصة زواج القاصرة، ورخصة الزواج بامرأة ثانية.

فكثيرا من القاصرات، وبمجرد علم أهلهن أن القاضي لن يرخص لهن لصغر سنهن، يلجأن إلى الزواج العرفي، ثم يلجأن إلى تثبيت الزواج العرفي، إلا أن بعض الحالات لا تصل إلى هذا المبتغى، ويتكرر الأب لابنه، وكثيرا من الحالات التي ترفض فيها الزوجة الأولى الترخيص لزوجها بالزواج بامرأة ثانية، فيلجأ إلى الزواج عرفيا من امرأة ثانية، ثم يتم تثبيت الزواج العرفي لاحقا، غير أن بعض الحالات تنتهي بالإنفصال وإنكار النسب، ثم مآل الطفل إلى مؤسسات الطفولة المسعفة.

3- ما ورد بنص المادة 22 من قانون الأسرة، بنصها أنه " ...وفي حالة عدم

تسجيله - أي عقد الزواج- يثبت بحكم قضائي "

فقد فتح المشرع الباب واسعا لتثبيت عقود الزواج العرفية، وهو أمر يفتح المجال أمام الراغبين في الإلتفاف على الطرق الإدارية التنظيمية لعقد الزواج، مع ما يلحق ذلك من تهرب وتكر للطفل الذي يولد.

وهكذا جاء في القرار المبدئي للمحكمة العليا في الجزائر أنه: " من المقرر قانونا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح، وبالإقرار، وبالبينة، وبنكاح الشبهة، ومن ثمة فإن القضاء بهذا المبدأ يعد تطبيقا صحيحا للقانون.

ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن الطاعنة لم تثبت أي حالة من الحالات التي نص عليها قانون الأسرة، فإن قضاة الموضوع برفضهم لطلبها الرامي إلى تسجيل الزواج وإثبات نسب البنت، قد طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن "

وجاء في حيثيات القرار ما يلي: " عن الوجه الثاني المأخوذ من مخالفة المادة 40 من قانون الأسرة بدعوى أن المادة تثبت النسب بالبينة وبنكاح الشبهة، ومادام المطعون ضده كان يخالط الطاعنة، ويأتي إلى منزلها بعلم الجيران، بعدما تمت الخطبة، فكان على المجلس أن يعتبر هذه العلاقة نكاح شبهة.

ولكن، وحيث أن الطاعنة لم تثبت أي حالة من الحالات التي تنص عليها المادة 40 من قانون الأسرة، وأن قضاة الموضوع لم ييخلوا عنها كل ما يلزم لإثبات دعواها، وعليه فالوجه غير مؤسس، يتعين معه رفض الطعن"¹.

فباستقراء بسيط لهذا القرار، يتضح أن الطاعنة الزوجة، كانت تعيش مع المطعون ضده بعد الخطبة المعلنة، وعلى علم من كل جيرانها، وأن المطعون ضده كان يتعامل معها أمام جميع الجيران كزوج لها، وبعد أن أنجبت منه، حاولت إثبات الزواج بينهما، إلا أن الأمر تعذر عليها، بالرغم من أن القضاة حاولوا مساعدتها في إثبات العقد ولو بالشبهة، ولم " ييخلوا عليها" كما جاء في القرار، إلا أن الأمر تعذر عليها، نظرا لعدم قيد الزواج، والنتيجة كانت بقاء الطفلة من دون نسب نهائيا بقرار للمحكمة العليا.

فمن يتحمل هذا الخطأ؟ الأم التي قبلت بالزواج العرفي؟ أم القاضي الذي ربما لم يطبق قاعدة إحياء الولد أو خانه الدليل، أم المشرع الذي أجاز الزواج الشرعي؟ ونرى أنه كان على المشرع منع هذا النوع من الزواج إطلاقا، ومن ثمة إذا قررت المرأة القبول بالوضع، لا يطرح على القضاء أصلا، وإنما تتحمله المرأة وحدها.

¹ الأستاذ جمال سايس – الإجتهد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، قرارات المحكمة العليا- الجزء الثاني- منشورات

كليك – الطبعة الأولى – الجزائر 2013 ص741

راجع أيضا القرار كاملا بالمجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية – 1994 العدد 02 ص56

بل ونرى أنه يجب أن يتضمن عقد الزواج الشكلية في الإنعقاد كركن للقضاء على هذه الظاهرة وحماية الطفل أكثر.

وقد كان عقد الزواج في ظل الأمر 274-59 المؤرخ في 04-02-1959 الخاص بعقود الزواج التي يعقدها الأشخاص الذين يخضعون للأحوال الشخصية المحلية، وذلك في عمالات الجزائر والواحات والساورة، الصادر عن الإستعمار الفرنسي، والذي ظل مطبقا على الحالة المدنية في الجزائر إلى غاية صدور القانون 70-20 المؤرخ في 19-02-1970 المتضمن قانون الحالة المدنية، يتضمن الأركان التالية:

- 1- أن يقع الزواج بناء على الرضا الشخصي الصريح للزوجين.
- 2- أن يحصل الرضا بصفة شفوية و علنية، عن كل واحد منهما شخصيا.
- 3- أن يتم العقد بحضور شاهدين بالغين.
- 4- أن يتم العقد أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية المختص.
- 5- أن يكمل رضا القاصر أو المحجور عليه برضا ممثله القانوني.
- 6- أن يكون الزوج قد بلغ سن 18 سنة، والزوجة سن 16 سنة.
- 7- أن يحصل الزوج الذي لم يبلغ هذا السن على إذن من المحكمة.
- 8- أن يكون الزوج مسلما بالنسبة للزوجة المسلمة.

ومما تجدر ملاحظته بمناسبة الحديث عن هذا القانون هو أنه رتب على مخالفة الشروط الأربعة الأولى بطلان عقد الزواج بطلانا مطلقا، ومنها أن يتم أمام ضابط الحالة المدنية أو موثق¹، غير أن قانون الأسرة قد أزال هذا الركن.

¹ المستشار عبد العزيز سعد - نظام الحالة المدنية في الجزائر - دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية - الجزائر 1995 ص 126

الفرع الثاني: حق الطفل في النسب في حالة الإختلاف بين تاريخ العقد الشرعي، وتاريخ العقد الإداري.

مثال هذه الحالة الشائعة بكثرة، لاسيما في المناطق الريفية، أن الأطراف يبرمون عقد الزواج الشرعي، وينتهي العقد، ويتم الدخول، إلا أن الزوجين يتأخران في إبرام عقد الزواج الإداري، ولا يقومان بتقييد العقد لدى مصالح الحالة المدنية بالبلدية، إلا بعد أن يقترب ميعاد إزدياد الطفل، ثم يتجهون إلى البلدية، ولتسهيل الأمر على أنفسهم يدعون بتصريح كاذب أمام ضابط الحالة المدنية أن العقد قد تم ذلك اليوم، ويقوم هذا الأخير بقيد العقد والتأشير بتاريخ في حقيقة الأمر يختلف بشكل كبير عن تاريخ العقد الشرعي، بل وحتى عن تاريخ الدخول.

بعد أن تضع الزوجة مولودها تبدأ مشاكل المولود الجديد، فإن أقر الزوج به، فلا إشكال، إذ يمكن أن يلغى العقد لكونه مبنى على تصريح كاذب، ويقوم القاضي بتثبيت الزواج بالتاريخ الصحيح، بعد رفع الدعوى من الطرفين، وسماع الشهود عن التاريخ الصحيح، وتنتهي الدعوى بتثبيت الزواج وإلحاق نسب الطفل.

غير أن الإشكال عادة ما يثور إذا قرر الزوج عدم الإقرار ببنة الطفل، وادعى أن الزوجة أنجبته لمدة تقل عن المدة المحددة إنطلاقا من تاريخ الزواج المحرر بالعقد الإداري، فالقاضي عادة ما يميل إلى العقد المكتوب، وهنا يكفي الزوج الإدعاء أن العقد تم كما هو مبين في العقد الإداري، وينقلب عبء الإثبات على الزوجة أن تبين أن العقد تم قبل ذلك التاريخ، وأن الدخول كان شرعيا وتم قبل هذا التاريخ، وهو أمر

وقد نصت المادة الثانية منه على أنه "ينعقد الزواج برضا الزوجين، ويجب أن يذكر الرضا شفويا، وعلنيا، ومن صاحب الشأن شخصا، بحضور شاهدين، بالغين، وذلك أمام القاضي أو ضابط الأحوال المدنية، وإلا كان العقد باطلا..."

غالبا ما يصعب عليها، لاسيما في الحالات التي لا يكون فيها حفل زفاف، وينتهي الطفل في مؤسسات الطفولة المسعفة إن قررت الأم بدورها التخلي عنه.

ويضرب الأستاذ عبد العزيز سعد، في كتابه نظام الحالة المدنية في الجزائر، مثلا أكثر مرارة، جاء فيه " إن بلدية عنابة كانت لا تتلقى عقود الزواج كل أيام الأسبوع، بل تحدد لذلك بيومين فقط، أو ثلاثة لإبرام عدد من العقود، وتمنح كل زوجين إسهادا يتضمن موعدا أو أجلا طويلا لاحقا سيحضر فيه الزوجان لإبرام عقد زواجهما، مما نتج عنه في بعض الأحيان إقامة العرس والدخول بالزوجة قبل الموعد أو الأجل المحدد لرجوعهما إلى البلدية، وعند الرجوع يعقد العقد بالتاريخ اللاحق بعد أن تكون الزوجة قد حملت ومضى على حملها شهر أو شهران.

وينتج عن ذلك من جهة أخرى أنه عندما يولد المولود الناتج عن هذا الزواج، يكون قد ولد في الشهر السادس أو الثامن من تاريخ عقد زواج أمه، وإذا حصل خلاف بين الزوجين، أثناء ذلك كان من السهل على الزوج أن يزعم بأن المولود ليس ولده¹.

وإن كانت هذه المظاهر قد قلت في الإدارة المحلية، إلا أنها لا تزال متصورة في البلديات ذات الكثافة السكانية الكبيرة، لاسيما إذا اقترنت البيروقراطية بتكاسل الزوجين.

وهكذا ورد بالقرار المبدئي للمحكمة العليا بتاريخ 17-12-1984 تحت رقم

35087 ما يلي:

" من المقرر شرعا أن الولد للفراش الصحيح، وأن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر، ومن ثم فإن الولد الذي ولد بعد 64 يوما لا يثبت نسبه لصاحب الفراش، ولما كان كذلك، فإن النعي على القرار القاضي بنفي النسب غير مؤسس ويستوجب الرفض.

¹ المستشار عبد العزيز سعد - المرجع السابق - ص 130

إذا كان الثابت - في قضية الحال - أن قضاة الإستئناف طبقوا في قرارهم في نفي النسب بعد أن تبين لديهم أن عقد الزواج أبرم بين الطرفين يوم 02-11-1981 وأن البنت ازدادت يوم 06-01-1982، أربع وستون يوما من تاريخ الزواج، أي بأقل من ستة اشهر أقل مدة للحمل، وان الإتصال الجنسي المزعوم قبل العقد، يعد زنى لا ينسب إلى أبيه، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"

ويستنتج من حيثيات القرار أن قاضي أول درجة، بحكم أنه الأقرب إلى الطرفين، وناقشهما وناقش الدليل كان قد أثبت النسب، إلا أن قضاة الإستئناف الغوا حكمه، واعتمدوا على التاريخ المبين في عقد الزواج، والتاريخ المبين في شهادة الميلاد، وقرروا أن البنت لا يعود نسبها للمطعون ضده، وقد أيدتهم المحكمة العليا في هذا الموقف، إذ جاء في حيثية القرار ما يلي:

" حيث أقامت "ت" "ن.ب.أ" بواسطة محاميها الأستاذ بودريال طعنا يرمي إلى نقض القرار الصادر يوم 23-01-1983 عن مجلس قضاء ورقلة المؤيد جزئيا للحكم المستأنف الصادر عن محكمة ورقلة في 31-05-1982 فيما قضى به من طلاق ونفقة الإهمال وعدة وتعويض ورد الأثاث وإلغائه فيما يخص النسب، وتصديا قضت بقبول طلب المستأنف بنفي نسب البنت "ت ع"، والقول بأنها ليست ابنته، وأمر بإلغاء نسبها له وتسجيل الحكم على هامش عقد ميلاد البنت "ع"1.

والملاحظ على هذا القرار ما يلي:

1- أن عقد الزواج أبرم بين الطرفين في شكله الإداري وسجل في دفاتر الحال المدنية، بالرغم من أن الأم كانت حامل ولم يكن قد تبقى لها إلا 64 يوما

¹ جمال سايس- المرجع السابق - الجزء الأول ص356

راجع القرار كاملا بالمجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية سنة 1990 العدد الأول ص 86

لوضع حملها، أي أن الحمل كان ظاهرا عليها، ومع ذلك قام ضابط الحالة المدنية بقاء الزواج، في حين أن الزواج يقتضي براءة الرحم.

2- أن الزوج حضر مع زوجته وهي حامل إلى مقر البلدية، وسجل عقد الزواج معها، وهو على علم أنها حامل نظرا للحالة الظاهرة، وسكت عن الأمر بعد أن أنجبت البنت، خلال شهر جانفي من سنة 1982، ولم يرفع الدعوى إلا لاحقا، بعد أن اشتد الخلاف بين الطرفين ووصل إلى الطلاق، فأنكر نسب البنت.

3- أن قاضي أول درجة، وهو قاضي الموضوع قد توصل إلى أن البنت جاءت لزواج شرعي وصحيح، وأن الأمر يتعلق فقط بعدم تطابق تاريخ الزواج الشرعي مع العقد الإداري، ومع ذلك مال قضاة الإستئناف والمحكمة العليا إلى تصديق العقد الإداري، ونفوا نسب البنت، وأمروا بتسجيل ذلك على هامش عقد ميلادها، مع كل ما يلحقها من ضرر.

ونرى أن هذا النوع من الإشكالات يمكن تداركه بكل بساطة بالإجراءات التالية:

1- أن يضاف إلى الوثائق المطلوبة من ضابط الحالة المدنية والموثق، المنصوص عليها بقانون الحالة المدنية عند إبرام عقد الزواج، شهادة براءة الرحم، التي تثبت أن الزوجة غير حامل.

2- إذا كانت الزوجة حاملا، على ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل إبرام العقد الإداري أن الحمل تم لزواج شرعي، ويسماع الشهود حول هذا الأمر، وحول تاريخ العقد الشرعي، وأن يدون بالدفتر أن تاريخ الزواج الشرعي كان سابق ويعود إلى تاريخ كذا، ثم يدون التاريخ اليومي، أو أن ينص القانون صراحة على أنه إذا

كانت الزوجة حاملا يصرف الطرفين مباشرة إلى القضاء لإثبات التاريخ الفعلي للزواج الشرعي.

3- أن يمكن المشرع الأئمة، وهم موظفون، من إبرام العقود مباشرة كحال الموثق، مع إبرام العقد الإداري فور إبرام العقد الشرعي، وتسجيله في سجلات خاصة مطبوعة لهذا الغرض، مؤشر عليها من رئيس المحكمة المختص، وأن يخطرأ ضابط الحالة المدنية في ظرف وجيز كحال الموثق - ثلاثة أيام-، وهو ما سيجعل تاريخ العقد الشرعي الذي يبرمه الإمام عادة في مجتمعنا مطابقا لتاريخ العقد الإداري، ويجنب الأطفال هذه الظاهرة الخطيرة.

الفرع الثالث: حق الطفل في النسب في حالة الطلاق الرجعي، ورجوع الزوجة دون عقد إداري.

ومرد هذه الحالة، أن العلاقة بين الطرفين قد تسوء، وينتهي بهما الأمر إلى رفع دعوى الطلاق، وأثناء سريان الدعوى، وبعد أن يصبح الملف جاهزا للفصل، ينقطع الطرفان عن المحكمة، ويستأنفان حياتهما الزوجية، غير أن المحكمة، ونظرا لكون الملف كان جاهزا للفصل، تنهي الدعوى بالطلاق بين الطرفين، ونظرا للإجراء المنصوص عليه قانونا¹ يتم إخطار البلدية مباشرة من قبل المحكمة بالطلاق، على اعتبار أن أحكام فك الرابطة الزوجية كلها نهائية، طبقا لأحكام المادة 452 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فيسجل الطلاق في سجلات الحالة المدنية.

ونظرا لإمكانية الإتصال بين الطرفين، ينتج عن العلاقة حمل شرعي، إلا أن العلاقة تسوء من جديد، وتجد الزوجة نفسها بعد الإنجاب مطلقة، وأن حملها تم وضعه وهي

¹ تقضي المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الأخيرة أنه: "تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة"

مطلقة إداريا، ويتمسك بعض الأزواج ضعاف النفوس بهذا الوضع، ويستغلونه لصالحهم، وينكرون نسب الطفل إذلالا للزوجة وإضراراً بها، نظرا لحالة الخلاف بينهما، غير أن المتضرر الأكبر هو الطفل.

وإذا تمسك الزوج بهذا الوضع، يصعب على الزوجة أن تثبت أنها عادت إلى زوجها، وأنه منه شرعا، وتظهر حالة جديدة من حالات الطفولة المسعفة، بعد أن تتخلى الأم عن الطفل لانعدام نسبه، بالرغم من أنه ولد للفراش.

ونرى أن هذا الخلل التشريعي محض، يمكن تداركه بتعديل قانون الأسرة، أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالخصوص، بالنص صراحة على أن قيد الأحكام الفاصلة بفك الرابطة الزوجية، لا بد أن يكون بسعي من الطرف الذي يهمله التعجيل، مع ضرورة تبليغ الطرف الآخر أو السعي على الأقل في هذا الإتجاه، ولو التبليغ عن طريق التعليق بالمحكمة وبالبلدية المعنية، حتى يكون هناك إعلان بفك الرابطة الزوجية، ومع إمكانية الطرفين بإبرام عقد ثان تفاديا لأي إشكال.

المطلب الثاني: أحكام القضاء وتأثيرها على النسب والطفل

الفرع الأول: نماذج من القرارات القضائية المؤثرة على نسب الطفل.

نص المشرع الجزائري على أن بعض عقود الزواج تقتضي وجود رخص إدارية مسبقة على إبرام العقد، لاسيما رخصة الزواج بامرأة ثانية طبقا للمادة 08، ورخصة زواج القاصرة طبقا للمادة 07، والرخص الخاصة ببعض الأسلاك الامنية، والرخصة الخاصة بالزواج بالأجنبي طبقا للمادة 31.

غير أن الأزواج، ونظرا لبعض الصعوبات التي يواجهونها، لاسيما في حالة رفض الزوجة الأولى الموافقة على زواج زوجها بامرأة ثانية، أو رفض القاضي الترخيص للقاصرة لصغر سنها، أو لرفض مصالح الولاية منح الرخصة بالزواج بالأجنبي، يتحايلون على هذه الرخص، ويبرمون عقود الزواج بشكل عرفي، ثم يلجؤون إلى القضاء لتثبيت هذه العقود.

واستقرت المحاكم على تثبيت هذه العقود على أساس أن العقد تم فعلا، وأن الحكم كاشف له فقط، واستقر القضاء أيضا على أنه إذا اتفق الطرفان على أن العقد قد تم بينهما بشكل شرعي، يتأكدون منه فقط، بإجراء تحقيق يشمل سماع الشهود، والتأكد من توافر ركن الرضا أثناء العقد، واكتمال كافة الشروط المطلوبة، وأن النسب يعود إلى الزوج دون إشكال، ويقوم القضاء بإثبات العقد، وإلحاق النسب، ويأمرون ضباط الحالة المدنية بتسجيل العقد ونسب الطفل.

غير أن المحكمة العليا فاجأتنا ببعض القرارات التي تبدو غريبة، انتهت بنقض الأحكام التي قضت بتثبيت كل عقد زواج كان أحد طرفيه أجنبيا ولم يحصل على الرخصة المسبقة، ونقضتها بما فيها من نسب للأطفال، وانتهت إلى أن هذه العقود لا تسري، ومن ثمة أصبح الأطفال دون نسب، ولا يمكن قيدهم إلا بأسماء أمهاتهم، ولتعميم الفائدة، ولكون هذه القرارات غير منشورة، ارتأيت ذكرها مع حذف هوية الأطراف.

وهكذا قضت المحكمة العليا بالقرار رقم 0942668 بتاريخ 03-02-2016¹

أنه:

¹ قرار غير منشور

" حيث أن المدعي في الطعن طعن بالنقض ضد القرار الصادر بتاريخ 2013/04/01 رقم الفهرس 13/01285 عن مجلس قضاء وهران _ غرفة شؤون الأسرة_ القاضي : بإلغاء الحكم المعاد و حال التصدي من جديد القضاء بإثبات الزواج العرفي المنعقد بتاريخ 2011/09/20 بتلمسان بين المدعو (أ.غ) المولود بتاريخ بـحمص سوريا ابن(د و ص) و المسماة (ب.ح.ر) المولودة في بتلمسان لأبيها (ح) و أمها (ب.ب.ف)، مع أمر ضابط الحالة المدنية المختص بتسجيل هذا الزواج في سجلاته المعدة لهذا الغرض و التأشير به على هامش عقدي ميلاد الطرفين، و إلحاق نسب الإبن (ب.ح.م.ذ.ر) المولود في 2012/12/14 بتلمسان إلى أبيه (أ.غ) ليصبح (غ.م.ذ.ر) مع أمر ضابط الحالة المدنية المختص بتسجيله في سجل الحالة المدنية و الدفتر العائلي لوالديه.

مع العلم أن الحكم المستأنف قضى بتاريخ 2012/11/26 فهرس رقم 12/14237 عن قسم شؤون الأسرة لمحكمة وهران بعدم قبول الدعوى.

- حيث أن المدعي في الطعن استند في طعنه على وجه وحيد .
- حيث أن المدعى عليهما في الطعن بلغا بعريضة الطعن و لم يردا.

من حيث الشكل:

حيث أن الطعن استوفى إجراءاته الشكلية فهو مقبول.

من حيث الموضوع:

عن الوجه الوحيد المأخوذ من مخالفة القانون:

بدعوى أن قضاة المجلس في قرارهم المتخذ قضوا بتثبيت الزواج العرفي بين رجل أجنبي و جزائرية مخالفين بذلك المادة 31 من قانون الأسرة التي تشترط رخصة من

الإدارة المختصة لإتمام رسمية عقد الزواج، و أن الإدارة كما يظهر من عريضة الطاعنين قد رفضت طلب المعنيين، و بقضاء قضاة المجلس بتثبيت الزواج يكونون قد خالفوا القانون.

حيث من المقرر قانونا وفقا للمادة 31 من الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل و المتمم لقانون الأسرة أنه " يخضع زواج الجزائريين و الجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية"

و لما تبين من دعوى الحال و أن المطعون ضده (أ.غ) سوري الجنسية و المطعون ضدها (ب.ح.ر) جزائرية الجنسية، و زواج جزائرية بأجنبي يخضع لإجراءات إدارية و تنظيمية خاصة، و بقضاء قضاة المجلس في قرارهم المنتقد بتثبيت زواج المطعون ضدها رغم أن طرفي العقد من جنسيتين مختلفتين جزائرية و سورية يكونون قد خالفوا القانون لاسيما المادة 31 من قانون الأسرة، مما يتعين الإستجابة للوجه المثار و من خلاله نقض القرار المطعون فيه.

و حيث أن الحكم المستأنف الصادر بتاريخ 2012/11/26 الصادر عن قسم شؤون الأسرة لمحكمة وهران قضى بعدم قبول الدعوى .

وحيث أن قرار المحكمة العليا بنقضه للقرار المطعون فيه، يكون قد أبقى على مقتضيات الحكم المذكور، و يكون بذلك قد فصل في جميع النقاط القانونية و لم يترك من النزاع ما يتطلب الحكم فيه، و من ثم فإنه يتعين، عملا بأحكام الفقرة الأولى من المادة 365 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الإكتفاء بنقض القرار المذكور بدون إحالة.

لهذه الأسباب، قررت المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة و الموارد:

قبول الطعن بالنقض شكلا و موضوعا و نقض و إبطال القرار المطعون فيه الصادر عن غرفة شؤون الأسرة لمجلس قضاء وهران يوم 2013/04/01 تحت رقم 13/1285 و بدون إحالة.

كما قضت المحكمة العليا أيضا بالقرار رقم 1028971 بتاريخ 2016/12/07¹:
جاء فيه:

" حيث أن الطاعن النائب العام لدى مجلس قضاء سكيكدة طعن بالنقض بتاريخ 2014/07/15 بعريضة مقدمة من طرف هذا الأخير ضد القرار الصادر عن غرفة شؤون الأسرة لمجلس قضاء سكيكدة بتاريخ 2014/06/04 فهرس رقم 14/1079 القاضي حوريا:

في الشكل: بقبول الإستئناف.

في الموضوع: تأييد الحكم المستأنف.

حيث أن وقائع القضية تتلخص في أنه بتاريخ 2014/01/09 أقامت المدعية (ع.م.س) دعوى أمام محكمة سكيكدة ضد المدعى عليه (ك.ي.ب.م) بحضور ممثل النيابة العامة ملتزمة إثبات الزواج العرفي الواقع سنة 2012 بينها و بين المدعى عليه، فيما أجاب هذا الأخير أنه فعلا تزوج بالمدعية وقد أثمر زواجهما على إنجاب بنت لذا يطلب قبول طلب المدعية و إثبات زواجهما العرفي، و إلتمس ممثل النيابة العامة تطبيق القانون و هي الدعوى التي انتهت إلى صدور الحكم المؤرخ في 2014/03/04 القاضي بتثبيت الزواج العرفي الواقع بتاريخ 2012/11/17 ببلدية

¹ قرار غير منشور

تمالوس بين المدعية و المدعى عليه مع الأمر بتسجيله بسجلات الحالة المدنية المختصة.

حيث أن النيابة العامة ممثلة بالسيد النائب العام لدى مجلس قضاء سكيكدة استأنف الحكم السالف الذكر.

حيث أن الطاعن النائب العام لدى مجلس قضاء سكيكدة و تدعيما لطعنه الرامي إلى نقض و إبطال القرار المطعون فيه أثار وجها وحيدا للنقض.

حيث أن المطعون ضدهما (ع.م.س) و (ك.ي.ب.م) لم يردا رغم تبليغهما بعريضة الطعن بالنقض بواسطة المحضر القضائي الأستاذ (ب.ح) الكائن مكتبه بتمالوس.

و عليه:

من حيث الشكل:

حيث أن الطعن بالنقض قد جاء مستوفيا لسائر أوضاعه الشكلية و الآجال المطلوبة قانونا، تعين قبوله شكلا.

من حيث الموضوع:

عن الوجه المثار تلقائيا من طرف المحكمة العليا وفقا لنص المادة 360 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المأخوذ من مخالفة القانون.

حيث أنه من المقرر قانونا أن زواج الجزائريين و الجزائريات بالأجانب من الجنسين يخضع إلى أحكام تنظيمية، و عليه فلما تبين من القرار المطعون فيه و أنه اعتبر أن الرخصة المسبقة المسلمة للأجنبي للترخيص له بالزواج تطلب منه عند تسجيل عقد الزواج و ليس عند إبرامه هو تفسير مخالف للمبدأ المذكور أعلاه

المنصوص عليه بالمادة 31 من قانون الأسرة، لاسيما و أن قضاة الموضوع قد أمروا بتسجيل هذا الزواج ببلدية تمالوس و التأشير به على هامش عقدي ميلاد الزوجين حسب الإختصاص، فضلا على أن المادة 4/73 من الأمر رقم 20/70 المتعلق بالحالة المدنية تشير إلى ما يجب أن يتضمن عقد الزواج المحرر أمام ضابط الحالة المدنية أو القاضي بصراحة بأن الزواج قد تم ضمن الشروط المنصوص المنصوص عليها في القانون و أنه يبين فيه المعلومات المذكورة بالمادة و منها الترخيص بالزواج المنصوص عليه بموجب القانون عند الإقتضاء، فإن قضاة الموضوع الذين أثبتوا الزواج العرفي للمطعون ضدهما دون أن يطلبوا من المعنيين بالأمر تقديم الرخصة المطلوبة يكونون قد خالفوا القانون و عرضوا قرارهم للنقض.

كما قضت المحكمة العليا أيضا بالقرار رقم 1005800 بتاريخ 2016/07/13:¹
 جاء فيه: " حيث أن الطاعنين (أ.م) و (ق.ز) طعنا بطريق النقض بتاريخ 2014/04/01 بموجب العريضة المقدمة بواسطة الأستاذة (م.ذ) المحامية المعتمدة لدى المحكمة العليا ضد القرار الصادر عن غرفة شؤون الأسرة لمجلس قضاء تيزي وزو بتاريخ 2013/06/19 فهرس رقم 13/2087 و القاضي حضوريا نهائيا:

في الشكل : قبول الإستئناف.

في الموضوع: إلغاء الحكم المستأنف الصادر عن محكمة تيزي وزو بتاريخ 2012/09/27 فهرس رقم 12/2945 و التصدي من جديد برفض الدعوى الأصلية لعدم التأسيس.

¹ قرار غير منشور

حيث يستخلص من ملف القضية و أنه بتاريخ 2012/05/21 أقام الطاعنين (أ.م) و (ق.ز) دعوى أمام محكمة تيزي وزو قسم شؤون الأسرة ضد وكيل الجمهورية لدى محكمة تيزي وزو طالبين الحكم بإثبات الزواج العرفي المبرم بينهما بتاريخ 2007/03/29 مع الأمر بتسجيله بسجل الحالة المدنية للبلدية و إلحاق نسب البنت (ي) المولودة بتاريخ 2008/02/22 إليهما و الأمر بتسجيلها بسجلات الحالة المدنية، معللين دعواهما بأنهما تزوجا أمام جماعة من المسلمين و بحضور الولي و صداق معلوم ، و أن زواجهما اثمر عن ميلاد البنت (ي) و ميلاد البنت (ي) المتوفاة، و لم يتم تسجيل زواجهما لدى مصالح الحالة المدنية، و هي الدعوى التي انتهت بصدر حكم عن محكمة تيزي وزو بتاريخ 2012/09/27 فهرس رقم 12/2945 و الذي قضي حضوريا بعدم قبول الدعوى شكلا لانقضاء الصفة، و هو الحكم الملغى بالقرار المطعون فيه.

حيث أن الطاعنين يثيران وجهين للطعن لتأسيس طعنهما.

من حيث الشكل:

حيث أن الطعن بالنقض استوفى اوضاعه الشكلية المقررة قانونا خاصة ما تعلق منه باحترام الاجراءات و الأجال ما يتعين قبوله شكلا.

من حيث الموضوع:

عن الوجهين معا لارتباطهما و تكاملهما و الماخوذين من انعدام الاساس القانوني و انعدام التسبيب، بدعوى أن المادة 31 من قانون الاسرة تنص على أن زواج الجزائريين بالاجانب يخضع للأحكام التنظيمية اي ضرورة الحصول على رخصة إدارية من الوالي و هي موجهة الى مصالحها الخارجية في الولايات، و هي تبقى مجرد

تعليمية إدارية و ليست لها قوة القانون، و أن الزواج المبرم بينهما متوفر على جميع أركانه و شروطه طبقا للمادتين 09 و 09 مكرر من قانون الاسرة، فضلا على أن الزوج الاجنبي مسلم، و أن المحكمة اجرت تحقيقا بسماع الشهود الذين حضروا الفاتحة و مراسيم الزفاف، و أن المجلس لم يطبق القانون تطبيقا صحيحا فيما يخص ضرورة الحصول على رخصة إدارية لتسجيل الزواج، خاصة وأن الزواج قد تم ونتج عنه ميلاد البنت (ي) و على هذا الاساس تم رفع الدعوى لتثبيت الزواج العرفي إلا أنه تم رفضها بحجة عدم الحصول على رخصة إدارية من قبل الزوج الاجنبي.

لكن حيث أن المادة 31 من قانون الاسرة المعدلة بالامر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 تنص على أن زواج الجزائريين و الجزائريات من اجانب من الجنسين يخضع الى أحكام تنظيمية.

و حيث أنه بالرجوع الى القرار المطعون فيه، فإن قضاة المجلس و بالغائبهم للحكم المستأنف القاضي بعدم قبول الدعوة شكلا لإنتفاء الصفة، و تصديهم برفض الدعوى الاصلية لعدم التأسيس، اعتمدوا في ذلك على الأحكام التنظيمية التي توجب الحصول على رخصة إدارية بعد التحقيق إداريا حول الزوج الاجنبي، و طالما أن الطاعنة (أ.م) لم تقدم ما يثبت قيامها بالإجراءات التي تسمح لها بالزواج برعية اجنبي، فإن طلبها بتثبيت زواجها بالطاعن الذي هو من جنسية تركية طلب غير مؤسس، و بذلك فإن قضاة المجلس بانتهاهم الى ما قضاوا به قد اعطوا لقرارهم الاساس القانوني و سببوه التسبب الكافي، طالما و أن هناك نص صريح يحدد كيفية اخضاع زواج الجزائريات بالاجانب، و الاحكام التنظيمية التي توجب الحصول على رخصة إدارية سواء كان ذلك بتسجيل الزواج او باثباته مما يجعل الوجهين غير سديدين مستوجبان الرفض.

حيث أنه بذلك يصبح الوجهان غير مؤسسين و يتعين معه رفض الطعن.

الفرع الثاني: رأينا حول الموضوع:¹

نرى ضرورة تثبيت الزواج العرفي، وإن كان احد طرفيه اجنبيا، مع انعدام الرخصة، وإن مرد ذلك الى ثلاثة اسباب على الاقل، نراها على جانب من الاهمية، اولها حق الطفل، والاثار الوخيمة المترتبة على عدم تثبيت زواج والديه، وما نراه من أولوية لهذا الحق على ضرورة احترام الاجراءات التي تفرضها الدولة، وثانيهما كون المبرر المتمثل في حق الدولة في حماية المجتمع وصيانة أمنه، ودواعي المصلحة العامة والامن العام، الذي تتمسك به المحكمة العليا، لا يتعارض على الاطلاق مع تثبيت الزواج العرفي مع الاجنبي، والثالث أن الرخصة الادارية تنظم العلاقة بين الاجنبي والدولة، وليست ركنا في عقد الزواج، وهو ما نعرض له فيما يلي:

أ: حق الطفل ضرورة تملّي تثبيت الزواج العرفي:

توصلنا، الى أن المحكمة العليا انتهت الى نقض القرارات المتضمنة تثبيت الزواج العرفي الذي أحد طرفيه اجنبي، ومن ثمة فإن الوضع سيعاد الى ما كان عليه، وأن الطفل بالتالي سيظل ينسب الى والدته، بالرغم من أن الزواج سليم من الناحية القانونية الموضوعية، بل وحتى من الناحية الشرعية، على اعتبار أن الزواج امام جماعة المسلمين يقتضي أن يكون الزوج مسلما.

ولا شك أن الزواج العرفي الذي ينتج عنه الابناء، يخلق واقعا ماديا يتعين علاجه، بالحفاظ على حقوق الطفل، وهو الطرف الضعيف في العلاقة، فلا يعقل أن يبقى من

¹ علقتنا على قرار من هذه القرارات، وهو منشور في مجلة القانون والعلوم السياسية - عن معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي صالحى أحمد النعامة- العدد الثامن - جوان 2018- ص 442 وما بعدها.

دون نسب، في حين أن نسبه معلوم من شخص موجود ومعروف، وأن هذا الشخص يعترف به، ويقر بنسبه إليه.

إن حيثيات قرارات المحكمة العليا المشار إليها تبدا لنا غير منطقية، إذ ربطت بين صحة العقد، والإجراء الشكلي المتضمن الحصول على الرخصة قبل قيد الزواج في سجلات الحالة المدنية، وتعدت بهذا الإجراء في اللزومية من ضابط الحالة المدنية الى القاضي، واستتجت أن القاضي بدوره ملزم بعدم تثبيت الزواج، حاله حال ضابط الحالة المدنية، بالاستناد الى منشور¹ وتعليمة² صادرين عن وزارة الداخلية، ونرى أن هذا الاستنتاج غير سديد لما يلي:

1- أن القاضي ليس كضابط الحالة المدنية، بل عليه أن يعالج الحالة المطروحة عليه من كل جوانبها، وأن يعمل بمبدأ تحقيق العدل، وقاعدة إحياء الولد أحد أبرز صور العدل في قضايا الزواج.

2- أن القاضي سيجد نفسه في إشكال قانوني عملي، فمن ناحية قد قرر أن عقد الزواج صحيح وسليم، ولا ينقصه إلا الرخصة الادارية، ثم يقرر رفض تثبيت الزواج على هذا الاساس، فإن قرر والد الطفل رفع دعوى النسب، وطلب إلحاق نسب ابنه اليه بالاقرار، فإنه من ناحية اخرى يجد نفسه مجبرا على إلحاق نسب الطفل الى والده، على اساس أنه لا يوجد أي شيء يعيقه وأن النسب ليس معلقا على الرخصة، حتى وإن كان الأب أجنبيا، ومن ثمة سيجد القاضي نفسه في تناقض، يأمر من جهة بعدم تثبيت الزواج، ثم يقرر إلحاق

1 - منشور صادر عن وزير الداخلية تحت رقم 2-1980 بتاريخ 11-02-1980 يتضمن الترخيص المسبق لابرام الزواج بالاجنبي في الجزائر

2 - التعليمة رقم 09 مؤرخة في 05-11-2018 عن وزير الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية- تتضمن تنظيم اصدار رخصة الزواج المختلط، ونموذج الطلب . المنشور والتعليمة مدرجين بالملحق ص 466.

النسب، ويجد صاحب الشأن وضابط الحالة المدنية صعوبة إن لم نقل استحالة في قيد طفل عقد زواج والديه غير مقيد، ويضيع حق الطفل بسبب رخصة إدارية.

ب: دواعي المصلحة العامة والأمن العام، لا تتعارض على الإطلاق مع تثبيت الزواج العرفي مع الأجنبي.

نرى أن تثبيت الزواج العرفي مع الأجنبي لا يتعارض على الإطلاق مع المصلحة العامة والأمن العام، للأسباب التالية:

1- أن علاقة الزواج لا تأثير لها إطلاقاً على عمل مصالح الإدارة والأمن، وأنه يمكن لهذه المصالح اتخاذ كل الإجراءات اللازمة ضد الزوج الأجنبي، بما في ذلك حبسه أو إبعاده، مع تثبيت زواجه من الطرف الجزائري، ونرى بالعكس من ذلك، أن تثبيت زواجه هو اقتصاص منه أكثر، وهو حماية للطرف الجزائري ومحافظة على حقوقه، ما دامت العلاقة قد تمت وانتهى الأمر، وأن إعادة الحال إلى ما كان عليه أصبح مستحيلاً، فحماية الطرف الجزائري أصبح أكثر من ضروري، بل وحتى تحميل الطرف الأجنبي المسؤولية لاسيما النسب والنفقة، والتعويضات إن اقتضى الأمر، وهو أمر يقتضي تثبيت الزواج وليس رفض تثبيته.

2- أن مسألة احتمال تمسك الزوج الأجنبي بعقد زواجه لطلب التجنس بالجنسية الجزائرية، هو سبب غير جدي في حقيقة الأمر، على اعتبار أن المشرع الجزائري راعى في حالة التجنس شرط الجدية، وأن السلطة التقديرية تبقى للسلطات الجزائرية حتى ولو كان عقد الزواج صحيحاً، ومتوفراً على جميع

الاركان والشروط بما في ذلك شرط الرخصة، ويمكن للسلطات الجزائرية رفض منحه الجنسية، أي أن الجنسية ليست نتيجة مباشرة للزواج.

3- ونرى اكثر من ذلك أنه، حتى وإن كان الطرف الجزائري من العلاقة متواطئ مع الطرف الاجنبي بغرض الإضرار بالامن الوطني، فإنه يتعين تثبيت الزواج لحماية الطفل الناتج عن العلاقة، فهذا الاخير ولد من طرف جزائري ولو كان مجرما، وولد على التراب الجزائري، و من مصلحة المجتمع أن يحمل هذا الطفل نسبا، وأن يعيش بكل حقوقه، على اعتبار أنه لا ذنب له فيما اقترف والداه، وأن رفض تثبيت عقد الزواج بينهما، هو في النهاية عقاب له عن فعل لا دخل له فيه، وهي حالة تتنافى مع مبدأ العدالة، ويأنف المجتمع الجزائري أن يعيش بينه طفل يدعي أن حقه مهضوم.

إن تثبيت الزواج في نظرنا يحمي الطفل ويفتح المجال واسعا امام السلطات لاتخاذ ما تراه من اجراءات وعقاب في حق والديه.

ج: الرخصة الإدارية تنظم العلاقة بين الأجنبي والدولة و ليست ركنا في عقد الزواج.

سبق للمحكمة العليا أن توصلت في قرار لها منشور بالمجلة القضائية للمحكمة العليا¹، أن رخصة الزواج المطلوبة من بعض الموظفين، لا تعد ركنا من أركان العقد، وجاء في قرارها المبدئي ما يلي: "الرخصة الادارية بالزواج، الممنوحة من بعض الجهات الوصية لموظفيها واسلاكها، لا تعد ركنا من الاركان المنصوص عليها بالمادة 09 من قانون الاسرة."

¹ - المجلة القضائية للمحكمة العليا- العدد الأول 2007، ص461

وجاء في الوجه الثاني للطعن بالنقض، ضد قرار كان قد أيد حكما قضى بتثبيت زواج عرفي اشترط فيه القانون ضرورة حصول الزوج على رخصة ادارية، وأن هذا الاخير لم يفعل ما يلي: " بدعوى أن الطاعن تمسك بالدفع القانونية التي اثارها طيلة مراحل المرافعة، سواء على مستوى المحكمة أم على مستوى المجلس، واكد المدعي في الطعن بأن طلب المدعية في الوقت الحالي يتعارض مع نص المادة 21 من قانون الاسرة والمادتين 73 و 77 من قانون الحالة المدنية، التي تشترط الإذن والترخيص من الجهة الوصية التي ينتمي اليها المدعي في الطعن، وأنه في غياب الرخصة يعد عقدا باطلا، لأن الرخصة تعد شرطا في صحة العقد، وليس صحة الزواج، والقضاء بخلاف ذلك يعد مخالفة لعنصر قانوني وارد في المادة 21 من قانون الاسرة"

وقد اجابت المحكمة العليا انذاك على هذا الوجه بما يلي: " حيث أن القرار المطعون فيه لم يخرق المادة 21 من قانون الاسرة، كما انه لم يخرق القانون، وذلك لأن الرخصة التي يدعي الطاعن بكونه لم يحصل عليها من الجهة الوصية التي يعود إليها، وبالتالي لا يمكن له الزواج.

لكن، حيث إن رخصة الزواج، التي تمنحها بعض الجهات الوصية لموظفيها وأسلاكها لا تعد عنصرا أساسيا في الزواج، ولا تعد ركنا من الأركان التي نصت عليها المادة 09 من قانون الأسرة، بل هي رخصة ادارية يتعلق أمرها بالموظف والإدارة لا غير، مما يجعل الوجه الثاني هو الاخر غير وجيه يتعين رفضه"

وإن كان الامر هنا يتعلق بالرخص الادارية الخاصة بالجزائريين، إلا أن الفكرة العامة واحدة، إذ أن الامر يتعلق في نهاية الامر برخصة ادارية لا علاقة لها باركان الزواج، وإن كانت الرخصة المعنية في هذا القرار تنظم العلاقة بين الموظف الجزائري

والجهاز الذي ينتمي اليه، فإن الرخصة الخاصة بالاجنبي تنظم العلاقة بين الشخص الأجنبي والدولة ولا علاقة لها بركان الزواج.

والملاحظ أن وجه الطعن هو نفسه المادة 73 من الحالة المدنية، وقد رفضته المحكمة العليا، في حين هي من اعتمد عليه في القرارات الخاصة بزواج الاجنبي، ومن ثمة نرى ان القرار الذي اعتبر ان الرخصة لا علاقة لها بركان الزواج، ما دام الدخول قد تم، وترتبت عن الزواج اثاره، انسب الى التطبيق، ويسمح بالحفاظ على حقوق الطفل والطرف الجزائري في العلاقة، وبالتالي فانه يتعين في نظرنا تثبيت عقد الزواج العرفي دون الالتفات الى عدم وجود رخصة زواج الأجنبي.

ونرى أنه، ونظرا لضرورة مصلحة الطفل، وتطبيقا لقاعدة إحياء الولد، وضرورة حماية الطرف الجزائري في العلاقة، يمكن أن يقضي القاضي الجزائري بتثبيت عقود الزواج العرفية التي احد أطرافها أجنبيا، متى توفرت الشروط الموضوعية لعقد الزواج، لاسيما مراعاة ما نص عليه البند الأخير من المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري، والتي تمنع زواج المسلمة من غير المسلم، بالإضافة الى توفر ركن الرضا و باقي الشروط المنصوص عليها بالمادتين 09 و 09 مكرر من قانون الأسرة، على اعتبار أن النيابة العامة طرف أصلي في دعاوى الأسرة، وهي على اطلاع على الملف، ويمكنها اتخاذ أي إجراء تراه ضد الطرفين، لاسيما ما يتعلق بالمتابعات الجزائية التي يتيحها القانون 08-11 المؤرخ في 25-06-2008 المتضمن قانون شروط دخول الأجانب الى الجزائر وإقامتهم فيها وتنقلهم فيها، ودون أي تأثير على عقد الزواج وأثاره، وبذلك نكون قد حصرنا عدة حالات يتعرض فيها الطفل لفقدان نسبه، دون وجه حق، ولأسباب لا علاقة لها أصلا بالنسب الشرعي.

الفصل الثاني:

حق الطفل المسعف في النسب بعد اللعان.

بعد أن تحدثنا عن بعض حالات الطفولة المسعفة نظرا للتطبيق غير السليم لمفهوم النسب، وكيفية إثباته، من طرف كل المتدخلين في قضية نسب الاطفال، من الزوجين، واهلهما، ثم من الادارة، وانتهاء بالقضاء، وما يترتب عنه من حالات مأساوية للطفولة المسعفة كان بالإمكان تجنبها، يتعين أن نعالج حالات أخرى أدت لانتشار ظاهرة الطفولة المسعفة بشكل كبير وسط المجتمع، وهي حالة إسقاط نسب الطفل، وتجريده من الإلحاق بالده.

لقد كرس الشارع الحكيم أحكام معقدة لإسقاط نسب الطفل من ابيه، وذهب اغلب فقهاء الشريعة الاسلامية الى ضرورة التشدد في هذا الموضوع، وقرروا أنه يتعين السعي بكل الطرق للحفاظ على نسب الطفل من ابيه، تطبيقا لقاعدة إحياء الولد، وإعمالا لقاعدة الولد للفراش السابقة، ذلك أن الولد إن أسقط نسبه من ابيه، حكم عليه بالوفاة الاجتماعية.

وقد نبه الله جل وعلا في كتابه العزيز الى ما في النسب من قيمة للبشر، إذ جاء في كتابه العزيز قوله تعالى " هو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا"¹ إلا أن هذا التشدد قد زال في وقتنا الحالي، بل توصلنا في دراستنا الى أن الامر قد انقلب، وأصبح التساهل هو الساري، وحماية اسم الاب هو القاعدة، وهو ما يدفعنا الى ضرورة التفصيل في قواعد إسقاط النسب، لتوضيح الأصل العام المتضمن التشدد فيها

¹ سورة الفرقان الآية 54

، لنخلص الى التطبيقات غير السليمة لهذه القواعد، وكيف أدى التساهل في إسقاط النسب الى هضم حق الطفل فيه، ومن ثمة التخلي عنه بمؤسسات الطفولة المسعفة. غير أن العلم قد تطور، وظهرت فكرة إثبات النسب بالبصمة الوراثية، فما المقصود بها، وهل يجوز إعمال هذه القاعدة لإثبات نسب الطفل الذي أصبح مسعفا بالتساهل في إسقاط نسبه بالطرق الشرعية؟

المبحث الأول: قواعد إسقاط النسب، وحق الطفل فيه.

تشددت الشريعة الاسلامية أيما تشدد في العلاقة بين الرجل والمرأة، وانتهت الى أن الأصل في العلاقة أنها شرعية، ما دام الفراش قائما، وعلى من يدعي عكس ذلك أن يثبت ما يدعي به، بل وتشددت الشريعة الإسلامية في حصر الدليل على عدم شرعية العلاقة بين الرجل والمرأة، وقد جاء في القرآن الكريم قوله تعالى " والذين يرمون المحصنات ثم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون"¹

وبحكم خصوصية العلاقة الزوجية، وانحصار أسرارها بين الزوجين في اغلب الاحيان، ونظرا لاحتمال وجود حالات لا ينسب فيها الطفل فعلا للزوج، فقد نظم الشارع الحكيم طرق نفي النسب، فأقر حقا للزوج في قذف زوجته بالزنى، وحدد له إجراءات معقدة وفاضحة، وأقر لها أن تنكر عليه إدعاءه، وعن طريق إجراءات قاسية أيضا، لردع الناس عن هذه التصرفات، وتلك هي إجراءات اللعان.

¹ سورة النور، الآية 4

والثابت أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقر هذه الإجراءات ولم يجب السائل عن الواقعة، حتى نزلت في القرآن الكريم، لما فيها من خطورة وآثار لاسيما على ما قد ينتج عن العلاقة القائمة بين الزوجين من اطفال¹.

ومن ذلك فإن اللعان هو الطريقة الشرعية الوحيدة لنفي النسب، متى كانت العلاقة الزوجية قائمة، وقد تضمن اللعان إجراءات معقدة، وشروط محكمة، ورتب عنه الشارع الحكيم آثار وخيمة، منها ما يتعلق بالطفل، وهو ما يستدعي توضيح الامر في مطلبين، نتحدث في الاول منهما عن مفهوم اللعان كطريقة لنفي النسب، وفي الثاني منهما عن آثار هذه الطريقة على الطفل، وكيف أثرت هذه المسألة على ظاهرة الطفولة المسعفة.

المطلب الأول: اللعان طريق وحيد لنفي النسب.

اللعان لغة هو الطرد، فلعنه، أي طرده وأبعده، فهو لعين وملعون، جمع ملاعين، والاسم اللعنة بالضم، واللعين من يلعنه كل أحد، والتلاعن: التشاؤم، ولاعن امرأته ملاعنة ولعانا وهو أيضا الإبعاد والطرده من الخير، وقيل هو الطرد والإبعاد من الله ومن الخلق².

واللعان مأخوذ من اللعن، لأن الملاعن يقول في الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، وقيل هو الإبعاد، وسمي المتلاعنان بذلك لما يعقب اللعان من الإثم والإبعاد، ولأن احدهما كاذب، فيكون ملعونا، وقيل لأن كل واحد منهما يبعد عن صاحبه بتأبيد التحريم³.

¹ زكي الدين عبد العظيم المنذري الدمشقي- مختصر صحيح مسلم – دار ابن الجوزي- القاهرة- 2009- ص214

² مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزبادي- القاموس المحيط – دار الحديث القاهرة – 2008- ص1476

³ سيد سابق- فقه السنة – الجزء الثاني – المرجع السابق – ص617

وقد اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية في تعريف اللعان اصطلاحا، وذلك حسب المذاهب الفقهية، فقد عرفه المالكية أنه "حلف زوج مسلم مكلف على زنى زوجته او نفي حملها منه، وحلفها على تكذيبه اربعا"¹

وعرفه الحنفية والحنابلة أنه "شهادات مؤكدات بالايمان، مقرونة باللعن من جهة الزوج وبالغضب من جهة الزوجة، قائمة مقام حد القذف في حقه وحد الزنى في حقها"² كما عرفه الشافعية أنه "كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر، الى قذف من لطح فراشه وألحق العار به، او الى نفي الولد"³

فاللعان بذلك اربع شهادات يشهدها الزوج أن زوجته قد زنت او أن الابن الذي انجبت ليس من صلبه، وأنه من الصادقين، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ويدراً عنها عذاب الزانية أن تشهد اربع شهادات إنه لمن الكاذبين، والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين.

عن سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه، أن عويمرا العجلاني جاء الى عاصم ابن عدي الانصاري، فقال له: ارايت يا عاصم لو أن رجلا وجد مع امراته رجلا أيقنته فتقتلونه؟ ام كيف يفعل؟ فاسأل عن ذلك يا عاصم رسول الله صلى الله عليه وسلم.

فسال عاصم رسول الله صلى الله عليه وسلم، فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسائل وعابها، حتى كثر على عاصم ما سمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم، فلما رجع عاصم الى اهله جاءه عويمر فقال، يا عاصم ما ذا قال لك رسول الله صلى

¹ د- وهبة الزحيلي - الفقه الاسلامي وأدلته - الجزء السابع - الأحوال الشخصية - دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر -

الطبعة الثانية - دمشق سوريا - 1985 - ص 556

² د- وهبة الزحيلي - الفقه الاسلامي وأدلته - الجزء السابع - المرجع السابق - ص 556

³ د- وهبة الزحيلي - الفقه الاسلامي وأدلته - الجزء السابع - المرجع السابق - ص 557

الله عليه وسلم؟ قال عاصم لعويمر: لم تأتني بخير، فقد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسألة التي سألته عنها.

قال عويمر: والله لا انتهي حتى أسأله عنها، فتأبر عويمر حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس، فقال: يا رسول الله، أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا، أيقنته فتقتلونه؟ ام كيف يفعل؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: قد نزل فيك وفي صاحبك، فاذهب فأت بها، " قال سهل : فتلاعنا، وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم، فلما فرغا قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله، ان امسكتها، فطلقها ثلاثا قبل أن يامر رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال ابن شهاب فكانت سنة المتلاعنين" اخرجه مسلم والبخاري والنسائي وابو داوود وابن ماجه.¹

وروى البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما: أن هلال ابن امية قذف عند رسول الله صلى الله عليه وسلم بشريك ابن سحماء فقال النبي صلى الله عليه وسلم: البينة او حد ظهرك، فقال يارسول الله إذا رأى أحدنا على امراته رجلا ينطلق يلتمس البينة؟ فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: البينة والا حد في ظهرك، فقال: والذي بعثك بالحق إني لصادق، ولينزلن الله ما يبئى ظهري من الحد، فنزل جبريل عليه السلام وأنزل عليه قوله تعالى : **"والذين يرمون أمرا وجههم ولم يكن لهم شهاد إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ويدراً عتها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين" سورة النور الآيات من 6 الى 9**، فانصرف النبي صلى الله عليه وسلم اليها

¹ زكي الدين عبد العظيم المنذري الدمشقي- مختصر صحيح مسلم - ص 214

فجاء هلال فشهد والنبي صلى الله عليه وسلم يقول: إن الله يعلم أن احدكما كاذب، فهل منكما تائب؟ فشهدت فلما كانت عند الخامسة وقفوها، وقالوا إنها الموجبة، قال ابن عباس رضي الله عنهما: فتكأت ونكصت، حتى ظننا أنها ترجع، ثم قالت لا أفصح قومي سائر اليوم، فمضت فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين سابغ الإليتين خدلج الساقين فهو لشريك بن سحماء"، فجاءت به كذلك، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: " لولا ما مضى من كتاب الله كان لي ولها شأن"¹

ويستشف من هذه الوقائع التاريخية الاولى للتلاعن، مدى حرص الشارع الحكيم على المحافظة على الاسرة والانساب، ومدى التشدد في الامر، حتى نزل من فوق سبع سماوات، في قوله تعالى في سورة النور " والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهادت الا انفسهم فشهادة احدهم اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ويدمر أعماها العذاب أن تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين ولولا فضل الله عليكم ورحمته وان الله تواب حكيم."²

الفرع الأول: مشروعية اللعان.

اللعان طريق شرعي لنفي النسب، وهو الطريق الوحيد إن انحصر الامر بين الرجل وزوجته، يقذفها بالزنى، وتتكبر عليه ذلك، وقد توصلنا الى أن الامر انحصر على نبي الله صلى الله عليه وسلم، إما أن يقدم القاذف لزوجه الدليل، وإما أن يتم تطبيق حد

¹ سيد سابق- فقه السنة - الجزء الثاني -المرجع السابق -ص 618

² سورة النور الايات من 6 الى 10

القذف عليه، لولا أن نزلت آيات الله تعالى في سورة النور، فمشروعية اللعان إذا من القرآن الكريم اولاً؛

ثم ثبت أن النبي عليه الصلاة والسلام قد أقام إجراءات اللعان في مجلسه، بحضور جماعة المسلمين، طبقاً للحديثين أعلاه، فتكون مشروعية اللعان من السنة أيضاً.

وقد فصل علماء الشريعة الإسلامية، لا سيما المذاهب الأربعة، في مشروعية اللعان، وانتهوا أنه إذا رمى الرجل امراته بالزنى، ولم تقر هي بذلك، ولم يرجع عن رميها به، وليس له شهود، فقد أقر الله له اللعان، على النحو الذي بيناه، ومن ذلك يكون اللعان في صورتين:

1- أن يرمي الرجل امراته بالزنى، ولم يكن له أربعة شهود، إذا تحقق من زناها كأن يراها تزني، أما إن كان غير متيقن من الأمر، كأن تكون هي من أخبرته بأنها زنت، فالأولى به أن يطلقها، لا أن يلاعنها، ولا يجوز له أن يرميها به لعدم اليقين.¹

2- أن ينفي حملها منه، كأن يدعي أنه لم يطأها إطلاقاً منذ أن عقد عليها، أو أنها اتت به لأقل من 06 أشهر بعد الوطأ، أو لأكثر من مدة الحمل.

واختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول طبيعة اللعان، هل هو شهادة، أم يمين؟ ويرى الإمام مالك والشافعي وجمهور العلماء أن اللعان يمين، وإن كان يسمى شهادة، ذلك أن أحداً لا يشهد لنفسه، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عباس السابق " ...لولا الإيمان لكان لي ولها شأن."

¹ سيد سابق- فقه السنة - الجزء الثاني- المرجع السابق - ص619

وذهب ابو حنيفة واصحابه الى أنه شهادة، واستدلوا بقول الله تعالى " فشهادة أحدهم

أربع شهادات بالله" وبحديث ابن عباس المتقدم وفيه " ف جاء هلال فشهد..."¹

ويرى فريق ثالث أنه يجمع بين اليمين والشهادة، قال ابن قيم الجوزية: " والصحيح أن

لعانهم يجمع الوصفين، اليمين والشهادة، فهو شهادة مؤكدة بالقسم والتكرار، ويمين

مغلظة بلفظ الشهادة والتكرار لاقتضاء الحال تأكيد الامر"²

ويترتب على هذا التمييز أن الذين قالوا أنه يمين توصلوا الى أن اللعان يصح بين كل

زوجين، حرين كانا ام عبيدين، او احدهما، او عدلين او فاسقين او احدهما.

أما الذين قالوا أنه شهادة فتوصلوا الى أن اللعان لا يكون إلا بين زوجين يكونان من

اهل الشهادة، أي حرين مسلمين، اما العبدان او المحدودان في القذف فلا يجوز

لعانهما، ولا يجوز اللعان إن كان احدهما من اهل الشهادة والآخر ليس من اهلها³.

ويجوز لعان الاعمى، لانه ينطق، اما الآخرس فقد اختلفوا فيه، فقال مالك والشافعي

رضي الله عنهما يلاعن اذا افهم عنه، وقال ابو حنيفة رض الله عنه لا يلاعن لانه

ليس من اهل الشهادة.⁴

الفرع الثاني: شروط اللعان.

لقيام اللعان مرتبا لآثاره، تشددت الشريعة الاسلامية في شروطه، واجتهد فقهاؤها في

درء الحدود بالشبهات، فلا يعتد باللعان مع الريبة والشك، بأن يراها في نكاحه، او رآها

¹ سيد سابق- فقه السنة - الجزء الثاني- المرجع السابق - ص 619

² الامام شمس الدين ابو عبد الله محمد بن ابي بكر ابن قيم الجوزية - زاد المعاد في هدي خير العباد- تحقيق مصطفى عبد

القادر عطا- دار الكتب العلمية - بيروت لبنان- 2017- ص802

³ راجع في هذه التفصيلات:

د- وهبة الزحيلي - الفقه الاسلامي وادلته - الجزء السابع - المرجع السابق - 578 وما بعدها.

⁴ سيد سابق- الجزء الثاني- المرجع السابق - ص620

في خلوة، أو رآها خارجة من عند رجل، أو أقرت له وغلب لديه صدقها¹، وهكذا توصلوا الى تقسيم الشروط الضرورية لللعان الى ثلاث اقسام، شروط في الزوج، على اعتبار أنه قاذف لزوجته بالزنى، وشروط في الزوجة على اعتبار أنها مقذوفة بالزنى، وشروط فيهما معا، وعلى التفصيل التالي:

1- شروط اللعان في الزوج.

سبق وأن اشرنا الى أن فقهاء الشريعة الاسلامية قد اختلفوا حول اللعان ما إن كان شهادة او يمين، ولا شك أن لهذا الاختلاف تأثير على شروط اللعان، على اعتبار أن شروط اليمين تختلف عن شروط الشهادة، وسنوجز اهم الشروط المتفق عليها على النحو التالي:

- أن يكون مكلفا:

ومرد هذا الشرط الى آثار اللعان، من أنه يفرق بينهما، كما سيأتي شرحه، كما أن اساس اللعان هو قذف الزوج لزوجته، والقذف مآله الحد، ولا يتصور أن يقام حد القذف على غير المكلف.

ويتصور لهذا الشرط حالين، إما أن يكون قد تم عقد قرانه على المرأة وهو لا يزال طفلا، أو أن يكون قد اعتراه الجنون بعد الزواج²، ذلك أن القلم مرفوع عن الحالتين، ولا حد للقذف فيهما.

- انعدام البينة لدى الزوج.

¹ شمس الدين محمد بن ابي العباس احمد بن حمزة - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الامام الشافعي رضي الله عنه- الجزء السابع - منشورات محمد علي بيضون - دار الكتب العلمية- بيروت لبنان- ص 111

² أبو محمد موفق الدين عبد الله بن احمد بن محمد الملقب بابن قدامة المقدسي- المغني- كتاب اللعان- رقم 6235 الجزء

وهو شرط اساسي، على اعتبار أن وجود البينة يلغي ضرورة اللعان، بحكم قيام حد الزنى وما يترتب عنه من آثار، وعلى اعتبار أن اللعان قرره الله تعالى لمن ثبت لديه زنى زوجته او حملها دون ان يطأها، ولم يكن له أي شاهد يدعم قوله، إلا أن يشهد الله تعالى، وأن يلعن نفسه إن كان كاذبا، بل وذهب بعض الفقهاء الى أن شرط انعدام الشهود هو الشرط الوحيد لللعان¹.

- أن يكون الزوج غير أخرس على اختلاف بين الفقهاء.

ذلك أن اللعان لا يكون إلا باللفظ لا بالإشارة ولا بالكتابة²، فإن كان لا يجيد الكتابة او الإشارة او إشارته غير مفهومة، فلا يتصور منه اللعان، لانه لا يتصور منه القذف اصلا، أما إن كان يجيد الكتابة او بإشارة مفهومة، فقال بعضهم ومنه القاضي والشافعي، أنه يصح لعانه لصحة طلاقه ان طلق زوجته، واختلافه عن الشهادة، وراى جانب اخر من الفقه انه لا يصح لعانه، لأن اللعان يجب أن يكون بعبارات صريحة، وأن الاشارة ليست كالعبارة، وأنه يجب درأ الحد بالشبهات والإشارة قد تكون بها شبهة. ويرى ابن قدامة المقدسي تفضيل الرأي القائل بعدم جواز لعان الأخرس، وجاء في رأيه ما يلي " موجب القذف وجوب الحد، وهو يدرأ بالشبهات، ومقصود اللعان الاصيلي نفي النسب، وهو يثبت بالإمكان، مع ظهور انتقائه، فلا ينبغي أن يشرح ما ينفيه، ولا ما يوجب الحد مع الشبهة العظيمة، ولذلك تقبل شهادته."³

¹ كاعم ليندة- ابقدلان كهينة - ايت شاوش دليلة- نفي النسب في قانون الاسرة الجزائري، -دراسة فقهية وقانونية -مذكرة ماستر- جامعة بجاية ص11

² الامام محمد بن علي الشوكاني - السبل الجرار المتدفق على حدائق الازهار- دار بن حزم للطباعة والنشر والتوزيع- بيروت لبنان- 2004 ص449

³ ابن قدامة المقدسي - الجزء الثامن - السابق - رقم 6236 - ص 52

واجمع علماء الشريعة، أنه كلما انتفى شرط من الشروط المذكورة، انتفى اللعان، ولحق النسب، ويجب بالقذف الحد والتعزير، إلا أن يكون صيباً أو مجنوناً¹، حفاظاً على نسب الطفل.

2- شروط اللعان في الزوجة.

- يجوز أن تتم الملاعنة سواء كانت الزوجة مدخول بها أم لم يتم الدخول بعد، لأن غاية اللعان هي نفي النسب، وهو رأي جمهور العلماء وعلى إجماع منهم².

- أن تكون مكلفة: فلا لعان للقاصرة أو المجنونة، فإن جاءت بالطفل - وهو موضوع بحثنا- فإنها أصبحت بالغة بالإيجاب حسب أغلب الفقهاء، وجازت الملاعنة بينهما.

أما إن كانت الزوجة مجنونة أو لحقها الجنون بعد الواقعة، فإن كان لا وجود لحمل ينفيه الزوج فلا مبرر له للعانها، أما إن كان هناك ولد يريد نفيه، فيرى المذهب الحمبلي أنه لا لعان وأن الطفل يلحق بابيه، وهو على خلاف مذهب الشافعي³.

- ألا تكون الزوجة خرساء: أجمع العلماء على أن لعان الخرساء غير جائز، إلا إذا كانت تجيد الإشارة عند الشافعية⁴.

3- شروط في الزوجين معا.

ليتحقق اللعان لا بد أن تكون علاقة الزوجية قائمة بين الطرفين، وعلى التفصيل التالي:

¹ ابن قدامة المقدسي - الجزء الثامن- السابق - رقم 6239 - ص 53

² ابن قدامة المقدسي - الجزء الثامن- المرجع السابق - رقم 6234 - ص 50

³ ابن قدامة المقدسي - الجزء الثامن - المرجع السابق - رقم 6235 - ص 50

⁴ د- وهبة الزحيلي-الجزء السابع- المرجع السابق - ص 563

1- أنه لا لعان بين غير الزوجين، فإن قذف غير زوجته المحصنة حد ولا لعان فيه، وإن قذف التي ثبت أنها غير محصنة عزر لأنه سب وليس قذفاً، ذلك أن الله تعالى خص المحصنات بحد القذف، وخص المتزوجات باللعان لقوله تعالى " والذين يرمون امرؤا وجهه"¹

2- إذا كان الزواج زواجا فاسدا وليس به ولد وقذفها، فإنه لا لعان فيه، أما إذا كان فيه ولد يريد نفيه، فقد قال ابو حنيفة يلحقه الولد وليس له نفيه، ولا اللعان لأنها اجنبية عنه، ويرى الحنابلة أنه يلحقه بحكم عقد النكاح " ينسب الى الزوج" فله نفيه باللعان كما لو كان النكاح صحيحا².

3- إذا طلق زوجته طلاقا بائنا، ثم قذفها فيما يلحق بفترة الزواج، أي نسب إليها الزنى وهما متزوجين، فيرى مالك والشافعي أنه كالزواج الصحيح يتم به اللعان، ويمكنه نفي النسب، على خلاف الامام ابو حنيفة الذي قال أنه يحد حد القذف لعدم توفر الدليل على قذفه، ويلحقه الولد، ولا يلاعن³.

4- إن طلقها طلاق رجعية، ثم قذفها بالزنى، فيرى أغلب الفقهاء أنه يلاعن وينفي النسب كالزوجة تماما، وهي ترثه ويرثها.

5- إن قذفها وهي زوجته وطلقها طلاق بائنة مباشرة، فله أن يلاعنها وأن ينفي النسب باللعان.

6- يرى فقهاء الشريعة أن الزوجة إن خالفت زوجها في تاريخ الطلاق او البناء ما إن كان قبل القذف أم بعده فالقول للزوج لأنه هو المعني بالقذف.

¹ ابن قدامة المقدسي - الجزء الثامن - المرجع السابق - رقم 6240 - ص 53

² ابن قدامة المقدسي- المغني - الجزء الثامن - المرجع السابق رقم 6241 - ص 55

³ ابن قدامة المقدسي - المغني - الجزء الثامن - المرجع السابق رقم 6242 - ص 55

7- إذا قذفها ثم مات قبل اللعان، وبعد أن شرع فيه وقبل أن تلاعن هي فإنه لا يعد لعاناً، ويلحق به النسب، وهو رأي الجمهور بخلاف الشافعي الذي قال بتبين بلعانه، ويسقط التوارث وينتفي الولد.¹

8- إن قذف زوجته وله البينة، فيرى جمهور الفقهاء أن له أن يستعمل الوسيلتين البينة واللعان، لكن إن استعمل البينة على الزنى فلا ينفي بها الولد، لأن ثبوت الزنى لا ينتج عنه نفي الابن عنه مباشرة.²

الفرع الثالث: إجراءات اللعان.

اللعان أمر خطير، كما سبق وأن أشرنا، ومرد خطورته أن نهايته قد ينصرف أثرها الى الغير، وهو الطفل الصغير الذي لا ذنب له في العلاقة بين الطرفين، وعلى هذا الاساس فرضت أحكامه من الله تعالى، إلا أن الملاحظ في العصر الحديث التساهل في أحكامه واجراءاته، ما أدى الى الانتشار الرهيب للاطفال من دون نسب، وهو ما اضطرنا الى التفصيل بالتدقيق في اجراءات اللعان، مع التركيز على مختلف الاراء الفقهية بحثاً عن مخرج لهذه الفئة الضعيفة.

1- ان يتم اللعان بكامل ألفاظه وبترتيبها.

ومؤداه أن يبدأ الزوج، على اعتبار أنه هو القاذف لها بالحلف، فيحلف اربع مرات بعبارات واضحة الدلالة، كان يقول " إنها زانية" او " رأيتها تزني"، ثم يلعن نفسه في الخامسة إن كان من الكاذبين عليها، ثم تلي الزوجة باربع شهادات أنه يكذب عليها، وفي الخامسة غضب الله عليها إن كان من الصادقين.

¹ ابن قدامة المقدسي- المغني -الجزء الثامن- المرجع السابق- رقم 6252 -ص61

² ابن قدامة المقدسي - المغني - الجزء الثامن- المرجع السابق - رقم 6254 - ص61

أما إذا بدأ بالزوجة، فقد اختلف الفقهاء في حكمه، وأغلبهم على عدم نفاذ أثره، فيرى مالك وأصحاب الرأي أنه إن فعل أخطا السنة، والفرقة جائزة وينتفي الولد عنه، لأن الله تعالى عطف لعانها على لعانه بالواو، وهي لا تقتضي الترتيب، ولأن اللعان قد وجد منهما معا فاشبه ما لو رتبت، أما عند الشافعي فلا يتم اللعان إلا بالترتيب.

ويرى الحنابلة أنه لا يصح اللعان إلا بالترتيب الذي ورد بالقرآن والسنة، لأن لعان الرجل بينته لإثبات زناها ونفي ولدها، ولعان المرأة للانكار، وهي بينتها لدرء الحد عنها، ولا يتوجب عليها ذلك إلا بلعان الرجل، ومن ثمة فإن الترتيب عندهم واجب.¹

2- أن يذكر نفي الولد في اللعان.

وقد أجمع الفقهاء على أنه إن لم يذكر نفي الولد في اللعان لم ينتف نسبه، إلا أن يعيد اللعان مرة أخرى ويفعل، ومرد ذلك أن سبب اللعان هو الزنى، وقد تكون زنت وهي حامل من زوجها، فهو ينسب إليه ما لم ينكره باللعان، وأضاف جمهور الفقهاء أن نفي الولد لا بد أن يقترن بكل لفظة من ألفاظ اللعان الاربعة، بأن يشهد أنها زنت وأن الولد ليس منه، وأن تجيب أنه كاذب وأن الولد منه، حتى تتم التفرقة صحيحة ويسقط نسب الولد.²

وهي أمور لا بد أن تراعى بدقة كبيرة في إسقاط النسب، ذلك أن اجراءات اللعان في الوقت الحالي لا تراعيه بدقة، بل إن بعض الأحكام بإسقاط النسب قد تلتبس باللعان للزنى وحدها.

¹ ابن قدامة المقدسي- الجزء الثامن- المرجع السابق - رقم 6267 - ص 70

² د- وهبة الزحيلي - الجزء السابع- المرجع السابق - ص 571

3- أن يفرق بينهما الحاكم، ويسقط نسب الولد ويلحقه بامه.

فاللعان وحده لا يكفي، إلا أن يشرف عليه الحاكم، وأن يراعي إجراءاته بدقة، ثم ينطق الحاكم أنها لا تحل له، وإذا مس اللعان الولد أمر الحاكم بإلحاق نسبه بامه. وينبغي للحاكم أن يذكر المرأة ويعظها، بمثل ما جاء في الحديث الذي رواه ابو داوود والنسائي، وابن ماجه وصححه ابن حبان والحاكم، لقوله صلى الله عليه وسلم: "أيا امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم، فليست من الله في شيء، ولن يدخلها الله الجنة، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه، احتجب الله منه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين."¹

وأضاف الفقهاء أن الحاكم عليه أن يوقف الزوج بعد الرابعة وقبل الخامسة، وينبئه أنها الموجبة لعذاب الله وأن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة.² ونرى أن هذه الاجراءات لا بد أن تحترم في الوقت الحاضر، نظرا لزوال الوازع الديني، وأن التذكير قد يؤدي الى تراجع أحدهما او كلاهما، او قد يؤدي الى نكولهما.

4- أن يكون نفي الولد باللعان معاصرا للولادة.

أي عند ولادة الطفل او وقت تحضير الولادة او عند التهئة بالمولود، وقد رأى المالكية والشافعية إجازة اللعان قبل الوضع، لما اجازوا نفي الحمل، على خلاف الاحناف والحنابلة الذين لا يعتبرون اللعان قبل الوضع صحيحا، لاحتمال أن يكون الحمل كاذبا.³

¹ سيد سابق - فقه السنة- الجزء الثاني- المرجع السابق - ص 619.

² راجع في وعظ المتلاعنين- الامام الحافظ عماد الدين ابي الفداء اسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي- تفسير ابن كثير - عناية محمود بن الجميل ابو عبد الله- الجزء الثالث- دار الامام مالك- الجزائر ص 388 وما بعدها - تفسير سورة النور.

³ نادر بوشاشي - المرجع السابق - ص30.

5- أن يقذفها بالزنى بالوطأ من القبل.

أما أن يكتفي بقذفها أنها كانت في وضع الفاحشة، فلا لعان فيه؛ يقول ابن قدامة المقدسي: " ولنا أنه رام لزوجته بوطء في فرجها، فأشبهه ما لو قذفها بالوطء في قبلها، وأما إن قذفها بالوطء دون الفرج، أو بشيء من الفواحش غير الزنى، فلا حد عليه، ولا لعان، لأنه قذفها بما لا يجب به الحد، فلم يثبت به الحد واللعان، كما لو قذفها بضرب الناس وآذاهم.¹"

ويرى ابو حنيفة أنه لا يثبت اللعان بالوطء في الدبر.²

وأردنا من هذا التفصيل، أن نحث القضاة على التحري في امر نسب الطفل، والتحري قبل أعمال قاعدة اللعان لإسقاط النسب، ذلك أننا عاينا من خلال اتصالنا ببعض المحاكم، وجود دعاوى لإسقاط النسب، وطلب اللعان، بناء على إدانة الزوجة بجريمة الفعل المخل بالحياء، بأحكام نهائية، وهي قضايا يتعين مجابتهها بالرفض لعدم التأسيس، لأن إسقاط النسب لا يكون إلا باللعان الصحيح، وأن أحكام اللعان تقتضي أن يقذف الزوج زوجته بالزنى، وان الزنى كما هو معلوم، لا يكون إلا في موقع الولد.

¹ ابن قدامة المقدسي - المغني- الجزء الثامن-المرجع السابق - رقم 6249 ص58

² ابن قدامة المقدسي- المغني - الجزء الثامن- المرجع السابق - رقم 6249 - ص 58

المطلب الثاني: آثار اللعان على حق الطفل في النسب بين الشريعة والقانون.

للعان أثران هامان، الفرقة بين الزوجين، وبصفة ابدية، وإسقاط نسب الطفل عن ابيه والحاقه بنسب امه إن امتد اللعان اليه. وإن كانت مسألة التفرقة بين الزوجين واثرها ومدى اختلاف الفقهاء فيها، وفي حالاتها، ما إن كان الزواج شرعيا او زواج شبهة، او زواجا باطلا، وما إن كانت حرة ام امة، لا تتدرج ضمن مجال بحثنا، فإن مسألة النسب تقتضي التدقيق فيها، لما ورد فيها من اختلاف بين الفقهاء وجب توضيحه، بحكم أن القانون الجزائري قد أحال الى أحكام الشريعة، وأن الشريعة السمحاء قد اختلف فقهاؤها اختلاف رحمة في هذا الموضوع. وأردنا أن نوضح هذا الاختلاف لعل بحثنا يكون نافذة للعاملين في الميدان لإيجاد بعض المنافذ لإحياء الولد، او على الأقل نفي النسب عن الطفل بعد استتفاذ كل السبل ودون خطأ.

الفرع الأول: حماية الشريعة لحق الطفل في النسب بالتشدد في تطبيق آثار اللعان.

يستشف هذا التشدد في الآثار التالية:

1- نفي نسب الطفل في الملاعنة لا يكون إلا اذا انصرفت اليه.

ومرد ذلك أن سبب الملاعنة أمرين، أولهما أن يشاهد زوجته وهي تزني بأمر عينه، ولا يجد لذلك شاهدا، فغايبته من اللعان إثبات الزنى ضدها، والإنفصال عنها، وإرغامها على اتباع اجراءات اللعان بما في ذلك غضب الله عليها وسخطه في الدنيا والآخرة إن ردت اللعان بالمثل، او تنفيذ حد الزانية المحصنة عليها برجمها، وكلاهما أمران جلالان.

وثانيهما ألا يرى زوجته وهي تزني، وإنما حملها يكشفها، كأن تضع مولودها لأقل من ستة أشهر من آخر مرة وطأها فيها، أو أن ينكر على يقين منه، أنه لم يطأها قط، كأن تكون غير مدخول بها، أو يكون هو في سفر بعيد، فغايبته هنا، بالإضافة الى عقوبة الزنى في الدنيا والاخرة، نفي نسب الطفل عنه، وبالتالي يتعين عليه أن يشير بعبارة اللعان الى أن الولد ليس من صلبه، وفي هذه الحالة فقط يتعين على الحاكم أن يفرق بينهما وأن يأمر بإلحاق نسب الطفل بامه، يرثها وترثه.

2- نكول الزوج عن اللعان يثبت به النسب.

إذا نكل الزوج عن اللعان، أو رفض اتمام اجراءاته على النحو الذي بيناه، اصبح اللعان في حكم العدم، وثبت النسب للطفل، ونفذ حد القذف على الزوج عند الائمة الثلاثة، ويرى الامام ابو حنيفة أنه يحبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه، فإن كذب نفسه وجب عليه حد القذف.¹

3- إذا توفي الزوج قبل اتمام اجراءات اللعان ثبت النسب.

وفاة الزوج قبل اتمام اجراءات اللعان تجعل اللعان كالعدم، ولا تاثير لادعاء الزوج وقذفه زوجته قيد حياته، ويلحق الطفل بنسب ابيه، يرثان بعضهما، والشائع لدى القضاء، أن بعض ضعاف النفوس، يرفعون دعاوى إسقاط نسب الاطفال لغاية التركة، ويدعون أن مورثهم كان قد قذف زوجته قيد حياته، وأنه كان بصدد اجراءات اللعان قبل وفاته، ويأتون بشهود الزور على ذلك، ويطالبون بإسقاط نسب الطفل على هذا الاساس.

¹ د- حسني محمود عبد الدايم- البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الاثبات - دار الفكر الجامعي - الاسكندرية - مصر 2009 - ص785.

نرى، طبقا لما توصلنا اليه في هذه الدراسة، أنه على القضاة مواجهة هذا النوع من القضايا بالرفض لعدم التأسيس، على اعتبار أن الامر لا يجوز اثباته بالشهادة، مهما كان عدد الشهود، ودون البحث في صدقية الشهود من كذبهم، لكون اللعان مقتصر على صاحبه، وأن هذا الاخير قد توفى، ومن ثمة فلا يجوز إثبات ما تقرر له بالشهادة بعد وفاته، ولا يجوز اسقاط النسب بناء على الشهادة.

4- إذا توفي الزوج بعد قيامه باللعان، وقبل أن تتم الزوجة اللعان ثبت النسب.

وهنا ايضا اجمع الفقهاء أنه لا لعان، وأن الولد يلحق بابيه، باستثناء الامام الشافعي الذي يرى أنها تبين بلعانه، وينتفي الولد عنه، وبرر الجمهور رأيهم بكون الزوج مات قبل إكمال اللعان، والشرع إنما رتب هذه الاحكام على اللعان التام، والحكم لا يثبت قبل كمال سببه، وأن المرأة إذا ماتت قبل اتمامها اللعان فقد ماتت على الزوجية، يرثها وترثه.¹

5- إذا توفر للملاعن البينة على زناها، وقدم الدليل على الزنى لا يسقط النسب

بالضرورة:

فإن تم عقاب الزوجة عن الزنى، فإن الادانة لا تكفي وحدها للقول باسقاط النسب، إنما النسب لا يسقط عنه وإن كانت زانية، لاحتمال أن الطفل ابنه منها، وأنها زنت وهي حامل به، استنادا الى قاعدة الولد للفراش، وهي لا تزال فراشا له ولو ثبتت ضدها واقعة الزنى، وإنما يتعين عليه أن يباشر اجراءات اللعان.

¹ ابن قدامة المقدسي- المغني - الجزء الثامن- المرجع السابق - رقم 6251 - ص 60

الفرع الثاني: تشدد القضاء الجزائري في شروط واجراءات اللعان لنفي النسب.

لم يخصص القانون الجزائري أية احكام خاصة للعان، إلا ما ورد في مادة وحيدة حول الميراث، من أنه يمنع من الارث اللعان والردة، كما ورد باحكام المادة 138 منه. إلا أنه واستنادا الى أحكام المادة 222 منه، فإنه كل ما لم يرد النص عليه يرجع فيه الى أحكام الشريعة الاسلامية.

والملاحظ أن هذه المادة، وإن كان المعروف أن المذهب السائد في البلاد هو المذهب المالكي، إلا أنها لم تحدد المذهب الذي تجب العودة إليه في حال عدم وجود نص، بل إن بعض أحكام القانون نفسه، قد اعتمدت على مذاهب اخرى غير المذهب المالكي، لضرورة المجتمع، لاسيما بعد التعديل الوارد على القانون سنة 2005.¹

وقد فتح هذا الامر الباب واسعا امام القضاء الجزائري للتدخل في احكام اللعان، وتوضيح شروطه واثاره، فصدرت عديد القرارات في هذا المجال؛ والملاحظ أن القضاء الجزائري ركز في هذه الاحكام بصورة واضحة على ضرورة إحياء الولد، نورد بعض هذه الاحكام للفائدة، ضمن الفرعين التاليين:

1- إشتراط مدة ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل لممارسة اللعان.

قضت المحكمة العليا في الجزائر، أنه" من المقرر قانونا أنه ينسب الولد لابيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال، ولم ينفه بالطرق المشروعة. ومن المستقر عليه قضاء أن مدة نفي الحمل لا تتجاوز ثمانية أيام.

¹ راجع الامر رقم 02-05 المؤرخ في 27-02-2005 المتضمن تعديل وتكميل بعض احكام قانون الاسرة الجزائري

ومتى تبين - في قضية الحال - أن المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم علمه به، وخلال المدة المحددة شرعا، وتمسك بالشهادة الطبية التي لا تعتبر دليلا قاطعا، ولأن الولد ولد بعد مرور اكثر من ستة اشهر على البناء.

وأن قضاة الموضوع بقضائهم بصحة الزواج العرفي مع رفض الحاق نسب الولد بابيه عرضوا قرارهم للتناقض مع احكام المادة 41 من قانون الاسرة، واخطؤوا في تطبيق المادتين 41 و42 من قانون الاسرة فيما يخص إحاق النسب، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

وملخص الوقائع أن الطاعنة بالنقض كانت قد تزوجت بالمطعون ضده بتاريخ نوفمبر من سنة 1988 زواجا صحيحا تام الاركان، ولا نزاع بشأنه، وأن الدخول تم يوم 16-11-1988، وولد الولد بتاريخ 05-06-1989، أي بعد تاريخ البناء والدخول باكثر من 06 اشهر، وأن الوالد ادعى أنه عثر على شهادة طبية مؤرخة في 29-10-1988 تؤكد أن الزوجة حامل منذ شهرين، فاثبت قضاة الموضوع الزواج وقضوا بنفي النسب وإحاق الولد بامه، بالرغم من أن الزوج كان على علم بالحمل، ولم يبادر الى نفيه باللعان.¹

والملاحظ على القرار استعماله العبارة التالية: "... أن المطعون ضده لم يبادر الى نفي الحمل من يوم علمه به، مع العلم أن آجال نفي الحمل ضيقة جدا، كما نص على ذلك فقهاء الشريعة الاسلامية، وقد استقر الاجتهاد القضائي على أنها لا تتجاوز ثمانية ايام..."

ويستنتج من هذه الحثيات ما يلي:

¹ قرار رقم 99000 بتاريخ 23-11-1993 المجلة القضائية للمحكمة العليا، الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية-

1- أن القضاء الجزائري قد اخذ بحساب مدة اللعان من يوم العلم بالحمل، وليس من يوم الوضع، وهو مذهب المالكية والشافعية، الذين يرون بجواز اللعان اثناء الحمل، على خلاف مذهب الحنابلة والحنفية، الذين يرون أن اللعان لا يجوز إلا بعد الوضع لاحتمال وجود الحمل الكاذب، كما سبق وأن أشرنا اليه.

2- أن القضاء الجزائري مستقر على أن الاجل الممنوح للزوج لممارسة اللعان لا ينبغي أن يتجاوز ثمانية أيام من تاريخ العلم بالحمل.¹

ومرد هذا الاستقرار في الاجتهاد القضائي الجزائري على حصر المدة المسقطه لممارسة اللعان في ثمانية ايام، والتمسك بهذه المدة بكل صرامة، الى أنها اساس لجدية الزوج في القذف الذي يوجهه لزوجته بالزنى او الحمل من غيره، على اعتبار أن علم الزوج بمثل هذه الافعال من زوجته يثير ردة فعله الفورية، ولا يتصور أن يعلم بحملها من غيره ويتركها تعيش معه في نفس المنزل الى أن تضع حملها، ثم يدعي أن الحمل ليس منه، فسكوته لاكثر من ثمانية ايام قرينة على أنه غير متيقن من الامر او أنه يفتعله، وأن النسب لا يمكن اسقاطه بناء على المظنة والشك، وانما ينبغي أن يكون بناء على اليقين والجزم، وأن القضاء كما فقهاء الشريعة الاسلامية قد بحثوا عن هذه الحجة لإحياء الولد والحفاظ على الأنساب، وإبعادها عن نزوات الازواج ضعاف النفوس.

¹ راجع بخصوص مدة اللعان القرارات التالية:

- القرار رقم 172379 بتاريخ 28-10-1997 المجلة القضائية للمحكمة العليا- الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية- العدد الخاص 2001 ص 70.
- القرار رقم 204821 بتاريخ 20-10-1998 المجلة القضائية للمحكمة العليا - الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية- العدد الخاص 2001-ص82
- القرار رقم 296020 بتاريخ 25-12-2002 المجلة القضائية للمحكمة العليا- العدد 01 / 2004- ص 289، وقد جاء في القرار المبدئي ان " مدة اللعان حسب استقرار اجتهاد المحكمة العليا هي اسبوع من يوم رؤية الزنا او العلم بالحمل."

2- أن يتم اللعان في المسجد العتيق.

جاء في القرار رقم 172379 الصادر بتاريخ 28-10-1997 ما يلي: " من المقرر

قانونا أن اقل مدة الحمل هي 06 اشهر،

ومن المقرر ايضا ان الولد ينسب لابيه متى كان الزواج شرعيا وامكن الاتصال ولم ينفيه بالطرق المشروعة.

ومن المستقر عليه قضاء انه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في اجل محدد لا يتجاوز ثمانية ايام من يوم العلم بالحمل.

ومن الثابت - في قضية الحال - أن الولد ولد في مدة حمل اكثر من ستة اشهر، وأن

قضاة الموضوع اخطأوا كثيرا عندما اعتمدوا على الخبرة ووزن الولد **واللعان الذي لم تتوفر شروطه، والذي لا يتم أمام المحكمة بل أمام المسجد العتيق،** فإنهم بقضائهم

بفسخ عقد الزواج وإلحاق النسب بامه، اخطأوا في تطبيق القانون، وخالفوا احكام

المادتين 41 و42 من من قانون الاسرة، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه.

وملخص الوقائع أن محكمة سعيده قد اصدرت حكما بتاريخ 30-12-1995 قضى

بفسخ عقد الزواج بعد اللعان بالمحكمة، مع التحريم المؤبد، وإلحاق نسب الولد المولود

بامه، وأن الطاعنة استندت الى وجهين الاول بكون الزوج طلب فسخ الزواج وليس

اللعان، والثاني لمخالفة احكام المادة 42 من قانون الاسرة كون الولد ولد من فراش

قائم، ولمدة الحمل المطلوبة، وأن اللعان تم بالمحكمة وليس بالمسجد.

فردت المحكمة العليا عن الوجهين معا بما يلي: " حيث أنه وبالفعل، فإن اقل مدة

للحمل هي ستة اشهر، طبقا للمادة 42 من قانون الاسرة، كما أن المادة 41 من نفس

القانون تقضي أن الولد ينسب لابييه متى كان الزواج شرعياً، وامكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة وهو اللعان،

وحيث أن عقد الزواج قد تم في 05-09-1993 والولد "أ" قد وضع يوم 19-04-1994، والبناء قد تم حسب تصريح المطعون ضده اسبوعاً بعد تحرير العقد المذكور، وعليه فالخبرة التي امر بها قضاة الموضوع مخالفة للشرع والقانون، ما دام الولد قد ازداد لاكثر من ستة اشهر، ومن الخطأ الفادح الحديث عن وزن الولد، وكأن النسب اصبح يخضع للاوزان كما جاء في القرار المنتقد، بالاضافة الى أن اللعان لا يتم امام المحاكم، بل مكانه المسجد العتيق، ولا يصح في غيره من المساجد، وفي اجل محدد لا يتجاوز ثمانية ايام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه، هذا ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا، مع أن الامام مالك رضي الله عنه قد حدده بيوم واحد من يوم العلم والا سقط الحق في المطالبة باللعان سواء لرؤية الزنى او لنفي الحمل، كما في قضية الحال، وعليه فالوجهين مؤسسين، الامر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه." ونرى أن سبب هذا الشرط واضح وجلي، وهو أن يتم اللعان امام جماعة المسلمين في المسجد العتيق لما يكون فيه من جمهور من المصلين، وما به من رهبة وهيبة، مع ما للعان من اجراءات تلاعن معروفة، وأن تذكير الامام له ولها بالاجراءات وبالاثار المترتبة، وتذكيرهما قبل الخامسة انها موجبة لعذاب الله، وان عذاب الاخرة اشد وأمر، من شأنه أن يدفع بالزوج الى العودة عن الامر إن كان الامر يتعلق بمجرد مشاحنات مع زوجته، كما اصبح يحدث عادة، فيحي بذلك الولد، او من شأنه أن ينكل اثناء العملية، في حين ان اداء اللعان امام المحكمة قد يؤدي بالزوج الى التمسك خوفاً من العقاب الدنيوي، كما ان وجود المحامين من شأنه ان يطمئنه، وكون اغلب الحاضرين

من المتقاضين الذين لهم مشاكل بدورهم قد يدفع عنه تلك الرهبة التي تكون أمام المسجد العتيق وجماعة المصلين، فالغاية ان من هذا الشرط هي احياء الولد، وإلا لكانت المحكمة والمسجد سواء مادام كلاهما يمثل الحاكم، ومادامت الاجراءات والشروط معروفة.

المبحث الثاني: إثبات النسب بعد اللعان بالبصمة الوراثية.

توصلنا في المبحث الاول الى أن لإعمال قواعد اسقاط النسب اثر عميق على الطفل، على اعتبار أن زوال حق الطفل في النسب الى ابيه، هو اهم حالات الطفولة المسعفة، وقد انتهينا الى أن حق الطفل في النسب يتأرجح بين هذه القواعد، وتوصلنا الى أن حسن إعمال هذه القواعد يؤدي الى التقليل من الظاهرة، وأن قاعدة إحياء الولد من اهم القواعد التي تحمي حق الطفل المسعف في الحصول على نسب ابيه وحمايته. كما توصلنا في دراستنا الى اهم اثر للعان، إن توفرت شروطه، وطبقت اجراءاته أحسن تطبيق هو الفرقة النهائية الابدية بين الزوجين، ونفي النسب عن الزوج والحاق الطفل بنسب امه، وأن هذه الاخيرة، وانتقاما من الزوج الملعن لها، تحت تاثير ضغط العائلة في اغلب الاحيان، تتخلى عن الطفل الى مؤسسات الطفولة المسعفة، وهي اهم صورة للطفولة المسعفة؛

وفي اطار بحثنا عن مخرج لهذه الفئة من الاطفال لإسعافهم بحق نسب من جهة الاب، توصلنا الى طرح الاشكال التالي:

إذا كانت الآثار المباشرة للعان هي الفرقة الابدية بين الزوجين، نظرا للقذف الذي تم منه لها، والتكذيب الذي تم منها له، واللعن الذي سلطه على نفسه إن كان كاذبا، والغضب الذي سلطته على نفسها إن كان صادقا، وهي كلها ايمان مغلظة مرتبطة بحد الزنى للمحصنة وهو الرجم، فإن علاقة الزواج التي كان اساسها المحبة والمودة لم يعد لها معنى، وإن قرار الشارع الحكيم بالترقية بينهما واضح ومنطقي، فهل يعتبر نفي النسب عن الطفل من ابيه والحقه بنسب والدته ابدية؟ ام هل يجوز اثبات نسب الطفل من ابيه لاحقا للعان؟ كأن يقر الاب بعد اللعان أنه كان كاذبا، وان الطفل منه؟ او أن

تظهر علامات دالة على أن الطفل ابنه كالثبته الذل لا ىءع مبالا للشك بينهما؟ وهل ىجوز اثبات النسب بالبصمة الوراثية بعد اللعان؟

لاشك أن الدراسات في هذا المجال لا تزال محتشمة كثيرا، وهو ما دفعنا الى التطرق لهذا الموضوع بشيء من التفصيل بين ما هو مقرر في احكام الشريعة الاسلامية، اعتبارا أن المشرع الجزائري أحال اليها مباشرة في موضوع اللعان ولم ينظمه بأحكام خاصة، وبين ما توصل اليه العلم الحديث من امكانية إثبات النسب بالبصمة الوراثية، فهل هذا الامر جائز؟ وهل ىجوز للطفل وامه ان يحميا حقه في النسب من ابيه الملعان؟ وان يثبتا النسب بعد الملاعنة المقررة شرعا بالبصمة الوراثية للخروج من مأزق الطفولة المسعفة؟ وما المقصود بالبصمة الوراثية، ومتى يمكن اعتمادها؟

نعالج هذا الموضوع من زاويتين، وفي مطلبين، نتحدث في الاول منهما عن مفهوم البصمة الوراثية وحالات استعمالها في قضايا النسب، ونتحدث في الثاني منهما عن مدى جواز اثبات نسب الطفل المسعف الذي سقط عنه باللعان.

المطلب الأول: البصمة الوراثية وحالات استعمالها في قضايا النسب.

عرفت المجتمعات المعاصرة تطورا كبيرا في التقنية، وتقدما ملحوظا في البحث العلمي المرتبط ببنية الخلية البشرية، فاصبحت الفحوصات البيولوجية والخصائص الوراثية للانسان تعطي دلالة واضحة ومؤكدة لا تدع مجالاً للشك في مسألة نسب الطفل الى رجل معين يكون والده البيولوجي.

غير أن ثبات الابوة البيولوجية بهذه الطريقة العلمية قد أثار جدلاً كبيراً بين العلماء الدارسين لموضوع النسب، على اعتبار أن النسب يقترب بالاضافة الى العلاقة الابوية البيولوجية بالفراش والزواج الشرعي، وهو ما أدى الى تدافع بين هذه الافكار. ولعل دراستنا في هذا الموضوع، بالرغم من أنها حديثة، إلا اننا قد اكتشفنا بعض التقارب في هذه الافكار، نحاول أن نكشفه، وأن نستغله لفائدة الفئة الضعيفة في القضية وهم الاطفال.

وما لاحظناه في دراستنا أن الام بمجرد أن تتم عملية اللعان تدخل في صراع كبير لإثبات نسب ابنها، فتلجأ الى المحاكم دون انقطاع لإثبات نسب ابنها، بل منهن من تجاوزت العشرين سنة كاملة في هذا المجال ودون جدوى، الى أن ظهرت فكرة البصمة الوراثية¹، التي تعطي النتيجة بالدقة اللازمة لإثبات أن الزوج الملاحن هو اب الطفل، وأن كل ما جاء به إما كان افتراء، وإما كان خطأ ووهما منه.

غير أن ما لاحظناه في هذا الجانب من البحث، هو اتفاق مجمل المراجع على تعريف البصمة الوراثية، واختلافهم في النظرة الشرعية لها، ما إن كانت تعتبر دليلاً للإثبات قائماً بذاته، قطعي الدلالة، أم إنها قرينة يجب أن تكمل بأدلة اخرى، وما هي شروط أعمالها في قضايا النسب، ما إن كانت تقتضي وجود الادلة الاخرى للنسب كالفراش، ومدة الحمل، وما إن كانت مخصصة لإثبات النسب فقط، أم لإثباته ونفيه معاً، وهو ما نسعى الى توضيحه فيما يلي:

¹ راجع في التاصيل التاريخي للبصمة الوراثية: د-عبد الله اوان الفيضي - البصمة الوراثية - المفهوم والمشروعية - دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات - مصر الامارات العربية المتحدة- 2017- ص 33

الفرع الأول: مفهوم البصمة الوراثية.

البصمة الوراثية مركب وصفي من كلمتين: "البصمة، والوراثية" والمقصود بالبصمة لغة هو أثر الختم بالاصبع، أما الوراثة فهي مجموع الصفات الفيزيولوجية والتشريحية والعقلية المتشابهة، او المتفرقة بين الافراد الذين تربطهم صلة قرابة، والمتوارثة من جيل الى اخر.¹

وعرفت لغة ايضا أنها" مشتقة من البصم وهو فوت ما بين طرف الخنصر الى طرف البنصر، يقال: ما فارقتك شبرا، ولا فترا، عتبا، ولا بصما، ورجل ذو بصم: أي غيظ البصم، والبصمة اثر الختم بالاصبع.²

أما في الإصطلاح العلمي فإن البصمة الوراثية هي ما يتوارثه الابناء عن ابائهم من صفات تحدد هويتهم بدقة، وتميزهم عن غيرهم، فهي الجينات الوراثية التي تدل على هوية كل انسان بعينه، والتي تتحكم في صفات الشخص والتي يختص بها دون سواه، وهي الوسيلة التي تمتاز بالدقة في التحقيق من النسب البيولوجي والتحقق من الشخصية.³

فهي دراسة قائمة على تشابه الكروموزومات التي يحملها الطفل، مع تلك التي تعود للاب البيولوجي، " ذلك أن بداية خلق الانسان تكون من خلية واحد ناتجة عن حيوان منوي من الاب يحمل 23 كروموزوما، وبويضة من الام تحمل 23 كروموزوما ايضا،

¹ الدكتور بلحاج العربي- الجوانب القانونية لاثبات النسب بالبصمة الوراثية في ضوء قانون الاسرة الجزائري الجديد- مجلة المحكمة العليا- العدد الاول 2012- ص 31

² المحامي حسام الاحمد- البصمة الوراثية حجتها في الاثبات الجنائي والنسب- منشورات الحلبي الحقوقية- الطبعة الاولى - 2010 - بيروت لبنان - 19.

³ د - بلحاج العربي- المرجع السابق - ص32.

د- اون عبد الله الفيضي، احكام حق الجنين في النسب - دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات - مصر الامارات العربية المتحدة- 2015- ص 138.

وبعد تمام التلقيح يشكلان خلية واحدة ملقحة بها 23 زوجا من الكروموزومات الحاملة للصفات الوراثية للطفل، وعند تحليلها يمكن التأكد ما إن كان الطفل يرجع اصله الى الرجل المدعي او المدعى عليه بالابوة أم لا، فإذا وجدت الصفات الوراثية الموجودة عند الطفل نصفها من الام، ونصفها الاخر غير مطابقة للمدعى عليه فهو دليل قطعي أنه ليس ابنه.¹

وعرفت ندوة الوراثة والهندسة الوراثية البصمة الوراثية بأنها: "البنية الجينية، نسبة الى الجينات أي الموروثات التي تدل على هوية كل فرد بعينه"
وأقر المجمع الفقهي لرابطة العالم الاسلامي في دورته السادسة عشرة هذا التعريف، وأضاف بان البصمة الوراثية من الناحية العملية وسيلة تمتاز بالدقة لتسهيل مهمة الطب الشرعي والتحقق من الشخصية ومعرفة الصفات الوراثية المميزة للشخص، ويمكن أخذها من أي خلية بشرية، من الدم، او اللعاب، او المنى او البول او غيره، وإن نتائجها تكاد تكون قطعية في اثبات نسب الاولاد الى الوالدين او نفيهم عنهما.²
فالبصمة الوراثية إذا، نتيجة علمية دقيقة بنسبة كبيرة، لا مجال فيها للظن او الشك، وإن الاعتماد عليها يؤدي بالضرورة الى اثبات او نفي الرابطة الابوية، متى توفرت شروطها العلمية الفنية.

¹ الاستاذة: فاطمة الزهراء تبوب- استاذة محاضرة كلية الحقوق جامعة بومرداس- نسب ابن المغتصبة- تعليق على قرار المحكمة العليا بالجزائر رقم 734072 المؤرخ في 15-03-2012 عن غرفة شؤون الاسرة والمواريث بالمحكمة العليا الجزائرية- المجلة القضائية للمحكمة العليا- العدد الاول 2013 - ص 117

² الدكتور عماد الدين مصطفى عبد الله الشعار- البصمة الوراثية ومدى حجيتها في اثبات نسب ولد الزنى - دراسة فقهية مقارنة- كلية الشريعة والدراسات الاسلامية - جامعة ام القرى- السعودية - ص 4

الفرع الثاني: مرتبة البصمة الوراثية في الإثبات.

اختلفت التشريعات والفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للبصمة الوراثية، ذلك أن بعض التشريعات اعتبرت البصمة الوراثية دليلاً قاتماً بذاته للإثبات، في حين اعتبرت بعض التشريعات الأخرى مجرد قرينة وطبقوا عليها مفهوم القيافة الذي كان سائداً في بداية العهد الإسلامي وقبل الكشوفات العلمية الحديثة.

وذهب بعض الفقهاء في الجزائر إلى تحليل مسار القضاء في الفصل في قضايا إثبات النسب، واستندوا إلى أن القضاة كانوا يتمسكون بالأدلة الشرعية عن النسب لاسيما الفراش ومدة الحمل، والإقرار، ويعتبرون المراد بالبينة شهادة الشهود فقط، ويستبعدون كل لجوء للخبرة الطبية دون هذه الاعتبارات.¹

ثم تراجع القضاء الجزائري عن هذا الاتجاه، بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005، بالامر 02-05 المؤرخ في 27-02-2005، لاسيما المادة 40 منه، وأصبح القضاة يفسرون البينة أنها كل دليل أو حجة لإثبات النسب، ومنها تقرير الخبرة العلمية ADN²، وبالتالي فقد اعتبروا الخبرة العلمية - البصمة الوراثية - جزء من البينة.

في حين ذهب اتجاه آخر من الفقهاء، لاسيما في المشرق العربي، إلى مقارنة البصمة الوراثية بالقيافة، واعتبروها بالتالي قرينة استناداً إلى القياس، ومجال قياس البصمة الوراثية على القيافة قولهم "إذا كان جمهور الفقهاء اعتدوا بالقيافة كطريق شرعي لإثبات النسب، رغم أن عمل القائف يقوم على الحدس والتخمين والفراسة، والأوصاف

¹ راجع في ذلك:

- القرار رقم 172333 بتاريخ 28-10-1997 المجلة القضائية للمحكمة العليا- العدد الأول 1997 ص 42.
- القرار رقم 222674 بتاريخ 15-06-1999 المجلة القضائية للمحكمة العليا- الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية- العدد الخاص 2001- ص 88

² الاستاذة فاطمة الزهراء تبوب- المرجع السابق- ص 119.

الظاهرة التي يتشابه فيها الكثير، واحتمال الخطأ قائم في حكمه، بل قد يقول الشيء ثم يرجع عنه إذا رأى أشبه منه، ومع هذا اعتمده طريقاً شرعياً لإثبات النسب، لتشوف الشارع لإثبات النسب، فلأن يأخذ بالبصمة الوراثية التي يكاد ينعدم معها احتمال الخطأ، والحكم بمقتضى نتائجها كوسيلة شرعية لإثبات النسب من باب أولى.¹ إلا أنهم اعتبروها قرينة قاطعة، لا تقبل الطعن أو الشك، على أساس أن البصمة الوراثية يكاد ينعدم فيها الخطأ، وأن نسبة الصحة في تحليلها قد تبلغ 99.9999%، لعدم تطابق اثنين من البشر في جميع الصفات الوراثية.²

ويبدو هذا الرأي أكثر رجحاناً من الرأي الأول الذي اعتبر البصمة الوراثية مجرد بيئة كحال شهادة الشهود، إلا أن ما يؤخذ على القول بأن البصمة الوراثية قرينة، أن مفهوم القرينة هو الانطلاق من أصل ثابت وصريح للوصول إلى إثبات الأمر المختلف حوله انطلاقاً من الأمر الأول، في حين أن البصمة الوراثية هي عمل خبرة فنية تؤدي إلى إثبات الأمر أو نفيه.

وذهب رأي ثالث إلى اعتبارها من الأدلة التامة المستقلة بذاتها في إثبات النسب³، ونتيجة لهذا الخلاف فإنه ترتبت آثار هامة على طرق الإثبات في النسب، فمن العلماء من جعل طرق إثبات النسب محصورة لا زيادة فيها، ومنهم من جعلها على سبيل المثال لا الحصر، ومن ثمة يجوز أن تدرج معها أدلة أخرى منها البصمة الوراثية.

¹ الدكتور عماد الدين مصطفى عبد الله الشعار- المرجع السابق - ص 15
² الدكتور: محمد جبر الالفي- استاذ الفقه المقارن- المعهد العالي للقضاء بالسعودية- الآثار الفقهية والقضائية للبصمة الوراثية في إثبات النسب وتصحيحه ونفيه- بحث مقدم في إطار مؤتمر القرائن الطبية المعاصرة واثارها الفقهية- من تنظيم الجمعية العلمية السعودية للدراسات الطبية الفقهية- الرياض - 2013 ص 05.
³ د: عاصم بن منصور بن محمد ابا حسين- اثبات النسب بالبصمة الوراثية بعد نفيه باللعان- مجلة الجمعية الفقهية السعودية- ص 445 وما بعدها

من قال بأن البصمة الوراثية دليل مستقل رتب عليها أنه عند التعارض يقدم هذا الدليل على غيره من الأدلة، لأن تلك الوسائل ظنية والبصمة الوراثية قطعية، ومنهم من قال تقدم الوسائل والطرق الشرعية مثل الفراش والاقرار والبينة على البصمة الوراثية، لأن هذه الطرق أقوى في تقدير الشرع، ولأن ذلك سيؤدي في النهاية إلى إلغاء جميع النصوص الشرعية واستبدالها بالأدلة الفنية الحديثة، وعليه فلا يلجأ إلى البصمة الوراثية إلا عند التنازع في الإثبات، وجعلوا حكمها كحكم القيافة، وفي حالة التعارض مع القيافة تقدم عندهم عن القيافة.¹

ونرى أن البصمة الوراثية دليل اثبات علمي قائم بذاته في التشريع الجزائري، استناداً إلى أحكام المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري، فقد نصت صراحة، وبعد أن عدت طرق اثبات النسب، على أن القاضي يجوز له اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.

الفرع الثالث: شروط الأخذ بالبصمة الوراثية في مجال النسب.

البصمة الوراثية عمل فني علمي نتائجه دقيقة، إلا أن الأخذ بها في مجال النسب يقتضي المزاجية بين الحقيقة العلمية وأحكام الشريعة السمحاء، على اعتبار أن المشرع الجزائري قد استمد أغلب أحكام قانون الأسرة من الشريعة، وأحال إلى أحكامها فيما يخص الأحكام التي لم ينص عليها القانون بمقتضى المادة 222 منه.

إن هذه الحقيقة تقتضي البحث في كيفية الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال النسب دون الإخلال بأحكام الشريعة الإسلامية، مع إسقاط كل ذلك على الطفل، باعتباره الحلقة الأضعف في القضية.

¹ راجع مختلف الآراء حول طبيعة البصمة الوراثية في الإثبات- د: عاصم بن منصور بن محمد ابا حسين- اثبات النسب بالبصمة الوراثية بعد نفيه باللعان، المرجع السابق ص من 444 إلى 450

ولا شك أن الشريعة السمحاء شريعة منطق، لا تختلف على الإطلاق مع ما يتوصل إليه العلم الحديث، باعتباره قائما بدوره على الملاحظة والتجربة والنتيجة، وهي مراحل العلم و أصلها المنطق، إلا أن بعض المغالين في الدين يتمسكون ببعض العموميات دون التدقيق في التفاصيل، ويصرون على المقدمات دون معرفة الاثار، ويتمسكون ببعض الاصول العامة دون البحث في الاستثناءات، بالرغم من أن لكل قاعدة استثناء يؤكدتها، وأن الشريعة لها احكام منها درء المفسدة، وجلب المنفعة، وكيفية الترجيح بينهما.

كما أن الشريعة الاسلامية السمحاء قائمة على قاعدة شرعية مشهورة مفادها " لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان"، وهي قاعدة من القواعد الفقهية التي استقرت في التشريع الاسلامي، مفادها أن التشريع العادل هو الذي تلائم احكامه أعراف وافكار وبيئات من شرع لهم، وأن التشريع الذي تلائم احكامه قوما، قد لا يلائم احوال قوم اخرين، بل إن احكام التشريع الواحد قد تلائمة الامة في وقت ولا تلائمها في وقت غيره"¹

ولا شك ايضا أن العصر الحديث أصبح يتميز بشيء من ضعف الوازع الديني لدى بعض الأزواج، ما دفعهم الى انكار انساب ابنائهم، وسعيهم في هذه الطريق بكل الوسائل المتاحة، ولا شك ايضا أن البحث في بعض الامور الثابتة والسؤال عنها قد يؤدي الى نتائج عكسية، لقوله تعالى: باسم الله الرحمن الرحيم " يا ايها الذين امنوا لا تسالوا

عن اشياء ان تبدلكنم تسؤكن"².

¹ الدكتور: محمد جبر الالفي- استاذ الفقه المقارن- المعهد العالي للقضاء بالسعودية- ص6

² الاية 101 من سورة المائدة

فالامر يتأرجح بين العلم بالحقيقة، وترك الحقيقة مهما كانت والاحتفاظ بالمعاملات مستقرة، والعائلة مستقرة، والمجتمع هادئ، اعتبارا الى أن الشريعة الاسلامية تصبو الى اتصال الانساب وعدم انقطاعها، والستر على المسلمين وإشاعة الفضيلة بينهم. وانطلاقا من هذا التحليل، فقد اشترط الفقه والقضاء مجموعة من الضوابط للعمل بالبصمة الوراثية في مجال النسب، نردها فيما يلي:

1- لا يجوز استخدام البصمة الوراثية في نفي النسب، ذلك أن النسب الثابت باحدى الطرق الشرعية، وهي الفراش او الاقرار او البينة لا يجوز نفيه وابطاله مهما ظهر من امارات قد تحمل عليه، او قرائن قد تدل عليه، لأن الشارع الحكيم يحتاط للانساب ويسعى الى ثبوتها، ويكتفي في اثباتها بادنى سبب، فاذا ما ثبت النسب فإنه يتشدد في نفيه، قال ابن القيم: "وحيث اعتبرنا الشبه في لحوق النسب، فإنما إذا لم يقاومه سبب اقوى منه، ولهذا لا يعتبر مع الفراش، بل يحكم بالولد للفراش، وان كان الشبه لغير صاحبه"، ولا يعتد بالبصمة الوراثية في نفي النسب دون اللعان حتى وان كانت نتائجها دالة على انتفاء النسب بين الزوج والمولود على فراشه.¹

2- ألا يخالف استخدامها الضوابط الشرعية، من القران والسنة، كاستعمالها لنفي النسب الثابت بالفراش، وقد توصل المجمع الفقهي الاسلامي لرابطة العالم الاسلامي في دورته 16 الى اعتماد هذا المبدأ، وقد جاء في توصيات الدورة:

¹ د- عمر بن محمد السبيل- امام وخطيب المسجد الحرام- عضور هيئة التدريس بكلية الشريعة - جامعة ام القرى- البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجنانية- الطبعة الاولى- دار الفضيلة للنشر والتوزيع- الرياض السعودية-

لا يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها على اللعان¹.

3- ألا يخالف استعمالها العقل والمنطق، كأن ينسب الطفل الى رجل مقطوع الخصتين او الى امراة منزوعة الرحم، ففي هذه الحالة تلغى نتائج البصمة الوراثية لترجيح التلاعب او الكذب او التزوير في النتائج.²

4- ألا تقدم على الطرق الشرعية المتفق عليها في اثبات النسب لا سيما الفراش والاقرار والبينة، وهو شرط مقتضاه الحفاظ على الانساب متى توفر ابسط دليل على ثبوتها، لحكمة لدى الشارع الحكيم، على اعتبار أن البصمة الوراثية علم دقيق، وقد تكون نتائجها مخالفة للمتوقع، فتؤدي الى نفي النسب والاضرار بالطفل، على خلاف مبتغى الشريعة من ستر الانساب واستقرار العلاقات الاجتماعية.

وهو ما ذهب اليه القضاء في الجزائر بمناسبة نظر قضية الطفلة صفية بمجلس قضاء وهران، حيث تنازع شخصان يدعي كل منهما انه والد الطفلة، بعد وفاة والدتها في حادث مرور، بالرغم من ثبوت الفراش للشخص الذي سجلت باسمه، وانتهى القضاء في الجزائر الى عدم الالتفات الى طلبات الإثبات بالبصمة الوراثية، واعتمد على قاعدة الولد للفراش في تقرير نسب البنت، ورفض طلب البصمة الوراثية³.

¹ د- اوان عبد الله الفيضي- احكام حق الجنين في النسب- المرجع السابق - ص 140
² د: عاصم بن منصور بن محمد ابا حسين- اثبات النسب بالبصمة الوراثية بعد نفيه باللعان، المرجع السابق ص 435
³ ماينو جيلالي- رسالة دكتوراه بعنوان " الاثبات بالبصمة الوراثية -دراسة مقارنة- كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان- 2014-2015 ص 135

ونرى في خلاصة هذا المطلب أن التشريع الجزائري قد أخذ بالبصمة الوراثية كدليل مستقل لإثبات النسب، وقد نص صراحة بالمادة 40 الفقرة الثانية من قانون الأسرة على أنه يجوز للقاضي أن يلجأ إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، وذلك بعد أن رتب في الفقرة الأولى طرق الإثبات الشرعية وهي الفرائض والإقرار والبيينة؛ وقد لجأت المحكمة العليا الجزائرية إلى اعتماد البصمة الوراثية كدليل لإثبات النسب مباشرة بعد تعديل المادة 40 بإضافة الدليل العلمي في الإثبات، إلا أنها أصرت على أن الدليل يكون في الإثبات لا في النفي، وهو أمر مطابق لاحكام المادة الناصة على جواز استعمال الطرق العلمية في الإثبات، ومطابق لمختلف الآراء الفقهية لعلماء الشريعة الإسلامية، ومطابق للمقاصد الشرعية وهي حفظ الانساب، على خلاف ما تذهب إليه بعض الجهات القضائية الابتدائية أو الاستئنافية من استعمال البصمة الوراثية في نفي النسب الثابت بالطرق الشرعية كالفراش أو الإقرار السابق، أو بالبيينة. وعلى هذا الأساس، فإنه يتعين على القضاء أن يرفض لعدم تأسيسها، كل دعوى ترمي إلى نفي النسب استنادا إلى الطرق العلمية، ما دام النسب ثابتا بالفراش أو الإقرار السابق، أو بشهادة الشهود، وأن يقبل كل دعوى ترمي إلى اثبات النسب بالطرق العلمية إذا توفرت شروط أعمال البصمة الوراثية على النحو الذي بيناه.

كما يتعين على القضاء أن يرفض لعدم تأسيسها كل دعوى ترمي إلى استعمال البصمة الوراثية للتحقق من النسب، ما دام النسب ثابتا، على اعتبار أن مجارة الأشخاص في الشك حول الانساب قد يؤدي فعلا إلى كشف بعض الحالات التي لا يكون فيها نسب الطفل من الزوج، إعمالا للآلية الكريمة " يا ايها الذين امنون لا تسالوا عن اشياء

ان تبد لكم سوءكم¹ وإعمالاً للحديث الوارد في صحيح البخاري، عن يحيى بن قزعة، عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن رجلاً أتى النبي عليه الصلاة والسلام فقال: يا رسول الله ولد لي غلام أسود، فقال: هل لك من الأبل، قال نعم، قال ما ألوانها، قال حمر، قال: هل فيها من أورك؟ قال: نعم، قال فأنى ذلك؟ قال: لعله نزع عرق، قال فلعل ابنك هذا نزع².

وإن الشريعة الإسلامية تسعى إلى ستر الأشخاص لا إلى فضحهم، وإن مثل هذه الحالات قد تؤدي إلى مآسي تفوق بكثير ما يجنيه الشخص من الدعوى، لاسيما وأن أغلب الدعوى يكون أساسها الميراث.

ونرى أن البصمة الوراثية لا تتعارض أبداً مع وسائل إثبات النسب الأخرى، وإنما تكملها في حدود نظرة الشريعة الإسلامية إلى الموضوع، اعتباراً أن غاية الشريعة الإسلامية هي التشوف إلى إثبات النسب لا إلى نفيه، وأن غايتها هي التشوف إلى إثبات النسب ولو بأمور ضنية، فهي أكثر سماحة بالنسبة للطفل، وهو الحلقة الضعيفة في الدعوى.

وقد حصرت الشريعة الإسلامية نفي النسب بطريقة واحدة وهي اللعان، ولا يجوز نفيه بأي طريقة أخرى، بل إننا نرى أنه على القضاة، حتى وإن توفرت البصمة الوراثية التي تثبت أن الطفل ليس من نسب الزوج، ألا يقبلوا دعوى إسقاط النسب مباشرة اعتماداً على البصمة الوراثية، بل عليهم أن يرفضوا الدعوى إلى غاية أن يمارس الزوج

¹ الآية 101 من سورة المائدة

² أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري-صحيح البخاري- اعتناء وضبط أحمد جاد- دار البصائر الجزائر 2010- ص

1039 حديث رقم 5305

حقه في اللعان، إذا توفرت شروطه، وهو رأي اغلب الفقهاء الذين بحثوا في البصمة الوراثية كما بيناه سابقا¹.

وقد انتهينا الى أن الشريعة الاسلامية قد تشوفت الى إثبات النسب، وتشدت في نفيه، وأنها شريعة سمحاء منطقية، تساير العلم ولا تتناقض معه، وقد ظهر العلم بالبصمة الوراثية، وهي طريق دال القطعية كما رأينا، ويمكن استخدامه في إثبات النسب كما انتهينا، فإذا تم نفي النسب بالطريق الشرعي وهو اللعان، ثم صادف أن قام الطرفان بالخبرة العلمية وتوصلت البصمة الوراثية أن الابن هو فعلا ابن الزوج الملاحن، فهل يجوز للزوجة او الابن إن كان قد بلغ السن الاجرائي المطلوب أن يرفع الدعوى لاعادة نسبه الى الزوج الملاحن بعد اللعان، وما هو الاساس القانوني او الشرعي الذي يمكن أن يستند اليه، وهل تقبل دعواه؟ وما رأي الدين والقانون في هذا الموضوع؟.

لاشك أن اللعان هو أهم المآسي التي يعرفها الطفل، وإنه أهم اسباب زوال النسب، وأهم حالات المآسي التي تعاني منها الطفولة المسعفة، وإن لجوء هذه الفئة والجهات المساعدة لها الى البصمة الوراثية لاثبات نسبها بعد اللعان اصبح منتشرا في الهيآت القضائية الجزائرية وفي اغلب الدول الاسلامية، فهل يجوز اثبات النسب بعد اللعان؟ حاولنا في هذه الدراسة كل جهدنا أن نبث عن الاجابة عن هذا الاشكال، وإن كانت الدراسات في هذا المجال قليلة، إلا أننا نحاول الاعتماد على ما توفر منها، لتحليل الموضوع في المطلب التالي:

¹ راجع مثلا الدكتور نصر فريد واصل- مفتي مصر سابقا- البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها- مجلة المجمع الفقهي الاسلامي- السنة الرابعة عشرة- العدد السابع عشر-81

المطلب الثاني: إثبات نسب الطفل بعد سقوطه باللعان.

قد تبدو الاجابة من الوهلة الاولى بسيطة، بأن تستند على أن اللعان ايمان وشهادات، وأنه قد تم افراغها، وتحققت نتائجها بأن فرق الحاكم بين الزوجين وحرمهما على بعض حرمة ابدية، ونفى بها النسب عن الولد، وهو امر لا يمكن الرجوع عنه. ولم نجد في احكام القانون الوضعي أي حكم لهذه المسألة، غير أن إحالة المشرع الجزائري الى أحكام الشريعة الاسلامية قد فتحت الباب للبحث في هذا الموضوع، وقد اسهب علماء الشريعة الاسلامية القدماء والمعاصرون في هذا الموضوع كثيرا، فقد طرحت قديما مسألة رجوع الملعن عن اللعان، وتكذيبه نفسه، بأن يقر بأن الولد من صلبه، وأنه كان كاذبا أثناء اللعان، كما طرحت مسألة القيافة بعد اللعان، والشبه الكبير بين الزوج الملعن والطفل الذي اسقط نسبه، فكيف عالج فقهاء الشريعة هذا الموضوع؟

وقد قادتنا هذه الدراسة الى اكتشاف فريقين من الباحثين، فريق اكد أن اللعان يؤدي الى نفي النسب، وأنه لا يمكن أن ينسب الطفل الى الزوج الملعن حتى وإن ثبت أنه من صلبه بالبصمة الوراثية، وفريق اكد أن البصمة الوراثية دليل قاطع، وأن ثبوت علاقة الابوة بها قطعي، ومن ثمة فإن إلحاق النسب بها جائز ولو بعد اللعان، وقدموا لذلك الحجج والبراهين، فما هي حجة كل طرف؟ وكيف وعلى أي اساس يمكن ترجيح حجة على اخرى؟.

وقبل ان نفصل في حجج الطرفين، لا بد من دراسة مسألة عارضة، تقوم على اساسها حجج الطرفين، وهي طبيعة الاحكام الشرعية الخاصة باثبات النسب ونفيه، على اعتبار أنه بناء على نتائج هذه الطبيعة تبني حجج الطرفين.

الفرع الأول: طبيعة أحكام إثبات النسب، تعبدية أم تعليلية؟ وأثرها على قواعد البصمة الوراثية.

إن الأحكام الشرعية إما أن تكون أحكام تعبدية أو أحكام علة، فالأولى لا يمكن القياس فيها، أما أحكام العلة فيمكن القياس فيها،

وقد ذهب عديد الفقهاء إلى أن أحكام النسب ليست تعبدية، قال الدكتور سفيان أبو رقعة "ينبغي التأكيد على أن أدلة النسب ليست تعبدية، وأن المقصود منها إثبات علاقة النسب بعلامات ظاهرة، وكل ما يمكن أن يستفاد منه من وسائل علمية أو مكتشفات طبية في إظهار تلك العلاقة فهو مقيس على ما استنبطه الفقهاء من أدلة دلت عليها النصوص، لأن المعنى ثبوت النسب بين المنتسب والمنتسب إليه، بوجه من الوجوه الشرعية المعتمدة، وكل ما يحقق هذا المقصد هو مأذون به شرعاً"

وقال الدكتور أحمد اليوسف "إن أدلة إثبات النسب ليست أمراً توقيفياً تعبدياً لا يزداد عليها، وإن المقصود منها إثبات علاقة النسب بعلامات ظاهرة، وكل ما يمكن أن يستفاد منه من وسائل علمية، أو مكتشفات طبية في إظهار تلك العلاقة فهو مقيس على ما استنبطه الفقهاء من أدلة دلت عليها النصوص، بدليل أن كثيراً من الفقهاء ذكروا أموراً يثبت بها النسب ولم ترد في نصوص الوحيين، وإنما أخذوها من عمل الصحابة كالقرعة، أو قالوا بها استحساناً، كميل الطبع والتخيير للولد، ونحو ذلك ولو كانت توقيفية لما وسعهم الزيادة على الوارد في النصوص."¹

كما توصلنا إلى أن أغلب الفقهاء أجمعوا على أن أحكام إثبات النسب ليست تعبدية توقيفية، ويجوز القياس فيها، فإنه بالتالي يجوز أن تكون البصمة الوراثية دليلاً في

¹ راجع في هذه الأقوال وغيرها- د- عاصم بن منصور بن محمد أبا حسين- إثبات النسب بالبصمة الوراثية بعد نفيه باللعان- المرجع السابق ص 452

اثبات النسب، بل وقد توصلنا الى أن جانبا من الفقه الاسلامي على أن البصمة الوراثية دليل قائم بحد ذاته، وهو الجانب المرجح في الفقه الاسلامي، كما توصلنا الى أن المشرع الجزائري قد اخذ بهذا الجانب، وجعل البصمة الوراثية دليلا يمكن للقاضي اللجوء اليه.

وبعد أن انتهينا الى أن البصمة الوراثية طريق لاثبات النسب، واللعان طريق لنفيه، فانهما دليلان متناقضان، وإن مسألة جواز اثبات النسب بالبصمة الوراثية بعد اللعان، او عدم جوازها، تقتضي دراسة التعارض بين الطريقتين، ومتى يجوز ترجيح احدهما على الاخر.

ويرى فقهاء الشريعة الاسلامية أن ترجيح دليلين متناقضين يقتضي ترجيح احدهما على الآخر من حيث:

- 1- تعارض الإثبات والنفي
- 2- تعارض القطعي والظني
- 3- تعارض المتفق عليه والمختلف فيه.
- 4- تعارض الاصل مع الظاهر.¹

وجاء في تعريف التعارض أنه تقابل الدليلين على سبيل الممانعة، والتناقض بين دليلين متساويين أن يقتضي احدهما حكما في شيء يناقض ما يقتضيه الاخر في ذلك الشيء، كأن يقتضي احدهما تحريما ويقتضي الاخر إباحة²، وعرفه المرادوي

¹ د- عاصم بن منصور بن محمد ابا حسين- المرجع السابق ص 457

² الدكتور خليفة علي الكعبي- البصمة الوراثية واثرها على الاحكام لفقهيّة- دراسة فقهيّة مقارنة- دار النفائس للنشر والتوزيع - الطبعة الاولى- 2006- الاردن - ص480

الحنبلي أنه تقابل دليلين ولو عامين على سبيل الممانعة، وقال عنه البعض بأنه التناقض.

وقد توصلنا الى أن اثبات النسب مقدم على نفيه، كما توصل فقهاء الشريعة الاسلامية أن الدليل القطعي مقدم على الدليل الظني، وإذا تعارض المتفق عليه والمتفق فيه رجح المتفق عليه، وإذا تعارض الأصل مع الظاهر رجح الأصل.¹ وسنحاول أن ندرس الآراء حول المفاضلة بين اللعان والبصمة الوراثية على ضوء هذه الأحكام.

الفرع الثاني: الرأي القائل بعدم جواز ثبوت النسب بالبصمة الوراثية بعد اللعان.

يرى هذا الفريق أن اللعان ينفي النسب، ولا مجال لإعمال البصمة الوراثية في اثبات نسبه، للأسباب التالية:

1- أن البصمة الوراثية تأخذ حكم القيافة، ومع ذلك لم يثبت النبي عليه الصلاة والسلام النسب مع اللعان، بالرغم من قوله لأصحابه رضي الله عنهم في قضية اللعان السابق "...ابصروها فإن جاءت به أكحل العينين ، صابغ الاليتين، خدلج الساقين، فهو لشريك بن سمحاء فلما جاءت به كذلك قال الرسول -ص- لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شان".

2- أن النفي باللعان ورد بالنص، أما البصمة الوراثية فهي استدلال، والاستدلال لا يجوز مع وجود النص؛

وقد رد فقهاء الفريق الثاني على هذا القول بما يلي:

¹ راجع في هذه الأحكام- د- عاصم بن منصور بن محمد ابا حسين- المرجع السابق ص 458 وما يليها.

أ- انه لا يسلم ان البصمة الوراثية تاخذ حكم القيافة لان البصمة الوراثية اقوى من القيافة بمراحل.

ب- ان اللعان نص شرعي في ثبوته، لكنه ظني فيما يتعلق بنفي النسب، والبصمة الوراثية قطعية في اثباته وفيها زيادة علم والمثبت مقدم على النافي.¹

3- ان اللعان قائم على الشهادات والايمان، والحجج الشرعية لا تقبل العود والانكار ممن عقدها، فكيف بعدما يتم ذلك باللعان يقال بإثبات النسب بالبصمة الوراثية، خلاف القاعدة لا ينسب الى ساكت قول.

ورد عليه فقهاء الفريق الثاني بما يلي:

ان نفي النسب باللعان مسألة متاحة للزوج لانعدام أي دليل اخر لديه، ومن ثمة فإنها مسألة ظنية وليست قطعية، ويجوز فيها أن يكون الزوج قد أخطأ او تعمد، وأن البصمة الوراثية قطعية ولم تنسب الابن للزوج، وإنما اظهرت خطاه او كذبه في دعواه.

4- ان الاخذ بالبصمة الوراثية قد يؤدي الى تجزئة الاحكام، فساغ الى تفرقة الزوجين باللعان، ومع ذلك يلحق الابن بنسب الزوج.

وردوا عليهم أن اللعان إن تم وعاد الزوج وأقر بنسب الابن يلحق به ويفرق بينهما، وأن البصمة الوراثية إن تم اعتمادها دليلا كاملا فإنها كالإقرار، تؤدي الى التفريق وإلحاق النسب ولا إشكال في ذلك.

5- ان وسائل اثبات النسب وردت على سبيل الحصر، ولا داعي لاضافة وسيلة اخرى بداعي التقدم العلمي.

¹ د- عاصم بن منصور بن محمد ابا حسين- المرجع السابق - ص482

وردوا أن وسائل اثبات النسب ليست على سبيل الحصر بل اضاف لها الصحابة والفقهاء التابعون عدة صور.

6- انه كما لا يجوز استخدام البصمة الوراثية في التاكد من النسب الثابت، لا يجوز استخدامها لاثبات النسب المنفي.

وردوا أن الحكمة هي إثبات النسب بادنى الاسباب، لذلك فإثبات النسب الثابت يخالف مقاصد الشريعة كون النسب ثابت اصلا، اما بعد اللعان فالطفل ينسب لأمه والغاية من البصمة الوراثية نسبه الى ابيه.¹

الفرع الثالث: الرأي القائل بجواز ثبوت النسب بالبصمة الوراثية بعد اللعان.

يرى هذا الجانب من الفقه أنه يجوز أن يثبت نسب الطفل بعد اللعان، إذا ثبت بالبصمة الوراثية أن الطفل هو حقا ابن الزوج الملعن بيولوجيا، وقد ساقوا لذلك عدة حجج وادلة نوردتها فيما يلي:

1- أن اللعان ظني، من جهة نفي الولد، وهو حجة اعطيت للزوج لانعدام دليل لديه على زنى زوجته إلا نفسه وضميره، وهذا الظن يرتفع بما هو اقوى منه، أي البصمة الوراثية، فإن ثبت بالبصمة الوراثية أنه ابنه، فهو دليل على خطئه او كذبه عمدا.

وقد رد الفريق الاول على هذا الدليل بكون البصمة الوراثية مرتبطة بدليل اخر هو الولد للفراش، وأنه باللعان انتفى الفراش، فكيف ينسب الولد.

¹ راجع في هذه الآراء:

- الدكتور خليفة علي الكعبي- البصمة الوراثية واثرها على الاحكام لفقهيّة- دراسة فقهيّة مقارنة- المرجع السابق - ص 480 الى 496
- الدكتور عاصم بن منصور بن محمد ابا حسين- اثبات النسب بالبصمة الوراثية بعد نفيه باللعان- المرجع السابق - ص 480 الى 484

وردوا أن جمهور الفقهاء قد اعتمدوا الإقرار بالولد بعد نفيه باللعان، وأن البصمة الوراثية أقوى حتى من الإقرار.

2- قول النبي صلى الله عليه وسلم في واقعة اللعان الأولى: "ان جاءت به اصيهب اريسح حمش الساقين فهو لهلال"¹.

بدعوى أن النبي صلى الله عليه وسلم ذكر بعض الأوصاف المحتملة للابن الذي سيولد، فإن وجدت فإن الطفل سيكون للزوج الملعن "هلال" فنسبه إليه، وأن البصمة الوراثية أقوى بكثير من مجرد التشابه الذي اعتمد عليه النبي صلى الله عليه وسلم في وقته.

ورد الفريق الأول أن النبي - ص - هنا لم يقر قياس الشبه في النسب، ولو كان ذلك لأرجأ النبي المرأة حتى تلد، فينظر الشبه لمن، فيحكم به لصاحب الشبه ويقوم الحد على المرأة إذا كان الشبه لغير الزوج، و أن قوله " ابصروها" يدور في فلك بيان الصادق منهما والكاذب، بالإضافة إلى أن علماء الإسلام لم يقل منهم احد أن اللعان يبطل ويلحق النسب بالزوج، كما أن الحكم يكون بظاهر الأمور، ولا داعي للبحث في باطنها.

3- إن علماء الأمة اجمعوا على أنه، إن عاد الزوج عن اللعان، وأقر أن الولد من صلبه يثبت به النسب، والإقرار مبني على ظن الزوج، في حين أن البصمة الوراثية دليل قاطع.

¹ الحديث تقدم شرحه بالصفحة 66

وعلق عليه الفريق الاول أن الإقرار دليل منصوص عليه، أما البصمة الوراثية فلم ينص عليها، وأنه يجوز التعارض بين نصين منصوص عليهما، على خلاف البصمة الوراثية.

4- إن الشارع الحكيم يسعى لإثبات النسب بكل الوسائل، وإن البصمة الوراثية تتوافق مع مقصود الشارع في هذا الامر، لاسيما في العصر الحالي اين نقص الوازع الديني، واصبح الزوج يكد لزوجته، ويلحق الضرر بها، وفي ثبات النسب رفع لهذا الظلم.

وردوا أن الزوج لم يكذب نفسه، ولا ينسب الى ساكت قول.

5- إن اللعان في حقيقته أيمان قائمة بين الزوجين، والقاعدة أنه لا يلجأ الى اليمين إلا عند عدم الدليل والبرهان، فالزوج يلجا للعان لنفي النسب لانعدام أي دليل لديه، يدعم قوله بما قذف به زوجته من الزنى، والبصمة الوراثية دليل علمي قاطع، ينبغي أن تقدم على اللعان، لقوله تعالى: "والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهاد إلا أنفسهم، فشهادة احدهم اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين" سورة النور الاية 6.

6- إن قول الزوج في اللعان يحتمل الصدق كما يحتمل الكذب، وليس من الفقه ترك دليل قاطع لقول محتمل، فعدم ثبوت النسب في هذه الحالة فيه مخالفة للحس والمنطق، والشريعة الاسلامية اعظم قدرا أن تبنى على ذلك، بالنظر الى فساد ذمم بعض الأزواج، وسعيهم الى اللعان بأيمان كاذبة، كيدا لزوجاتهم وإضراراً بأولادهم وتهربا من النفقة والرعاية والتربية، وكامل المسؤولية.¹

¹ جمع هذه الاراء ورتبها الدكتور عاصم بن منصور بن محمد ابا حسين- اثبات النسب بالبصمة الوراثية بعد اللعان- المرجع السابق - ص 485 الى 490

الترجيح:

- نرى أن الراي الثاني القائل بأنه يجوز اثبات نسب الطفل بعد اللعان بالبصمة الوراثية في القانون الجزائري على الاقل مرجح للأسباب التالية:
- 1- إن المشرع الجزائري قد حسم امر الخلاف في مدى اعتبار البصمة الوراثية دليل لاثبات النسب، ونص صراحة بالمادة 40 الفقرة الثانية أن يجوز للقاضي اللجوء الى الطرق العلمية لاثبات النسب.
 - 2- إن فكرة احياء الولد مقدمة بكثير لدى فقهاء الشريعة الاسلامية على ايمان الزوج في اللعان.
 - 3- إن الشارع الحكيم لم ينص على عدم جواز اثبات النسب بعد اللعان، وإن الاصل في الامور الإباحة.
 - 4- إن التقنية العلمية مرجحة لدى اغلب الفقهاء على باقي الادلة، وإن احكام الشريعة الاسلامية السمحاء متطورة مع كل عصر، ولم تخالف احكامها يوما المنطق والحس السليم، وإنه من المنطق والحس السليم أن ترجح النتيجة الفنية على يمين وشهادة الزوج الملاعن على نفسه.
 - 5- إن ما اطلعنا عليه في اطار بحثنا لدى بعض الجهات القضائية، يدعو الى القلق من تدافع الناس على نفي النسب بكل وسيلة، وهي مدعاة لمواجهة هذه الظاهرة بكل حزم.
 - 6- إن ما اطلعنا عليه لدى بعض مؤسسات الطفولة المسعفة، يثير القلق على المجتمع، لوجود اطفال انتهى بهم الامر في دور الطفولة المسعفة لتخلي الام عنهم،

ولو مضطرة لاعادة الزواج، او لمعاناتها المادية، او لمعاناتها لاسيما المعنوية لما تعبير به من سقوط نسب طفلها بعد اللعان.

7- إن ما اطلعنا عليه لدى بعض الجهات القضائية مدعاة للقلق ايضا من

استسهال بعض الأزواج لدعوى اللعان والمسارة اليها دون التبصر في اثارها.

8- إن الشارع الحكيم، وإن نص على نفي النسب باللعان، الا أنه يظل يطبق

اثار النسب على طفل الملاعنة، كعدم جواز شهادة الولد المنفي باللعان لفائدة الملعن، وعدم جواز إلحاق نسب الولد بالغير لاحتمال رجوع الملعن عن اللعان، وبقاء المحرمية فلا يجوز أن يزوج الرجل ابنته لمن نفى نسبه منه باللعان، لأنه يحتمل كونه ابنا له¹، وهو ما يدل على أن الحكم ظني وليس قطعي، وإلا لكان يجوز أن يتزوج ابن اللعان من ابنة الزوج الملعن من امرأة اخرى، فاللعان إذن ليس قطعيا، وقد تحوط الشارع الحكيم لذلك، فلا جدوى من التمسك بسقوط النسب.

وقد قادتنا الدراسة الى فتوى شهيرة عن دار الافتاء المصرية، أقرت من خلالها

صراحة جواز اثبات النسب بعد اللعان، نوردها كاملة للفائدة فيما يلي²:

قضية رقم 635-1995 شمال القاهرة.

1- تاريخ عقد الزواج 10-02-1994

2- تاريخ حفل الزفاف والدخول على الزوجة 17-10-1994 ثم تبين أن

الزوجة ليست بكرًا.

3- شهادة ميلاد الطفلة المطلوب نفي نسبها مسجلة بتاريخ 19-03-1995.

¹ د- وهبة الزحيلي- المرجع السابق - ص 582

² د- خليفة علي الكعبي - المرجع السابق - ص 483

أقوال الزوج باختصار¹: إنه من تاريخ دخولي على الزوجة حتى اواخر شهر ديسمبر 1994 وانا ارى متاعب صحية تنتاب زوجتي وهي تدعي انها مجرد آلام بطن، حتى فوجئت بانها حامل في اواخر الشهر السابع ولم يبق عن الوضع سوى شهر ونصف، كيف تزف الي بتاريخ 17-10-1994 ومنذ ثلاثة اشهر وهي حامل في شهرها السابع، فهذا الحمل ليس مني، وانا اطالب بنفيه لتأكيدي ويقيني أنه حال دخولي عليها كانت تحمل هذا الحمل في احشائها من غيري.

أقوال الزوجة: قررت الزوجة أن المدعي زوجها دخل بها بتاريخ العقد الموافق 10-02-1994 وليس في 17-10-1994 وهذا الحمل منه وقدمت شهادة الميلاد للمحكمة.

شهادة الشهود: أشهدت الزوجة شاهدين بأن عقد القران والدخلة كانا بتاريخ 10-02-1994 وأن احد الشهود قام بتوصيل العروسين الى منزل الزوجية، وأن المدعي كان يقيم فيه ويتردد على المدعى عليها.

اما شهود الزوج فقالوا : اننا حضرنا حفل الزفاف، وشهدنا المنقولات، ولا نعلم ما إذا كان المدعي قد دخل بزوجته أم لا، ولم نعلم بانجاب الطفلة إلا خارج جلسة المحكمة الان.

حكم المحكمة: بعد عدة جلسات، قامت المحكمة بتوجيه يمين اللعان بين الزوجين، وقاما بتأديته أمام المحكمة بتاريخ 11-05-1998، ثم أجابت المحكمة طلب الزوجة باحالة الطفلة للطب الشرعي لإجراء البصمة الوراثية للتأكد من نسب الطفلة بتاريخ الجلسة 27-07-1998.

¹ اختصار صاحب المرجع الدكتور خليفة علي الكعبي

رأي الطب الشرعي: كان تحريره في 19-04-2001 حيث جاء فيه: " بأنه بعد إجراء الفحوصات الطبية على الطفلة / ب، ونتائج التحاليل الطبية الخاصة بفصائل الدم الرئيسية والفرعية، وتحاليل الحامض النووي - D N A - يمكن القول بأن الطفلة / ب هي ثمرة زواج المدعي / ع من المدعى عليها / م، أم الطفلة، أي لا يوجد ما يمنع من نسب الطفلة الى المدعي والد الطفلة"بتاريخ 30-03-2001 قررت المحكمة عرض القضية على دار الافتاء المصرية.

قرار دار الافتاء المصرية:

اولا: يفرق بين الزوجين المتلاعنين ولا يجتمعان ابدا.

ثانيا: يثبت نسب الطفلة/ب المولودة بتاريخ 19-03-1995 الى والدها المدعي

للاسباب التالية:

1- ان الزوجة قد وضعت الطفلة بعد اكثر من ستة اشهر" اقل الحمل من تاريخ العقد الصحيح وقبل مرور سنة شمسية من تاريخ الوطء والغيبية، وأن امكانية حدوث الحمل من الزوج والتلقي بينهما قائمة من وقت عقد القران، ولا يقدر في ثبوت النسب، بالاضافة لشاهدي الزوجة بأن المدعي دخل بالمدعى عليها، في نفس عقد القران بتاريخ 10-02-1994، كما أن شاهديه قررا فقط أنهما حضرا حفل الزفاف بتاريخ 17-10-1994، ولم يعرفا ما إن كان قد دخل عليها أم لا، وبذلك تطرق الاحتمال الى الدليل، والدليل اذا تطرق اليه الاحتمال سقط به الاستدلال، بالاضافة الى أن شاهدي الزوجة قررا أن المدعي دخل عليها في نفس يوم عقد القران بتاريخ 10-02-1994، ولأن الثابت شرعا أن لكل من ولد له ولد على فراشه فهو ولده شرعا، لحديث الولد للفراش وللعاهر الحجر، ومن ثمة يقتصر اثر

اللعان على درء الحد عن الزوج، والتفريق بين الزوجين دون أن يؤثر على نسب
الطفلة، حتى لو نفاه الاب، لأن ذلك حق الشرع، والشارع يتشوف الى اثبات النسب
حفاظا على مصلحة الطفل، وعدم تضييعه، لأن الواقعة لا يوجد فيها ما يدل على
نفي النسب، خاصة أن الزوج دخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج.

2- ان التحاليل الطبية اثبتت بفحص الحامض النووي، أن الطفلة / ب تحمل
الصفات الوراثية للمدعي والدها، والمدعى عليها والدتها، فلا يمنع من نسب الطفلة
لوالدها المدعي، لأنه يعمل بالدليل العلمي قياسا على إثبات الرسول -ص- النسب
بالشبه للزوج صاحب الفراش في الشكل، كما هو واضح في حديث الرسول - ص
- في شأن هلال بن امية حينما قال " لولا الايمان لكان لي ولها شأن" فقد افاد
الحديث أنه حتى ولو تمت الملاعنة بين الزوجين وولد الطفل شبيها بالزوج صاحب
الفراش، فإنه ينسب له ولا ينفي عنه، ويقاس على ذلك من باب اولي، ما يقرره العلم
عن طريق الفحوصات والتحاليل الطبية المثبتة للنسب، لأنه اقوى من مجرد التشابه
في الشكل الذي اخذ به الرسول - ص - في اثبات النسب، وعلى الزوج والزوجة
أن يرعيا حق الله. انتهى نص الفتوى.

و يلاحظ على هذه الفتوى، وإن كان قد نالها بعض النقد من بعض الفقهاء¹، إلا
أنها اقرت بعض المبادئ التي تجب الإشارة إليها:

- أن دار الافتاء بحثت في باقي أدلة اثبات النسب، لاسيما دليل الولد للفراش،
وتوصلت الى انه ثابت، والبينة وتوصلت الى أن شهود المدعى عليها ارجح من

¹ د- خليفة علي الكعبي - المرجع السابق - ص 487.

شهود المدعي، ثم خلصت الى الحديث عن البصمة الوراثية، ومن ذلك فقد أقرت، وهي جهة شرعية، أن البصمة الوراثية دليل اثبات قائم بذاته.

- أن دار الافتاء رجحت اثبات النسب بالبصمة الوراثية على نفيه باللعان.
 - أن دار الافتاء اخذت بتبويض الاحكام، اذ اقرت الفرقة بين الزوجين، وهو حكم تعدي، ورد في القران لحكمة من الله، ثم ألحقت النسب، لكونه حكما تعليليا قابلا للقياس، واجرت القياس بين ما كان قد ثبت عن النبي - ص - من اثبات النسب بعد اللعان بالشبه، ورجحت قطعية الدليل العلمي على الشبه.
 - أن دار الافتاء قد رجحت قاعدة إحياء الولد على حق المدعي في نفي النسب باللعان، بإثباتها نسب الطفلة حتى ولو نفاه الاب.
- ومن ثمة فإن هذه الفتوى تدعم بقوة الراي القائل بإحياء الولد، وإثبات نسبه بعد نفيه باللعان، فقد اثبتت اهم حق للطفل تجاه والده، ألا وهو النسب بالرغم من اللعان، وجزأت حكم اللعان عن النسب.

وقد سبق للباحث الدكتور جيلالي تشوار من الجزائر أن طرح التساؤل ما إن كان يمكن للقاضي أن يجري الملاعنة دون أن يعوقه ذلك في الاستجابة لإجراء فحص الدم او البصمة، فاجراء الملاعنة يتم للتفريق بين الزوجين، واجراء تلك الفحوص يتم لمعرفة ما إن كان الزوج الملعن هو الاب الحقيقي ام لا، ألا يمكن ان تكون المرأة حاملا بماء زوجها ومرتكبة بعد ذلك لجريمة الزنى¹؟

درسنا إذن كيف اثر سوء الفهم وسوء أعمال قواعد اسقاط النسب الناتجة عن علاقة شرعية في حق الطفل في النسب، وحاولنا البحث عن كيفية حماية هذا الحق، والدفاع

¹ د- جيلالي تشوار- القضاء مصدر تفسيري تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنسب- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية - العدد الاول - ص 09 وما بعدها

عنه بتوضيح اهمية اثباته بالمقارنة مع اسقاطه، فتوصلنا الى إن اسقاط النسب لا يكون إلا باللعان، وبحثنا شروط القبول باللعان المؤدي الى اسقاط النسب، وحاولنا ابراز أن الحق في النسب مقدم، وأنه يجب الحفاظ عليه ورفض اللعان حالة أي خلل في اجراءاته واحكامه؛

ثم درسنا كيفية إعادة الحق في النسب للطفل الذي اصبح مسعفا لسقوط نسبه باللعان، بالاستعانة بالبصمة الوراثية، وتوصلنا الى أنه يجوز ان يستعيد الطفل نسبه المسقط باللعان، إذا تمكنا من اثبات أنه ابن الزوج الملعن بالبصمة الوراثية.

هذا وضع حق الطفل المسعف في النسب، إذا كان هذا الطفل ناتجا عن علاقة زوجية شرعية، تامة الاركان، ونتج ظرف أدى الى اسقاط النسب.

غير أن الطفولة المسعفة ليست ما نتج عن العلاقة الشرعية التي اعترها ظرف اثر على النسب، وإنما قد يكون الطفل المسعف ناتج عن علاقة مختلة منذ البداية، وهو حال العلاقات غير الشرعية، وزواج الشبهة، والزواج الباطل، وهي العلاقات التي قد يترتب عنها الاطفال، فكيف يتأثر حقهم في النسب؟ - نتكلم عن النسب من جهة الاب - وهل يتحقق لهم هذا الحق ويحمى، وما هي الحالات التي يمكن فيها حماية هذا الحق بالرغم من أن العلاقة غير شرعية؟

وهو ما سنحاول أن نتطرق اليه في الفصل الثالث من هذا الباب.

الفصل الثالث:

حق الطفل المسعف الناتج عن الأنكحة الفاسدة

والباطلة، والأنكحة المستحدثة في النسب.

انتهينا في الفصلين الاول والثاني من هذا البحث الى أن الطفولة المسعفة قد تنشأ بالرغم من أن الزواج صحيح وتام الاركان، بالنظر الى بعض المفاهيم الخاطئة في تفسير احكام القانون او احكام الشرع، او الاخطاء في تطبيق هذه الاحكام، والتناقض ما بين المجال القانوني والمجال التطبيقي، لا سيما المجال الاداري، او الى سوء إعمال قواعد اللعان، وتوصلنا الى معالجة هذه الاختلالات وانتهينا الى إقرار حق الطفل الذي اصبح مسعفا بهذه الطرق التعسفية في النسب، وبذلك فإن الاخطاء الادارية والاختفاء القضائية لا ينبغي أن تلغي حق الطفل في النسب، وأنه يتعين تدارك هذا الوضع السيئ، وتوصلنا الى ضرورة إعمال البصمة الوراثية كطريق علمي في اثبات نسب الطفل من والده، بالرغم من استعمال هذا الاخير لطريق اللعان في نفي الولد، وتوصلنا ايضا الى أن الفقه المعاصر يتجه الى ضرورة إلحاق نسب الطفل بوالده الملائع، إن ثبت نسب الطفل بالبصمة الوراثية، وبذلك يتم اسعاف هذا الطفل وإحيائه بتقرير هذا الحق الهام في حياته.

وإن كان هذا وضع الطفل في العلاقات الشرعية، وكيف تم انتهاك حقه، وتحويله من طفل عادي الى طفل مسعف، فإن وضعه لا يقل مرارة في حالة الزواج الفاسد والباطل، والوطء بشبهة، بالرغم من أن فقهاء الشريعة السمحاء قد تعاملوا مع هذا

الوضع، وبالرغم من التطور العلمي الكبير الذي عرفته البشرية لاسيما في ميدان الإثبات بالبصمة الوراثية كما سبق وأن رأينا.

وقد عالج المشرع الجزائري احكام الانكحة الفاسدة والباطلة بمقتضى المواد من 32 الى 35 من قانون الاسرة، ورتب بعض اثار النسب على هذه الاحكام، وقرر بالمادة 40 من ذات القانون ان النسب يثبت بنكاح الشبهة او بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا لاحكام المواد 32-33-34، ودون ان يعرف مفهوم نكاح الشبهة، مع ما تحمله صيغة المادة من ارتياب وغموض، وهو ما ادى الى ظهور حالات لانكار او نفي او اسقاط النسب، وبالتالي ضياع حق الطفل وتحوله الى طفل مسعف.

ثم إن حالات غير معروفة في التشريع من عقود جديدة تحت مسمى عقود الزواج، ظهرت في المجتمعات الاسلامية عامة، وفي المجتمع الجزائري خاصة، سرعان ما انتهى بعضها بالانفصال، وقد ينتج عنها اطفال، فما مصيرهم، وكيف يثبت حقهم في النسب.

سنحاول في هذا الفصل دراسة حق الطفل المسعف الناتج عن الانكحة الفاسدة و/او الباطلة والعقود المستحدثة في النسب، بالتطرق في المبحث الاول الى حق الطفل في النسب في الانكحة الفاسدة والباطلة والوطء بشبهة، ثم في المبحث الثاني الى حق الطفل المسعف في النسب في الانكحة المستحدثة، مع السعي الى ابراز وضع الطفل المسعف الناتج عن هذه العلاقات، و بحث امكانية اثبات حقه في النسب والدفاع عن هذا الحق استنادا الى تحليل احكام الشريعة الاسلامية في الموضوع، باعتبارها المرجع في القانون الجزائري طبقا للمادة 222 من قانون الاسرة، واستنادا الى اجتهادات القضاء، واجتهادات بعض الفقهاء الباحثين في الموضوع.

المبحث الأول: حق النسب في الأنكحة الفاسدة والباطلة والوطء بشبهة.

لم يعرف المشرع الجزائري النكاح الفاسد ولا الباطل، وإنما رتب آثار النسب مباشرة بالمادة 40 إذ جاء فيها أنه "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالاقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32-33-34 من هذا القانون."

وجاء بالمادة 32 أنه: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".

ونصت المادة 33 أنه: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

وجاء بالمادة 34 أنه: "كل زواج باحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء".

ويبدو من هذه المواد أن المشرع الجزائري لم يعرف لا النكاح الفاسد ولا النكاح الباطل، بل اخط بعض المفاهيم، حين استعمل عبارة "يبطل الزواج" في المادتين 32-33 ثم عبارة "بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول" بالمادة 35، فهل أراد المشرع أن الزواج الباطل هو نفسه الفاسد، أم هناك فرق بينهما، وهل أراد بعبارة النكاح في المادة 35 مفهوم الزواج، أم أراد بها مفهوم الوطء ما دام قد استعمل بعدها عبارة الزواج؟

إن عدم التدقيق في هذه المصطلحات له أثر جسيم على نسب الطفل، ذلك أن المشرع الجزائري أحال فيما لم ينص عليه بالقانون إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وإن

فقهاء الشريعة الاسلامية قد فصلوا في هذه الاحكام واختلفوا حولها اختلافا كبيرا، وهو اختلاف رحمة، نحاول من خلاله ايجاد مخرج لاجياء الاطفال وحماية حقهم في النسب، بالتفصيل في الزواج الباطل والفاقد و الوطاء بشبهة في مطلب اول، وفي حق الطفل المسعف الناتج عن هذه العلاقات في النسب في مطلب ثاني.

المطلب الأول: مفهوم الزواج الباطل والفاقد والوطء بشبهة.

لخص الدكتور وهبة الزحيلي انواع الزواج وحكم كل نوع عند فقهاء الشريعة الاسلامية فقال: " يتنوع الزواج بحسب اختلاف المذاهب في شروط الزواج، فهو عند الحنفية خمسة انواع:

الزواج الصحيح اللازم، والصحيح غير اللازم، والموقوف، والفاقد والباطل. وعند المالكية اربعة انواع وهي: الزواج اللازم، وغير اللازم، والموقوف، والفاقد او الباطل.

فأما الزواج المكروه فهو بالاتفاق من انواع الزواج الصحيح اللازم، والمقصود بالزواج اللازم هو الذي استوفى اركانه، وشروط صحته ونفاذه ولزومه. والزواج غير اللازم، هو ما استوفى اركانه وشروط صحته ونفاذه وفقد شرطا من شروط اللزوم.

والزواج الموقوف هو الذي استكمل اركانه وشروط صحته، وفقد شرطا من شروط نفاذه.

والزواج الباطل عند الجمهور: هو ما فقد ركنا من اركانه او شرطا من شروط صحته. واما عند الحنفية: فهو ما فقد ركنا من اركانه او شرطا من شروط انعقاده.

والزواج الفاسد عند الحنفية: هو ما استوفى اركانه وشروط انعقاده وتختلف فيه شرط من شروط الصحة.

ولا فرق عند الجمهور بين الفاسد والباطل¹. - انتهى قول الدكتور وهبة الزحيلي-.
ومن ذلك يتضح أن جمهور الفقهاء قد اجمعوا على أن العقد الباطل هو نفسه العقد الفاسد، ورتبوا على كليهما نفس الاثار، أما الحنفية فقد فرقوا بين العقد الفاسد والعقد الباطل، ورتبوا على كل منهما اثار تختلف عن الاخر كما سيأتي شرحه.

الفرع الأول: الزواج الباطل والفاسد عند جمهور الفقهاء.

الزواج الباطل والفاسد عند الجمهور بمعنى واحد، والزواج الباطل او الفاسد عند المالكية ما حصل خلل في ركن من اركانه او شرط من شروط صحته.
وقد اتفق جمهور الفقهاء على ان الزواج الفاسد او الباطل اربعة اقسام هي: نكاح الشغار- نكاح المتعة - الخطبة على خطبة اخيه - ونكاح المحلل²، واطاف بعضهم انواع اخرى من النكاح اعتبروها باطلة.

أ: نكاح الشغار

الشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الاخر ابنته، وليس بينهما صداق، فيقول الرجل للرجل زوجني ابنتك وازوجك ابنتي، او زوجني اختك وازوجك اختي.³
وهو زواج منهى عنه لحديث: "لا شغار في الاسلام".⁴ لانصراف المهر الى الولي وليس الى الزوجة، مع اختلاف بين الفقهاء في هذا الموضوع.

¹ د- وهبة الزحيلي- الفقه الاسلامي وادلته- الجزء السابع- الاحوال الشخصية- دار الفكر -الطبعة الثانية- دمشق 1985 ص 95

² د- وهبة الزحيلي - السابق- ص 116

³ ابن قيم الجوزية- زاد المعاد في هدي خير العباد- المرجع السابق- 2017- ص710

⁴ الامام الشيخ ابو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري- صحيح البخاري- ضبط احمد جاد- دار البصائر- الجزائر - 2010- رقم 5112 - ص994.

قال الشافعي ومالك وأحمد: " لا يصح ويفسخ ابداء، قبل الدخول وبعده، لما روى ابن عمر رضي الله عنهما، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار¹.

وقال الحنفية: "العقد صحيح، لأن النكاح مؤبد، ادخل فيه شرط فاسد، حيث شرط فيه ان يضع كل واحدة منهما مهر الاخرى، والبضع لا يصلح مهرا، فيبطل ذلك الشرط، ويصح عقد الزواج، ويجب لكل واحدة منهما مهر المثل، ولا موجب لإبطاله لأنه شرط فاسد اقترن به، والنكاح لا تبطله الشروط الفاسدة."²

وقال أبو حنيفة: " يصح نكاح الشغار بفرض صداق المثل، أما النهي عنه في السنة فمحمول على الكراهة، والكراهة لا توجب فساد العقد، فيكون الشرع أوجب فيه أمرين" الكراهة وصداق المثل.³

ويستنتج أن الشغار باطل عند الجمهور، صحيح مكروه عند الحنفية، فإن وقع فسح عند الجمهور قبل الدخول وبعده، وجاز عند الحنفية بعد الدخول بمهر المثل.

ب- نكاح المتعة

ويسمى أيضا نكاح التأقيت، ويعرف لغة انه: المتعة أي المتاع، ، من متع، تدور على معنى التلذذ والانتفاع، أما اصطلاحا فهو استمتاع الرجل بالمرأة لمدة زمنية محدودة، فهو عقد ليس المقصود به ديمومة النكاح واستمراره، بل مجرد التلذذ والانتفاع وارواء الغريزة الجنسية.

¹ وهبة الزحيلي - المرجع السابق - ص 116

² الشيخ - عبد الرحمان بن عبد الرحمان شميعة الاهدل - الانكحة الفاسدة - دراسة مقارنة- ص 128

³ وهبة الزحيلي- المرجع السابق - ص 117

وعرف انه: " أن ينكح الرجل المرأة بشيء من المال مدة معينة، ينتهي النكاح بانتهائها من غير طلاق، وليس فيه وجوب نفقة وسكنى، وعلى المرأة استبراء رحمها بحيضتين، ولا توارث بينهما إن مات احدهما قبل انتهاء النكاح"¹

وصورة نكاح المتعة أن يقول الرجل للمرأة: " اتمتع بك لمدة شهر، بكذا من المال، او لمدة سنة، او لمدة اقامتي في هذا البلد، او يقول ولي المرأة: زوجتك ابنتي شهرا او سنة، او الى انقضاء الموسم، او قدوم الحاج، او مدة اقامتك في هذا البلد، ونحو ذلك، سواء كانت المدة معلومة او مجهولة، فالرجل يتمتع بالزواج الى الاجل الذي حدده.²

واتفق فقهاء الشريعة الاسلامية على تحريم نكاح المتعة، لأن المقصود من شرعية الزواج هو دوام العشرة واقامة الاسرة، وتربية الاولاد، وذلك لا يتحقق الا اذا كان عقد النكاح على سبيل التأييد.³

وحرمته مستمدة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول:

من الكتاب:

قوله تعالى في سورة المؤمنون الايات 5-6-7: " والذين هم لفروجهم حافظون الا على

انزواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فاولئك هم العادون "

ووجه دلالتهم من الايات الكريمة ان المرأة المستمتع بها في نكاح المتعة ليست بالزوجة، بدليل انه لا توارث بينهما، ولا طلاق ولا عدة ولا نفقة، فلو كانت زوجة لورثت واعتدت، ووجبت لها النفقة، فلما انتفت عنها لوازم الزوجية فانها ليست بزوجة،

¹ الشيخ - عبد الرحمان بن عبد الرحمان شميطة الاهل - الانكحة الفاسدة - دراسة مقارنة- المرجع السابق - ص 90

² د- ابو سريع محمد عبد الهادي- زواج المتعة - دار الذهبية للطبع والنشر والتوزيع - القاهرة 1994- ص 47

³ د - ابو سريع محمد عبد الهادي- زواج المتعة - ص 47

لأن نفي اللازم يقتضي نفي الملزوم باجماع العقلاء، فتبين أن مبتغى نكاح المتعة من العادين المجاوزين ما أحل الله إلى ما حرم.¹

من السنة:

عن الربيع بن سبرة الجهني أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المتعة و قال: "ألا انها حرام من يومكم هذا الى يوم القيامة، ومن كان اعطي شيئاً فلا ياخذها" وفي رواية اخرى عن الربيع بن سبرة الجهني أن اباه حدثه أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: "ايها الناس اني كنت قد اذنت لكم في الاستمتاع من النساء، وان الله حرم ذلك الى يوم القيامة، من كان عنده منهن شيء فليخل سبيله، ولا تاخذوا مما اتيموهن شيئاً"²

وجاء في صحيح ابن ماجة، حَدَّثَنَا ابْنُ مُحَمَّدُ بْنُ خَلْفِ الْعَسْقَلَانِيُّ قَالَ: حَدَّثَنَا الْفَرِيَابِيُّ، عَنْ أَبَانَ بْنِ أَبِي حَازِمٍ، عَنْ أَبِي بَكْرٍ بْنِ حَفْصٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، قَالَ: لَمَّا وَلِيَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ خَطَبَ النَّاسَ فَقَالَ ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذن لنا في المتعة ثلاثا، ثم حرمها، والله لا اعلم احدا يتمتع وهو محصن الا رجمته بالحجارة"³

ومن المعقول قالوا:

أن النكاح ما شرع لاشباع الغريزة الجنسية فحسب، بل لاغراض ومقاصد اهم واجل وهي تكوين الاسرة، وعناية الزوجة بزوجها في كبره، وعناية الزوج بزوجته اذا مرضت او كبرت، في حين أن المتعة تقتضي أن يترك الرجل المرأة بزوال امكانية التمتع بها لكبر او مرض، فتظلم المرأة وتهان، وهو امر يخالف مقاصد الشرع الحكيم.

¹ الشيخ - عبد الرحمان بن عبد الرحمان شميلة الاهدل - الانكحة الفاسدة - دراسة مقارنة- المرجع السابق - ص 91

² صحيح مسلم -1406

وقد وردت احاديث عديدة في هذا الاطار بصحيح مسلم.

³ اخرجه ابن ماجة في سننه 1-631 رقم 1963

ج - الخطبة على خطبة اخيه.

لا يخلو حال المخطوبة من ثلاث اوضاع:

- ان تجيب الخاطب بها، او تأذن لوليها في اجابته او تزويجه، فهذه يحرم على غير خاطبها خطبتها، لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال: " لا يخطب احدكم على خطبة اخيه" وعن ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " لا يخطب احدكم على خطبة اخيه حتى ينكح او يترك" حديثان متفق عليهما، لأن في ذلك افسادا على الخاطب الاول وايقاعا للعداوة بين الناس¹.

يقول ابن قدامة المقدسي: " ولا نعلم في هذا خلافا بين اهل العلم الا قوما حملوا النهي على الكراهة والظاهر اولى"²

- أن ترده او لا تتركه اليه ويشيع الامر بين الناس، ولا يعلم احد منها قبولا صريحا او تعريضا، فهذه يجوز خطبتها، لأن تحريم خطبتها على هذا الوجه اضرار بها، وتضييع للفرص عليها، فقد يسعى رجل الى منعها من الزواج بخطبتها والتوقف عند هذا الحد، فقد ثبت أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه خطب امرة على جرير بن عبد الله، ومروان ابن الحكم، وعلى عبد الله بن عمر، فدخل عليها وهي جالسة في بيتها، فقال عمر: " إن جرير بن عبد الله يخطب، وهو سيد اهل المشرق، ومروان يخطب وهو سيد شباب قريش، وعبد الله بن عمر وهو من قد علمتم، وعمر بن الخطاب، فكشفت المرأة الستر وقالت: " اجاد امير المؤمنين؟" فقال

¹ ابن قدامة المقدسي - المغني - المجلد السابع - المرجع السابق - ص 144 -

² ابن قدامة المقدسي - المغني - المجلد السابع - المرجع السابق - ص 144 -

نعم. فقالت فقد انكحت امير المؤمنين، فانكحوه" فيكون عمر قد خطب على واحد
تلو الاخر قبل ان يعلم ما تقول المرأة في الاول.¹

- أن يوجد من المرأة ما يدل على الرضا و الركون تعريضا او تصريحاً، فهذه
لا يحل خطبتها.

د- زواج المحلل.

هو النكاح الذي يراد به نكاح تحليل المطلقة ثلاثا لزوجها الذي طلقها بعد انقضاء
عدتها، او يدخل بها ويطلقها لتحل للزوج الاول²، فهو حرام باطل مفسوخ لقوله صلى
الله عليه وسلم: " لعن الله المحلل والمحلل له"³

وهو نكاح صحيح عند ابي حنيفة والشافعي لان العقد في الظاهر قد استكمل
اركانه، وشروطه الشرعية.

وسبب اختلافهم هو اختلافهم في مفهوم الحديث، فمن فهم من اللعن التأثيم فقط قال
ان العقد صحيح، ومن فهم من اللعن النهي الذي يدل على فساد المنهي عنه قال ان
النكاح فاسد⁴.

يقول ابن قدامة المقدسي: " وجملته ان نكاح المحلل حرام باطل، في قول عامة اهل
العلم، منهم الحسن والنخعي، وقتادة ومالك، والليث والثوري، وابن المبارك، والشافعي،
وسواء قال زوجتكها الى أن تطأها، او شرط أنه اذا أحلها فلا نكاح بينهما، او أنه اذا

¹ ابن قدامة المقدسي - المغنطي - المجلد السابع - المرجع السابق - ص 144 -

² د- عبد رب النبي علي الجارحي - الزواج العرفي المشككة والحل - والزواج السري ونكاح المتعة، والزواج العرفي عند
المسيحية وزواج المسيار- دار الروضة للنشر والتوزيع- مصر - بدون سنة - ص 86

³ رواه ابو داوود وابن ماجة والترمذي وقال: حديث حسن صحيح. راجع في ذلك: د- وهبة الزحيلي - المرجع السابق -
ص 117.

⁴ د- وهبة الزحيلي - السابق - ص 118.

أحبا للاول طلقها، وحكى عن ابي حنيفة انه: يصح النكاح ويبطل الشرط، وقال الشافعي في صورتين الاولين وفي الثالثة على قولين.¹ انتهى

الفرع الثاني: الزواج الفاسد والباطل عند الحنفية.

على خلاف الجمهور، ميز علماء الحنفية بين الزواج الفاسد والزواج الباطل، فالزواج الفاسد عندهم هو ما فقد شرطا من شروط الصحة، كالزواج بغير شهود، والزواج المؤقت، وجمع خمس في عقد، والجمع بين المرأة واختها او عمتها او خالتها، وزواج بامرأة الغير بلا علم انها متزوجة.

وليس للزواج الفاسد حكم قبل الدخول، فلا يترتب عليه شيء من اثار الزوجية، فلا يحل فيه الدخول بالمرأة.²

ويجب على الزوجين أن يفترقا بارادتهما، وإلا رفع الامر الى القاضي ليفرق بينهما، وإذا وقع الدخول كان الدخول معصية ووجب ان يفرق بينهما، ولا يقام عليهما حد الزنى لوجود شبهة العقد والحدود تدرا بالشبهات، وانما يعزرهما القاضي، ولو وطءها بعد التفريق وجب الحد.³

اما الزواج الباطل عندهم، فهو ما حصل خلل في ركنه، او في شرط من شروط انعقاده، كزواج الصبي غير المميز، والزواج بصيغة تدل على المستقبل، والزواج بالمحارم كالاخت، والمرأة المتزوجة برجل اخر مع العلم بذلك، وزواج المسلمة بغير المسلم، وزواج المسلم بغير الكتابية.⁴ والباطل عدم عندهم كغيرهم لا يترتب عليه

شيء.

¹ ابن قدامة المقدسي - المغني - المجلد السابع - المرجع السابق - ص 181 -

² د- وهبة الزحيلي - المرجع السابق - ص 109

³ د- وهبة الزحيلي - المرجع السابق - ص 110

⁴ د- وهبة الزحيلي - المرجع السابق - ص 112

الفرع الثالث: الوطاء بشبهة.

اختلف الفقهاء ايضا في مفهوم النكاح، هل يراد به الوطاء ام العقد؟ فالنكاح عند اهل اصول اللغة حقيقة في الوطاء، مجاز في العقد، فحيث جاء في الكتاب او السنة مجردا عن القرائن يراد به الوطاء، كما في قوله تعالى: "ولا تتكحوا ما نكح ابؤكم من النساء" فتحرم مزنية الاب عن الابن، أي على فروعه، وتكون حرمتها على الفروع ثابتة بالنص القرآني، ولو قال الرجل لزوجته: ان نكحتك فانت طالق، فالشرط متعلق بالوطاء، اما نكاح الاجنبية فيراد به العقد لان وطأها محرم عليه شرعا¹. والنكاح عند الفقهاء، ومنهم مشايخ المذاهب الاربعة حقيقة في العقد، مجاز في الوطاء، لانه المشهور في القران، وقد قال الزمخشري وهو من علماء الحنفية: ليس في الكتاب لفظ النكاح بمعنى الوطاء الا قوله تعالى: "حتى تتكح زوجا غيره"². وفي وجه عند الشافعية والحنفية انه حقيقة في الوطاء مجاز في العقد وقيل مشترك بينهما³.

والشبهة لغة، هي الالتباس، وتشابه الشيطان اذا اشتبه كل منهما بالآخر حتى التباسا، واشتبه الامر عليه أي اختلط، واشتبه في المسألة أي شك في صحتها، والالتباس ما يلتبس فيه الحق بالباطل والحلال بالحرام.

اما اصطلاحا فهي كل معاشرة بين رجل وامرأة ليست زواجا شرعيا صحيحا وليست زنى حتى توجب الحد، فنكاح الشبهة أن يقارب الرجل امرأة تحرم عليه مع جهله

¹ د- وهبة الزحيلي- المرجع السابق - ص30

² د- وهبة الزحيلي - المرجع السابق - ص30

³ د- سعيدان اسماء- ثبوت النسب في نكاح الشبهة والزواج الفاسد- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية-

بالتحريم، فهو الاتصال الجنسي غير الزنى، وليس بناء على عقد صحيح اوفاسد.¹
ومثال ذلك وطء الرجل امراة يجدها على فراشه يحسبها زوجته، او وطء المطلقة طلاقا
ثلاثا اثناء العدة يعتقد انها تحل له.

فهي امر يشبه الثابت وليس بثابت، فهي وطء حرام لا حد فيه.²
والشبهة اقسام ثلاث، شبهة ملك، وشبهة عقد، وشبهة فعل.

1- شبهة ملك.

وتسمى ايضا شبهة الحكم او شبهة المحل، وفحواه ان يختلط الدليل الشرعي على
الرجل، كان يفهم من الدليل الشرعي ان مواعدة المرأة مباح، في حين انه غير مباح،
مثاله ان يواقع الرجل امراته التي طلقها طلاقا بائنا، وهي في عدتها منه، ظانا أن
وقاعها يكون مراجعة لها، كما في المطلقة طلاقا رجعيًا.³

2- شبهة الفعل.

أن يقارب رجل امرة من غير أن يكون بينهما عقد صحيح اوفاسد، بل يقاربها غير
منتبه لاي شيء، او اعتقد أنها تحل له ثم تبين العكس، كأن يتزوج رجل امراة، ويعقد
عليها، ثم تزف له اخرى، فيدخل بها كأنها زوجته ويتصل بها اتصالا جنسياً.⁴

¹ د- سعيدان اسماء - المرجع السابق - ص432

² أ- ديابي باديس- حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى اثبات النسب على ضوء القانون الجزائري- المرجع السابق -
ص 55

³ أ- ديابي باديس- حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى اثبات النسب على ضوء القانون الجزائري- المرجع السابق -
ص55

⁴ الدكتور عبد الرؤوف دبابش- ثبوت النسب في الانكحة الفاسدة والباطلة في الشريعة وقانون الاسرة الجزائري - المرجع
السابق - ص72

3- شبهة العقد.

كأن يتزوج امرأة زواجا صحيحا، يعتقد أنها حل له، ثم يتضح فيما بعد أنها اخته من الرضاع مثلا، أو أنها محرمة عليه حرمة ابدية، وهي شبهة انفرد بها الامام ابو حنيفة، وتقوم على وجود صورة العقد لا حقيقته¹.

المطلب الثاني: حق الطفل الناتج عن الزواج الباطل والفساد والوطء بشبهة في

النسب.

توصلنا في دراستنا الى أن العديد من حالات الطفولة المسعفة تعود في الاساس الى قرار الام التخلي عن الطفل جراء انكار نسبه من الاب، وأن الام قد وجدت في وضع لا يسمح لها اجتماعيا ولا قانونا - حسب اعتقادها على الاقل - في مقاضاة الاب واثبات النسب لابنها، وأن بعض هذه الحالات تعود إما الى الزواج الباطل اوالفساد او وطاء الشبهة، وهو ما دفعنا الى التفصيل في هذا الموضوع لحصر الحالات التي يمكن فيها انفاذ الطفل وتقرير حقه في النسب.

الفرع الأول: النسب في الزواج الباطل والفساد عند جمهور الفقهاء.

إنتهينا في المطلب الاول الى أن جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية لا فرق عندهم بين الزواج الفاسد والزواج الباطل، ورتبوا عليه ما يلي على اختلاف بين المذاهب:

1- آثار الزواج الفاسد أو الباطل عند المالكية:

رتب المالكية على الزواج الفاسد او الباطل عدة اثار اهمها:

أ- التحريم ووجوب فسخه في الحال: إن لم يتم الدخول، أما إن تم الدخول

فقد نظروا الى ثلاث حالات:

¹ د- سعيدان اسماء - المرجع السابق - ص435

- نوع يجب فسخه أبدا وإن طال الزمان، وهو ما يكون الفساد فيه لخلل في الصيغة، أو العاقدين أو محل العقد، كالزواج بإحدى المحارم، وزواج المتعة، والزواج بأكثر من أربع زوجات، والزواج بغير ولي أو بغير شهود، وزواج مريض الموت في المشهور عن الامام مالك، ويفسخ وان صح.
- نوع لا يجب فسخه بل يبقى وهو ما كان فساده بسبب فساد الصداق، كالزواج بدون صداق أو بصداق مجهول، أو بسبب اقتران العقد بشرط يناقض المقصود من الزواج، كاشتراط ألا يعاشرها ليلا، أو ألا ينفق عليها.
- ونوع يجب فسخه إن لم يطل الزمن كزواج اليتيمة الصغيرة إذا زوجت مع فقد شرط من شروطها، وزواج السر¹.
- ب- وجوب المهر بالدخول: وليس بمجرد الخلوة، والمهر المستحق هو المسمى، أو مهر المثل.
- ت- ثبوت الإرث بين الرجل والمرأة في حالة الفساد المختلف فيه.
- ث- ثبوت حرمة المصاهرة بالدخول -الوطء أو مقدماته- إذا كان العقد مختلفا في فساده بشرط ألا يعد الوطاء زنى.
- ج- وجوب العدة إذا تم الدخول.
- ح- ثبوت النسب للولد بابيه إن كان العقد مختلفا في فساده، وكذا إن كان متقفا على فساده، ولم يعتبر الوطاء زنى، إذا لم يكن الرجل عالما بالحرمة، فإن كان كذلك اعتبر زنى ولا يثبت به النسب ويجب فيه الحد².

¹ راجع في هذه الاحكام د- وهبة الزحيلي - المرجع السابق - ص 112

² د- وهبة الزحيلي - المرجع السابق - ص 115

وبذلك فقد رتب المالكية عدم إثبات النسب بالنسبة للزواج الباطل او الفاسد المتفق على فساده، في حين رتبوا على الزواج الفاسد إثبات النسب، اعتباراً لقاعدة اختلاف الفقهاء شبهة تدرأ الحدود ويثبت بها النسب.

2- آثار الزواج الفاسد أو الباطل عند الشافعية:

حكم الباطل والفاسد عند الشافعية واحد، وهو أنه لا يترتب عنهما أي آثار من آثار الزواج الصحيح، فلا مهر ولا نفقة ولا حرمة مصاهرة ولا نسب ولا عدة¹.
والأنكحة الباطلة عند الشافعية كثيرة أهمها تسعة:

- نكاح الشغار
- نكاح المتعة
- نكاح المحرم
- تعدد الأزواج، وصورته ان ينكح المرأة وليين (مثنى ولي) لها يزوجها كل منهما لزوج.
- نكاح المعتدة.
- نكاح المرتابة بحمل قبل انقضاء عدتها.
- نكاح المسلم كافرة غير كتابية
- نكاح المنتقلة من دين الى اخر لا يقبل منها إلا الاسلام.
- زواج المسلمة بكافر.²

¹ د- وهبة الزحيلي - المرجع السابق - ص118

² راجع في هذه التقسيمات- الدكتور وهبة الزحيلي - المرجع السابق - ص 118 الى 120

3- آثار الزواج الفاسد أو الباطل عند الحنابلة:

أما الحنابلة فالزواج الفاسد عندهم نوعان، نوع يبطل النكاح من أصله، ونوع

مختلف في فساده، فأما الأول فهو كالباطل، ويضم:

- نكاح الشغار
- نكاح المحلل
- نكاح المتعة
- النكاح المعلق، كان يقول زوجتك إذا رضيت أمها، أو إذا انقضت عدتها
- نكاح المتزوجة أو المعتدة

وآثار هذا الزواج الباطل عندهم أنه لا أثر له، وإذا علما بالتحريم فهما زانيان،

وعليهما الحد، ولا يلحق به النسب.

الفرع الثاني: النسب في الزواج الباطل والفاسد عند الحنفية.

الزواج الباطل عند الحنفية هو ما وقع خلل في ركنه أو في شرط من شروط انعقاده

كما بينا، كزواج الصبي مثلا، وحكمه عندهم أنه لا يرتب عليه شيء من آثار الزواج

الصحيح، فلا يحل فيه الدخول، ولا يجب به مهر ولا نفقة ولا طاعة، ولا يثبت به

توارث ولا مصاهرة، ويجب عدم التمكين بينهما، فإن دخلا فرق القاضي بينهما جبرا¹،

ومن ثمة فإنه لا يثبت النسب بالزواج الباطل عندهم.

وبالرغم من أن الزواج الفاسد معصية، إلا أن فقهاء الحنفية قد رتبوا عليه - في حالة

الوطء في القبل - الأحكام التالية:

1- وجوب المهر مع اختلاف في بعض الأحكام

¹ د- وهبة الزحلي - المرجع السابق - ص 112

2- ثبوت نسب الولد

3- وجوب العدة.

4- ثبوت حرمة المصاهرة.

وما تجب الإشارة إليه هنا أن بعض ما اعتبره الجمهور باطلا اعتبره الحنفية فاسدا، ورتبوا عليه آثار العقد الفاسد، المذكورة أعلاه، ومنها ثبوت النسب، ولعلنا نشير هنا بالخصوص أن الحنفية رتبوا النسب على بعض العقود التي اعتبرها غيرهم باطلة، بعد أن اعتبروها فاسدة ومنها على الخصوص:

- ثبوت النسب عندهم في نكاح الشغار، ذلك أن الشغار باطل عند الجمهور صحيح مكروه عند الحنفية.

- ثبوت النسب في نكاح المحلل، وهو نكاح أصبح شائعا عند بعض ضعاف النفوس في عصرنا، وفي مجتمعنا، لكثرة الطلاق لأتفه الاسباب، ثم البحث عن الترقيع، فنكاح المحلل باطل عند الجمهور، صحيح عند ابي حنيفة وفي قول للشافعي، لأن العقد في الظاهر قد أتم أركانه وشروطه الشرعية¹.

الفرع الثالث: حق الطفل في النسب بوطء الشبهة.

توصلنا سابقا الى أن الشبهة ثلاثة اقسام، شبهة في الملك، وشبهة في العقد، وشبهة في الفعل.

1- النسب في شبهة الملك:

شبهة الملك كما اشرنا سابقا، او كما تسمى شبهة حكم الشرع، الواطئ فيها مالك، إنما يجد دليلا شرعيا يثبت حل الفعل، في وجود دليل آخر يجرمه، وأن يكون الدليل

¹ ابن قدامة المقدسي - المغني - المجلد السابع - ص 181

المحرم أكثر قوة وصدقية، فيكون الفعل محرماً حقيقة، غير أن وجود الدليل الآخر يورث شبهة في حكم الشرع.

والفعل هنا ليس بالزنى، لأن الفاعل يملك دليلاً شرعياً ولو كان ضعيفاً واستند إليه في وطء المرأة، وهي شبهة يثبت بها النسب لأن الشبهة هنا لا تقوم على ظن الفاعل، بل على أن الفعل في ذاته حلال، لدليل شرعي قد يفيد الحل.¹

يقول الإمام أبو زهرة: "إن الزنى لا يثبت نسباً لقوله صلى الله عليه وسلم " الولد للفراش وللعاهر الحجر"، لأن ثبوت النسب نعمة والجريمة لا تثبت النعمة، ويستحق صاحبها النعمة، والزنى الذي لا يثبت نسباً هو الفعل الخالي من أي شبهة مسقط للحد، فإذا كان ثمة شبهة تمحو وصف الجريمة، أو تسقط الحد، فإن النسب يثبت على الراجح في الحالة الثانية، وبالإجماع في الحالة الأولى"².

2- النسب في شبهة الفعل.

تسمى أيضاً شبهة الإشتباه، وهي التي تحدث في نفس الرجل، فيعتقد أن المرأة حل له على خلاف الواقع، كمن زفت له امرأة غير من عقد عليها ووطأها، فهي لا تحل له، ويرى بعض الفقهاء على أن النسب لا يثبت بها، لأن الأمر يتعلق بالفعل نفسه، فالفعل نفسه لا شبهة أنه زنى، والزنى لا يثبت به النسب³، في حين يرى جانب آخر من الفقهاء أن النسب يثبت بهذه الشبهة، فلو تزوج رجلان اختين، فغلطاً بهما عند الدخول، فزفت كل واحدة منهما إلى زوج الأخرى، فوطأها وحملت منه، لحق الولد بالواطئ، لأنه وطء يعتقد حله، فيلحق به النسب كالوطء في نكاح فاسد⁴.

¹ د- سعيدان أسماء - المرجع السابق ص 439

² محمد أبو زهرة - الأحوال الشخصية - دار الفكر العربي - القاهرة مصر - الطبعة الثالثة - 1957 - ص 388 .

³ د- سعيدان أسماء - المرجع السابق 437

⁴ ابن قدامة المقدسي- المغني - المجلد الثامن - ص 82

3- النسب في شبهة العقد.

هي شبهة انفرد بها الامام ابو حنيفة¹ وتقوم على صورة العقد لا حقيقته، كأن يتزوج بخامسة على اربعة في عصمته، او أن يتزوج زوجة الغير، او معتدة ويطؤها، على ألا يكون عالماً، فإن كان عالماً بالحرمة صار الفعل زنى.

ويثبت النسب في هذا النوع أيضاً لكون الامر يتعلق بعقد انطلق صحيحاً في نظر الزوج، وتبين لاحقاً أنه باطل.

والخلاصة أنه، إن وطء رجل امرأة لا زوج لها بشبهة فأنت بولد لحقه نسبه، وهذا قول الشافعي وابو حنيفة رحمهما الله².

قال أحمد رحمه الله، كل من درأت عنه الحد ألحقت به الولد، ولأنه وطأ اعتقد الواطئ حله، فلحق به النسب، كالوطء في النكاح الفاسد، وفارق وطء الزنى، فإنه لا يعتد الحل فيه³.

لأما إن كانت الموطوءة بشبهة ذات زوج، فيرى ابو حنيفة أن النسب يلحق زوجها لقاعدة الولد للفراش.

يقول ابن قدامة المقدسي في هذا الامر: "ولنا ان الواطئ انفرد بوطئها فيما يلحق به النسب، فلحق به كما لو لم تكن ذات زوج، وكما لو تزوجت امرأة المفقود عند الحكم بوفاة ثم بان حياً، والخبر مخصوص بهذا فنقيس عليه ما كان في معناه، وان وطئت امراته او امته بشبهة في طهر لم يصحبها فيه فاعتزلها حتى اتت بولد لستة اشهر من حين الوطء لحق الواطئ، وانتفى عن الزوج من غير لعان، وعلى قول ابي بكر وابي

¹ د- سعيدان اسماء - المرجع السابق 435

² ابن قدامة المقدسي- المغني - المجلد الثامن - ص 82

³ ابن قدامة المقدسي- المغني - المجلد الثامن - ص 82

حنيفة يلحق الولد للفراش، وإن أنكر الواطئ الوطاء فالقول قوله بغير يمين، ويلحق نسب الولد بالزوج، لأنه لا يمكن إلحاقه بالمنكر، ولا تقبل دعوى الزوج في قطع نسب الولد، وإن أتت بالولد لدون ستة أشهر من حين الوطاء لحق الزوج بكل حال، لأننا نعلم أنه ليس من الواطئ، وإن اشتركا في وطئها في طهر فأنت بولد ممكن أن يكون منهما لحق الزوج لأن الولد للفراش وقد أمكن كونه منه، وإن ادعى الزوج أنه من الواطئ فقال بعض اصحابنا يعرض على القافة معهما، فيلحق بمن ألحقته به منهما، فإن ألحقته بالواطئ لحقه ولم يملك نفيه عن نفسه وانتفى عن الزوج بغير لعان، وإن ألحقته بالزوج لحقه، ولم يملك نفيه باللعان في أصح الروايتين¹. انتهى قول الفقيه.

ونرى أن هذه الفتوى تسري في عصرنا أيما سريان، ذلك أن الخطأ وارد، وإن تعصب الزوج قد يؤدي في أغلب الأحيان إلى إنكار نسب الطفل، ومن ثمة إلحاقه بالطفولة المسعفة، فإن طرح الأمر على القاضي يتعين عليه مراعاة ما يلي:

- 1- أن مدة الحمل ينبغي ألا تقل عن ستة أشهر تسري من تاريخ الوطاء.
- 2- إن أنكر الذي ادعت أنه وطأها الوطاء، فالقول له، لاحتمال الكيد، ولحماية نسب الطفل، ولا يمكن قبول دعوى الزوج لاسقاط النسب، ولا تقبل البصمة الوراثية لأن المسألة هنا تتعلق باسقاط النسب لا إثباته.
- 3- إن أنجبت الطفل لاقبل من ستة أشهر من الوطاء لحق الولد بالزوج، ولا يمكن نفي نسبه، ولا تقبل دعواه باستعمال البصمة الوراثية تطبيقاً لقاعدة الولد للفراش، ولأن الأمر يتعلق بنفي النسب وليس اثباته.

¹ ابن قدامة المقدسي- المغني - المجلد الثامن - ص 82

4- يجوز اللجوء الى البصمة الوراثية لإثبات نسب الطفل في هذه الحالة، قياسا على القيافة، إذا اشتركا في وطئها في طهر واحد، لأن المدة هنا متطابقة، واحتمال أن يكون ابن أي منهما وارد، وأن الواطئ لا ينكر الوطء. وقد نص المشرع الجزائري باحكام المادة 40 على اثبات النسب بنكاح الشبهة على عمومه ودون أي تمييز بين انواعه، ودون تفصيل، وهو ما دفعنا الى تفصيل الحالات حماية للطفل، ولل قضاء على حالات الطفولة المسعفة، وفتح مجال لهذه الفئة للدفاع عن حقوقها استنادا الى هذه الاحكام والله اعلم.

المبحث الثاني: حق الطفل في النسب في الأنكحة المستحدثة.

تطورت المجتمعات الاسلامية، ومنها المجتمع الجزائري بشكل كبير في مجال العلاقات الاجتماعية، والاسرية بالخصوص، وعلى الأخص العلاقات الجنسية، بشكل إيجابي أحيانا، وبشكل سلبي في أحيان أخرى كثيرة، وارتبط هذا الامر بالتطور التكنولوجي من جهة، لاسيما وسائل التواصل الاجتماعي، وبظروف المعيشة والعمل والسكن من جهة أخرى، ما أدى الى ابتكار تسميات عديدة للعلاقات الجنسية بين الرجل والمرأة، يحاول بها الطرفان الابتعاد عن الزنى والعهر، باطلاق عليها وصف النكاح تحت تسميات مختلفة، فظهر زواج السر، والزواج العرفي في بعض جوانبه، وزواج المسيار، وزواج الهبة، والزواج الميسر، والزواج السياحي او الصيفي وغيرها من التسميات المبتكرة للزواج، فهل هي زواج؟، وما آثار هذه العلاقات على الطفل، هل ينسب لابيه بمقتضاها؟.

حاولنا في هذه الدراسة أن نبحث عن معنى بعض من هذه العقود الشائعة على سبيل المثال، نظرا لكثرتها، ومعالجة آثارها و نسب الطفل في كل منها في المطالب التالية:

المطلب الأول: حق الطفل المسعف الناتج عن زواج السر في النسب .

السر لغة هو الامر الذي يكتم، وجمعه أسرار يقال أسر الشيء أي كتمه واخفاه، والسرية - بضم السين - هي الأمة المتخذة للملك والجماع، وهي فعلية منسوبة الى السر، لأن الانسان يسرها ويستترها عن زوجته الحرة.

أما اصطلاحا، فزواج السر هو ما اوصي بكتمانه، وقيل هو أن يكون بلا تشهير، فهو ما كتم امره واخفي، واوصي الشهود حين العقد على كتمه¹.

وهو زواج له صورتان، الاولى أن يكون بين الزوجين فقط، دون حضور الولي والشهود، او بحضور الولي دون الشهود، ثم يتواصلون بكتمانه، وهو زواج باطل عند عامة الفقهاء، لفقد شروط الزواج من الولي والشهود، وهو من نكاح السفاح واتخاذ الاخذان، الذي جاء في قوله تعالى في الاية 25 من سورة النساء: "محصات غير مسافحات ولا متخذات اخدان"².

والثانية أن يتم بكافة اركانه وشروطه، ولكن يتفق الزوجان والشهود والولي على كتمانهم، فهو نكاح يوصي فيه الزوج الشهود بكتمانه عن زوجته او عن جماعته، ولو اهل منزله³.

¹ د- احمد بن يوسف بن احمد الدريويش- الزواج العرفي -حقيقته واحكامه واثاره، والانكحة ذات الصلة به- دراسة فقهية مقارنة- دار العاصمة للنشر والتوزيع - الرياض - المملكة العربية السعودية -الطبعة الاولى 2005ص 95

² د- احمد بن يوسف بن احمد الدريويش-ص 95

³ د- محمد بن فنخور العبدلي- الانكحة المستحدثة (المبتدعة) وحكم الشرع فيها - ص182

والمثقف عليه انه يستحب إعلان النكاح، والضرب فيه بالدف، قال أحمد: "يستحب ان يظهر النكاح، ويضرب فيه بالدف، حتى يشتهر ويعرف".
 وقال أحمد أيضا: "يستحب ضرب الدف، والصوت في الاملاك، فليل له ما الصوت، قال: يتكلم ويتحدث، والاصل في هذا ما روي عن محمد بن حاطب قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "فصل ما بين الحلال والحرام الصوت والدف في النكاح". رواه النسائي، وقال عليه السلام: "أعلنوا النكاح وفي لفظ أظهروا النكاح، وفي لفظ واضربوا عليه بالغريال¹".

فإن تم العقد بولي وشاهدين وأسروه وتواصوا بكتمانه، كره ذلك وصح النكاح، وبه يقول ابو حنيفة والشافعي، وابن المنذر، وممن كره نكاح السر عمر رضي الله عنه، وعروة وعبد الله بن عبيد الله بن عتبة، والشعبي، ونافع مولى ابن عمر، وقال أبو بكر عبد العزيز: النكاح باطل، لأن أحمد قال: إذا زوج بولي وشاهدين: لا حتى يعلنه، وهذا مذهب مالك².

يقول ابن قدامة المقدسي: "قوله" لا نكاح إلا بولي" مفهومه إنعقاده بذلك، وإن لم يوجد الإظهار، ولأنه عقد معاوضة، فلم يشترط إظهاره كالبيع، وإخبار الإعلان يراد بها الإستحباب، بدليل أمره فيها بالضرب بالدف والصوت، وليس ذلك بواجب، فكذلك ما عطف عليه، وقول أحمد: لا، نهى كراهة، فإنه قد صرح فيما حكينا عنه قبل هذا باستحباب ذلك، لأن إعلان النكاح والضرب فيه بالدف إنما يكون في الغالب بعد

¹ ابن قدامة المقدسي - المغني - المجلد السابع - السابق - ص 83

² ابن قدامة المقدسي - المغني - المجلد السابع - السابق - ص 83

عقده، ولو كان شرطاً لاعتبر حالة العقد كسائر الشروط¹. انتهى قول الفقيه ابن قدامة.

ومن ذلك ننتهي الى أن العقد السري إن كان من دون شهود، أو بشهود ولكن من دون ولي، كما رأينا في الحالة الأولى المستحدثة، فهو سفاح وزنى، وبالتالي لا يثبت به النسب إلا بالأوضاع والشروط التي سنراها عند دراسة حق ابن الزنى في النسب، أما كنتيجة لعقد الزواج، فإن النسب لا يثبت للطفل.

أما الزواج السري تام الأركان، الذي حضره الشهود والولي، وتم فيه الإيجاب والقبول، فإن اشترط فيه السر، والكتمان، فإنه عقد يثبت به النسب، ويلحق الطفل بأبيه، ويتعين على القضاة التمييز بين الحالتين، والتدقيق أثناء التحقيق المدني، هل السر كان بعد توافر أركان العقد، أم كان زواج شكلي مرفق بالسر.

المطلب الثاني: حق الطفل المسعف الناتج عن زواج المسيار في النسب.

المسيار لغة: اصله من السير، بمعنى الذهاب، يقال: سار يسير سيرا ومسيرا وتسياراً، إذا ذهب، والتسيار تفعال من السير وفيه دلالة على الكثر².

أما اصطلاحاً فهو الزواج الذي يذهب فيه الزوج الى الزوجة لا العكس، فسمي بذلك كون الزوج يسير الى زوجته في اوقات منقطعة وضيقة، ولا يطيل المكوث عندها، ولا يبيت ولا يقر³.

والمسيار صيغة مبالغة يوصف بها الرجل كثير السير، فيكون مسياراً او سياراً، وسمي بها هذا الزواج، لأن المتزوج في هذا النوع من الزواج لا يلتزم بالحقوق الزوجية

¹ ابن قدامة المقدسي - المغني - المجلد السابع - السابق - ص 84

² د- احمد بن يوسف بن احمد الدريويش- ص 98

³ د- احمد بن يوسف بن احمد الدريويش- ص 99

التي يلزمه بها الشرع، فكأنه زواج السائر الماشي، فالذي يتخفف في سيره من الأثقال والمتاع، لعدم التزامه بالحقوق التي يقتضيها الزواج من النفقة والمبيت عند الزوجة، لا زواج المقيم الذي يشبه الملتزم بكل مقتضيات الزواج.¹

ولم يعرف فقهاء الشريعة الاسلامية القدماء هذا النوع من العقود، اعتبارا أنه عقد مستحدث، واجتهد العلماء المعاصرون في تعريفه اصطلاحا؛

يقول الدكتور يوسف القرضاوي: "إن زواج المسيار - كما يسمى - ليس شيئا جديدا، إنما هو امر عرفه الناس من قديم، وهو الزواج الذي يذهب فيه الرجل الى بيت المرأة، ولا تنتقل المرأة الى بيت الرجل، وفي الغالب تكون هذه المرأة زوجة ثانية عليه، وعنده زوجة أخرى هي التي تكون في بيته وينفق عليها.

فروح هذا الزواج هو اعفاء الزوج من واجب المسكن، والنفقة، والتسوية في القسم بينها وبين زوجته الاولى او زوجاته، تنازلا منها، فهي تريد رجلا يعفها، ويحصنها، ويؤنسها، وإن لم تكلفه شيئا، بما لديها من مال، وكفاية تامة"²

وعرفه عبد الملك بن يوسف المطلق بقوله: "زواج المسيار هو الزواج الشرعي المستوفي للاركان والشروط المتعارف عليها عند جمهور الفقهاء، لكنه يتضمن تنازل الزوجة عن بعض حقوقها على الزوج، مثل: عدم مطالبته بالنفقة، او السكن او المبيت، وإنما يأتي اليها من وقت لآخر دون تحديد، ولا يثبت ذلك في العقد غالبا."³

وقد قسم جانب من الفقه الحديث زواج المسيار الى ثلاثة اقسام: مسيار تبرمه المرأة والرجل لوحدهما بوثيقة بسيطة ولا ولي ولا شهود فيه، وهو زنى وسفاح.

¹ د- احمد بن يوسف بن احمد الدريويش- ص99

² د- يوسف القرضاوي - زواج المسيار حقيقته وحكمه- ص4

³ د- احمد بن يوسف بن احمد الدريويش- ص103

ومسيار به شهود وولي وإيجاب وقبول، إلا أن المرأة تعتقد أن إسقاط النفقة والمبيت واجب عليها، وهو عقد به غرر لها، والثالث أن يتم الزواج بولي وشاهدين، مع علم الزوجة بأن من حقها عدم إسقاط المبيت والنفقة عنها، ولكنها تتنازل عنهما بإرادتها الحرة.¹

ويعزوا كثير من الفقهاء المحدثين هذا النوع من الزواج إلى تغير الأوضاع الاجتماعية، وكثرة العنوسة في البلاد الإسلامية، من جهة، وإلى عمل المرأة وكثرة مدخولها واستقرارها الاجتماعي من الناحية المادية لاسيما من حيث المدخول الشهري كالموظفات والمحاميات والمدربات والطبيبات، وكل منهن تملك المدخول والمسكن ولا حاجة لها بهما، وإنما حاجتها إلى زوج تأنس إليه، وهو ما أدى إلى كثرت سير الرجال إلى هذه الفئة من النساء.

ويرى الفقه المعاصر أن الأسماء لا تهم، وإنما الذي يهم هو الأركان، وأول أركان عقد الزواج هو الإيجاب والقبول وهو متوفر في هذا العقد، إن كان من أهله، وأن يتحقق الإعلام والإعلان به، حتى يتميز عن الزنى وعن اتخاذ الأخدان، الذي يكون دائما في السر، وهناك حد أدنى في الشرع لهذا الإعلان متفق عليه فقها وهو وجود الشاهدين²، كما سبق وأن رأينا، وهو ما يتحقق في هذا النوع من العقود، ووجود الولي في المذاهب الثلاثة المعروفة، مالك والشافعي وأحمد، في خلاف أبي حنيفة، وهو ما يتحقق في هذا الزواج أيضا، وألا يكون هذا الزواج مؤقتا بوقت، بل بنية الديمومة

¹ سعد بن عبد الله بن عبد العزيز السبر- الزواج المحرم، احكامه وانواعه- بحث منشور بموقع .com

<https://salsaber>

² ابن قدامة المقدسي - المغني -المجلد السابع- السابق - ص83

والاستمرار، وهو ما يتوفر أيضا في هذا العقد، وأن يتم بمهر او بمهر المثل او بمهر تتنازل عنه الزوجة لاحقا.

يقول الدكتور يوسف القرضاوي: "فإن وجدت هذه الامور الاربعة، الايجاب والقبول، والاعلام ولو في حده الادنى، وعدم التأقيت، والمهر، ولو تنازلت عنه المرأة بعد ذلك، فالزواج صحيح شرعا، وإن تنازلت المرأة فيه عن بعض حقوقها، ما عدا حق الجماع، الذي لا يجوز أن يشترط في العقد، لأنه شرط ينافي مقصود العقد فيبطله.

ولا يملك الفقيه أن يبطل مثل هذا العقد المستوفي لاركانه وشروطه، ولا أن يعتبر هذا الارتباط لونا من الزنى لمجرد تنازل المرأة فيه عن بعض حقوقها، فهي انسان مكلف، وهي أدرى بمصلحتها، وقد ترى - في ضوء فقه الموازنات بين المصالح والمفاسد- أن زواجها من رجل يأتي اليها في بعض الاوقات من ليل او نهار، اولى وافضل من بقائها وحيدة محرومة أبد الدهر، والعاقل الحكيم هو الذي يعرف خير الشرين، ويرتكب اخف الضررين، ويفوت ادنى المصلحتين"¹. انتهى قول الدكتور القرضاوي.

والراجح عند اغلب الفقهاء المحدثين، أن هذا العقد زواج صحيح، وإن اجمعوا على عدم الترغيب فيه.

ولا شك أن دراستنا تخرج عن نطاق النقاش ما إن كان هذا الزواج احسن او اسوء، وإنما غاية دراستنا كلها ان نجد حلا للابناء الناتجين عن هذا النوع من الزواج، ذلك أن فئة من الفقهاء قد اتجهت الى بطلان هذا العقد، واعتبرته زنى وسفاح، وأن القضايا

¹ د- يوسف القرضاوي- المرجع السابق - ص7

ستطرح على القضاة بمناسبة نظر دعاوى النسب للأطفال الناتجين عن هذا النوع من الزواج.

ونرى أن مجتمعنا قد اتجه بصورة كبيرة الى هذا النوع من الزواج، وأن مواقع الانترنت تعج بالنساء اللاتي تعرضن انفسهن للزواج بعقد الميسار، وأن الامر سيطرح لا محالة، ومن ثمة فإن نسب الطفل يثبت بهذا النوع من العقود، بشرط ان يكون بتوافر الايجاب والقبول، والشاهدين على الاقل، مادام العقد قد تم فيه الدخول والانجاب، طبقا للقانون الجزائري، أما إن كان بين الرجل والمرأة لوحدهما، دون شهود ولا ولي فهي علاقة سفاح وزنى.

المطلب الثالث: حق الطفل المسعف الناتج عن زواج الميسر في النسب.

الزواج الميسر، من اليسر بضم السين وسكونها، وهو السهولة واللين، وهو ضد العسر، وهو زواج ناتج عما عم عند الجاليات المسلمة في الخارج من زنى وفواحش،¹ وهو عقد من اقتراح الشيخ عبد المجيد الزنداني²، وقد تقدم به الى المجمع الفقهي الاوربي لدراسته، وسماه الشيخ الزنداني بـ "زواج فريند" نسبة الى ما هو سائد في الغرب من عبارة "بوي فريند" وجيرل فريند "boy friend – girl friend" واشترط لعلاج المشكلة أن يتم الزواج بصفة شرعية بوجود الإمام او المأذون له بابرام عقود الزواج، والشاهدين وصيغة العقد، والمهر المتراضي عليه، بالاضافة الى اشهار العقد واعلانه، وليس من هذه الشروط وجود منزل مع الزوج، فالغاية هي تيسير الزواج لدى المقيمين بالغرب لاتقاء شرور الفتنة، وبالتالي يمكن لاي شاب وشابة أن يرتبطا بعقد زواج من دون أن يمتلكا بيتا، إذ يكفي في البداية أن يعود كل منهما الى بيت والديه

¹ د- احمد بن يوسف بن احمد الدريويش- ص121

² محمد بن فنخور العبدلي- الانكحة المستحدثة (المبتدعة) وحكم الشرع فيها - ص188

بعد اللقاء بينهما، فهو زواج شرعي وفق القواعد الشرعية، إلا أنه ميسر من حيث الشروط لا سيما المسكن، ويقول في ذلك البيت ليس شرطاً شرعياً من شروط صحة الزواج¹،

وقد اثارَت هذه الفتوى اختلافاً كبيراً في الآراء، فوافق البعض على اعتبار الأمر زواجا صحيحاً، في حين اعتبره البعض الآخر دعوة إلى الفساد، وأنه زنى مقنن، وقد اورد الباحث محمد بن فنخور العبدلي قائمة لبعض المؤيدين لهذا العقد، القائلين بصحته، والرافضين له مع الترجيح، نوردها باختصار عنه فيما يلي²:

من بين المؤيدين للفكرة:

- الدكتور احمد الطيب مفتي مصر سابقا وقال انه لا يوجد مانع شرعي من ان يتم عقد الزواج عن ايجاب وقبول ومهر وشهود واشهار، وان عدم توفر مسكن خاص بالزوجين لا يبطل الزواج، وأجاز لقائهم في بعض الاوقات ثم الافتراق في المعيشة بعد ذلك، واشترط عدم استعمال المصطلحات الغربية لأنها تفضي على العقد طابعا غير شرعي.

- الشيخ عبد المحسن العبيكان، من علماء السعودية،

- الدكتور رافت عثمان عضو مجمع البحوث الاسلامية، وعضو مجمع فقهاء واشنطن.

- سليمان ابن عبد الله الماجد

- علي ابو الحسن رئيس لجنة الفتوى بالازهر سابقا.

¹ محمد بن فنخور العبدلي- الانكحة المستحدثة (المبتدعة) وحكم الشرع فيها - ص191

² محمد بن فنخور العبدلي- الانكحة المستحدثة (المبتدعة) وحكم الشرع فيها - ص من 192 الى 205

- ومن المجيزين له بتحفظ:

- محمد رافت عثمان العميد السابق لكلية الشريعة والقانون وعضو مجمع البحوث الإسلامية بالازهر، وقد وضع بعض التحفظات منها ضرورة حل اشكالية اين يتربى الطفل الناتج عن هذا الزواج .
- يرى الدكتور محمد المختار المهدي الرئيس العام للجمعية الشرعية والاستاذ بجامعة الازهر، أن هذا الزواج رغم أنه صحيح شرعا، إلا أنه لا يحقق الاستقرار التام بين الزوجين، بل إنه يقترب من زواج المتعة المحرم شرعا.
- الدكتورة سعاد صالح- رئيس قسم الفقه بجامعة الازهر- ترى أنه زواج صحيح شرعا إلا أن سلبياته أكثر من ايجابياته، لكونه لا يحقق كل المقاصد الشرعية للزواج، لأن غاية الزواج هي تنظيم الطاقة الجنسية لتحقيق غاية جليلة هي التناسل والتوالد والتكاثر والانجاب والمشاركة في اعباء الحياة وتربية الاجيال الجديدة وحفظ الانساب، وان هذه الفتوى تمثل حلا مؤقتا وليس حلا دائما.

فريق ثالث يرى ضرورة منع مثل هذا النوع من الزواج، ومنه:

- الدكتور نصر فريد واصل مفتي مصر السابق، الذي رأى انه زواج يتساوى فيه الانسان مع الحيوان، لان من مقاصد الزواج السكن والمودة، واذ لم يتحقق ذلك فقد الزواج معناه واصبح شهوة يتساوى فيها الانسان والحيوان.
- محمد سيد طنطاوي شيخ الازهر سابقا.
- ونرى انه مهما اختلفت اراء الفقهاء في مدى صحة هذا العقد، فانه عقد يثبت به النسب، لتوفر كامل اركان العقد، ولوجود شبهة العقد على الاقل، وهي شبهة تدرا بها

الحدود، ويثبت بها النسب، ومن ثمة وجب إلحاق نسب الطفل بهذا العقد، وإنقاذ الطفل من وضع الطفولة المسعفة.

المطلب الرابع: حق الطفل المسعف الناتج عن عقد الزواج بنية الطلاق في النسب.

وهو عقد زواج كامل الاركان من تطابق للايجاب والقبول وولي وشاهدين واعلان وصداق، إلا أنه زواج يبيت فيه الزوج النية على أن يطلق الزوجة بعد الدخول بها مباشرة او بعد زمن معين، دون أن يفصح بهذه النية لأي كان، بما في ذلك لزوجته، ويقول جانب من الفقه: هو ما انتشر في هذا الزمان بين الشباب المسلم وخاصة من ابنتي بالهجرة الى بلاد الكفر، وصورته أن يضم في نيته طلاق من يرغب زواجها، بعد انتهاء دراسته او عمله¹.

واختلف الفقهاء في هذا النوع من الزواج، وانقسموا الى قسمين، قسم اول يرى انه زواج صحيح حلال، يقول الفقيه سيد سابق:" اتفق الفقهاء على أن من تزوج امرأة دون أن يشترط التوقيت، وفي نيته أن يطلقها بعد زمن، او بعد انقضاء حاجته في البلد الذي هو مقيم به، فالزواج صحيح."²

وقال ابن قدامة المقدسي الحنبلي: " وإن تزوجها بغير شرط، إلا أن في نيته طلاقها بعد شهر، او إذا انقضت حاجته في هذا البلد، فالنكاح صحيح في قول عامة اهل العلم، إلا الاوزاعي قال: هو نكاح متعة، والصحيح: أنه لا بأس به، ولا تضر نيته، وليس على الرجل أن ينوي حبس امراته، وحسبه إن وافقته وإلا طلقها"³

¹ محمد بن فنخور العبدلي- الانكحة المستحدثة (المبتدعة) وحكم الشرع فيها - ص103

² الشيخ سيد سابق- فقه السنة - الجزء الثاني- المرجع السابق - ص 473

³ المغني -ج 10 ص 1176 48

وهو رأي شيخ الاسلام بن تيمية، سئل عن رجل ركاض يسير في البلاد في كل مدينة شهرا، او شهرين، ويعزل عنها، ويخاف ان يقع في المعصية، فهل له ان يتزوج في مدة اقامته، في تلك البلدة، وإذا سافر طلقها، وأعطاهما حقها أولا، وهل يصح النكاح أم لا؟

فاجاب: "له ان يتزوج، لكن ينكح نكاحا مطلقا لا يشترط فيه توقيتا، بحيث يكون إن شاء أمسكها، وإن شاء طلقها، وإن نوى طلاقها حتما عند انقضاء سفره كره في مثل ذلك وفي صحة النكاح نزاع، ولو نوى أنه إذا سافر واعجبته امسكها وإلا طلقها، جاز ذلك، وأما أن يشترط التوقيت فهذا نكاح المتعة الذي اتفق الاثمة الاربعة وغيرهم على تحريمه، وأما اذا نوى الزوج الاجل ولم يظهره للمرأة فهذا فيه نزاع، يرخص فيه ابو حنيفة والشافعي، ويكرهه احمد ومالك وغيرهما."¹

وقال الشيخ ابن باز رحمه الله: "نعم لقد صدرت فتوى من اللجنة الدائمة، وأنا رئيسها، بجواز النكاح بنية الطلاق، إذا كان ذلك بين العبد وبين ربه، إذا تزوج في بلاد الغربة، ونيته أنه متى انتهى من دراسته او من كونه موظفا، وما اشبه ذلك الى أن يطلق فلا بأس بهذا، عند جمهور العلماء، وهذه النية تكون بينه وبين الله - سبحانه - وليست شرطا، والفرق بينه وبين المتعة: أن نكاح المتعة يكون فيه شرط مدة معلوم كشهر او شهرين او سنة او سنتين، ونحو ذلك، فإذا انقضت المدة المذكورة انفسخ النكاح، هذا هو نكاح المتعة الباطل، أما كونه تزوجها على سنة الله ورسوله ولكن في قلبه أنه متى انتهى من البلد سوف يطلقها، فهذا لا يضر، وهذه النية قد تتغير، وليست

¹ العلامة تقي الدين ابن تيمية- الفتاوى الكبرى - تحقيق محمد عبد القادر عطا- مصطفى عبد القادر عطا- المجلد الخامس-

دار الكتب العلمية- بيروت - لبنان- الطبعة الاولى-1987. الفتوى 106/32-107-148

معلومة، وليست شرطاً بل هي بينه وبين الله فلا يضره ذلك، وهذا من اسباب عفته عن الزنى والفواحش، وهذا قول جمهور اهل العلم...¹

وذهب الشيخ ابن عثيمين الى توضيح الخلاف بين الطائفتين من قال بجواز هذا العقد ومن قال ببطلانه، فقال ما ملخصه ان من رأى انه عقد زواج متعه قال انه دخل على الزواج بنية الطلاق، والاعمال بالنيات، فقد نوى المتعة وإن لم يشترطها، ومن قال انه ليس بنكاح متعة اعتمد على أن نكاح المتعة أن ينكحها نكاحاً مؤقتاً الى اجل، ومقتضاه أنه إذا حل الاجل انفسخ العقد ولا خيار فيه للزوج ولا للزوجة، وهو ايضا ليس فيه رجعة، لأنه ليس بطلاق وإنما فسخ، أما من نوى فإذا انتهى الاجل لا يلزمه ذلك فقد يقرر امساكها ومواصلة العلاقة، ورأى انه ليس بنكاح متعة، ولكنه محرم من جهة اخرى، وهي خيانة الزوجة ووليها، لأن الزوجة ووليها لو علما بذلك ما رضوا وما زوجوه، ولو شرطه عليهم صار نكاح متعة، وانتهى أنه محرم لا من اجل ان العقد اعتراه خلل يعود اليه، ولكن من اجل انه من باب الخيانة والخدعة، فاذا قال قائل اذا هم زوجوه فهل يلزمونه ان تبقى الزوجة في ذمته، اذ من الممكن ان يتزوج اليوم ويطلق غداً، قال: "نعم هذا صحيح فالامر بيده ان شاء طلق وان شاء ابقى، لكن هنا فرق بين انسان تزوج نكاح رغبة ثم لما دخل على وزوجته ما رغب فيها، وبين انسان ما تزوج من الاصل إلا نكاح متعة بنيته، وليس قصده إلا أن يتمتع هذه الايام ثم يطلقها"² وانتهى الى أن النكاح صحيح لكن الزوج آثم من اجل الغش، وحذر من أن

¹ محمد بن فنخور العبدلي- الانكحة المستحدثة (المبتدعة) وحكم الشرع فيها - ص108

² الشيخ محمد بن صالح العثيمين- الشرح الممتع على زاد المستقنع- المجلد 12 - دار ابن الجوزي- المملكة العربية

السعودية - 1427 هجري - ص186

يتحول هذا الامر الى الفجور بأن يتخذ بعض ضعاف النفوس سببا للذهاب الى الخاج والتزوج باكثر من امراة ثم المغادرة.

ومن الذين خالفوا هذا الراي، واعتبروه عقدا باطلا، الاوزاعي واعتبره زواج متعة، قال الشيخ رشيد رضا تعليقا على هذا في تفسير المنار: هذا وان تشديد علماء السلف والخلف في منع المتعة يقتضي منع النكاح بنية الطلاق، وإن كان الفقهاء يقولون: ان عقد النكاح يكون صحيحا إذا نوى الزوج التوقيت ولم يشترطه في صيغة العقد، ولكن كتمانها اياه يعد خداعا وغشا، وهو أجدر بالبطلان من العقد الذي يشترط فيه التوقيت، الذي يكون بالتراضي بين الزوج والمرأة ووليها، ولا يكون فيه من المفسدة الا العبث بهذه الرابطة العظيمة، التي هي اعظم الروابط البشرية، وايتار التنقل في مراتب الشهوات بين الذواقين والذواقات، وما يترتب على ذلك من المنكرات.

وما لا يشترط فيه ذلك يكون على اشتماله على ذلك غشا وخداعا تترتب عليه مفسد اخرى من العداوة والبغضاء وذهاب الثقة حتى بالصادقين الذين يريدون بالزواج حقيقته، وهو إحسان كل من الزوجين للآخر، واخلاصه له، وتعاونهما على تأسيس بيت صالح من بيوت الامة¹.

ونرى أن النسب في هذا النوع من الزواج ثابت بكل الاحوال للطفل، إما تاسيسا على قاعدة الولد للفراش إذا اعتبرنا أن هذا الزواج عقد صحيح، وإما بناء على قاعدة شبهة اختلاف الفقهاء، وهي شبهة كافية لدرء الحدود واثبات النسب، ومن ذلك يمكن للقاضي أن يقضي بإثبات النسب وإحياء الولد الناتج عن هذا العقد، وإنقاذه من الطفولة المسعفة.

¹ الشيخ سيد سابق- فقه السنة - الجزء الثاني- المرجع السابق - ص 473

الفصل الرابع:

حق ابن الزنى وابن المغتصبة في النسب.

موضوع النسب كما أشرنا من أعقد المسائل التي بحث فيها الفقهاء عبر العصور، من فقهاء الشريعة، ومن فقهاء القانون، وقد تأثر هذا الموضوع تأثراً كبيراً بالتطور العلمي، فباستثناء ما هو ثابت من أدلة الإثبات كالفرش والإقرار والبينة، واللعان كدليل نفي، بقيت باقي الأدلة محل نقاش وجدال بين الفقهاء، لاسيما ما تعلق بالقيافة، والقرعة وغيرها من الطرق التي كانت سائدة في إثبات النسب.

بل إن الفقهاء قد أدخلوا الريبة حتى في وسيلة الإقرار، على أساس أنها تلحق بالمقر، وقد تكون صادقة، وقد تكون غير ذلك لارتباطها بشخصيته وضميره، وقد ترتبط أحياناً بمصالحه الاجتماعية وحتى الاقتصادية - مسائل الميراث -.

ولا شك أن التطور العلمي قد لعب دوراً هاماً في التأثير على مسائل النسب، بظهور تقنية البصمة الوراثية - D.N.A -، وهي تقنية أصبحت تربط بين الابن والاب البيولوجي له بدقة عالية، قد تصل نسبة 99.9999%، وأصبح بعض الفقهاء يقدمونها حتى على الإقرار¹.

وإذا كان الأصل في النسب أن الولد للفرش، وللعاهر الحجر، فإن هذه القاعدة قد تطرأ عليها بعض الصعوبات، ومن ذلك أن الأب قد يكون زانياً، إلا أن الأم قد لا تكون عاهرة بالضرورة، وأوضح صورة لها أن تكون الأم مغتصبة، فما مصير النسب

¹ - د- محمد جبر الالفي - استاذ الفقه المقارن- المعهد العالي للقضاء بالسعودية- بحث القي في اطار مؤتمر القرائن الطبية المعاصرة واثارها الفقهية- بعنوان - الاثار الفقهية والقضائية للبصمة الوراثية في اثبات النسب وتصحيحه ونفيه- مجلة الجمعية العلمية السعودية للدراسات الطبية الفقهية- الرياض 2013- ص13

هنا؟ كما أن بعض فقهاء الشريعة الاسلامية قد أدخلوا على قاعدة الولد للفراش قاعدة اخرى هي قاعدة جواز استلحاق ابن الزنى من طرف الزاني، وتوسعوا في هذه القاعدة واختلفوا فيها، غير أن هذه القاعدة أصبحت متروكة بعض الشيء وأن أغلب الباحثين يركزون على الأصل ويهملون الإستثناء، بالرغم من أن الاستثناء يؤكد الأصل.

إن الاجابة على هذا التساؤل، تقتضي التدقيق في المعاني والمفاهيم، وتأصيلها بين مختلف الحقوق، اعتبارا أن النسب حق للأب، وما يدور في فلكه من عصبية، وهو ما يركز عليه اغلب الدارسين، وهو حق للطفل ايضا، وهو ما يغفله البعض، وإن الحقين، حق الاب في ألا ينسب اليه إلا من كان من فراشه الزوجي، وحق الطفل في أن ينسب الى والده الذي تسبب في وجوده في الحياة، حقان يبدو عليهما بعض من التصارع والتصادم، ويتدخل بينهما حق الام في أن ينسب ابنها الى ابيه لا إليها، وألا تعير به مدى حياتها.

ويضاف الى هذه الحقوق حق الشارع الحكيم فيما فصل فيه من احكام يجب ألا تتم مخالفتها، وحق المجتمع في حفظ الانساب وعدم اختلاطها.

ولا شك أن حق الطفل في النسب - نتحدث عن النسب من جهة الاب - حماه الشارع الحكيم أيما حماية، بل إن اغلب فقهاء الشريعة الاسلامية السمحاء، اعتمدوا مبادئ اساسية في هذا الموضوع، اهمها إثبات النسب بأدنى دليل، ولو بشبهة، وعدم نفيه إلا باللعان، وبشروط صارمة ومنتشدة لإحياء الولد.

ومن القضايا الشائكة المطروحة على الفقه والقضاء بشكل اساسي في الآونة الاخيرة، قضايا ابناء الزنى وابناء المغتصبات، من منظور حقوق الطفل لا من منظور حقوق الزوج، فهل يجوز ان ينسب الطفل الى الزاني، وإن كان كذلك، فبأي شروط

وكيف، وما هو نظر الشريعة الاسلامية للموضوع، وما موقف الفقه والقضاء حوله، وهل أعطي حديث الولد للفراش المعنى الحقيقي له، أم أن رجال القانون يقرؤون هذا الحديث بشكل سطحي، وينتهون الى إنكار نسب كل طفل ولد خارج الزواج الشرعي تام الاركان؟

ومن ذلك مثلا، ما مصير الطفل الناتج عن الاغتصاب، وهل امه عاهرة حتى تتحمل وحدها تربيته ورعايته وما يلحقها من أنها تعير به مدى حياتها؟

نحاول في هذا الفصل التطرق الى حق ابن الزنى في النسب في مبحث اول، لنعرج الى حق ابن المغتصبة في مبحث ثاني، وفقا لما انتهت اليه احكام الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية، ووفقا لبعض الفتاوى المعاصرة.

المبحث الأول: حق ابن الزنى في النسب.

الاصل في النسب ان يكون الولد للفراش، أي ان تكون العلاقة الزوجية قائمة، بعقد شرعي، وان يولد الطفل للمدة المقررة بين حديها الادنى المقدر بستة اشهر، والاقصى المقدر بعشرة اشهر، مع ما في ذلك من تفصيل.

وقد اجمع جمهور العلماء في الشريعة الاسلامية أن ابن الزنى ينسب الى امه، ومرد هذا الاجماع حديث النبي عليه الصلاة والسلام " الولد للفراش وللعاهر الحجر" كما سبق وأن راينا، إلا أن هذا الرأي قد خالفه مجموعة من العلماء الأجلاء، وانتهوا الى أن ابن الزنى يمكن أن ينسب الى ابيه الزاني في بعض الحالات وضمن بعض الشروط، وأن مرد خلافهم عن الجمهور هو تفسير الحديث النبوي الشريف " الولد للفراش وللعاهر الحجر"، فقالوا أن الامر يتعلق بالفراش، فماذا لو كانت المرأة ليست فراشا لأحد؟ وماذا لو أراد الزاني استلحاق هذا الابن به؟

انتهى مجموعة من العلماء في تفسير هذا الحديث الى الخروج عن اجماع الجمهور، واقروا انه يجوز استلحاق ابن الزنى بشروط، فمن هم هؤلاء العلماء، وما درجة علمهم بين باقي العلماء، وما الفكرة التي اعتمدوا عليها لنسب ابن الزنى الى الزاني؟ وهل يجوز ان تطبق هذه النظرية في وقتنا الحالي؟ وكيف؟

نحاول أن نجيب عن هذه الاسئلة المشروعة في مطلبين، نؤصل في الاول منهما لقاعدة استلحاق ولد الزنى، ونتحدث في الثاني منهما عن اسانيد من قال بهذه القاعدة ومعارضيه.

المطلب الأول: تأصيل قاعدة إستلحاق ولد الزنى بالزاني.

الاصل في النسب كما راينا ان الولد للفراش وللعاهر الحجر، وهي قاعدة مستمدة من حديث مشهور للنبي محمد عليه الصلاة والسلام، فما المقصود بهذا الحديث، وكيف فسره جمهور علماء الامة، وانتهاوا الى أن ابن الزنى لا ينسب لابيه وإنما ينسب لأمه، وكيف خرج عنهم بعض العلماء وفسروه على أنه يجوز استلحاق ابن الزنى.

الفرع الأول: مفهوم قاعدة الولد للفراش.

اعتبر الاسلام فراش الزوجية هو الموجب للنسب، لانه نظم علاقة الرجل بالمرأة، وحصر أنه لا يكون اتصال الرجل بالمرأة الا عن طريق الزواج، فقد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال:

" أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم ، فليست من الله في شيء ، ولن يدخلها الله جنته ، و أيما رجل جدد ولده وهو ينظر اليه ، احتجب الله عنه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين " ¹، وعلى هذا فلا نسب إلا بالزواج الصحيح.

¹ اخرجه ابو داوود والنسائي وابن ماجة

و الزواج عقد لا يقوم صحيحا ، بالشكل المطلوب لترتيب النسب ، إلا بتوفر ركنه وشروطه ، وأن يمكن الاتصال بين الطرفين.

وركن العقد حسب المشرع الجزائري هو الرضا، ويعبر عنه بالايجاب والقبول¹، أما الولي والشاهدين و الصداق فهي شروط صحة.

وحدد المشرع الجزائري ألفاظ عقد الزواج بأحكام المادة العاشرة من قانون الاسرة، ونصت على انه " يكون الرضا بايجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الاخر، بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا.

ويصح الايجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة او عرفا كالكتابة والاشارة"

وقد حدد المشرع بأحكام المادة 09 مكرر من قانون الاسرة الجزائري شروط الزواج، وعددها على النحو التالي:

- أهلية الزواج
- الصداق
- الولي
- شاهدان
- انعدام الموانع الشرعية للزواج.

واشترط رضا القاصر، ومنع وليها ان يزوجها دون موافقتها، طبقا لاحكام المادة 12 من قانون الاسرة.

¹ د - العربي بلحاج - احكام الزواج في ضوء قانون الاسرة الجديد- دار الثقافة للنشر والتوزيع- الطبعة الاولى عمان الاردن 2012 ص 187

وقد حصر المشرع موانع الزواج، وقسمها الى قسمين، محرمات حرمة مؤبدة، ومحرمات حرمة مؤقتة.

متى توفر ركن الرضا، وشروط الزواج، كان هذا الزواج زواجا صحيحا يثبت به النسب، ويلحق الطفل بنسب ابيه دون اي إشكال إذا توفر شرط اخر هو إمكانية الاتصال الجنسي بين الطرفين كما رأينا في الفصل الاول من هذا البحث، وهو أمر يمليه المنطق ايضا، إذ لا يعقل أن يكون الاتصال مستحيلا، ويلحق الابن بالزوج.

وقد وافق جمهور العلماء في الشريعة الاسلامية هذا المبدأ ايضا، إذ ذهب الجمهور الى أن النسب بالعقد مع إمكانية الدخول، ويضيف المالكية بالقول أنه إذا وقع الفراق قبل الدخول، وكان عدم الدخول ثابتا بالطرق الشرعية، فلا يثبت النسب¹.

وقد فصل علماء الدين كثيرا في هذا الموضوع، فقد ذهب المالكية والشافعية الى أن ثبوت عدم وصول الزوج الى زوجته يجعل النسب لا يثبت من الزوج، في حين خالفهم الأحناف في ذلك²، إذ يرى الأحناف، وهم أهل الرأي والقياس، أن مجرد العقد يجعل المرأة فراشا لوجود مظنة الاتصال، وعليه فوجود العقد كاف عندهم، لأن الاتصال أمر خفي وسري ولا يطلع عليه احد غيرهما بخلاف العقد³.

وبالرغم من صحة عقد الزواج، وإمكانية الاتصال بين الطرفين، إلا أن هذا الامر لا يكفي وحده لاثبات النسب، ذلك أنه يتعين أن يولد الطفل في مدة الحمل المقرر شرعا وقانونا، إذ تقضي المادة 42 من قانون الاسرة الجزائري أنه: "اقل مدة الحمل ستة اشهر، واقصاها عشرة اشهر".

¹ أ- نادر بوشاشي - المرجع السابق - ص20

² احمد نصر الجندي، النسب في الاسلام والارحام البديلة- دار الكتب القانونية - مصر 2003- ص39

³ احمد فراج حسين- احكام الاسرة في الاسلام - الطلاق وحقوق الاولاد ونفقة الاقارب - مصر 1991 - ص 200

وقد جاءت هذه المادة مطابقة لاجماع الفقهاء.

إن الولد متى ولد من زواج تام الاركان والشروط، وأمكن الاتصال بين الزوجين على النحو الذي بيناه ، وولد الطفل في مدة الحمل المحددة، وازداد بعض الفقه شرطاً آخر هو انعدام العيب المانع من الانجاب لدى الزوج¹، نسب الولد الى ابيه شرعاً، وتلك هي قاعدة الولد للفراش التي يتوقف عندها اغلب الدارسين لمسألة النسب، غير اننا نرى ضرورة الرجوع الى جذور هذه القاعدة وتأصيلها لإدراك المفاهيم وتبسيطها على النحو التالي:

1- أصل القاعدة:

ثبت في الصحيحين من حديث عائشة رضي الله عنها قالت: "اختصم سعد ابن ابي وقاص وعبد ابن زمعة في غلام، فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن اخي عتبة بن ابي وقاص، عهد الي انه ابنه، انظر الى شبهه، وقال عبد ابن زمعة: هذا يا رسول الله ولد على فراش ابي من وليدته، فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم، فرأى شبهها بينا بعتبة، فقال: " هو لك يا عبد ابن زمعة، **الولد للفراش، وللعاهر الحجر**، واحتجبي منه يا سودة، فلم تره ام المؤمنين سودة قط"².

جاء في كتاب زاد المعاد في هدي خير العباد لابن قيم الجوزية: "إن قيل: فقد دل الحديث على حكم استلحاق الولد، وعلى ان الولد للفراش، فما تقولون لو استلحق الزاني ولدا لا فراش هناك يعارضه، هل يلحقه نسبه ويثبت له احكام النسب؟

قيل هذه مسألة جلييلة، اختلف اهل العلم فيها، فكان اسحاق بن راهوية يذهب الى ان المولود من الزنى اذا لم يكن مولوداً من على فراش يدعيه صاحبه، وادعاه الزاني

¹ د- لحسين اث ملويا - المنتقى في قضاء الاحوال الشخصية - الجزء الاول - المرجع السابق- ص 97

² ابن قيم الجوزية - المرجع السابق - ص 819

ألق به، وأول قول النبي صلى الله عليه وسلم " الولد للفراش " على انه حكم بذلك عند تنازع الزاني وصاحب الفراش، كما تقدم، وهذا مذهب الحسن البصري رواه عنه اسحاق باسناده، في رجل زنى بامرأة فولدت ولدا فادعى ولدها فقال: يجلد ويلزمه الولد، وهذا مذهب عروة ابن الزبير، وسليمان بن يسار، ذكر عنهما انهما قالوا: أيما رجل اتى الى غلام يزعم انه ابن له، وانه زنى بامه، ولم يدع ذلك الغلام احد، فهو ابنه...¹ انتهى قول الفقيه ابن قيم الجوزية.

ويتضح من الحديث أن الامر يتعلق باختصاص شخصين حول نسب طفل، يدعي كل منهما نسب الطفل اليه، فادعى سعد ابن ابي وقاص انه ابن اخيه عتبة، وادعى عبد ابن زمعة انه اخوه ابن ابيه زمعة، كون والدة الطفل كانت زوجة ابيه، وان الطفل ولد على فراش ابيه، وبالرغم من ان النبي عليه الصلاة والسلام عاين ان الطفل به شبه بسعد بن ابي وقاص الا انه قضى به لعبد ابن زمعة، وقال عليه الصلاة والسلام " الولد للفراش وللعاهر الحجر " ، واستنتج الفقهاء من هذا الحديث عدة احكام اهمها:

2- الأحكام الشرعية المستمدة من القاعدة.

أ- أن النبي عليه الصلاة والسلام قد اخذ بدليل الفراش وقدمه على دليل الشبه.

ب- أن النبي عليه الصلاة والسلام بالرغم من أنه قضى بنسب الولد الى عبد ابن زمعة، إلا أنه امر ام المؤمنين السيدة سودة بنت زمعة وهي اخت عبد أن تحتجب من الغلام، بالرغم من أنه أخوها حسب قضاء النبي عليه الصلاة والسلام.

¹ ابن قيم الجوزية - المرجع السابق - ص 825

ت- أن النبي قرر هذا الحكم اعتبارا لوجود فراش الزوجية، وهنا يرى جانب من الفقه ان هذا الحكم يخص الحالات التي بها فراش الزوجية، ولا ينطبق على الحالات التي لا فراش فيها، فهو قاصر على هذه الحالات ووجب قصره عليها ولا يجب تعميمه على كل حالات النسب، و القول أنه لا نسب إلا بالفراش كما فسره البعض.

قال شيخ الاسلام ابن تيمية: " فجعل النبي صلى الله عليه وسلم الولد للفراش، دون العاهر، فاذا لم تكن المرأة فراشا، لم يتناوله الحديث".
وقال ابن القيم: " وليس مع الجمهور اكثر من الولد للفراش، وصاحب هذا المذهب - أي القائلون ان ولد الزنى يلحق بالزاني اذا استلحقه، ولم تكن امه فراشا لزوج او سيد- اول قائل به، أي انهم لا ينازعون في ان الولد للفراش، ولا يلحق بالزاني في هذه الحالة" انتهى، أي ان النبي صلى الله عليه وسلم قد بين ان المرأة اذا كانت فراشا فولدها منسوب لصاحب الفراش، على كل حال، إلا ان ينفيه باللعان، ولم يتناول الحديث ما إذا لم تكن المرأة فراشا، وحينئذ لا يؤخذ حكمه من هذا الحديث، وإنما ينظر للدلالة الاخرى¹.

الفرع الثاني: مفهوم قاعدة إستلحاق ولد الزنى بالزاني (الإستثناء من قاعدة الولد للفراش).

بعد أن قررنا أن الاصل في النسب أن الولد للفراش مع ما لهذه القاعدة من فروع واختلاف بين الفقهاء، على النحو الذي بيناه، ووجب القول ان النسب يلحق بالاب في حالات العلاقات الشرعية او النكاح الفاسد او أي وطء بشبهة، وهذا الامر يستدعي

¹ د- احمد بن صالح ال عبد السلام- حكم استلحاق ولد الزنى- ص149 بحث منشور بالموقع

<https://ebouk.univeyes.com>

استثناء ابن الزنى من النسب لابيّه، على اعتبار ان النسب يحقق مقاصد الشريعة في حفظ النسل، وهي احدى المقاصد الكبرى والضروريات الخمس التي قررت الشريعة الاسلامية الحفاظ عليها ، لما في اختلاط الانساب من مفاصد كبيرة واثار اجتماعية سيئة، ومن باب حفظ الانساب فان جمهور العلماء لم يعتبر الزنى سببا للنسب من جهة الرجل¹.

غير ان هذه القاعدة قد خرج عليها بعض علماء الدين الأجلاء باستثناء مفاده جواز استلحاق ابن الزنى بالزاني من حيث النسب.

1- تعريف الإستلحاق:

ويراد بالاستلحاق لغة: مصدر استلحق، يقال استلحق فلان فلانا اذا ادعاه² ، أما اصطلاحا فهو الإقرار بالنسب، والتعبير بلفظ الاستلحاق استعمله المالكية والشافعية والحنابلة، أما الحنفية فاستعملوه في الإقرار بالنسب على قلة³. ويعرف أيضا أنه إقرار ذكر مكلف أنه أب لمجهول نسبه.

وقد اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية حول مدى جواز الاستلحاق في الزنى؛ فعدم جواز الاستلحاق في الزنى قال به جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والظاهرية، وبعض الحنابلة، والامام الشوكاني، حيث يرى هذا الفريق عدم إحقاق الولد بالزاني وإن ادعاه الزاني⁴.

¹ د- عماد الدين مصطفى عبد الله الشعار- البصمة الوراثية ومدى حجبتها في اثبات نسب ولد الزنى -دراسة فقهية مقارنة- بحث مقدم بجامع ام القرى - كلية الشريعة والدراسات الاسلامية -السعودية - ص18

² القاموس المحيط ص 1189

³ الدكتور محمد محمود ابو ليل- بحث بعنوان استلحاق ولد الزنى في الفقه الاسلامي وقانون الاحوال الشخصية الاردني-

الجامعة الاردنية- كلية الشريعة- ResearchGate.net ص5

⁴ د- خليفة علي الكعبي- البصمة الوراثية واثرها على الاحكام الفقهية - دراسة فقهية مقارنة - دار النفائس للنشر والتوزيع- الاردن- الطبعة الاولى 2006- ص 285.

في حين ذهب جانب آخر من فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أنه يجوز للزاني استلحاق ابنه من الزنى بشروط ، ومنهم إسحاق بن راهوية ، وعروة بن الزبير ، وسليمان بن يسار ، والحسن البصري ، ومحمد بن سيرين ، وشيخ الإسلام ابن تيمية ، وتلميذه الفقيه ابن قيم الجوزية ، ويرى هذا الفريق أنه إذا استلحق الرجل ولده من الزنى ولا فراش فإنه يلحق به¹ بشروط.

2- شروط إستلحاق ولد الزنى:

وضع الفقهاء القائلون بالاستلحاق ثلاثة شروط له هي:

- 1- ألا تكون المزني بها فراشا لرجل آخر، لتعارض الاستلحاق مع قاعدة الولد للفراش، فهنا الولد للزوج ولو أقرت بالزنى من الثاني.
- 2- أن يستلحقه الزاني ويقر أن الطفل منه.
- 3- أن يلحقه بحكم الحاكم.²

وان كان جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية يرفضون استلحاق ابن الزنى بالزاني في كل الأحوال، إلا أن وجود رأي مخالف لهم، يقتضي التوقف عنده، ذلك أن الغاية من هذا البحث هو إظهار رأي من خالف الجمهور في الرأي، واخذ باستلحاق ابن الزنى، لتوضيح من هم، ودرجتهم في العلم والاجتهاد ، وحججهم في القاعدة ، اعتبارا أن المشرع الجزائري على الأقل أحال إلى أحكام الشريعة الإسلامية بالمادة 222 من قانون الأسرة ، ودون أن يحدد ما إن كان يجب الأخذ برأي الجمهور، أم أنه ترك الأمر للقاضي يقدر الوقائع حسب كل حالة ، ويمكنه أن يأخذ برأي الأقلية من الفقهاء

¹ د- خليفة علي الكعبي - المرجع السابق - ص 285

راجع أيضا الدكتور- محمد سعدي احمد حسنين-النسب بوسائل التقنية الطبية الحديثة- دراسة شرعية- بحث مقدم لمؤتمر

القرائن الطبية المعاصرة واثارها الفقهية-2014 ص 6

² راجع في هذه الشروط د محمد سعدي احمد حسنين- المرجع السابق ص6

فيما خالفوا فيه رأي الجمهور ، لاسيما وأن المشرع نفسه قد اخذ ببعض فتاوى الامام ابو حنيفة النعمان، في بعض احكام قانون الاسرة، على اساس أن اختلاف علماء الامة رحمة ، وان ما ذهب اليه الجمهور قد لا يثبت في العصر الحالي، بخلاف ما يذهب إليه رأي البعض ممن خالفهم.

غاية بحثنا إذن أن ننظر الى النسب من جانب أنه حق للطفل ، وليس من جانب حق الرجل وعشيرته في عدم نسب ابن الزنى اليهم ، وغايتنا ان نجد مخرجا لهذه الفئة من الاطفال ، اعتمادا على ان اختلاف علماء الامة رحمة ، وان الاصل احياء الولد ، وفي نفي نسبه من ابيه قتل له ، واعتبارا ان الشريعة الاسلامية متشوفة لإثبات النسب ولو بالشبهة لانفيه ، وهو قول الشافعي وابو حنيفة واحمد¹.

المطلب الثاني: أسانيد القائلين باستلحاق ولد الزنى، ومعارضيتهم.

قبل التفصيل في هذه الاقوال وجب أن نشير الى أن الزنى فاحشة عظيمة، رتب عليها الله تعالى عقوبات قد تصل الرجم حتى الموت اذا توفرت شروط معينة منها الاحسان، والزنى من اكبر الفواحش، واضراره على المجتمع كبيرة وخطيرة، وقد اورد الفقهاء عشرة اسباب للنهي عن الزنى نوردها فيما يلي:

الفرع الأول: أسباب تحريم الزنى

1- النهي الصريح عن قربه ، وقطع الاسباب المفضية اليه، لقوله تعالى في

سورة الاسراء الاية 32: " ولا تقرؤا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا".

¹ ابو محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة - المغني- تحقيق طه محمد الزيني- المجلد الثامن- مطبعة الفجالة الجديدة- القاهرة- 1969 ص 82 رقم 6280.

2- وصفه بأقبح الاوصاف، قال تعالى: "إنه كان فاحشة وساء سبيلاً" والفاحش هو القبيح، وانه شر سبيل لما يترتب عليه من مفسد كاختلاط الانساب وانتهاك الاعراض والحرمات وتضييع الحقوق والواجبات وتهديم البيوت، وتفكيك الاسر، واهلاك الحرث والنسل، وزرع العداوة بين الناس بسبب التعدي على نساءهم وانتهاك محارمهم، وما يحصل منه من امراض فتاكة.

3- جعل تركه شرطاً للبيعة في الاسلام، قال تعالى في سورة الممتحنة الاية 12: "يا أيها النبي إذا جاءك المؤمنات يابعنك على ان لا يشركن بالله شيئاً ولا يسرقن ولا يزنين ولا يقتلن اولادهن ولا يأتين بهتان يفتريه بين ايديهن وامرجهن ولا يعصينك في معروف فبايعهن واستغفر لهن الله إن الله غفور رحيم"

4- وصف المؤمنون بانهم لا يزنون

5- قرن الزنى بالشرك والقتل بغير حق.

6- توعدهم من فعل ذلك بمضاعفة العقاب له يوم القيامة.

لقوله تعالى في سورة الفرقان الايتين 68-69: "والذين لا يدعون مع الله إلاها اخر ولا

يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلق اثاماً يضاعف له العذاب يوم القيامة ويخلد فيه مهاناً"

7- انه اعظم الذنوب بعد الشرك والقتل، قال ابن رشد: "الزنى من اعظم

الذنوب، واجل الخطايا، ليس بعد الشرك بالله، وقتل النفس التي حرم الله، ذنب اعظم منه"

8- الامر بحفظ الفرج من الزنى والامر بغض البصر الذي هو وسيلة اليه.

9- تعليق فلاح العبد على حفظ فرجه من الزنى، يقول تعالى في سورة المؤمنون الآية 1 الى الآية 7: " قد افلح المؤمنون الذين هم في صلاتهم خاشعون، والذين هم عن اللغو معرضون، والذين هم للزكاة فاعلون والذين هم لفروجهم حافظون الا على انزواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فاؤلئك هم العادون" فلا سبيل الى الفلاح دون حفظ الفرج.

10- ان الزاني لا يظأ او يتزوج الا زانية او مشركة، وان الزانية كذلك وتحريم ذلك على المؤمنين لقوله تعالى في سورة النور الآية الثالثة: " الزاني لا ينكح الا زانية او مشركة والزانية لا ينكحها الا نرانا او مشرك وحرم ذلك على المؤمنين." وروى النبي عليه الصلاة والسلام وضع الزناة يوم القيام فقال: " فأتينا على مثل التنور، فاذا فيه لغط واصوات، قال: فاطلعنا فيه، فاذا فيه رجال ونساء عراة، واذا هم ياتيهم لهب من من اسفل منهم، فاذا اتاهم ذلك اللهب ضوضوا" ثم قال في اخر الحديث: " واما الرجال والنساء العراة الذين هم في مثل بناء التنور فانهم الزناة والزواني"¹.

ولا شك ان اسباب تحريم الزنى كثيرة لا سيما في عصرنا هذا، وظهرها على المجتمعات لاسيما ظهور افة الايدز.

¹ راجع في اسباب النهي عن الزنى- الدكتور عبد العزيز بن فوزان بن صالح الفوزان - حكم استبراء الزانية واستلحاق ولد الزنى - بحث منشور في مجلة العدل السعودية - العدد 30 - ربيع الاخر 1427 هـ ص 133

الفرع الثاني: أسانيد من قال بعدم جواز إستلحاق ابن الزنى بالزاني ونسبه إليه:

نتحدث هنا عن ابن الزنى الذي ليست امه فراشا لاحد، و مفاد هذا القول ان المولود خارج رابط الزواج لا ينسب الى الرجل صاحب الماء، او غيره ممن يدعي انه اب له، وذلك لانقضاء السبب الشرعي المثبت لرابطة انتساب الفرع الى اصله، والولد الى ابيه، وقد ذكر اهل العلم ان هذا قول الائمة الاربعة، ومذهب الظاهرية، ومستندهم في ذلك عدة ادلة وقواعد شرعية منها¹:

1- الاصل في ثبوت النسب هو الفراش والزواج الشرعي الصحيح، وما عداه فلا يكون فيه نسب، وهذا الاصل ثابت بادلة الشرع الجزئية وقواعده الكلية، وعموم توجيهاته وقرائنه ومعطياته، ومن ذلك قاعدة رابطة النكاح والاسرة، وما يترتب عليها من اثار، والتزامات وحقوق، وما تؤول اليه من مصالح معتبرة، كمصلحة حفظ النسل، والنسب والعرض، ورعاية الولد وحسن ولايته وتوجيهه، واستقرار الاحوال النفسية والاخلاقية والامنية للفرد والمجتمع والدولة والامة، في الظاهر والباطن، في العاجل والاجل.²

قال ابن عبد البر: "فكانت دعوى سعد سبب البيان من الله عز وجل على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم في ان العاهر لا يلحق به في الاسلام ولد يدعيه من الزنى، وان الولد للفراش على كل حال"³

¹ الدكتور نور الدين مختار الخاتمي - استاذ التعليم العالي ومدير مدرسة الدكتوراه بجامعة الزيتونة بتونس- نسب المولود خارج رابطة الزواج - بحث مقدم للدورة العشرين للمجمع الفقهي الاسلامي- المنعقد بمكة المكرمة بتاريخ 25 الى 29

ديسمبر 2010- مجلة رابطة العالم الاسلامي - ص 8

² د- نور الدين مختار الخاتمي - المرجع السابق ص8

³ د عبد العزيز بن فوزان - السابق ص 170

- 2- ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما، ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " لا مساعاة في الاسلام، من ساعى في الجاهلية فقد لحق بعصيته، ومن ادعى ولدا من غير رشدة فلا يرث ولا يورث".
- ووجه الاستدلال ان النبي عليه الصلاة والسلام قد ابطال المساعاة وهي الزنى، ولم يلحق النسب بها، معفا عما كان منها في الجاهلية¹.
- 3- ما رواه عمر بن شعيب عن ابيه عن جده قال: ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى ان كل مستلحق ان كان من أمة لم يملكها او من حرة عاهر بها فانه لا يلحق به، وفي رواية " من ادعى ولدا من امة لا يملكها او من حرة عاهر بها، فانه لا يلحق به ولا يرث، وهو ولد زنى لاهل امه من كانوا."²
- 4- ان اثبات النسب بالزنى فيه تسهيل لامر الزنى، واشاعة للفاحشة بين المؤمنين، وقطع النسب شرعا زجر للزاني، فانه ان علم ان ماءه يضيع بالزنى تحرز منه.³
- 5- ان ماء الزاني هدر لا حرمة له، فلا يترتب عليه اثر، وان نعمة النسب انما تكون من جهة الطاعة لا من جهة المعصية، فلا تتال بالزنى.⁴
- 6- ان اثبات نسب الطفل الى الزاني يكون ذريعة لفعل الزنى واستهانة بشانه وعاقبته، فقد يقدم الانسان على الفاحشة دون خشية مما يترتب عليها من

¹ د- احمد بن صالح ال عبد السلام- المرجع السابق- ص149

² د- عبد العزيز بن فوزان -السابق - ص172

³ د- عبد العزيز بن فوزان - السابق - ص173

⁴ د- احمد بن صالح ال عبد السلام- المرجع السابق- ص154

اثار وجود الولد بالخصوص، حيث يقوم على تنسيبه اليه دون عناء او ابتلاء
او شقاء¹.

الفرع الثالث: أسانيد من قال بجواز إستلحاق ابن الزنى بالزاني ونسبه إليه.

جاء في كتاب الفتاوى الكبرى لشيخ الاسلام ابن تيمية، في باب ما يلحق من النسب
ما يلي: "... وان استلحق ولده من الزنى ولا فراش لحقه ، وهو مذهب الحسن وابن
سيرين، والنخعي واسحاق².

ففي استلحاق الزاني ولده اذا لم تكن المرأة فراشا قولان لاهل العلم، والنبى صلى الله
عليه وسلم، قال: " **الولد للفراش وللعاهر الحجر**"، فجعل الولد للفراش دون العاهر،
فالمرأة تحت الزوج فراش، فاذا لم يكن لها زوج فهي ليست فراشا، ولم يكن للعاهر
الحجر حينئذ، بل اذا استلحق ولده لحقه، كما استدل ابن تيمية بان عمر ابن الخطاب
رضي الله عنه أناط" الاط" أي ألحق اولاد الجاهلية بأبائهم الذين يدعونهم في
الاسلام³.

واضاف ابن قيم الجوزية ان القياس الصحيح يقتضي إحاق الولد بالزاني لان الاب
احد الزانيين، واذا كان ولد الزنى يلحق بأمه ، وترثه ويرثها ، ويثبت النسب بينه وبين
اقاربها ، مع كونها زنت وأنجبته ، و اذا كان هذا الولد قد وجد من ماء الزانيين،
وهما اللذان اشتركا فيه ، وقد اتفقوا على انه ابن لهما ، فما هو المانع الشرعي من ان
يلحق بابيه الزاني اذا لم يكن هناك فراش او لم يدعه غيره ، فهذا هو محض القياس⁴.

¹ د- نور الدين مختار الخاتمي - المرجع السابق ص11

² العلامة تقي الدين ابن تيمية- الفتاوى الكبرى - تحقيق محمد عبد القادر عطا- مصطفى عبد القادر عطا- المجلد الخامس-

دار الكتب العلمية- بيروت - لبنان-الطبعة الاولى-1987 ص508

³ د- خليفة علي الكعبي- المرجع السابق - ص 287

⁴ الامام ابن قيم الجوزية - المرجع السابق- ص 825

نسب الى ابي حنيفة النعمان القول بانه اذا تزوجها بعد الزنى ولو قبل يوم من الوضع لحق به الولد اذا استلحقه، وان لم يتزوجها لم يلحق به"¹.

وقال ابن قدامى المقدسي في المغني " روي عن ابن عاصم عن ابي حنيفة انه قال: لا أرى بأسا اذا زنى الرجل بالمرأة فحملت منه ان يتزوجها، من حملها ويستتر عليها والولد له"².

واستمد هذا الفريق جواز إلحاق الولد بالزاني من حديث الملاعنة بين هلال ابن أمية وامراته، وفيه قول النبي صلى الله عليه وسلم بعد ان تمت الملاعنة بين هلال بن أمية وزوجته: " أبصروها فان جاءت به أكحل العينين، سابغ الاليتين، خدلج الساقين، فهو لشريك ابن سمحاء " فجاءت به كذلك، فقال صلى الله عليه وسلم: " لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن"³ ، ومرد استشهادهم ان قول النبي انه لشريك ابن سمحاء، وهو غير الزوج الملعن، أي انه نسبه للزاني.

واستندوا ايضا الى ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يليب ابناء الجاهلية بابائهم من الزنى أي يلحقهم بهم.

كما استندوا على المنطق لما جاء في قول ابن قيم الجوزية من ان الام زانية والاب زان، فكيف ينسب الى الام ولا ينسب الى الاب؟ كما سبق شرحه.

والملاحظ حسب هذه الدراسة البسيطة، وحسب ما اطلعنا عليه لدى بعض الجهات القضائية في الجزائر، انه وبالرغم من ان الامام ابو حنيفة النعمان اجاز إلحاق ابن

¹ الماوردي البصري ابو الحسن علي بن محمد- الحاوي الكبير في فقه مذهب الامام الشافعي رضي الله عنه- شرح مختصر المزني- تحقيق وتعليق الشيخ علي محمد معوض- الشيخ عادل احمد عبد الموجود- الجزء الثامن- دار الكتب العلمية- بيروت لبنان- الطبعة الاولى- 1994- ص162

² ابن قدامة المقدسي- المرجع السابق - الجزء التاسع - ص 122

³ صحيح البخاري - الحديث 5309 ص1030

الزنى بالزاني اذا تزوجها قبل ان تضع، الا ان اغلب الجهات القضائية عندنا تتلقى دعاوى من هذا النوع، تتضمن اثبات الزواج العرفي، وإلحاق النسب، وان القاضي بعد ان يجري التحقيق، ويتبين ان الزواج عقد بتاريخ لا يبعد باكثر من 06 اشهر عن ميلاد الطفل، أي انه ابن زنى، يقضي باثبات الزواج العرفي من التاريخ المصرح به من قبل الشهود، ويرفض إلحاق النسب، بالرغم من انهما تزوجا قبل ان تضع الولد، وان كل الشروط التي يقول بها الفقيه الكبير ابو حنيفة النعمان رحمه الله متوفرة، لاسيما اقرار الزوج ان الابن من صلبه، وقيامه بالتزوج بالمزني بها قبل ان تضع مولودها.

ولا نلوم على القضاة هنا تمسكهم برأي جمهور الفقهاء ، ولكن ان يبقى الطفل تحت رعاية والديه ، ولا ينسب لابيه ، مع ما لذلك من معاناة لهذا الطفل مع اخوته اللاحقين له، ينسبون الى ابيهم على خلافه ، ومع المحيط الذي يعيش فيه ، ومع وجود اراء لبعض الفقهاء الأجلاء تجيز إلحاق نسبه بابيه، مسألة تستحق التأمل

وقد عثرنا على فتوى مهمة لدار الافتاء المصرية في هذا الموضوع، وهي تجيب على طلب لوزارة العدل المصرية مؤرخ في 22-01-1980 بناء على طلب من سفارة هولندا بمصر تتساءل فيه السفارة عن حكم القانون المصري بخصوص الاعتراف بالاطفال المولودين خارج مراسيم الزواج -غير شرعيين- وقد جاء في المبادئ العامة للفتوى ما يلي:

1- القانون العام الذي يحكم مسائل النسب ومنها الاقرار به هو الشريعة الاسلامية

طبقا لارجح الاقوال في مذهب ابي حنيفة.

2- يثبت النسب بالاقرار متى تحققت شروطه، ويكتسب المقر له بالنسب جنسية ابيه.

3- قواعد الفقه الحنفي المعمول به لا توجب على المقر بالنسب بيان وجه ثبوته وسببه، وهل هو من نكاح او من سفاح."

واهم ما جاء في تبرير الفتوى على الخصوص" .. ونصوص فقه هذا المذهب تقضي بان يثبت النسب باقرار الرجل ببنة طفل مجهول النسب، ان لم يكذبه العقل او العادة، ولم يصرح المقر بان الولد المقر بنسبه - ذكرا كان او انثى - ولده من الزنى، وصدق المقر له في ذلك متى كان وقت الاقرار من اهل التصديق، بان كان على الاقل مميزا، -سن التمييز سبع سنوات فاكثر - فاذا لم يكن المقر له مميزا ثبت النسب من المقر متى استوفيت تلك الشروط دون التوقف على موافقة المقر له،وقواعد الفقه الحنفي المعمول به قضاء في منازعات النسب لا توجب على المقر بالنسب بيان وجه ثبوته وسببه، وهل هو من صحيح نكاح او من سفاح، ولكن اذا صرح المقر ان سبب البنة هو الزنى لا يثبت النسب بهذا الاقرار حتى لا ينشأ الطفل المقر بنسبه في مستقبل حياته مصحوبا بانه ولد من زنى او غير شرعي،"¹

وما يستنتج من هذه الفتوى أن إلحاق نسب ابن الزنى بوالده جائز بشرط ان يقبله العقل والعادة، وان يقره صاحب النسب ان كان مؤهلا لذلك، ولا يجب على القاضي ان يسأل المقر عن وجه ثبوت النسب ان كان من زواج او سفاح، وانما الذي يشترط الا يذكر المقر انه من سفاح، وقد وسع المذهب الحنفي الامر على الناس أيما توسيع ، وكل ما يلزم السادة المحامين الا يذكروا في طلب النسب ان الطفل من سفاح ، وكل

¹ فتوى رقم 269- سجل 105- بتاريخ 26-01-1980 من فتاوى الشيخ جاد الجق على جاد الحق - الفتاوى الاسلامية- دار الافتاء المصرية- المجلد 12 ص337

ما يلزم السادة القضاة هو ان يقر الاب بالبنوة وكفى ، ولا يجب عليهم البحث في وجه ثبوت النسب ، على خلاف ما هو واقع في الجهات القضائية الجزائرية، اين نجد القاضي يبحث في وجه ثبوت النسب ما ان كان من نكاح ام من سفاح، ثم ينتهي الى رفض النسب، ويقتل بذلك الولد ولا يحييه، وينكر عليه حقا يقر به والده.

فالفنوى بذلك قربت بين اجتهاد الفقيه ابو حنيفة النعمان في استلحاق ابن الزنى بابيه الزاني اذا تزوجها قبل الوضع ، وبين الإلحاق المتفق عليه لدى الجمهور ، فجعلت عدم السؤال عن وجه النسب ما ان كان من نكاح او من سفاح مخرجا لكل ابناء الزنى حتى ولو تم الوضع ، فيكفي الا يفصح بالزنى وان يستلحقه ابوه.

ومن هذا الجزء من البحث، نخلص انه، اذا اقر الاب بابنه من الزنى، وقررنا الاخذ برأي الفقهاء القائلين بجواز استلحاقه به، فان كانت المزني بها ليست فراشا لاحد (غير متزوجة)، فاننا نرجح ان يستلحق بابيه وينسب اليه، ليس من زاوية تشجيع الزنى معاذ الله، ولكن من زاوية احياء الولد ومراعاة لمصلحته ما دام الاب يقر به، واستنادا الى رأي هؤلاء الفقهاء الأجلاء، واعتبارا ان اختلافهم عن الجمهور كان اختلاف رحمة للأمة .

وباقرارنا نسب ابن الزنى بالاحوال والشروط المذكورة، نكون قد ضيقنا بشكل كبير من مساحة ابناء الزنى الذين لا ينسبون الى ابائهم، ولا تبقى الا الفئة التي يرفض الاباء الاعتراف بها، ومنها تلك التي تعتاد امهاتها الزنى على شكل دعارة وبيغاء، اما ابناء الزنى الذين يقر بهم ابائهم ويتزوجون امهاتهم فوجب في نظرنا تمكينهم من حقهم في النسب.

المبحث الثاني: حق ابن المغتصبة في النسب.

من القضايا التي اصبحت تطرح على القضاء في الجزائر، وفي اغلب دول العالم الاسلامي، في الوقت الحديث، ابن المغتصبة، وقد ظهرت هذه المسألة بطريقة فردية لمدة معتبرة، ثم تطورت لتطرح بشدة، وبشكل جماعي، بعد العشرية السوداء في الجزائر، وما خلفته من اختطاف للفتيات، واغتصابهن عنوة وبالقوة، وبأشكال رهيبية، والاحتفاظ بهن الى أن يظهر حملهن، ثم التخلي عنهن، وبالرغم من أن بعضهن قد تعرفت على الفاعل، لكونه من حيتها او مدينتها او معارفها، او بعد إلقاء القبض عليه ومواجهته؛

كما ظهر الامر بشكل خطير ولافت في دول المشرق العربي، بعد ظهور الارهاب بها بمختلف انواعه، وظهور الاختطاف والاغتصاب الجماعي، وفي مناطق اخرى واسعة من العالم.

والذي يهمنا في الموضوع، هو ذلك الطفل الناتج عن الاغتصاب الفردي الثابت في المحاكم، إما بالاعتراف، او بشهادة الشهود، او بالبصمة الوراثية، والذي يؤدي الى صدور احكام بادانة الاب البيولوجي بجريمة الاغتصاب المنسوبة اليه، ويخلف طفلا بالعلاقة المجرمة الثابتة، فهل يجوز ان ينسب هذا الطفل الى الجاني، وعلى أي اساس؟ وهل من العدل ان ينسب هذا الطفل الى امه، فتتحمل بالاضافة الى ما عانتها من جريمة الاغتصاب، بمختلف انواع الضرر المادي والمعنوي اللاحق بها، نسب الطفل اليها دون أبيه، وتتحمل نفقته وحضانتها وتربيته، لوحدها؟ وهل من العدل ان

يفلت الاب البيولوجي المدان بجريمة الاغتصاب من تحمل المسؤولية في تربية ورعاية ونفقة الطفل الذي ادى الى ظهوره في الحياة بمجرد الادعاء ان الطفل وجد دون فراش؟ سنحاول الاجابة على هذه الاشكاليات بشيء من التدقيق في احكام الشريعة الاسلامية السمحاء في هذا الموضوع بالبحث في تفاصيل ما جاء به فقهاؤها ، بما في ذلك الآراء التي خالفت الاجماع، لعلنا نجد لها حلا، ثم نرى ما توصلت اليه القوانين المعاصرة، ونخلص الى ما وصل اليه القضاء حول الموضوع، لاسيما القضاء الجزائري، في مطلبين، نتحدث في الاول منهما عن نسب ابن المغتصبة بين قاعدة استلحاق ولد الزنى ورفض المغتصب للاستلحاق، ونتحدث في الثاني منهما عن نسب ابن المغتصبة والبصمة الوراثية، مع محاولة الترجيح بينهما.

المطلب الأول: نسب ابن المغتصبة بين قاعدة إستلحاق ولد الزنى ورفض المغتصب للإستلحاق.

توصلنا في المبحث السابق الى انه يجوز استلحاق ابن الزنى بشروط واعتبارات معينة، وانتهينا الى ترجيح الراي القائل بجواز الاستلحاق لمصلحة الطفل وحماية لحقه في النسب، وأخذنا براي الفقيه ابو حنيفة النعمان بجواز الاستلحاق بشرط تزوج الزاني بالزانية، وموافقته على الحاق الطفل بنسبه، وانتهينا الى ان مرد هذا الترجيح الى كون الطرفين الزاني والزانية قد تابا عن الفعل، وان مطالبتهما بنسب الطفل بالرغم من اعترافهما بالزنى وما يلحق به من عقوبات محتملة من الحاكم، هو اكبر دليل على توبتهما عن الفعل.

فإذا كان هذا حال الطفل الناتج عن الزنى، فكيف يكون بالنسبة لابن المغتصبة؟ توصلنا في دراستنا للموضوع الى أن الامر يتغير بين تجاذبات عدة، قد يضع فيها حق الطفل في النسب، ومن هذه التجاذبات بين الحقوق، ما ان قرر المغتصب قبول استلحاق ابنه من الزنى والزواج بالمغتصبة، وحق هذه الاخيرة في رفض الزواج ممن اغتصبها، مع ما لحق بهذا الامر من تدخلات لمجموعات حماية حقوق المرأة ورفضها تزوج الجاني بالمجني عليها ان رفضت ذلك، فما مصير الطفل هنا؟ نعالج هذه المواقف في فرعين، نتحدث في الاول عن التعاريف والمفاهيم، وفي الثاني عن استلحاق المغتصب لابنه من المغتصبة في حالة قبولها الزواج به.

الفرع الأول: تعاريف ومفاهيم.

1- مفهوم الإغتصاب في القانون الجزائري وعند فقهاء الشريعة الإسلامية.

الاغتصاب لغة هو من غصب غصبا واغتصابا، يقال أغتصبت فلانة أي جومعت مقهورة، جاء في المصباح المنير، اغتصبه اخذه ظلما وقهرا، فهو غاصب، ومن هنا قيل غصب الرجل المرأة نفسها اذا زنى بها كرها، وهذا المعنى هو الذي شاع استعماله حتى غلب على العرف، فصار الاكراه على الجماع يسمى اغتصابا.

اما اصطلاحا فهو وطء حرة او امة جبرا على غير وجه شرعي، فيقال اغتصب المرأة أي زنى بها كرها.¹

وهو عند المذهب الحنفي " وطء الرجل المرأة في القبل بغير الملك وشبهته" أي يكفي عند فقهاء المذهب الحنفي ان ينتفي رضا المرأة ومطاوعتها للرجل حتى تقوم الجريمة¹.

¹ الدكتور سهيل الاحمد - بحث بعنوان إلحاق ولد المغتصبة غير المتزوجة بالمغتصب في الفقه الإسلامي - مجلة الاجتهاد القضائي جامعة بسكرة - المجلد 12 - العدد 02- اكتوبر 2019 ص89

اما المالكية فعرفوا الاغتصاب انه: " كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح، ولا ملك يمين"، أي كل اتصال غير مشروع من جانب الرجل بالمرأة بدون رضا صحيح منها، قال مالك رضي الله عنه: " ارى المجنونة التي لا تعقل والنائمة بمنزلة المغتصبة".²

اما الشافعية فعرفوا الاغتصاب انه: " ايلاج الذكر فرج محرم لعينه خال من الشبهات مشتى يوجب الحد ودبر ذكر وانثى كقبل على المذهب".³

اما الحنابلة فعرفوه انه: " فعل الفاحشة في قبل او دبر وهو من الكبائر العظام"⁴ ومن امثلة الاغتصاب في الفقه الاسلامي:

أ- ذكر فقهاء الشريعة الاسلامية حالة وطء النائمة ثقيلة النوم، ودرؤوا عنها حد الزنى لظهور حملها لادعائها انه تم وطؤها وهي نائمة، وانها ثقيلة النوم، واعتبروا الامر شبهة كافية لدرء الحد.⁵

ب- وذكر الفقه الاسلامي من امثلة ذلك ان تاتي المرأة وهي تدمي.

ت- وذكر الامام احمد ان راعيا جائته امراة قد عطشت، فسألته ان يسقيها فقال لها امكينني من نفسك، قال هذه مضطرة، وقد روي عن عمر رضي الله عنه، ان امراة استسقت راعيا، فابى ان يسقيها الا ان تمكنه من نفسها، ففعلت، فرفع ذلك الى عمر، فقال لعلي: ما ترى فيها؟ فقال علي انها مضطرة، فاعطاها عمر شيئا وتركها.⁶

¹ أ - توفيق خير الدين خليفة خير الله- قضية اجهاض جنين الاغتصاب واثارها في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي- دار

الكتب القانونية - دار شتات للنشر - مصر 2011 - ص68

² أ - توفيق خير الدين خليفة خير الله - المرجع السابق - ص69

³ أ - توفيق خير الدين خليفة خير الله - المرجع السابق - ص 71

⁴ أ - توفيق خير الدين خليفة خير الله - المرجع السابق - ص73

⁵ ابن قدامة المقدسي - المغني - ج 9 ص59

⁶ ابن قدامة المقدسي - المغني - ج 9 ص60

2- الإغتصاب في التشريع الجزائري

لم يتطرق قانون الاسرة الجزائري الى الاغتصاب بالمفهوم الجنسي الواقع على المرأة، ولا الى نسب الطفل الناتج عنه، كما سكت قانون العقوبات عن تعريفه، الا انه نص على تجريم واقعة الاغتصاب بنص المادة 336 من قانون العقوبات، وخصها بعقوبة جنائية.¹

ويعد الاغتصاب اخطر جرائم العرض وابشعها مما حدا بالمجتمع الدولي الى اعتبارها من جرائم الحرب، ومن الجرائم الخطيرة التي تختص محكمة الجراء الدولي بالنظر فيها.²

ولم يعرف المشرع الجزائري فعل الاغتصاب، ولم يحدد اركانه، غير ان القضاء الجزائري عرفه انه "مواقعة رجل لامرأة بغير رضاها".³

وتتكون الجريمة في ظل التشريع الجزائري من ركنين: فعل الوقاع واستعمال العنف.

1- فعل الوقاع: وهو ايلاج الجاني عضو التنكير في فرج الانثى.

ويستنتج منه الاحكام التالية:

- لا يقع الاغتصاب في مفهوم القانون الجزائري الا من رجل على امرأة.
- لا يعد اغتصابا اتيان المرأة من الدبر او وضع الاصبع او أي شيء في فرج المرأة، فهو فعل مخل بالحياء يندرج تحت احكام المادة 335 من ذات القانون.

¹ تقضي المادة 336 من الامر 156-66 المؤرخ في 08-06-1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم انه: "كل من ارتكب جنابة الاغتصاب يعاقب بالسجن من خمس سنوات الى عشر سنوات،

اذا وقع الاغتصاب على قاصر لم يكمل الثامنة عشر سنة فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات الى عشرين سنة".

² د- احسن بوصقيعة - الوجيز في القانون الجنائي الخاص - الجرائم ضد الاشخاص - والجرائم ضد الاموال - الجزء

الاول- دار هومة للطباعة والنشر - الجزائر 2002 ص93

³ د- احسن بوصقيعة - المرجع السابق - ص93

- لا تعد الواقعة اغتصابا في ظل القانون الجزائري الا اذا كانت غير شرعية، ومن ذلك فان القانون الجزائري لا يعترف باغتصاب الزوج لزوجته، ولا تتدرج هذه الواقعة في ظل البحث الخاص بالنسب.¹

2- استعمال العنف: يعتبر العنف جوهر الجريمة، وقد يكون ماديا او معنويا، وقد يأخذ صورا اخرى، والمهم في الامر ان يقع دون رضا المرأة، وقد فصل فقهاء القانون الجنائي كثيرا في واقعة الاغتصاب، وصنفوا العنف في الحالات التالية:

أ- العنف المادي: يتحقق العنف المادي باستعمال القوة الجسدية، او اية وسيلة مادية لاكره المجني عليها على الصلة الجنسية، ولا تتحقق الجريمة الا اذا اثبتت المرأة انها قاومت الرجل مقاومة مستمرة طوال الفعل.

ب- العنف المعنوي: يتحقق مثل هذا العنف بالتهديد بشر، كالتهديد بالقتل، او التهديد بفضيحة، او التهديد بإلحاق الضرر بأحد الاقارب او الأبناء.

ث- الحالات الأخرى للإكراه: ومنها حالات الجنون وعدم التمييز لصغر السن، و من العنف المعتبر اغتصابا ايضا وضع المواد المخدرة او المنومة للمرأة، ثم مباشرتها دون رضاها.²

¹ راجع في هذه الاحكام الدكتور احسن بوسقيعة -السابق ص 93 الى 97

² د- احسن بوسقيعة -السابق ص 97

الفرع الثاني: نسب ابن المغتصبة إذا استلحقه المغتصب.

جريمة الاغتصاب تتضمن جريمتين في آن واحد، جريمة ظاهرة هي الاغتصاب، وجريمة مستترة هي الزنى بالنسبة للرجل، إلا ان القانون، وبالنظر الى ان جريمة الاغتصاب اشد وصفا وعقوبة، يعاقب عليها دون الالتفات الى جريمة الزنى. ومن هذا المنطلق، فان الفعل قد عالجه فقهاء الشريعة الاسلامية عادة من جانب الزنى، بالنظر الى الفاعل الذكر.

وإذا سلمنا ان الفعل زنى بالنسبة للرجل، فان ما سبق وان توصلنا اليه من احكام حول استلحاق ابن الزنى بالزاني ينطبق على ابن المغتصبة في هذه الحالة، وقد اورد فقهاء الشريعة الاسلامية قديما وحديثا مجموعة من الاسانيد لاستلحاق ابن المغتصبة كحال ابن الزنى ومنها ما يلي:

1- أسانيد القائلين بجواز استلحاق ابن المغتصبة

ذهب عروة بن الزبير، وسليمان بن يسار، والحسن البصري، وابن سيرين، والنخعي، واسحاق بن راهوية، وفي قول لابي حنيفة وابن تيمية، وابن القيم الى ان المولود حال اغتصاب غير المتزوجة يلحق بالمغتصب¹ لادلة منها:

أ- قول الله تعالى: "ولا ترانهم ومنهم اخري"² ومنها ان الطفل لا ذنب له

في فعل ابيه، ومن يقول بعدم حفظ نسبه يلحق به الضرر ويصيبه بالعار،

بسبب جريمة لم يرتكبها، وهذا المقصد لا يتفق مع الاية الكريمة، التي دلت

على انه لا تحمل نفس وزر اخري.

¹ الدكتور سهيل الاحمد- المرجع السابق - ص91

² سورة الانعام الاية 164

ب- ما جاء في حديث جريج العابد، وهو رجل من اولياء الله الصالحين، راودته بغي جميلة عن نفسه، فامتنع، فانت راعيا وامكنته من نفسها فحملت منه، وولدت غلاما، وادعت انه من جريج العابد، فأتوه وكسروا صومعته، وانزلوه، وسبوه، فتوضأ، وصلى، ودعا بالغلام، فغمز باصبعه في بطنه، وقال له: يا غلام من ابوك؟ فنطق الغلام باذن الله تعالى وقال: فلان الراعي.¹

ت- ففي الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم قد حكى عن جريج انه نسب ابن الزنى للزاني، وصدق الله نسبه بما خرق له من العادة في نطق الصبي بالشهادة له بذلك، واخبر بها النبي صلى الله عليه وسلم عن جريج في معرض المدح له واظهار كرامته، فكانت تلك النسبة صحيحة، بتصديق الله تعالى فثبتت البنية واحكامها، قال ابن القيم: "وهذا انطاق من الله لا يمكن فيه الكذب"².

ث- كل ما قيل من اسانيد عند الحديث عن استلحاق ابن الزنى ينطبق على ابن المغتصبة اذا قرر المغتصب استلحاقه.

غير أن الاشكال الذي يثور بمناسبة الحديث عن نسب ابن المغتصبة أن بعض فقهاء الشريعة الاسلامية، ربطوا قبول استلحاق ابن الزنى بالزاني بزواج هذا الاخير بالمزني بها، ومنهم الفقيه ابو حنيفة النعمان، وهو الاتجاه الذي ايدناه في بحثنا، غير ان هذا الوضع يصطدم بواقع اخر هو رفض المغتصبة ووليها تزويجها بمن اغتصبها

¹ ابن قيم الجوزية - زاد المعاد في هدي خير العباد - المجلد الخامس - تحقيق سعيد وعبد القادر الارنؤوط - مؤسسة الرسالة - الطبعة الثالثة - بيروت لبنان - 1998 - ص 382.

² الدكتور سهيل الاحمد- المرجع السابق - ص 92

نظرا للاضرار اللاحقة بهم من فعل المغتصب لما ألحقه من عار بالعائلة كلها، وبالضحية خصوصا.

2- مسألة: رفض المغتصبة الزواج بالمغتصب وأثره على حق الطفل في النسب.

نرى، والله أعلم، ضرورة ترجيح حق الطفل في النسب على ضرورة تزويج المغتصب بالمغتصبة، ما دام المغتصب يستلحق الطفل بنسبه، وبالتالي ضرورة الاخذ بالرأي القائل بجواز استلحاق ابن الزنى بالزاني مطلقا، ودون شرط الزواج في هذه الحالة، على خلاف ما ذهب اليه الفقه بخصوص ابن الزنى استثناء، وعلى خلاف ما سبق وان رجحناه، ومن باب اولى، اعتبار ان الامر يتعلق بزنى من الرجل وان المرأة والطفل معا ضحيتان لفعله.

انتهينا اذن الى ان المغتصب اذا استلحق ولده من الاغتصاب ثبت به النسب سواء تزوج بها ام رفضت الزواج به، ووجب ان نشير هنا أن الامر يتعلق بامرأة مغتصبة ليست فراشا لأحد، أما إن كانت أمه ذات فراش، وتم اغتصابها، فاننا نرى أن النسب يثبت لصاحب الفراش، ولو اقر به المغتصب، ما لم ينفه صاحب الفراش بالطرق الشرعية وهي اللعان، لوجود مظنة أن تكون حاملا من صاحب الفراش قبل أن يقع الاغتصاب، أو أن يجامعها زوجها بعد الاغتصاب مباشرة، وهو رأي اغلب فقهاء الشريعة الاسلامية¹، ولا يجوز في هذه الحالة قبول دعوى الزوج التي يرفعها للمطالبة باسقاط نسب الابن منه، ولو طالب فيها بإجراء تحاليل البصمة الوراثية، لان طريق

¹ الماوردي البصري ابو الحسن علي بن محمد- الحاوي الكبير في فقه مذهب الامام الشافعي رضي الله عنه- شرح مختصر المزني- تحقيق وتعليق الشيخ علي محمد معوض- الشيخ عادل احمد عبد الموجود-الجزء الثامن- دار الكتب العلمية- بيروت لبنان- الطبعة الاولى- 1994- ص162

نفي النسب واحد ووحيد وهو اللعان، اعتبارا ان الشريعة الاسلامية تتشوف الى ستر الاعراض واثبات النسب لا نفيه، كما ان المشرع الجزائري اعتمد الطريق العلمي في اثبات النسب لا في نفيه¹.

ونخلص من هذا الجزء من البحث أنه، اذا اعتبرنا ابن المغتصبة هو ابن زنى بالنظر الى الزاني الذكر، فان اقر به، وقررنا الاخذ برأي الفقهاء القائلين بجواز استلحاقه به، و كانت المغتصبة غير متزوجة، فاننا نرجح ان يستلحق بابيه وينسب اليه، ليس من زاوية تشجيع الزنى والاعتصاب معاذ الله، ولكن من زاوية احياء الولد ومراعاة لمصلحته ما دام الاب يقر به، واستنادا الى رأي هؤلاء الفقهاء الأجلاء، واعتبارا ان اختلافهم عن الجمهور كان اختلاف رحمة للأمة .

هذا ان كان المغتصب الزاني يقر بنسب الولد اليه، فماذا لو كان لا يقر بذلك، ونفى العلاقة اصلا، وهو السائد في وقتنا، من انصراف بعض ضعاف النفوس من الذكور الى الاعتداء على النساء واغتصابهن، ثم يعمدون الى انكار الفعل والنسب معا، ثم يتوصل العلم، عن طريق تحليل ADN ان الجاني هو المتهم، وان الابن منه دون ادنى شك.

المطلب الثاني: نسب ابن المغتصبة إذا رفض المغتصب الاعتراف بأبوته.

توصلنا إذن الى أن الاصل في النسب قاعدة الولد للفراش، وان هذه القاعدة قد خرج عليها مجموعة من الفقهاء ذوي الرأي السديد، والحجة القاطعة، ومنهم شيخ الاسلام ابن تيمية، وتلميذه ابن قيم الجوزية، وابراهيم النخعي، والحسن البصري، ومحمد بن سيرين، وسليمان ابن يسار، وابن قدامة المقدسي، و ابو حنيفة النعمان بشرط الزواج

¹ المادة 40 من قانون الاسرة

قبل الوضع كما رأينا، وهؤلاء كلهم يتحدثون عن ابن الزنى باتفاق الارادتين بين الزاني والزانية، واعتمادا على دليل واحد وهو اقرار الزاني ان الولد من مائه، وموافقة الزانية على الامر، على ان تكون غير ذات فراش؛

فهل يجوز إلحاق نسب ابن المغتصبة، وهو ناتج عن علاقة زنى من الرجل، واكره وتعدي على المرأة، اذا ثبت نسبه اليه بالبصمة الوراثية؟ وتاكدنا قطعا انه ابنه، وثبت بحكم نهائي انه اغتصبها، وانها لم تكن لترضى بالفعل؟ وما قيمة البصمة الوراثية في هذه الحالة، بالمقارنة مع الاقرار في حالة استلحاق ابن الزنى؟ وما رأي القضاء الجزائري في هذا الموضوع؟

لا يمكننا ان نجيب عن هذه التساؤلات كلها، قبل ان نفهم ما دور البصمة الوراثية في الاثبات الجنائي، ثم نحاول ان نجري عملية ترجيح بين استلحاق ابن الزنى بالاب بناء على اقراره، وبين إلحاق نسب ابن المغتصبة بالمغتصب من القاضي او الحاكم بناء على ثبوت الفعل بالبصمة الوراثية؟ ومدى جواز هذا الامر.

الفرع الأول: البصمة الوراثية بين إثبات الفعل جنائيا، وتحديد حق الطفل في

النسب.

سبق وأن توصلنا عند حديثنا في الفصل الثاني من هذا الباب عن إمكانية إلحاق نسب الطفل بعد اللعان بالملاعن إذا ثبت نسبه بالطرق العلمية، الى أن البصمة الوراثية طريق علمي قطعي في الاثبات تصل نسبة الدقة فيه الى 99.999%، وتوصلنا الى دراسة شروط وظروف أعمال هذا الطريق في تحديد النسب، وانتهينا الى أن المشرع الجزائري قد اخذ بهذا الطريق كدليل اصلي في اثبات النسب، انطلاقا من قاعدة الولد للفراش.

و أشرنا الى أن جريمة الاغتصاب جريمة شنعاء، وفعل خبيث خطير تأباه كل نفس كريمة، غير أن إثبات هذا الفعل قد يكون صعبا، على اعتبار ان المعتصب عادة ما يسعى الى فعله إما على امرأة لا تعرفه، وإما في مكان مظلم، او مكان بعيد عن الناس، وعادة ما يقترن هذا الفعل بالاختطاف وإبعاد المرأة عن الناس. غير أن فعله قد ينتج عنه حمل المرأة المغتصبة، وهو ما يسهل عملية الإثبات بالبصمة الوراثية.

1- استعمال البصمة الوراثية في إثبات جنائية الإغتصاب

البصمة الوراثية كما سبق و أشرنا مركب وصفي من كلمتين: "البصمة، والوراثية" والمقصود بالبصمة لغة هو أثر الختم بالاصبع، أما الوراثة فهي مجموع الصفات الفيزيولوجية والتشريحية والعقلية المتشابهة، او المتفرقة بين الافراد الذين تربطهم صلة قرابة، والمتوارثة من جيل الى اخر¹.

فهي دراسة قائمة على تشابه الكروموزومات التي يحملها الطفل، مع تلك التي تعود للاب البيولوجي؛

فالبصمة الوراثية اذن، نتيجة علمية دقيقة بنسة كبيرة، لا مجال فيها للظن او الشك، وان الاعتماد عليها يؤدي بالضرورة الى اثبات او نفي الرابطة الابوية، متى توفرت شروطها العلمية الفنية.

واختلفت التشريعات والفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للبصمة الوراثية، ذلك ان بعض التشريعات اعتبرت البصمة الوراثية دليلا قائما بذاته للإثبات، في حين اعتبرتها بعض التشريعات الاخرى مجرد قرينة وطبقوا عليها مفهوم القيافة الذي كان سائدا في

¹ الدكتور بلحاج العربي- الجوانب القانونية لإثبات النسب بالبصمة الوراثية في ضوء قانون الاسرة الجزائري الجديد- مجلة المحكمة العليا- العدد الاول 2012- ص 31

بداية العهد الاسلامي وقبل الكشوفات العلمية الحديثة، واعتبروها بالتالي قرينة استنادا الى القياس، إلا انهم اعتبروها قرينة قاطعة، لا تقبل الطعن او الشك، على اساس أن البصمة الوراثية يكاد ينعدم فيها الخطأ، وأن نسبة الصحة في تحليلها قد تبلغ 99.9999%، لعدم تطابق اثنين من البشر في جميع الصفات الوراثية¹.

وذهب رأي ثالث الى اعتبارها من الادلة التامة المستقلة بذاتها في اثبات النسب، ومنه ما انتهى اليه القضاء الجزائري بعد أن تراجع عن رأيه الاول، اثر تعديل قانون الاسرة سنة 2005، بالامر 02-05 المؤرخ في 27-02-2005، لاسيما المادة 40 منه، واصبح القضاء يفسرون البيئة انها كل دليل او حجة لاثبات النسب، ومنها تقرير الخبرة العلمية² ADN، وبالتالي فقد اعتبروا الخبرة العلمية - البصمة الوراثية- جزء من البيئة بمفهومها الموسع، أي أنها دليل قائم لوحده لإثبات النسب.

ونتيجة لهذا الخلاف فانه ترتبت آثار هامة على طرق الاثبات في النسب، فمن العلماء من جعل طرق اثبات النسب محصورة لا زيادة فيها، ومنهم من جعلها على سبيل المثال لا الحصر، ومن ثمة يجوز أن تدرج معها ادلة اخرى منها البصمة الوراثية.

ورجحنا ان البصمة الوراثية دليل اثبات علمي قائم بذاته في التشريع الجزائري، استنادا الى احكام المادة 40 من قانون الاسرة الجزائري، فقد نصت صراحة، وبعد ان عدت طرق اثبات النسب، على أن القاضي يجوز له اللجوء الى الطرق العلمية لاثبات النسب، إنما قاعدة الولد للفراش هي أصل النسب ومنطلقه ، أما باقي القواعد ومنها الاقرار، فنرى انها اقل درجة من البصمة الوراثية، اعتبارا أن الاقرار مرده الى

¹ الدكتور: محمد جبر الالفي- المرجع السابق - ص05.

² الاستاذة فاطمة الزهراء تبوب- المرجع السابق- ص 119.

المقر، وهو خاضع الى ضميره، وقد يكون لاغراض مادية او غيرها، على خلاف البصمة الوراثية المستمدة من العلم الدقيق.

وإذا كانت معايير الاخذ بالبصمة الوراثية في اثبات النسب على النحو الذي اشرنا اليه، فإن استعمالها في إثبات الجرائم يتطلب بعض التوضيح، إن على مستوى الشريعة الاسلامية ام على مستوى القانون الوضعي.

أ- ضوابط استعمال البصمة الوراثية في إثبات جريمة الإغتصاب في الشريعة الإسلامية.

الاغتصاب لدى فقهاء الشريعة الاسلامية زنى من جانب الرجل، وقد اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية المعاصرون في كيفية اثبات هذا الفعل، ومدى جواز استعمال البصمة الوراثية في اثباته، فمنهم من قال بعدم جواز استعمالها، ومنهم من قال بجواز استعمالها، وعلى التفصيل التالي:

1أ- أسانيد القائلين بعدم جواز استعمال البصمة الوراثية في إثبات الإغتصاب.

من القرآن الكريم:

قوله تعالى في سورة النساء الآية 15 "واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا

عليهن امربعة منكم..." واكدوا ان الآية الكريمة بينت ان الزنى لا يثبت الا باربعة

شهداء، فان اضيف الى ذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يقر الحد على ماعز

الا بعد اقراره اربعا، تبين ان هذا الحد لا يقام الا بشهادة الشهود او الاقرار، ولا يجوز

اقامته بالقرينة او البصمة الوراثية.¹

¹ الدكتور- حسني محمود عبد الدايم - البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الاثبات- دار الفكر الجامعي- الاسكندرية - مصر

ونوقش هذا الاستدلال بأنه لا يوجد في الآية ولا الحديث ما يدل على حصر طرق اثبات جريمة الزنى بالاقرار او الشهادة، بل غاية ما يفيد ان الشهادة والاقرار من وسائل الاثبات لا غير، بدليل ان امير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه اقام حد الزنى بقريظة ظهور الحمل على من لا زوج لها ولا سيد ولم تذكر شبهة او اكرهاها، وقال في ذلك: " ان الرجم في كتاب الله حق على من زنى اذا احصن من الرجال والنساء اذا قامت البينة او كان الحبل او الاعتراف"¹

ومن السنة:

- ما رواه ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لو كنت راجما احدا بغير بينة لرجمت فلانة، فقد ظهر منها الريبة في منطقتها وهيئتها ومن يدخل عليه"²

- حديث عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فان وجدتم للمسلم مخرجا فخلوا سبيله، فان الامام لأن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة"

ووجه الدلالة ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بدرء الحدود عن المؤمنين بالشبهة، والشبهة قائمة في البصمة الوراثية، ليس في ذاتها، وإنما فيما يلبسها او يخالطها لوجود تدخل من البشر واحتمال الخطا وارد إما من خلال تلوث العينة او وجود عيب في طريقة التحليل او الاحصاء او غير ذلك.³

¹ د- حسني محمود عبد الدايم- المرجع السابق - ص 585

² صحيح البخاري

³ د- حسني محمود عبد الدايم- المرجع السابق -ص 588

ومن المعقول :

- قالوا: احتمال وجود الشبهة التي تدرأ الحد، فقد يكون الحمل عن وطء شبيهة او اكراه، واحتمال وجود الحبل دون وطء نظرا للتطور العلمي العصري، كحال حقن الحيوانات المنوية من بنوك تجميعها في رحم امرة ثم تدعي هذه الاخيرة انها تعرضت للاغتصاب.

أ2- أسانيد من قال بجواز إثبات الإغتصاب بالبصمة الوراثية:

من القرآن الكريم:

- قوله تعالى في سورة يوسف الآيات 26-27-28: "وشهد شاهد من اهله ان كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وان كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين فلما رأى قميصه قد من دبر قال إنه من كيدك ان كيدك عظيم"

فقد افادت الاية الكريمة جواز الحكم بالامارات والقرائن في جريمة الزنا، لانه توصل بقدر القميص الى معرفة الصادق منهما من الكاذب، وما هذا إلا عمل بالامارات وجعلها سببا للحكم، وهذا دليل على انه يجوز أن يعمل بالقرينة في الحدود ويعتمد عليها في الاحكام.¹

من السنة النبوية:

- ان النبي عليه الصلاة والسلام اخبر أن نبي الله سليمان قد قضى بالقرينة، في حديث الامام البخاري عن ابي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "كانت امرأتان معهما أبناهما جاء الذئب فذهب بابن إحداهما، فقالت

¹ حسني محمود عبد الدايم - المرجع السابق - ص590

صاحبته : إنما ذهب بابنك، وقالت الأخرى إنما ذهب بابنك، فتحاكما إلى داوود، فقضى به للكبرى، فخرجتا على سليمان بن داوود فأخبرته، فقال: اتوني بالسكين اشقه بينهما، فقالت الصغرى: لا تفعل يرحمك الله، هو ابنها، فقضى به للصغرى" ووجه الدلالة ان نبي الله سليمان قضى بالابن للصغرى بناء على قرينة الشفقة، والبصمة الوراثية أدق بكثير من قرينة الشفقة.¹

- ما روي عن علقمة بن وائل الكندي عن ابيه، ان امراة خرجت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، تريد الصلاة، فتلقاها رجل، فتجلها، فقضى حاجته منها، فصاحت وانطلق، فمر عليها رجل، فقالت : ان ذاك الرجل فعل بي كذا وكذا، ومرت بعصابة (اي جماعة) من المهاجرين فقالت ان ذاك الرجل فعل بي كذا وكذا، فانطلقوا فاخذوا الرجل الذي ظنت انه وقع عليها، واتوها به، فقالت نعم هو هذا، فاتوا به رسول الله صلى الله عليه وسلم، فلما امر به ليبرج قام صاحبها الذي وقع عليها، فقال: يارسول الله انا صاحبها، فقال لها: " اذهبي فقد غفر الله لك" وقال للرجل قولا حسنا، وقال للرجل الذي وقع عليها " ارجموه" ثم قال: " لقد تاب توبة لو تابها اهل المدينة لقبول منهم".

ووجه الدلالة ان النبي عليه الصلاة والسلام امر بجرم الذي اغاث المرأة بدون شهادة على الزنى او الاقرار، وانما بناء على القرينة الظاهرة، وهي انهم ادركوه يشتم هربا، وقول المرأة المعتدى عليها انه هو المعتدي، وهذا يدل على ان القرينة يعتمد عليها في اثبات الزنى.² ومن ثمة البصمة الوراثية، وإن كان جانب من الفقه يرى

¹ الدكتور: اوان عبد الله الفيضي- البصمة الوراثية- المفهوم والمشروعية - دار الكتب القانونية- دار شتات للنشر مصر الامارات - 2017 ص 177

² د- حسني محمود عبد الدايم- المرجع السابق - ص 594

ان هذا الحديث اختص به النبي عليه الصلاة والسلام، حتى يكون ادعى لاعتراف مرتكب الجريمة، كما ان بعض الروايات اكدت ان النبي عليه الصلاة والسلام قد امتنع عن رجم الرجل الذي اقر واخرى قالت برجمه، وهذا يورث ضعفا في الحديث، ورد عليه ان الاضطراب القائم ليس في رجم الذي اغاثها وانما في رجم الذي وقع عليها، ومحط الاستدلال انما هو في رجم الذي اغاثها بناء على القرينة، وهو متفق عليه في الترميذي وغيره، ومن ثمة يكون صالحا للاستدلال به.¹

من الأثر:

- ما روي عن ابن عباس قال: " قال عمر بن الخطاب: (كان فيما انزل الله اية الرجم، فقراها وعقلناها ووعيناها، ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا بعده، فاخشى ان طال بالناس زمان ان يقول قائل : والله ما يجد الرجم في كتاب الله تعالى، فيضلوا بترك فريضة انزلها الله تعالى، والرجم في كتاب الله حق، على من زنى اذا احسن من الرجال والنساء اذا قامت البينة، او كان الحبل، او الاعتراف)"
 ووجه الدلالة ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه اخذ قرينة الحبل كدليل فعمل بها ولم ينكر عليه ذلك احد فهو بمنزلة الاجماع.²

- ما ورد عن الامام علي بن ابي طالب كرم الله وجهه انه قال: ايها الناس ايما امرأة جيء بها وبها حبل او اعترفت، فالامام اول من يرمم ثم الناس، وايما امرأة جيء بها او رجل زان فشهد عليه اربعة فالشهود اول من يرمم ثم الناس"

¹ د - حسني محمود عبد الدايم - المرجع السابق - ص 597

² د- حسني محمود عبد الدايم - المرجع السابق - ص 598

- وما ورد عنه ايضا كرم الله وجهه انه قال " يا ايها الناس إن الزنى زناءان، زنى سر، وزنى علانية، فزنى السر ان يشهد الشهود، فيكون الشهود اول من يرمي، وزنى العلانية ان يظهر الحبل او الاعتراف، فيكون الامام اول من يرمي"¹ .

- ويتضح من القولين للامام علي كريم الله وجهه أنه يأخذ بالقرينة وبالاعتراف كأدلة يتعين ان يعاينها الامام، ويتحمل مسؤوليتها، وكلف انه يكون هو اول من يرمي، كما كلف الشهود ان يكونوا اول من يرمي لما في ذلك الفعل من قهر وشناعة، حتى يدفع كل من الامام والشهود الى تقصي اقصى درجات اليقين في الدليل، فلو كانت البصمة الوراثية موجودة لما تردد قيد انملة في الاخذ بها.

ونرى ترجيح القول الثاني لقوة حجته، فالشريعة الاسلامية احق بالعلم من غيرها، وحري بفقهاءها أن يأخذوا بالدليل العلمي، على أن تتوفر شروطها كما سيأتي شرحه.

ب- ضوابط استعمال البصمة الوراثية في إثبات جريمة الإغتصاب في

القانون الجزائري.

ب1: تعاريف.

بالرغم من تأخر المشرع الجزائري في الفصل في مسائل البصمة الوراثية بعض الشيء ، نظرا لكون الأبحاث في مجال البصمة الوراثية قد تقدمت بشكل كبير، إلا أن ظهور القانون 03-16 المؤرخ في 19-06-2016 قانون استعمال البصمة الوراثية في الاجراءات القضائية والتعرف على الاشخاص قد فتح المجال للعمل بالبصمة الوراثية من عدة جوانب، لاسيما من حيث تعريف البصمة الوراثية في القانون

¹ ابن قدامة المقدسي- المعني - ج9 ص79

الجزائري، والمصطلحات العلمية المستعملة، وشروط وكيفيات استعمال البصمة الوراثية، وخلق المصلحة المركزية للبصمة الوراثية، والعقوبات الجزائية في مجال رفض الاشخاص القيام بتحليل البصمة الوراثية، و استعمال نتائج البصمة بسوء نية لغير الاغراض التي قررت لها، وإفشاء الأسرار الخاصة بالقاعدة الوطنية للبصمة الوراثية، وهو ما نوجز شرحه فيما يلي:

أورد المشرع بالمادة الثانية من هذا القانون التعاريف التالية:

- 1- البصمة الوراثية: التسلسل في المنطقة غير المشفرة من الحمض النووي.
- 2- الحمض النووي: تسلسل مجموعة من التكلويدات تتكون كل واحد منها من قاعدة ازوتية الادنين (A) القوانين (G) السيتوزين (C) التيمين (T) ومن سكر (ريبوز منقوص الاكسجين ومجموعة فوسفات.
- 3- المناطق المشفرة في الحمض النووي: مناطق من الحمض النووي تشفر لبروتين معين.
- 4- المناطق غير المشفرة من الحمض النووي: مناطق من الحمض النووي لا تشفر لبروتين معين.
- 5- التحليل الوراثي: مجموعة الخطوات التي تجري على العينات البيولوجية بهدف الحصول على بصمة وراثية.
- 6- العينات البيولوجية: أنسجة أو سائل بيولوجية تسمح بالحصول على بصمة وراثية.
- 7- المقاربة: هي المقارنة بين بصمتين وراثيتين.

ب2 - شروط وكيفيات استعمال البصمة الوراثية في مجال إثبات جريمة الإغتصاب.

يخول هذا القانون لوكلاء الجمهورية وقضاة التحقيق وقضاة الحكم الامر باخذ عينات بيولوجية قصد اجراء تحاليل وراثية عليها ، كما يجوز هذا الامر لضباط الشرطة القضائية أثناء التحريات الاولية بعد الحصول على الاذن المسبق من السلطة القضائية المختصة، حسب مقتضيات المادة 04 منه، ومن ذلك فقد وضع المشرع صلاحيات استعمال البصمة الوراثية وأخذ العينات لهذا الغرض من اختصاص السلطة القضائية، وطبقا لقانون الإجراءات الجزائية.

وحدد المشرع المجالات التي يمكن بسببها للسلطة القضائية والضباط العاملين تحت سلطتها اخذ العينات البيولوجية من اجل الحصول على البصمة الوراثية من الاشخاص:

1- المشتبه بهم لارتكاب الجنايات والجرح ضد أمن الدولة او ضد الاشخاص او الاداب العامة او الاموال او النظام العمومي او الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة المخدرات او تبييض الاموال او تمويل الارهاب او أي جناية او جنحة اخرى متى رأت الجهة القضائية المختصة ضرورة لذلك، فالجرائم ذكرت على سبيل المثال لا الحصر.

2- الاشخاص المشتبه في ارتكابهم اعتداءات على الاطفال او المحكوم عليهم نهائيا بارتكاب هذه الافعال.

3- ضحايا الجرائم.

4- الاشخاص المتواجدين بمسرح الجريمة.

5- المحبوسون الموقوفون المحكوم عليهم نهائيا بعقوبة سالبة للحرية تتجاوز ثلاث سنوات لارتكاب الجنايات والجرح ضد امن الدولة او ضد الاشخاص او الاداب العامة او الاموال او النظام العمومي او الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة المخدرات او تبييض الاموال او تمويل الارهاب او أي جناية او جنحة اخرى متى رأت الجهة القضائية المختصة ضرورة لذلك.

6- الاشخاص الذين لا يمكنهم الإدلاء بمعلومات لمرض او اعاقه او حادث او خلل نفسي او أي خلل في قواهم العقلية.

7- المتوفون مجهولي الهوية.

8- المتطوعون

لا تؤخذ العينات من القاصر إلا بحضور وليه او الشخص الذي يتولى حضانتته، وإلا فبحضور ممثل النيابة العامة.

كما لا تؤخذ البصمات العينات من المؤسسات العقابية إلا بإذن من النيابة العامة المختصة؛

كما يمكن ان تؤخذ العينات البيولوجية من مكان الجريمة.

ويتعين ان تؤخذ العينات طبقا للمقاييس العلمية المتعارف عليها، ومن ذوي الاختصاص إما من الضباط المؤهلين علميا او من مؤهل علمي تحت اشراف الضابط او من أي شخص تسخره السلطة القضائية لمؤهلاته العلمية طبقا لاحكام المادة 06 من ذات القانون.

وتجري التحاليل الطبية بالمخابر المؤهلة، والخبراء المعتمدين، ولا تجري إلا على المناطق الوراثية غير المشفرة من الحمض النووي دون المنطقة المسؤولة عن تحديد الجنس، ومنع القانون استعمال البصمة الوراثية لغير الغرض الذي حدده القانون طبقا للمادتين 07 و08 منه.

وبناء على هذا القانون تم انشاء المصلحة المركزية للبصمات الوراثية على مستوى وزارة العدل، يشرف عليها قاض، وتتضمن البصمات الخاصة بالأشخاص المذكورين آنفا، ويمكن العودة اليها للمقارنة اذا ظهرت أي جريمة، ولا تتلف العينات إلا بعد مرور مدة تتراوح بين 25 و40 سنة حسب الحالة، طبقا للمواد من 09 الى 15 منه.

وقد اعتبر القانون رفض الخضوع للتحليلات الخاصة بالبصمة الوراثية جنحة معاقب عليها بالحبس من سنة الى سنتين وبغرامة من 30.000 دج الى 100.000 دج ، كما اعتبر الفعل جنحة كل من يستعمل العينات البيولوجية او البصمات الوراثية المتحصل عليها لغير الاغراض المنصوص عليها، وعاقب عليها بالحبس من سنة الى ثلاث سنوات والغرامة من 100.000 دج الى 300.000 دج.

واعتبر المشرع أيضا الفعل جنحة كل من يفشي سر المعطيات المسجلة في القاعدة الوطنية للبصمات الوراثية، وعاقب عليه بالحبس من ستة اشهر الى ثلاث سنوات والغرامة من 60.000 دج الى 300.000 دج طبقا لاحكام المواد من 16 الى 18 من ذات القانون.

يستشف من هذه الاحكام إذن أن المشرع الجزائري قد نص على إمكانية أخذ العينات الخاصة بجرائم الاخلاق من المشتبه بهم في ذلك، ومن الضحايا ومن كل من كان في محيط مسرح الجريمة، طبقا لاحكام المادة 05 من القانون 16-03، وقد نظم

هذه العملية بدقة، ونص على خلق قاعدة وطنية للبصمات الوراثية، وحرصا منه جعلها تحت اشراف قاضي مختص، ونظم كل ما يتعلق بكيفية اخذ العينة وكيف حفظها ومدة الحفظ؛

كما نظم المشرع ايضا واجاز اخذ العينة من الطفل، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أجاز اثبات عملية الاغتصاب بالبصمة الوراثية.

ولا شك ان الضحية قد تدعي على شخص معين على سبيل الشك، او بيقين منها غير كاف لاثبات الفعل ونسبته اليه نظرا لجسامته، او أنها تشتكي ضد مجهول؛ فإن ظهر الحمل عليها جاز اخذ عينة من الطفل ومقارنتها بالبصمات بالقاعدة الوطنية، او البصمات من محيط الجريمة، او البصمات من الاشخاص المشتبه بهم، فإن تبين ان بصمة ما تتطابق مع بصمة الطفل فإنه هو الجاني، وتثبت إدانته دون أي تردد من القضاة.

ولم نعثر ببحثنا على أي حكم قضى فيه القضاء ببراءة متهم من الاغتصاب اثبتت البصمة الوراثية تطابق المعلومات الخاصة بالبصمة الوراثية بينه وبين الطفل الناتج عن الاغتصاب، بل انتهت كل المحاكمات بالادانة.

فاذا كان هذا هو حال اثبات جريمة الاغتصاب بالبصمة الوراثية، وقد رجحنا قول فقهاء الشريعة الاسلامية بإجازته، كما تطرقنا الى كيفية اخذ المشرع الجزائري به، فهل يثبت بها نسب الطفل الناتج عن الجناية؟ كما ثبتت بها الادانة؟

فرع ثاني: مدى جواز إلحاق نسب الولد إلى المغتصب بالبصمة الوراثية.

ينبغي أن نشير ابتداءً إلى أن المنظور الذي نعالج به الموضوع هو منظور حق الطفل في النسب، ومن هذه الزاوية، فقد توصلنا إلى أن ابن الزنى يستلحق بابيه البيولوجي إذا أقر به، وتوصلنا بذلك إلى أن ابن المغتصبة إذا نظرنا إليه من زاوية والده المغتصب فهو زان وبالتالي يمكن أن يستلحق به إذا أقر به وبالشروط المذكورة، وتجب الإشارة هنا أن الدعوى ترفع إما من الأب والام معا ضد النيابة العامة للمطالبة بإثبات النسب، وإما من الأب لإثبات النسب، وإما من الطفل وامه ضد الأب وموافقة هذا الأخير، وهنا لا يطرح أي إشكال على القضاة لإثبات النسب، ومن باب أولى إذا قررا الزواج.

غير أن الإشكال الكبير الذي يثور إذا كان الأب ينكر الواقعة، ويفرض الإقرار بنسب الطفل، بالرغم من أنه تمت ادانته بحكم نهائي، وبالرغم من ثبوت علاقته بالطفل بالبصمة الوراثية بما لا يترك أي مجال للشك.

لمعالجة هذا الإشكال، لا بد أن نفهم أولاً سبب اشتراط الفقهاء القائلين باستلحاق ابن الزنى ضرورة إقرار الأب بالإبن، حتى نتوصل إلى مدى امكانية استبدال الإقرار بالبصمة الوراثية.

1- علة اشتراط الإقرار لاستلحاق ابن الزنى:

يستشف من مختلف الآراء الفقهية القائلة بجواز استلحاق ابن الزنى بالزاني، وجود بعض العلل لاشتراط إقرار الزاني بالابوة، يمكن إيجازها في ثلاثة علة هي:

أولاً: أن الإقرار هو دليل البينة الوحيد، ذلك أن الأب يدعي أن الطفل من مائه ولا دليل له، أو أن الام أو الام وابنها يدعيان أن المدعى عليه هو الأب البيولوجي ولا

دليل لهما، فيعمد الى اقرار الاب بالبنوة، حتى يجد القاضي او الحاكم ما يرتكز عليه لاثبات النسب.

فدعوى الزاني لنسب الولد اليه محض ادعاء لا دليل ولا امارة عليه، واثبات النسب لمجرد الادعاء يفتح باب المفسدة، ولا يؤمن معه امكانية إلحاق الشخص بمن لا ينسب اليه، فحينئذ يفسد مقصد من مقاصد الشريعة الاسلامية، وهو حفظ النسل¹.

ثانيا: ان القول بكون الزنى هو سبب نفي النسب عن الاب لا يستوي، ذلك ان الزنى ينسب به الطفل الى الام، فلو كان الزنى ذاته هو السبب في نفي النسب عن الرجل، لما صح نسب الولد الى الام، لانها زانية بدورها، فيثبت حينئذ ان الزنى ليس سببا في نفي النسب عن الرجل، بل الشك في تخلق ولد الزنى من مائه، هذا الشك غير المتحقق مع الام بوجود الولادة منها، وذلك يؤكد انه متى ثبتت الصلة الحقيقية بين ولد الزنى والزاني بالإقرار كثبوت الولادة من الام، يثبت النسب اليه، ولما كانت البصمة الوراثية سبيلا الى اثبات هذه الحقيقة، صح حينئذ استعمالها في اثبات نسب ولد الزنى من الزاني²، فالامر اذن في كلتا الحالتين يتعلق بالاثبات، ومن ثمة فان علة اشتراط الاقرار للاستلحاق هي الاثبات.

ثالثا: ان سعي الرجل الى استلحاق ابنه من الزنى وتحركه برفع الدعوى امام القضاء، وتكبد الاتعاب والفضيحة، هو والمزني بها معا، بالاضافة الى اشتراط البعض عليهما الزواج، وسعيهما إليه فعلا، يدل على انهما ندما عن الفعل، وتابا منه، والحال ان الفقه المعاصر انتهى الى ان استلحاق ابن الزنى بالزاني يقتضي ان يتوبا عن الفعل ويندما عليه، وأن يتم الزواج بينهما، والزواج علامة التوبة عن الزنى، وهذا كله

¹ د عماد الدين مصطفى الشعار - السابق ص 27

² د - عماد الدين مصطفى الشعار - السابق ص 27

تحوطا من الفقهاء القائلين بجواز الإستلحاق لصون النسب، وقد توصلنا في بحثنا الى فتوى صادرة عن لجنة موقع الفقه الاسلامي بتاريخ 09-08-2009 تحت رقم 03 نورد منطوقها للفائدة فيما يلي¹: "...ان هذا هو الموافق لقواعد الشرع، فإن الشرع يتشوف الى ثبوت النسب، وحفظ الولد من الضياع والتشرد والانحراف، وفي الأخذ بهذا القول تحقيق لهذا المطلب الشرعي العظيم، ولا شك أن كون الولد ينشأ منسوباً لاب خير له من أن ينشأ منسوباً لامه، مصاحباً للعار بقية عمره، يتجرع ويلات جريرة ليس له فيها يد، ففي عدم نسبه مفسد عظيم، كالحوق العار به، وبامه وبذويها، بل وبالمجتمع ككل، مع ما في هذا القول من الستر على الزناة والزواني واهليهم وولدهم، وتشجيع لهم على التوبة.

وهذا القول هو الذي يرجح، وهو انه يصح تزوج الزاني من الزانية، لكن بشرط توبة الاثنين، والعزم على عدم الرجوع، كما يصح نسبة ولد الزنا لابيه اذا استلحقه بشرط تزوجه اياها، بل هو الأولى به، وهو ما قضى به الصحابة رضي الله عنهم، فقد كان عمر رضي الله عنه يلبط - أي يلحق - اولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الاسلام، اخرجه عبد الرزاق في المصنف - 12374-، والبيهقي في السنن الكبرى - 326/10- وسئل ابن عباس رضي الله عنهما فيمن فجر بامرأة ثم تزوجها؟ فقال: "أوله سفاح وآخره نكاح، لا بأس به" اخرجه البيهقي في السنن الكبرى - 155/7- وعن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: " لا بأس بذلك، أول أمرها زنى حرام، وآخره حلال" اخرجه عبد الرزاق في المصنف - 202/7- وسئل عمرو بن جابر بن زيد عن الرجل يفجر بالمرأة ثم يتزوجها؟ قال: " هو أحق بها، هو أفسدها" مصنف ابن ابي شيبة

¹ بلبشير يعقوب - حق الطفل غير الشرعي في معرفة والديه عن طريق البصمة الوراثية - مذكرة لنيل شهادة الماجستير - جامعة وهران - كلية الحقوق والعلوم السياسية - 2012-2013 فتوى مدرجة كملحق رقم 02 .

- 361/3-، والآثار في ذلك كثيرة جدا عن الصحابة والتابعين في القضاء والفتوى بذلك، وقد نقل ابن قدامة في المغني عن ابي حنيفة رحمه الله أنه قال: " لا أرى بأسا إذا زنى الرجل بالمرأة فحملت منه أن يتزوجها مع حملها، ويستتر عليها، والولد ولد له- 122-9- والله اعلم.

الموافقون على الفتوى بشأن تزوج الزاني بالمزني بها ونسبة الولد إليه من اعضاء لجنة الفتوى وهم:

- الاستاذ الدكتور علي محي الدين القره داغي
- الدكتور عقيل بن محمد المقطري
- الدكتور يوسف بن عبد الله الشبيلي
- الدكتور هاني بن عبد الله الجبير
- الدكتور نايف بن محمد العجمي
- الدكتور سعد بن تركي الخثلان
- الاستاذ الدكتور نور الدين الخادمي¹ انتهى نص الفتوى.

2/ الترجيح بين استلحاق الابن في الزنى بالإقرار، وإلحاق الابن في الإغتصاب

بالبصمة الوراثية.

توصلنا اذن ان علة اشتراط الاقرار هو اثبات العلاقة الأبوية بين الزاني وولد الزنى، واثبات توبة الزاني والزانية، وان بعض الفقه المعاصر انتهى الى امكانية استعمال البصمة الوراثية في اثبات نسب ابن الزنى من الزاني، على اختلاف شديد بين الفقهاء،

¹ موقع اللجنة

<http://iso-tec-demos.com/islamfiqh/dataentry/ar/node/7262>

وقد افتى بعضهم انه لا يلحق ابن الزنى بالزاني الا اذا تزوج المزني بها، وندما على ما فعلاه، وهو امر منطقي اعتبارا ان الزنى كان بارادة الرجل والمرأة، ولم تكره عليه. أما وأن المغتصبة لم تكن راضية بالزنى، وإنما خضعت له كضحية، وما اكثر حالاتها في الوقت المعاصر، لاسيما ما مرت به الجزائر في العشرية السوداء، وما تمر به بعض دول المشرق العربي في سوريا والعراق، وكثرة الاطفال ضحايا هذه الجرائم، ولما كانت البصمة الوراثية دليل اثبات قوي، وان نسبة الدقة فيها قد تكون قطعية، **فإننا نرى انه لا ضرورة لاقرار المغتصب بان الابن ابنه لإلحاقه به، ولا معنى للندم منها كونها كانت مكرهة على الفعل**، بل إن الدليل الثابت بالبصمة الوراثية يكفي لإلحاق النسب به، ومن ثمة يكون حقا للطفل الناتج عن الاغتصاب أن يرفع الدعوى بنفسه إن تحققت الشروط الاجرائية، او والدته نيابة عنه لإثبات نسبه من المغتصب بالإستناد على نتائج البصمة الوراثية، ودون حاجة الى اقرار المغتصب كما هو شرط في حال ابن الزنى، وهو رأينا كرجل قانون ومنطق، لا كرجل دين، وقد استندنا فيه بالاضافة الى ما جاء في البحث، الى بعض المعطيات من القضاء ومن الفقه، والله ورسوله اعلم.

من الفقه:

- يرى بعض الفقه ان وطأ الحرام محرم- بكسر الراء وتشديدها- كما يحرم وطأ الحلال والشبهة، يعني انه يثبت به تحريم المصاهرة، فاذا زنى بامرأة حرمت على ابيه وابنه، وحرمت عليه امها وابنتها¹، ومن ثمة فإن احتجاج بعض الفقه أن إلحاق نسب ابن المغتصبة بابيه قد يؤدي الى اختلاط الانساب اصبح في وقتنا الحالي غير ذي

¹ ابن قدامة المقدسي- المغني- المرجع السابق- الملجد السابع - ص117

معنى بل قد انقلب، على اعتبار ان إلحاق النسب يحفظ هذا الاب الزاني من ان يقع على ابنته من الزنى، او ان يتزوجها، او ان يتزوج ابنه من شقيقته، وان معرفة الانساب ولو من الاغتصاب تبعد هذا الأمر الشنيع.

- ان المسألة خلافية بين المذاهب، وان خلاف المذاهب شبهة تدرأ الحدود، وان ما قوي مدركه من مسائل الاجتهاد يراعى فيه الخلاف، وان فقهاء الامة اختلفوا حول اللاحق بالزاني، ومن ثمة جاز للقضاة الاخذ بالرأي المخالف للجمهور¹.

- ان المكروهة لا تحد، ولو حبلت لوجود الشبهة²، يقول ابن قدامة المقدسي في المغني: "ولا حد على مكروهة في قول عامة اهل العلم، روي ذلك عن عمر، والزهري، وقتادة، والثوري، والشافعي، واصحاب الرأي، ولا نعلم فيه مخالفاً، وذلك لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"³.

- ان قول الجمهور ان قطع النسب عن الزاني فيه زجر له عن الزنى، لانه اذا علم ان ماءه يضيع بالزنى يتحرز عنه، رد عليه الفقهاء المعاصرون بالقول ان المتضرر في الاصل في هذه الحالة هو ولد الزنى، حيث يبقى بلا اب ينسب اليه ويعنى بتربيته والله تعالى يقول: "ولا تهرموا نهره ونهره اخرى" الاية 164 من سورة الانعام.

¹ الدكتور هارون ولد عمار ولد ابيي- مقال منشور في المجلة الالكترونية - ريم افريك- بعنوان ملاحظات حول اشكالية

إلحاق ولد المغتصبة بالمغتصب- عنوان الموقع/rimafric.info/node

² سيد سابق- فقه السنة- الجزء الثاني- نظام الاسرة الحدود والجنايات- دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع- بيروت-لبنان

2008- ص 672

³ ابن قدامة المقدسي -المغني- المجلد التاسع - ص59 رقم 7175.

من القضاء:

توصلنا في دراستنا الى قرار عن المحكمة العليا بالجزائر جاء في قراره المبدئي ما يلي: "الاغتصاب، الثابت بحكم قضائي، يعد وطأ بالاكراه، ويكيف بكونه نكاح شبهة، يثبت به النسب"¹.

ويبدو هنا أن المحكمة العليا أخذت برأي بعض فقهاء الشريعة الاسلامية الذين أقروا أنه لا حد على المغتصبة، لوجود الشبهة، وقد قال بذلك بعض المالكية والشافعية، ورواية للحنابلة، وهو قول ابن المنذر²، وأقروا بناء على ذلك للمغتصبة الحق في الصداق³.

كما صدر عن المحكمة العليا في الجزائر أيضا قرار أثبت النسب من المغتصب مباشرة بناء على البصمة الوراثية ADN إذ جاء في القرار المبدئي: "يمكن طبقا للمادة 40 من قانون الاسرة اثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية - الحمض النووي - ADN - ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي المادة 41 من نفس القانون، وبين إلحاق النسب في العلاقة غير الشرعية"

ويستشف من القرار أن الاب كان متهما في إطار جرائم الأخلاق، وأن المحكمة الفاصلة في المسائل الجزائية أمرت بالخبرة التي اكدت ان الابن ابن المتهم، ثم رفعت الام بعد أن اصبح الحكم الجزائي نهائيا دعوى اثبات النسب، إلا أن قاضي شؤون الاسرة الابتدائي رفض طلبها، ثم طعنت بالاستئناف فرفض المجلس أيضا، ويستشف

¹ راجع قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 617374 بتاريخ 12-05-2011 مجلة المحكمة العليا- العدد الاول 2012 ص 294.

² الدكتور محمد محمود ابو ليل- ص 25

³ ابن قدامة- المرجع السابق- المجلد السابع- ص 271

من القرار أن الزاني لم يكن يقر بالابن، فانتهت المحكمة العليا الى الأخذ بالبصمة الوراثية وألحقت النسب به بحكم القاضي ودون استلحاق منه¹.

وهكذا نخلص في نهاية هذا المبحث أنه بعد اطلاعنا على عديد الاجتهادات التي تحث على إسناد نسب ابن المغتصبة الى المغتصب متى كانت النتيجة العلمية للبصمة الوراثية تؤكد أنه ابنه، دون أي شرط او قيد، على أننا نوصي أنه يجب أن نحتاط في مسألة دقة البصمة الوراثية، ومن هذا الجانب، يتعين أن تكون البصمة الوراثية تحت إشراف علماء نزهاء، وأن يضاف إلى نزاهتهم تأدية اليمين القانونية قبل مباشرة مهامهم، وعلى أن توسع مراكز إجراء مثل هذه الفحوص الدقيقة عبر الوطن، حتى يمكن للقاضي إن ارتاب في نتيجة ما أن يجري خبرة مضادة لدى جهة أخرى لترجيح النتيجة.

كما توصلنا الى أن نسب ابن المغتصبة حق للابن، أكثر من أي طرف في العلاقة، يجب صونه والحفاظ عليه، فهو طفل نشأ من خطأ المغتصب، ويتعين على هذا الأخير أن يتحمل المسؤولية، كون هذا الطفل متكون من مائه، فهو ابنه قدرا وكونا، ولا يوجد دليل شرعي صحيح صريح يمنع او يعارض إلحاق نسبه به، فيصار الى الحكم الكوني لعدم معارضة الحكم الشرعي له، فتلازم الجملتين في قوله صلى الله عليه وسلم " **الولد للفراش وللعاهر الحجر**" فيما اذا كان هناك زوج صاحب فراش وعاهر يتنازعان نسب الابن، يقول صاحب الفراش هو ابني، ويقول العاهر بل هو ابني، فيكون الولد لصاحب الفراش، وهو أصل العبارة، وفي حالة الاغتصاب لا ينازع

¹ راجع قرار المحكمة العليا بالجزائر رقم 355180 بتاريخ 05-03-2006 مجلة المحكمة العليا – العدد الاول 2006

الزاني أحد في الابن، وهو ثابت منه بالعلم، فيكون إلحاقه مناسب للعقل وكذلك للشرع عند التأمل¹، ذلك أن الشريعة الإسلامية لا تخالف العلم أبداً، وإن استبعاد نتائج العلم قد يسيء إلى الشريعة.

وعلى هذا الأساس وجب اعتماد القضاة وكل رجال القانون من محامين وباحثين على القاعدتين الفقهيّتين "تغيير الأحكام بتغيير الأزمان"²، و"نكاح الزانية يجوز الاجتهاد فيه"، جاء في قول لابن المفلح: "يلحقه بحكم حاكم - يقصد نسب ابن الزنى للزاني - ذكر أبو يعلى الصغير غيره مثل ذلك، ومن قال يلحقه لم يخالف قوله - صلى الله عليه وسلم - "الولد للفراش وللعاهر الحجر"، لأنه إنما يدل مع الفراش³ انتهى قول الفقيه، وأن المغتصبة لا فراش لها، ونسب ابنها بتدخل الحاكم يكون من باب أولى، فقد فسر عبارة الولد للفراش مع الفراش، أي إذا كانت المغتصبة فراشا لآخر، وقد سبق وأن فصلنا في مآل النسب عندها، ومنه فقد قصر تطبيق القاعدة على ذات الفراش، على خلاف ما هو واقع لدى القضاة حالياً من تطبيق القاعدة على كل النساء، فالقاعدة عند هذا الجانب من الفقه لا تنطبق على من لا زوج لها، كما سبق وأن شرحنا، وبالتالي يجوز للقاضي أن يلحق الطفل بالمغتصب.

فهو إذن مجال يجوز التوسع فيه، لفصل ابن المغتصبة عن ابن الزنى، لاختلاف الواقعتين، وإلحاق نسب الطفل إلى مغتصب والدته اعتماداً على ما تقدم، بالبصمة

¹ الدكتور هارون ولد عمار ولد ادبيقي- المرجع السابق.

² د - محمد جبر الألفي- السابق - ص6

³ العلامة- شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي- كتاب الفروع- تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي- الجزء التاسع- دار المؤيد- بيروت لبنان-2003 - ص225.

الوراثية الصحيحة والدقيقة ، ودون أي قيد أو شرط، ومن ثمة نكون قد توصلنا الى ان حق ابن المغتصبة في النسب ثابت لمن اغتصب والدته، والله ورسول اعلم.

خلاصة الباب الاول:

إنتهينا في فصول هذا الباب إلى أن النسب من أهم وأعقد الحقوق الخاصة بالطفولة بصفة عامة، والطفولة المسعفة بصفة خاصة، وان الحق في النسب على ارتباط وثيق بظهور هذه الظاهرة الغريبة على مجتمعنا، إن لم يكن الحق في النسب هو السبب الرئيس لها؛

وتوصلت الدراسة الى ما يلي:

- أن الطفولة المسعفة قد تنشأ بفقدان الحق في النسب بالرغم من أن الزواج صحيح وتام الأركان، بالنظر إلى بعض المفاهيم الخاطئة في تفسير أحكام القانون أو أحكام الشرع، أو الإخطاء في تطبيق هذه الاحكام، والتناقض ما بين المجال القانوني والمجال التطبيقي، لا سيما المجال الإداري، أو إلى سوء إعمال قواعد اللعان؛

وخلصنا إلى دراسة هذه الإختلالات، وانتهينا إلى إقرار حق الطفل الذي أصبح مسعفا بهذه الطرق التعسفية في النسب، وبذلك فإن الأخطاء الإدارية والأخطاء القضائية لا ينبغي أن تلغي حق الطفل في النسب، وإنه يتعين تدارك هذا الوضع السيئ؛

- ضرورة إعمال البصمة الوراثية كطريق علمي في إثبات نسب الطفل من والده، بالرغم من إستعمال هذا الأخير لطريق اللعان في نفي الولد، وتوصلنا أيضا إلى أن الفقه المعاصر يتجه إلى ضرورة إلحاق نسب الطفل بوالده الملاحن، إن ثبت نسب

الطفل بالبصمة الوراثية، وبذلك يتم إسعاف هذا الطفل وإحيائه بتقرير هذا الحق الهام في حياته.

- أن نسب الطفل يجب أن يحفظ في عقود الزواج الفاسدة، وفي الوطاء بشبهة، وأكدنا أن صحة العلاقة الزوجية من عدمه، لا ينبغي أن يؤثر على هذا الحق، وحاولنا أن نحصر قدر الإمكان أنواع الزواج الذي بمقتضاه يمكن للأُم أو الولد أن يرفع دعوى إثبات النسب ويكسبها، وبررنا ذلك بما ورد من إجتهد لفقهاء الشريعة الإسلامية القدماء والمعاصرين، إعتباراً أن المشرع الجزائري قد أحال بأحكام المادة 222 من قانون الأسرة على أحكام الشريعة الإسلامية؛

وتوصلنا إلى دراسة بعض عقود الزواج المستحدثة، وحاولنا حصر المعروف منها في مجتمعا، وتعريفها، واستنتاج حق الطفل الناتج عنها في النسب، وتوصلنا إلى إلحاق النسب في كل منها حسب التسمية المقدمة له، لتمكين الطفل من حماية حقه في النسب؛

- إمكانية حماية حق الطفل، وإخراجه من عالم الطفولة المسعفة، بالرغم من أنه قد يكون نتاج علاقة غير شرعية، وهكذا توصلنا إلى أن فقهاء الشريعة الإسلامية تركوا الباب مفتوحاً لإثبات نسب الطفل الناتج عن الزنى، متى لم تكن أمه فراشا لأحد، واستلحقه أبوه وندما معا على الفعل، وأيدنا البحث بآراء مجموعة من العلماء المعروفين قديماً وحديثاً، ومجموعة من الأبحاث المعاصرة التي تسير في هذا الإتجاه، على خلاف ما لاحظناه في بحثنا من سير القضاء الجزائري على إنكار النسب لكل طفل ولد خارج علاقة الزواج الشرعي؛

كما توصلنا إلى أن القضاء الجزائري، وجانب من الفقه، يسيء إعمال قاعدة الولد للفراش، وأعطينا هذه القاعدة التفسير الصحيح بتأصيلها والعودة إلى أسبابها، وذكر الخلاف الذي ثار حولها قديما، وتوصلنا إلى أن الولد الناتج من علاقة زنى لا تكون فيها المرأة فراشا لأحد يرى جانب من الفقه أنها لا تنطبق، وأنه تطبيقا لقاعدة إحياء الولد يمكن أن ينسب الطفل لأبيه إن تابا معا، وتزوجا واستلحق الأب الطفل بنسبه، ومن ثمة توصلنا إلى إقرار حق النسب لهذه الفئة، مع إمكانية التقليل من حالات الطفولة المسعفة التي تنشأ نظرا لرفض القضاء تثبيت النسب في هذه الحالة؛

- أن اقتران حالة إغتصاب المرأة والإنجاب من المغتصب بثبوت العلاقة بين الطفل والمغتصب بالبصمة الوراثية ينبغي أن يؤدي إلى إلحاق نسب الطفل بالمغتصب، إحياءا للطفل وتحميلا للمغتصب لآثار فعله، وتوصلنا إلى تقديم العديد من الأبحاث في هذا المجال في الجزائر وخارجها.

وبذلك نكون قد حصرنا الحالات التي لا يمكن فيها حماية نسب الطفل في حالة البغاء المتكرر مع عديد الرجال من طرف الأم، أو حالات الزنى التي يرفض فيها الأب إستلحاق الطفل أو ينكر العلاقة أصلا، وهي حالات قليلة جدا في مجتمعنا.

الباب الثاني:

حقوق الطفولة المسعفة في مواجهة الدولة والمجتمع

تطرقنا في الباب الاول من هذا البحث الى حق الطفل المسعف في مواجهة والده، وقررنا أن للطفل الحق في أن ينسب الى والده، وعالجنا جل الحالات التي تعتري هذا الحق.

غير أن للطفل حقوق اخرى في مواجهة الدولة من جهة، باعتبارها تمثل المجموعة الوطنية التي ينتمي إليها، ويقع على عاتقها واجب رعاية كل فرد فيها، وله حقوق في مواجهة المجتمع باعتباره احد ركائزه المستقبلية.

وإن كانت هذه الحقوق مستقر على تلبيتها او أغلبها للطفل العادي، وأهمها اللقب والاسم ضمن المجتمع الذي يعيش فيه، والجنسية في مواجهة الدولة، والنفقة، والحضانة، وحق الإقامة والمنع من التشرّد في مواجهة المجتمع والدولة معاً، وحق الاستقرار والعيش في وسط عائلي في مواجهة المجتمع، وحق الحماية الجزائية من أي اعتداء يتعرض له، ومن حق المحاكمة الخاصة إذا ارتكب أي فعل مجرم، في مواجهة الدولة، إلا أن فئة الطفولة المسعفة تعاني من هضم هذه الحقوق أحياناً، وضياعها لعدم الإدراك والإلمام بها في أحيان كثيرة.

فتهضم الحقوق لتقصير في التشريع على غرار تهيمش أبناء المغتصبات، او لسوء إعمال بعض القواعد التي أقرها المشرع من طرف رجال القانون من محامين وقضاة، وكل المتدخلين في مجال الطفولة، وتضيع أحياناً أخرى لوجود تنظيمات خاصة لها أقرتها الدولة، على غرار مؤسسات الطفولة المسعفة للإقامة، والموظفات الحاضنات، والاجراءات الخاصة بالنفقة، وإجراءات الحماية الجزائية، وهي إجراءات يجهلها البعض، وهو ما دفعنا الى البحث في هذه الحقوق والتفصيل فيها لتوضيح الغامض

منها، وإبراز المهمل لاستغلاله لفائدة هذه الفئة الهشة في المجتمع ضمن الفصول التالية:

- الفصل الأول: حق الطفل المسعف في الاسم واللقب والجنسية.
- الفصل الثاني: حق الطفل المسعف في الحضانة.
- الفصل الثالث: حق الطفل المسعف في النفقة.
- الفصل الرابع: حق الطفل المسعف في الإقامة والمنع من التشرد.
- الفصل الخامس: حق الطفل المسعف في العيش في وسط عائلي (حق الكفالة)
- الفصل السادس: حق الطفل المسعف في الحماية الجزائية.

الفصل الاول:

حق الطفل المسعف في الاسم واللقب والجنسية.

الاسم واللقب والجنسية هي العناصر المكونة للهوية، يتميز بها كل شخص عن غيره، من حيث الكنية ومن حيث الرابطة والولاء للدولة التي ينتمي اليها، وعلى ذلك ارتبط منح بطاقات الهوية برابط الجنسية، وبالدولة المانحة لها، وهي من الضروريات التي يتعين أن يمتلكها كل مواطن مهما كان وضعه، فهي بذلك من اهم الحقوق التي يتعين أن يتمتع بها كل مواطن.

والحق في الاسم واللقب من اهم الحقوق التي نظمتها كل التشريعات منذ القدم، مروراً بالشريعة الاسلامية، الى غاية اليوم، مع اختلاف طفيف فيما يتعلق باللقب، إذ تأخذ بعض التشريعات باللقب الناتج عن تسلسل جدين او ثلاثة اجداد، في حين تأخذ بعض التشريعات الاخرى منها الجزائر باللقب عن طريق الكنية.

والاسم واللقب من الحقوق اللصيقة بالشخصية، وهي تخص كل الاشخاص عموماً، إلا أن الطفل المسعف له وضع خاص فيما يخص الاسم واللقب، لاسيما فيمن يختار اسمه و كيف، والنصوص المنظمة لذلك، وكيفية تغيير الاسم في حالة الضرورة والاجراءات اللازمة لذلك.

ويطرح الاشكال بأكثر حدة عندما يتعلق الامر باللقب، باعتباره من البيانات الاساسية التي يستمد منها الطفل المسعف هويته¹، ذلك أن المشرع الجزائري اخذ باللقب عن طريق الكنية، ونص على أن لقب الاب ينتقل الى ابنائه وان نزلوا، غير ان

¹ د- بن عيسى أحمد- الحماية القانونية الدولية والوطنية للاطفال المسعفين- المرجع السابق- ص 92

الطفل المسعف عادة ما يكون مجهول النسب ولا يعرف والده، فكيف يتم التصرف، وما هي النصوص المنظمة لهذه المسألة، وماذا لو تم كفالة الطفل، وأراد الكافل تغيير لقب الطفل الى لقبه، ما رأي الفقه والقانون في هذه المسألة، وما هي الاجراءات المطلوبة لذلك.

لاحظنا من خلال هذه الدراسة ان بعض الاطفال في دور الطفولة المسعفة لا يزالون يعانون من مشاكل من هذا النوع، لاسيما ما يتعلق باللقب، كما لا حظنا ان بعض الاباء الكافلين للاطفال المسعفين لا يزالون يعانون من الاجراءات اللازمة لتسوية وضعية هوية الطفل من حيث الاسم واللقب.

و حق الجنسية، وهي الرابطة الاساسي بين المواطن والدولة التي ينتمي اليها، من اهم المشاكل التي تعاني منها الطفولة المسعفة، اعتبارا ان هذه الفئة تعاني من نقص وثائق الهوية التي تحدد انتماء الطفل، وقد نظم المشرع حالاتها باحكام خاصة تستدعي الوقوف عندها، وهو ما نسعى لتوضيحه في مبحثين، نتحدث في الاول منهما عن حق الطفل المسعف في الاسم واللقب، وفي الثاني عن حقه في الجنسية.

المبحث الأول: حق الطفل المسعف في الإسم واللقب.

من اهم الحقوق التي يرتبط بها الانسان منذ ولادته، ان يكون له لقب او كنية يعرف به ويتميز به عن غيره، فينتمي باللقب الى عائلة معينة، قد تكون صغيرة، وقد تكون كبيرة تمتد الى العشيرة والقبيلة، وقد يمتد اللقب في بعض جهات الجزائر الى عروش كبيرة جدا قد تضم مئات الالاف من الافراد.

كما يتعين ان يكون لكل شخص اسم يتميز به عن غيره من افراد عائلته ومحيطه ضمن اللقب الشامل لهم، وعادة تتكفل العائلة او الاب على الاقل باختيار اسم للطفل قبل ولادته ويطلق عليه يوم ولادته، ويسجل به في سجلات الحالة المدنية.

غير ان الطفل المسعف يعاني من صعوبة في كسب هذا الحق منذ ولادته، فمن يمنحه اللقب؟ والى أي عائلة او جماعة او عرش ينتمي؟ بل ان بعض العائلات ترفض ان يسمى اشخاص لا ينتمون اليها بطريقة شرعية باسمها، وترفع الدعاوى لذلك امام القضاء، ثم من يختار لهذا الطفل الاسم؟ وكيف يسجل ومن يقوم بتسجيله؟ كلها معطيات نعالجها في المطالبين التاليين:

المطلب الأول: حق الطفل المسعف في الاسم.

نظم المشرع الجزائري حق الطفل في الاسم بالقانون المدني وقانون الحالة المدنية، فأقر الحق بالقانون المدني طبقا للاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، ثم نظم كيفية تنظيم هذا الحق وكل ما يتعلق باجراءات التسجيل والتغيير بقانون الحالة المدنية.

الفرع الأول: إختيار الاسم وتسجيله.

تقضي المادة 28 من القانون المدني انه: " يجب ان يكون لكل شخص لقب واسم فاكثر ولقب الشخص يلحق اولاده.

يجب ان تكون الاسماء جزائرية، وقد يكون خلاف ذلك بالنسبة للاطفال المولودين من ابوين غير مسلمين "

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد اقر لكل مولود جديد الحق في اسم او اكثر، وقدر ان تكون الاسماء من الوسط الجزائري، إلا بالنسبة للاطفال من ابوين غير جزائريين،

على ان يختار الوالدان او احدهما الاسم المناسب للطفل حين ولادته، وقد ألزم قانون الحالة المدنية بالتصريح بالمواليد الجدد خلال خمسة ايام من تاريخ الولادة، وإلا فرضت العقوبات المقررة بالمادة 442 من قانون العقوبات، وهو ما ورد باحكام المادة 61 الفقرة الاولى من قانون الحالة المدنية.¹

هذا بالنسبة للمناطق الشمالية، اما المناطق الجنوبية فقد اقرت نفس المادة في فقرتها الاخيرة ان التصريح بالمواليد يكون خلال 20 يوما.

وتقضي المادة 63 من ذات القانون انه " تبين، في عقد الميلاد، السنة والشهر واليوم والساعة والمكان وجنس الطفل والاسماء التي اعطيت له، واسماء وألقاب واعمار ومهنة ومسكن الوالدين وكذا بالنسبة للمصرح، ان وجد...".

ويختار الاسماء الاب او الام او في حالة عدم وجودهما المصرح، ويجب ان تكون الاسماء جزائرية ويجوز ان يكون غير ذلك بالنسبة للاطفال المولودين من ابوين معتنقين ديانة غير الديانة الاسلامية، وتمنع جميع الاسماء غير المخصصة في الاستعمال او العادة، طبقا لاحكام المادة 64 الفقرة الاولى من ذات القانون.

هذا بالنسبة للاطفال بصفة عامة، اما بالنسبة للطفولة المسعفة فلا بد ان نميز بين

وضعين:

¹ القانون 70-20 المؤرخ في 19-02-1970 المتضمن قانون الحالة المدنية المعدل والمتمم.

1- حالة الطفل المسعف مجهول الأبوين.

نصت المادة 64 الفقرة الثانية من قانون الحالة المدنية أن ضابط الحالة المدنية هو من يختار بنفسه الاسماء الخاصة بالاطفال اللقطاء، المولودين من ابوين مجهولين، والذين لم ينسب لهم المصريح أية اسماء، ويعين الطفل بمجموعة من الاسماء...¹ وبذلك يكون ضابط الحالة المدنية هو المخول باختيار الاسماء للطفل في هذه الحالة، ويتعين على ضباط الحالة المدنية اختيار اسماء مناسبة، تحت رقابة القاضي المكلف بالحالة المدنية، والقاضي المكلف بالاحداث، ووكيل الجمهورية المشرف على ضباط الحالة المدنية، وهؤلاء كلهم معنيون باختيار اسماء مناسبة للطفل.

2- الطفل المسعف معلوم الأم.

أجاز القانون للأم العازية أن تسلم الطفل لمصالح النشاط الاجتماعي مباشرة بعد وضعه بالمستشفى، ولها الخيار أن تسترجعه في خلال مدة اقصاها ثلاثة اشهر، وإلا تكفلت به الدولة، وفي هذه الحالة من حق الام ان تختار الاسم للطفل قبل ان تسلمه للمصالح المختصة، اعتبار ان المستشفيات اصبحت مجهزة بمصلحة للحالة المدنية، وان الموظف بالمستشفى هو المكلف باخذ الاسم، وانه حماية لحق الام، فهي من تختار الاسم للطفل.

الفرع الثاني: تصحيح وتغيير الاسم.

اشرنا سابقا الى ان اختيار الاسم للطفل المسعف يكون من ضابط الحالة المدنية، تحت إشراف ثلاث جهات قضائية، هي كل من قاضي الحالة المدنية، وقاضي الاحداث في بعض الحالات، ووكيل الجمهورية، وبالرغم من ذلك قد يكون الاسم غير

¹ استعمل المشرع عبارة " يعين الطفل بمجموعة من الاسماء" وهي عبارة نرى انها غير مناسبة، اعتبارا ان التعيين عبارة عامة تشمل ايضا الاشياء، وكان يتعين استعمال عبارة " يسمى الطفل بمجموعة من الاسماء.."

مناسب للطفل، نظرا للظروف الاجتماعية، او قد يكون غير مناسب حسب نظر العائلة التي يدمج فيها الطفل او تكفله، ومن ذلك فقد اقر قانون الحالة المدنية للطفل بصفة عامة، ومن ثمة الطفل المسعف، الحق في تغيير الاسم، طبقا لاحكام المادة 57 من قانون الحالة المدنية المعدل والمتمم¹.

وتجدر الاشارة هنا، وحسب ما اطلعنا عليه لدى المحاكم الجزائرية، في عينات مختلفة بالوطن، ان عبارة "لكل مصلحة مشروعة" قد احدثت بعض اللبس لدى القضاة، اذ عادة ما ترفض المحاكم تغيير الاسماء دون تبرير من الطالب، وعادة ما يكون طلب التبرير ان يكون الاسم ماس بالشرف او يحدث اختلاطا ولبسا في العائلة وهي شروط عادة تكون تعجيزية، اعتبارا ان الاسم حق للطفل، ومن حقه ان بلغ او من حق وليه الشرعي أن يغيره، فالاسماء القديمة مثلا لا عيب فيها، إلا انها قد تسبب عقدة لصاحبها نظرا لظهور اسماء عصرية، فالطفل الذي يحمل اسم الاجداد، يجد صعوبة في تلقى الامر بالنظر الى الاسماء العصرية الخفيفة او الاسماء المركبة، ونرى ان عبارة لكل مصلحة مشروعة، لا تقتضي هذه الشروط، اعتبارا ان التغيير في حد ذاته مصلحة مشروعة، والتبرير بعبارة لا يعجبني الاسم، او الاسم قديم، او الاسم يشكل عقد للطفل، كلها مصالح مشروعة تجيز التغيير.

واجراءات تغيير الاسم بسيطة، على خلاف اللقب، كما سنرى، إذ يكفي فيها أن يقدم المعني او ممثله الشرعي وثيقة عقد الميلاد المعنية بالتغيير، وطلب خطي لتغيير الاسم، موجه الى السيد وكيل الجمهورية بالمحكمة الاقرب اليه، يودعه مباشرة

¹ تقضي المادة 57 من القانون 70-20 المتضمن قانون الحالة المدنية انه: "ان الاسماء الواردة في عقد الولادة يجوز تعديلها للمصلحة المشروعة بموجب حكم رئيس المحكمة بناء على طلب وكيل الجمهورية المرفوع اليه التماس من المعني او من ممثله الشرعي اذا كان قاصرا، مباشرة او عبر ضابط الحالة المدنية للبلدية..."

بالمحكمة او لدى ضابط الحالة المدنية بالبلدية، ويتكاف هذا الاخير بنقل الطلب الى المحكمة، ثم يحيل وكيل الجمهورية الطلب الى رئيس المحكمة مشفوعا بعريضة تتضمن مضمون الطلب ومشفوعة برأيه حوله، على أن يفصل رئيس المحكمة في الطلب بأمر موجه الى ضابط الحالة المدنية المعني لتغيير الاسم، وترسل نسخة من الامر الى المجلس القضائي لتصحيح السجل الثاني المحفوظ بالمجلس¹.

المطلب الثاني: حق الطفل المسعف في اللقب.

اللقب من اصعب الامور التي يعاني منها الطفل المسعف، اعتبارا ان المشرع الجزائري اخذ باللقب الوارد في شكل كنية، وليس تسلسل الاجداد، وهو ما يتضح من نص المادة 28 من القانون المدني، التي نصت صراحة انه : يجب ان يكون لكل شخص لقب واسم فاكثر، ولقب الشخص يلحق اولاده.

والنظرية العامة في هذا المجال لا تعتبر اللقب مجرد بيان من بيانات وثيقة الميلاد فقط، بل تعتبره ايضا حقا من الحقوق التي يرثها الابن عن ابيه، والحقيقة ان الابن الشرعي هو الوحيد الذي يحق له حمل لقب العائلة تبعا للقب ابيه، اما الولد اللقيط او مجهول الوالدين وابن الزنى فليس من الممكن ان يحمل أيا منهم لقب عائلة معينة، ولكن يحق لكل منهم ان يتسمى بمجموعة اسماء يتخذ اخرها لقباً له، واللقب من خصائصه الدوام، إذ لا يمكن زواله او التنازل عنه، وانما يمكن فقط التنازل عنه وفقا لاجراءات وشروط معينة.²

¹ تقضي المادة 09 من القانون 70-20 المتضمن قانون الحالة المدنية انه: "تختتم السجلات وتقل من قبل ضابط الحالة المدنية عند انتهاء كل سنة وتودع نسخة منها بمحفوظات البلدية، في الشهر الموالي، وترسل النسخة الاخرى الى كتابة ضبط المجلس القضائي..."

² المستشار عبد العزيز سعد- نظام الحالة المدنية في الجزائر- المرجع السابق - ص 96.

ومرد الصعوبة بالنسبة للطفل المسعف أن اللقب مرتبط ارتباطا وثيقا بالنسب، وقد قررنا ان الطفل المسعف إما ان يكون منسوبا لأمه، وإما ان يكون مجهول الابوين، وقد اجتهد المشرع لمعالجة هذا الموقف في قانون الحالة المدنية، مسايرة منه للاتفاقيات التي انظمت اليها الجزائر في هذا المجال، غير أن الامر يظل يطرح عدة إشكالات تعاني منها هذه الفئة الضعيفة، نحاول في هذه الدراسة حصرها، وإيجاد الحلول المناسبة لها.

ومن هذه المشاكل والصعوبات ان بعض الفئات من الطفولة المسعفة التي تملك شهادة ميلاد يذكر بها لقب واسم الام، مع عدم الاشارة الى لقب واسم الاب، ومع كون الام مجهولة، فهل ياخذ الطفل لقب الام، ام ينبغي البحث عن لقب اخر له، ومنها ايضا ما تتعدم لديه اي شهادة او معلومة، وقد لاحظنا في دراستنا ان بعض العائلات لا تزال تعاني من عبارة " دون لقب" او ما يطلق عليه اختصارا في الجزائر " s.n.p " اي بالفرنسية " sans nom propre " بالرغم من ان المشرع قد منع هذا التصرف على ضباط الحالة المدنية، بل الأدهى والأمر ان بعض ضباط الحالة المدنية قد استعملوا هذه العبارة كلقب في حد ذاتها، فلاحظنا بعض البلديات تستعمل عبارة " سامبي محمد" مثلا، وفي الكتابة السابق تكتب " s.n.p mohammed".

ومن المشاكل ايضا ما يعانيه الطفل المسعف من صعوبة اذا قررت عائلة ما كفالته، وارادت هذه العائلة تغيير لقبه ومنحه لقبها، فان هذه العائلة لا تصطدم بتعقيد الاجراءات فقط، بل تصطدم ايضا بما يثيره بعض الفقه من ان هذا التصرف (منح اللقب) يتعارض مع الشرع، فما هي الاجراءات اللازمة لتغيير لقب المكفول، وهل هذا الامر جائز شرعا، وما راي الفقه والقانون في هذه المسألة.

الفرع الأول: حالات اللقب بالنسبة للطفل المسعف.

أشار المشرع الجزائري الى لقب الطفل المسعف في المادة 64 من القانون 20-70 المتضمن قانون الحالة المدنية المعدل والمتمم، وقد اشارت في الفقرة الثانية أن ضابط الحالة المدنية هو من يختار بنفسه الاسماء الخاصة بالاطفال اللقطاء، المولودين من ابوين مجهولين، والذين لم ينسب لهم المصريح أية اسماء، ويعين الطفل بمجموعة من الاسماء يكون احدها لقباً له.

وما يلاحظ على هذه المادة انها اقتصرحت حالات الطفولة المسعفة في الاطفال اللقطاء - إن صحت هذه التسمية- والمولودين من أبوين مجهولين، ولم يشر المشرع الى باقي الحالات، لاسيما الحالات التي تكون فيها الام معلومة، وكيف يتصرف الضابط في هذه الحالة، هل يسجل الطفل بلقب أمه، أم يسجله دون لقب مع ذكر اسم ولقب امه، أم يمنح له لقباً عبارة عن اسم؟ وكيف يتصرف ضابط الحالة المدنية إن كانت الام معلومة، ولكن اشترطت عدم ذكر هويتها كاملة، هل يعتمد ضابط الحالة المدنية على ما قدمته الام من معلومات في المستشفى، وهل هذا كاف لاعتماده كلقب للطفل.

بالرغم من انعدام أي مراجع حاولت دراسة الوضع، الا اننا توصلنا بالسعي بين البلديات والمحاكم الى أن الامر لا يخرج عن حالات ثلاثة بالنسبة للقب للطفل المسعف، نوردتها فيما يلي:

1- حالة الطفل مجهول الأبوين: كانت هذه الحالة تطرح اشكالا كبيرا قبل صدور قانون الحالة المدنية سنة 1970 وبداية سريانه بتاريخ 1972/07/01، طبقا للمرسوم 105-72 المؤرخ في 1972-06-07، بل استمرت الصعوبات الى غاية 1976،

بمناسبة صدور الامر 7-76 المؤرخ في 20-02-1976 المتضمن وجوب اختيار لقب عائلي من قبل الاشخاص الذي لا يحملون لقباً عائلياً، ولا تزال بعض آثارها الى غاية اليوم، ومرد هذه الصعوبة أن ضباط الحالة المدنية كانوا يسجلون الطفل بعبارة " بدون لقب فلان " s.n.p x " ويكتفون بذكر الاسم دون اللقب، غير أن هذه الإشارة مسيئة جداً، وكاشفة لوضع الطفل لكل من يطلع على وثيقة ميلاده، بل على وثيقة هويته، وهو وضع يؤدي الى تعقيد حياة الطفل أيما تعقيد، يذكره بحاله كلما نظر الى بطاقة هويته، وتجعل الغير ينظر اليه نظرة احتقار كلما استلم منه بطاقة الهوية، بل ان بعض الحالات، وعلى حد ما ذكره لنا بعض ضباط الحالة المدنية، ظلت بدون بطاقات هوية لهذا السبب لا غير.

وبصدور قانون الحالة المدنية وبداية تطبيقه، بدأت هذه الحالة في الاختفاء، بعد ان نصت المادة 64 منه على ضرورة أن يختار ضابط الحالة المدنية من الاسماء للطفل ويجعل احدها لقباً له، غير ان الحالات السابقة التي تم تسجيلها من قبل بقيت من دون علاج الى غاية 1976 اين نص الامر 7-76 على ضرورة معالجة هذه الوضعية بالاجراءات التالية:

1- ان يقدم الشخص المعني عريضة الى وكيل الدولة (وكيل الجمهورية حالياً) التابع للمحكمة التي أعد في نطاق اختصاصها عقد ميلاده، مع بيان اللقب العائلي الذي اختاره، وان يرفق به ملخص من عقد ميلاده، او من الحكم الفردي او الجماعي المصرح بولادته.

2- ان يقدم الطلب خلال الاشهر الستة الموالية لصدور الامر 7-76 اعلاه، اي ابتداء من 20-02-1976.

3- يحيل وكيل الدولة عريضة الطالب مع اوراق الملف بعد التحقيق، الى المحكمة.

4- تصدر المحكمة حكما في الدرجة الاخيرة - نهائي - بمنح اللقب المطلوب خلال شهرين من تاريخ ايداع العريضة.

5- تلصق نسخة من الحكم بالمحكمة وبمقر المجلس الشعبي البلدي لمكان ميلاد الطالب، ويمكن إقامة الطالب بطلب من وكيل الجمهورية.

6- للغير المعارضة في منح اللقب خلال ثلاثة اشهر من تاريخ اللصق.

7- اذا لم ترفع اي معارضة او رفضت المعارضة فان للحكم القاضي بمنح اللقب كامل الاثر.

8- يؤشر بناء على أمر من وكيل الدولة باللقب الجديد على وثائق الحالة المدنية للطالب واسرته.

9- تسجل هذه الاحكام مجانا.

واشار هذا الامر صراحة الى انه، " يجب على ماسكي سجلات الحالة المدنية ألا يكتبوا علامة " بدون لقب عائلي" ولا أية علامة مماثلة عند تسليمهم نسخا مطابقة لاوراق الحالة المدنية وذلك ابتداء من نشر هذا الامر.

كما يجب ألا يكتب مرة اخرى مثل هذه العلامات في سجلات الحالة المدنية عند تسجيل او تسليم نسخ من عقود الميلاد وبطاقات الهوية وجوازات السفر الخاصة بالأشخاص الذين ليس لهم لقب عائلي.

إلا أن الامر المذكور كان محدودا من حيث الاجل، مع قلة الإشهار له في تلك الفترة، وبقيت بعض الحالات لا تزال موجودة بلقب " s.n.p" الى يومنا هذا.

لم تعد هذه الحالة إذن تطرح أي إشكال يذكر في الوقت الحالي، بالنسبة للمواليد الجدد، واصبح واجبا على ضابط الحالة المدنية ان يسجل الطفل بلقب من الاسماء التي يختارها له.

2- الطفل الذي تعرف أمه، وتقبل تسجيل هويتها والكشف عنها: هذا الوضع

يقتضي ان الام لا تمنع من ذكر اسمها، ولقبها، وكامل هويتها، في شهادة ميلاد الطفل، ولا يبقى من البيانات اللازمة لضابط الحالة المدنية لتسجيل الطفل الا لقب واسم الاب، وهنا يلاحظ المستشار عبد العزيز سعد: " ان ما يقوم به بعض ضباط الحالة المدنية لبعض البلديات من اعطاء ابن الزنى لقب امه هو عمل خاطئ، وتصرف اعتباطي ليس له اي سند قانوني ومخالف لقواعد الشريعة الاسلامية القائلة " الولد للفراش وللعاهر الحجر".... لذلك فانه لا يجوز لضابط الحالة المدنية ولا لادارة المستشفى ان يتصرفا من تلقاء نفسيهما وان يعطيا المولود لقب امه او اي لقب اخر سوى لقب ابيه اذا كان ولدا شرعيا، او تركه من دون لقب اذا كان ولدا طبيعيا مجهول الاب، وان امه قد حملت به سفاحا.¹

ونرى انه لا يجوز ان يبقى الطفل من دون لقب، بل يتعين على ضابط الحالة المدنية ان يطلب من امه ان تختار له مجموعة من الاسماء يكون اخرها لقبها له.

3- حالة الأم التي تقدم بعض بياناتها فقط بالمستشفى، إلا انها ترفض الكشف

عن هويتها كاملة، وهي الحالة التي تشكل صعوبة لضباط الحالة المدنية، كون المعلومات تكون عادة غير كافية لاسيما من جهة لقب الام، وهي من تختار الاسم، وفي بعض الأحيان تختار إسما واحدا فقط.

¹ المستشار عبد العزيز سعد- نظام الحالة المدنية في الجزائر- المرجع السابق - ص 97

ويجب ان نشير هنا الى ان الموظف الموكلة اليه مهام الحالة المدنية بالبلدية ينبغي ان يتلقى التكوين الضروري لمثل هذه الحالات، فيتعين عليه ان ينبه الام إن أرادت ان تحتفظ بهويتها سرية، ان تختار للطفل اكثر من اسم يكون احدها لقباً له.

الفرع الثاني: تغيير لقب الطفل المسعف المكفول.

نشير منذ البداية أننا لا نتحدث عن الطفل المسعف الذي يسترجع نسبه، إما لظهور والديه، أو لإقرار الاب به، أو لكسبه أو كسب امه الدعوى الرامية الى إثبات نسبه من والده، فهنا لا يتعلق الامر بتغيير اللقب، وإنما يتعين على القاضي الفاصل في دعوى النسب، أن ينبه الى ضرورة أنه وبعد إثبات النسب، والنطق به، يتعين عليه ان ينطق ايضا بتغيير وثيقة الميلاد الخاصة بالطفل، بذكر رقمها والبلدية الصادرة عنها وتاريخها، والقول بتغيير هوية الطفل من كذا (اللقب والاسم قبل اثبات النسب) الى كذا (اللقب والاسم بعد اثبات النسب)، ولا تحتاج المسألة الى اجراءات تغيير اللقب المعقدة كما يسير عليه البعض، إذ ينطق القاضي بالحق او اثبات النسب فقط، ويستعين المعني بهذا الحكم لتقديم طلب تغيير اللقب، وهو اجراء خاطئ، إذ أن تغيير اللقب الذي نتحدث عنه كما سنرى، هو التغيير الارادي وليس القضائي.

وهكذا فقد اجاز المشرع الجزائري لافراد بصفة عامة ان يقوموا بتغيير اللقب منذ سنة 1971 طبقاً للمرسوم رقم 71-157 المؤرخ في 03-06-1971 المعدل والمتمم، نظراً للالاقاب المشينة التي تركها الاستعمار الفرنسي في الجزائر، إذ كان يلقب الثوار وأهاليهم بألقاب مشينة حاطة من الشرف والاعتبار في بعض الأحيان، وهو ما حدا بالمشرع الى إحداث هذا المتنفس للمواطنين لتغيير الامر.

غير ان المشرع احتاط لبعض المعطيات الاجتماعية الخاصة ببعض العائلات من جهة، وبعض المعطيات الخاصة ببعض الدخلاء على المجتمع الجزائري الذين قد يريدون الانضمام اليه، او الى بعض المجرمين الذين يسعون الى تغيير الألقاب هربا من العقاب، فقرر إجراءات معقدة وصارمة لتغيير اللقب، نوردنا للفائدة فيما يلي:

1- توجيه طلب مسبب من المعني الى السيد وزير العدل حافظ الاختام، يتضمن طلب التغيير واللقب المقترح وسبب التغيير، ونسخة من عقد الميلاد وعقود ميلاد الاطفال القصر في حالة وجودهم.

2- يودع الطلب أمام وكيل الجمهورية بمكان ولادة الطالب، أما بالنسبة للأشخاص المولودين في الخارج فيودع الطلب لدى المركز الدبلوماسي او القنصلي لمقر اقامة المعني، الذي يتولى ارساله بالطريق الالكتروني الى وكيل الجمهورية لدى محكمة سيدي امحمد، بمجلس قضاء الجزائر، كما يمكن ايداعه مباشرة لدى وكيل الجمهورية بأي محكمة عبر التراب الوطني. يتولى وكيل الجمهورية المختص اجراء تحقيق حول الطلب.¹

3- ينشر الطلب في نفس الوقت في جريدة واحدة محلية على الاقل لمكان ولادة الطالب وكذا لمكان سكناه اذا كانا مختلفين، وبسعي من الطالب، كما ينشر الطلب في جريدة واحدة وطنية على الاقل بالنسبة للأشخاص المولودين في الخارج.

4- تقدم الاعتراضات الى وكيل الجمهورية الذي اودع امامه الطلب خلال مهلة ستة اشهر من تاريخ النشر في الجرائد.

¹ كان الطلب يودع بوزارة العدل لدى وزير العدل حافظ الاختام مباشرة، ويرسل هذا الاخير الملف الى وكيل الجمهورية للتحقيق، وتم تغيير هذه الاجراءات واجراءات اخرى بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 20-223 المؤرخ في 08-08-2020.

وبعد انتهاء الاعتراضات يرفع وكيل الجمهورية الملف كاملا الى وزير العدل، حافظ الاختام الذي يتولى عرضه على لجنة خاصة تتكون من ممثلين عن وزارة العدل، وممثلين عن وزارة الداخلية.

5- اذا لم يحصل اي اعتراض او تم رفض الاعتراض المقدم، يجوز تغيير اللقب بموجب مرسوم.

6- يسري مضمون التغيير من يوم نشره في الجريدة الرسمية.

7- تصح عقود الحالة المدنية للمعني، بلقبه الجديد وكذلك عقود الحالة المدنية لابنائه القصر، بناء على طلب وكيل الجمهورية لمحل المسكن.

8- يترتب على المرسوم المتضمن تغيير اللقب التسجيل والاشارة على الهامش في سجلات وعقود ومستخرجات عقد الحالة المدنية.

9- يعدل اللقب بموجب أمر من رئيس المحكمة بناء على طلب معلل من وكيل الجمهورية يتضمن نسخة من المرسوم المتضمن تغيير اللقب.

هذا عن عامة المواطنين، أما فئة الطفولة المسعفة، فلم يكن بوسعها تغيير اللقب لا سيما من اللقب الذي منح لها من ضابط الحالة المدنية عن طريق مجموعة من الاسماء الى لقب الكافل، لتسهيل حياتها، الى غاية سنة 1992، عندما تم تعديل المرسوم 71-157 المتضمن تعديل اللقب بالمرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13-01-1992، إذ جاء بالفقرة الثانية من المادة الاولى ما يلي: " كما يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة ، ولدا قاصرا مجهول النسب من الاب، أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائدته، وذلك قصد مطابقة لقب الولد

المكفول بلقب الوصي، وعندما تكون أم الولد القاصر معلومة وعلى قيد الحياة فينبغي أن ترفق موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب."

ومن هذا التاريخ اصبح بإمكان الطفولة المسعفة تغيير اللقب الى لقب الكافل، وتم تغيير الاجراءات مرة اخرى وتبسيطها اكثر بمقتضى المرسوم التنفيذي 20-223 المؤرخ في 08-08-2020، واصبح يمكن تغيير لقب المكفول بالاجراءات التالية:

1- توجيه طلب مسبب من الكافل باسم المكفول ولفائدته الى السيد وكيل الجمهورية لمكان إقامته او لمكان ولادة الطفل، يتضمن تغيير لقب الطفل ومطابقته مع لقبه.

2- عندما تكون أم الطفل معلومة وعلى قيد الحياة، يرفق الطلب بموافقتها في شكل رسمي أمام الموثق.

3- إذا تعذر الوصول الى الأم يرفق الطالب عقدا موثقا يؤكد فيه على مسؤوليته أنه سعى الى الحصول على موافقة الام ولم يتمكن من ذلك، وأن كل المساعي التي قام بها للإتصال بالأم بقيت دون جدوى.
لا تخضع طلبات تغيير لقب المكفول للنشر في الجرائد.

4- يعدل اللقب بموجب أمر من رئيس محكمة مكان ولادة الطفل او مكان إقامة الكافل، بناء على طلب معل من وكيل الجمهورية الذي يمكنه اخذ رأي قاضي الأحداث، ويصدر الأمر خلال ثلاثين يوما من تاريخ الطلب.

غير أن الامر لم يكن بهذه السهولة، فبالرغم من معاناه هذه الفئة وانتظارها طويلا، إلا أن تيارا فقها ظهر ينادي بعدم جواز هذا التعديل، واتجه القائلون به إلى أن الأمر يتعلق بإباحة التبنّي وهو امر غير جائز في الشريعة الاسلامية، واعتمدوا ايضا على

بعض الأدلة من القانون، في مواجهة التيار القائل بجواز تغيير لقب المكفول بلقب الكافل؛

إن هذا التزاحم بين الأفكار الفقهية، أثر على ذهنية المواطن الجزائري المتمسك بشريعته الإسلامية، وهو ما أدى إلى تراجع عديد العائلات الكافلة للاطفال المسعفين عن هذه الخطوة، لاسيما من الجالية في الخارج، وهو ما دفعنا إلى البحث في الموضوع، ودراسة الرأيين، للوصول إلى نتيجة جازمة ما إن كان تغيير اللقب حق من حقوق الطفل المسعف، أم أن الطفل المسعف ليس له الحق في تغيير لقبه بلقب كافله.

1- حجج الرأي القائل بعدم جواز تغيير لقب الطفل المسعف بلقب كافله.

استند هذا الجانب من الفقه إلى دليلين للقول بعدم جواز تغيير لقب الطفل المكفول ومنحه لقب كافله، الأول منهما مستمد من القانون، ومرده أن لقب المكفول قد نظمه قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية، وقد نصت المادة 120 من قانون الأسرة أنه: " يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب، وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية".

ونصت المادة 64 من قانون الحالة المدنية بالفقرة الثانية منها أنه: " يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الاطفال اللقطاء والاطفال المولودين من آباء مجهولين والذين لم ينسب لهم المصريح أية أسماء، يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي".

ووجه الدلالة عندهم أن هذين النصين نصان تشريعيان مرا على البرلمان، وأن النص الذي أقر الحق في تغيير اللقب هو مرسوم تنفيذي صادر عن السلطة التنفيذية، ولا يجوز حسب دستور الجزائر أن يخالف نص تنفيذي نصا تشريعيا¹.

وثانيهما أن الشريعة الإسلامية قد نصت على أن التبني حرام، وأن تغيير لقب المكفول بهذا الشكل يعد تبنيا، فالشريعة الإسلامية تقضي بأنه ينسب الطفل الى ابيه إن عرف، فإن لم يعرف ابوه ينسب الى المجتمع باعتبار الأخوة في الدين، لقوله تعالى: "فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين"²

ويرون ان استلحاق الطفل المكفول بالكافل عن طريق التسمية هو زور وتغيير لاحكام الشرعية، وهو ما يطلق عليه تسمية التبني العادي في القانون المدني الفرنسي (م 364 ق م ف) فان العبرة هي بحقيقة المعاني والدلالات، وليس بالألفاظ التي جاءت في صياغة صورية وتعزيرية، وقد استفحلت في المجتمع الجزائري ظاهرة الاطفال اللقطاء من جراء تزايد جرائم الزنى والاعتصاب، وكأثر لها وجود وابل الاطفال الضائعين مجهولي النسب الذين ضاقت بهم مراكز الحضانة العمومية والامهات العازبات، وعلى هذا فإن المرسوم ليس له دليل شرعي ولا سند قانوني او منطقي اجتماعي³.

2- حجج الرأي القائل بجواز تغيير لقب الطفل المسعف بلقب كافله.

طرح مواطن على لجنة الفتوى بوزارة الشؤون الدينية والأوقاف الجزائرية السؤال

التالي:

¹ د- العربي بلحاج - احكام الزواج في ضوء قانون الاسرة الجديد- المرجع السابق - ص 531.

² الاية 05 من سورة الاحزاب.

³ د- العربي بلحاج - احكام الزواج في ضوء قانون الاسرة الجديد- المرجع السابق - ص 532.

هل يجوز شرعا ان أعطي إسمي العائلي للطفل الذي أكفله لتسهيل مسار حياته؟
فأجابت بتاريخ 03-06-2010 بالفتوى التالية:

" بسم الله والحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله،

يحرم التبني في الاسلام لقوله تعالى: " ادعوهم **لابائهم** هو اقسط عند الله فان لم تعلموا

اباءهم فاخوانكم في الدين ومواليكم " الأحزاب الآية 5.

أما التكفل باليتيم دون أن ينسب للكافل على أنه ابنه فهذا من أعمال البر لقول النبي صلى الله عليه وسلم: " **أنا وكافل اليتيم كهاتين** " وأشار بالسبابة والوسطى وفرج بينهما. رواه البخاري.

ولا حرج شرعا في اعطائك إياه الإسم العائلي لتسهيل مسار حياته مع إضافة لفظ " **كفيل** " لتمييزه عن الإبن الصلبي.¹ والله اعلم. انتهت الفتوى.

وبذلك تكون لجنة الفتوى بوزارة الشؤون الدينية والأوقاف الجزائرية قد أجازت تغيير لقب المكفول الى لقب كافله بشرط أن يشار الى لفظ " كفيل ".
وان المشرع الجزائري قد اتخذ من الاحتياطات اللازمة ما يتجاوز هذا الشرط بكثير كما سيأتي توضيحه.

وقد طرح مواطن السؤال التالي على دار الافتاء المصرية: قمت بكفالة طفل، وأرجو إضافة اسم العائلة حتى لا تتأثر نفسية هذا الطفل، فما حكم الشرع؟

فردت بالفتوى رقم 3071 بتاريخ 10-06-2015 بما يلي:

" **حث الاسلام على كفالة اليتيم وتربيته والإحسان إليه والقيام بأمره ومصالحه حتى جعل النبي صلى الله عليه وآله وسلم كافل اليتيم معه في الجنة، فقال: " أنا وكافل**

¹ موقع وزارة الشؤون الدينية والأوقاف- <http://www.marw.dz>

اليتيم كهاتين في الجنة" وأشار بالسبابة والوسطى . رواه البخاري، وفي رواية مسلم: "أنا وكافل اليتيم له أو لغيره في الجنة كهاته".

وأوجب الجنة لمن شارك اليتيم في طعامه وشرابه، قال صلى الله عليه واله وسلم: " من ضم يتيما بين أبوين مسلمين إلى طعامه وشرابه حتى يستغني عنه وجبت له الجنة، البتة" رواه احمد، وقال صلى الله عليه واله وسلم: " إن أحب البيوت الى الله بيت فيه يتيم مكرم" رواه الطبراني من حديث ابن عمر رضي الله عنهما مرفوعا، وعن ابي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه واله وسلم: " الساعي على الأرملة والمسكين كالمجاهد في سبيل الله - واحسبه قال - وكالقائم لا يفتر ، وكالصائم لا يفطر " متفق عليه.

أما التبني: فهو اتخاذ الشخص ولد غيره ابنا له، وقد حرم الاسلام التبني وابطل كل آثاره وذلك لقول الله تعالى: " وما جعل ادعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل* ادعوهم لآبائهم هو اقسط عند الله فان لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفورا رحيمًا" الاحزاب الاية 4-5.

وأمر من كفل أحدا ألا ينسبه الى نفسه، وإنما ينسبه الى ابيه إن كان له اب معروف، فإن جهل ابوه دعي "مولى" او "اخا في الدين"، وبذلك منع الناس من تغيير الحقائق، وصان حقوق الورثة من الضياع أو الانتقاص، وحفظ من اختلاط الاجانب وخلوتهم ببعض، المتمثلة في اختلاط المتبني بمحارم المتبني، او المتبناة بالمتبني وابناءه واقاربه.

وإضافة لقب الكافل الى اسم المكفول لا يدخل في نطاق التبني المحرم شرعا، بل يجوز شرعا لكافل الطفل اليتيم او مجهول النسب أن يضيف لقب عائلة ذلك الكافل - سواء كان رجلا ام امرأة - الى اسم الطفل او أن يغير الاسم الاخير من اسم الطفل الى اسم تلك العائلة، بحيث يظهر مطلق الانتماء اليها دون الاخلال او التدليس بأنه ابنه او ابنته من صلبه، او ابن أحد من العائلة التي تحمل هذا اللقب، وتكون تلك الاضافة مثل علاقة الولاء التي كانت بين القبائل العربية قديما، والولاء جائز شرعا، وبحقق مصلحة الطفل في مراحل العمرية المختلفة، مع الاحتفاظ بالاحكام الشرعية من حرمة التبني وما يترتب عليه من اثار شرعية.

وبناء على ذلك وفي واقعة السؤال: فيجوز شرعا إضافة لقب عائلة الكافل للطفل المكفول المذكور، بشرط ان تحتاط الجهة المعنية بالتغيير ألا يؤدي هذا التغيير الى التدليس والايهام بأن الطفل ابن احد من العائلة التي تحمل هذا اللقب¹. والله سبحانه وتعالى اعلم. انتهت الفتوى.

وبذلك تكون دار الافتاء المصرية ايضا قد افتت بجواز تغيير لقب المكفول بلقب كافله بشرط احتياط الجهة المكلفة بالتغيير.

الترجيح:

نرجح الرأي الثاني، طبقا للفتويين أعلاه، وطبقا لما لاحظناه في دراستنا ميدانيا لدى المحاكم والبلديات من صرامة الاجراءات الخاصة بتغيير لقب المكفول بلقب الكافل، نوردها مع بعض النماذج لتوضيح الأمر أكثر، وهكذا فإن تغيير لقب المكفول بلقب

¹ موقع دار الافتاء المصرية - dar- alifita.org

الكافل يمر بالمراحل التالية، بعد صدور الامر المتضمن تغيير لقب المكفول بلقب كافله.

1- يصدر رئيس المحكمة امرا موجهها الى ضابط الحالة المدنية المختص يتضمن تغيير اللقب، ويتضمن الامر ضرورة الاشارة الى هذا التغيير في هوامش سجلات الحالة المدنية التي سجل بها الطفل اول مرة، وأن يؤشر بذلك على هامش قيد ميلاده الأول، وأن يذكر ضابط الحالة المدنية كل المعطيات الخاصة بالتغيير ومراجع الأمر الصادر عن المحكمة، بعبارة " ... تم تغيير اللقب من كذا الى كذا بمقتضى الأمر رقم/.. الصادر بتاريخ عن رئيس محكمة

2- يؤشر ضابط الحالة المدنية على هامش عقد ميلاد الطفل بالتغيير المذكور.

3- ترسل نسخة من الأمر الصادر عن رئيس المحكمة الى أمين الضبط المكلف بمصلحة الحالة المدنية لدى المجلس القضائي المختص للقيام بنفس الإجراء على هامش السجل الاصيل لميلاد الطفل المحفوظ بالمجلس.

4- ان أي تغيير او تزيف في السجلات يعد تزويرا في محررات رسمية عاقب عليها المشرع بأحكام جنائية مغالطة جدا، سواء كانت من الموظف أو من غيره¹.

5- انه لا يمكن تغيير هذه المعلومات، وهو امر من الصعوبة بما كان، كون المشرع وزع الوثائق بين ثلاث إدارات هي المحكمة والبلدية والمجلس

¹ راجع المواد 214 الى 218 من قانون العقوبات الجزائري.

القضائي، ولا يتصور أن يقوم شخص بتغيير المعلومات في هذه الإدارات كلها، وإن كان فهو فعل منعزل مجرم ومعاقب عليه، ولا يمكن أن يمنع كل الاطفال المسعفين من حقوقهم جراء الخوف من فعل التزوير، ما دامت نية المشرع صادقة.

6- انه في حالة ادعى الطفل لاحقا أنه ابن الكافل لحرمان او الانقاص من حق الورثة، يجوز لهؤلاء الاستناد الى المعلومة الواردة في بيانه والتي تشير بكونه مكفول، او العودة الى سجلات المحكمة والمجلس والبلدية لإثبات هذا الامر وهو أمر سهل للغاية.

7- ان المشرع الجزائري أوجب بقانون الحالة المدنية تقييد أي تغيير في حالة الأشخاص في السجل الإلكتروني للحالة المدنية، وهو أمر يجعل المعطيات تتسحب مع عقد الميلاد في أي بلدية لجأ إليها الطفل لاستخراج عقد ميلاده، ويجعل الأمر مخزن على مستوى السجل الوطني الآلي للحالة المدنية¹، وهو سجل محدث لدى وزارة الداخلية والجماعات المحلية يرتبط بالبلديات وملحقاتها الإدارية، وكذا البعثات الدبلوماسية والدوائر القنصلية، ويربط ايضا بالمصلحة المركزية لوزارة العدل، وهو سجل يركز بواسطة وسيلة رقمية كافة العقود الخاصة بالحالة المدنية من ميلاد وزواج ووفاء، وكذا التعديلات والإغفالات والتسجيلات او التصحيحات التي يتم تدوينها طبقا

¹ تقضي المادة 06 من القانون 70-20 المتضمن قانون الحالة المدنية والمعدل والمتمم انه" تسجل عقود الحالة المدنية في كل بلدية في ثلاث سجلات هي: سجل عقود الميلاد، سجل عقود الزواج، سجل عقود الوفيات، ويعد كل سجل من نسختين. ويحتوي كل سجل على هامش لوضع البيانات الهامشية. ترسل نسخة رقمية من العقود المدونة بهذه السجلات الى مصلحة السجل الوطني الآلي للحالة المدنية المذكور في المادة 25 مكرر ادناه"

لاحكام المواد 25 مكرر و25 مكرر1 من قانون الحالة المدنية المعدل والمتمم، ومن ثمة فإن هذا السجل سيدون به التغيير وكل المعطيات والبيانات الهامشية الخاصة بالتعديل لاسيما امر رئيس المحكمة، وهو ضمانه اخرى اكثر صدقية وديمومة.

تجعل هذه المعطيات كلها من تغيير لقب المكفول الى لقب كافله امرا ممكنا، وتحفظ كل الشروط التي ذكرت بالفتاوى، وهو تغيير بعيد كل البعد عن التبني ولا علاقة له به اطلاقا، ويؤدي الى تسهيل حياة الطفل، ومن ثمة فإن حق الطفل المسعف في تغيير لقبه الى لقب كافله والعيش في سلام وهدوء وكرامة أصبح محفوظا.

المبحث الثاني: حق الطفل المسعف في الجنسية.

تتعدد المفاهيم المرتبطة بالجنسية إلا أنه يمكن تعريفها على أنها " رابط قانوني وسياسي بين الدولة والفرد، تعبر عن الانتماء إليها والولاء إليها، ويتم تنظيمها وفقا لقانون داخلي، يحدد حالات التمتع بها واكتسابها وفقدانها وسحبها"¹، و عرف مفهوم الجنسية في القانون الجزائري مرحلتين أساسيتين في تاريخ البلاد، مرحلة نظمها الأمر 70-86 المؤرخ 1970/12/15²، ومرحلة ثانية نظمها الامر 05-01 المؤرخ 2005/02/28³، وقد اختلفت المرحلتين اختلافا واضحا، لاسيما من حيث تأثير القانون على الطفل بصفة عامة، وعلى الطفل المسعف بصفة خاصة.

وهكذا يقتضي الامر دراسة الموضوع من زاويتين، نتحدث في أولهما عن أحكام الجنسية في القانون الجزائري بين احكام الامر 70-86 والامر 05-01 المعدل له، ويستدعي هذا العنصر التطرق بشيء من التفصيل الى حالات ثبوت الجنسية الجزائرية، والتعديلات الواردة عليها، وحالات فقد الجنسية، واستردادها، ثم نخلص الى مسألة التنازع والنزاعات المطروحة حول الجنسية.

ونتحدث في الشق الثاني للموضوع، عن الاجراءات الخاصة بالحصول على الجنسية بالنسبة للطفل المسعف، وبعض الإشكالات والصعوبات التي لا تزال تعاني منها هذه الفئة بالرغم من محاولة المشرع لتدارك الأمر بالتعديل الأخير لقانون الجنسية.

¹ د- بن عيسى أحمد- الحماية القانونية الدولية والوطنية للاطفال المسعفين- المرجع السابق - ص 94
² الامر 70-86 المؤرخ في 15-12-1970 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية - الجريدة الرسمية عدد 105 مؤرخة في 18-12-1970.
³ الامر 01-05 المؤرخ في 27-02-2005 يعدل الامر 70-86 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية - الجريدة الرسمية عدد 15 مؤرخة في 27-02-2005

المطلب الأول: أحكام الجنسية الجزائرية بين الأمر 70/86 والأمر 05/01

المعدل له.

لاشك أن موضوع الجنسية موضوع شائك، وقد ظل الى وقت قريب يثير جدلا فقهيًا وقضائيا، على اعتبار أن الجنسية هي الرابطة القانونية التي تربط المواطن بدولته، وأن الامر اختلف بين الدول، فمنهم من أخذ برابطة الدم، وتشدد فيها، ومنهم من أخذ برابطة الإقليم، وتشدد فيها، ومنهم من زواج بين الرابطين، وأخذ بحل وسط، وعلّة هذا الاختلاف ان مسألة المفاضلة بين حق الدم، وحق الاقليم، هي مسألة تقديرية لكل دولة، فقد تعتمد الدولة رابطة الدم أصلا مع استثناءات لرابطة الاقليم، وذلك هو حال المشرع الجزائري، وقد تأخذ الدولة برابطة الاقليم مع استثناءات لرابطة الدم، وذلك هو حال المشرع الأمريكي مثلا.

ولاشك ان الأخذ برابطة واحدة والتشدد فيها اصبح امرا صعبا من جهة، وسلبيا من جهة اخرى، فهو امر صعب نظرا للتداخل الدولي، والحركة الكبيرة التي اصبحت تعرفها شعوب العالم، من دولة الى اخرى، في إطار فكرة العالم القرية، فأصبح من الصعب على شعب مهما كان أن يكون شعبيا من عرق صاف، لا تتداخل فيه الزيجات مثلا، وأصبح إذن لزاما التلطيف من الامر، وهو امر سلبي من ناحية الآثار المأساوية التي قد تتولد عن الاخذ برابطة واحدة، نظرا للأسباب السابقة، إذ سيؤدي الامر الى تواجد حالات عديدة لأفراد متواجدين بالدولة عديمي الجنسية.

إن هذا الطرح، يقتضي بنا دراسة الوضع في القانون الجزائري، والتطرق الى جوانب النقد في القانون القديم، ما إن كان المشرع قد تطرق لهذه الإنتقادات في التعديل الجديد.

وهكذا فقد ميز المشرع الجزائري بين نوعين من الجنسية، جنسية أصلية واخرى مكتسبة، واخذ في الاصلية بالرابطين معا.

الفرع الأول: الرابطة المعتمدة في الجنسية الجزائرية الأصلية بين القانون القديم والتعديل الجديد.

اخذ القانون الجزائري في ظل الامر 86-70 برابطتي الدم والاقليم، فما المقصود بكل منهما؟

1: مفهوم رابطة الدم بين الأمر 86-70 و الأمر 05-01.

نصت على هذه الرابطة المادة 06 من الامر 86-70 بفقراتها، وتقتضي هذه الرابطة في ظل الامر 86-70 ان تكون علاقة المواطن بالدولة من جهة الاب، أي ان يكون جزائريا الولد المولود من اب جزائري هو ايضا، ومع أن المشرع لطف من هذا الاصل العام، بأن جعل الولد المولود من ام جزائرية واب مجهول، وكذا الولد المولود من ام جزائرية واب عديم الأهلية جزائريا، إلا أن هذا الامر ظل محل انتقاد كبير في الفقه والمنظمات غير الحكومية، ومحل النقد هنا، وجود تمييز بين الرجل والمرأة في المواطنة، فإذا كان الرجل مواطنا جزائريا، فإن ولده يكون بالتبعية مواطنا جزائريا، مهما تكن جنسية والدته، سواء كانت معلومة أم منعدمة، فلا قيمة لها، في حين أن المرأة الجزائرية، إذا أنجبت فإن ولدها لا يكون جزائريا بالضرورة، إلا إذا كان والده مجهولا، او عديم الجنسية، أي أن المرأة الجزائرية المتزوجة من شخص معلوم الجنسية، لا يمكن لولدها أن يكتسب الجنسية الجزائرية.

إن هذا الوضع كان ينظر اليه المشرع الجزائري من زاوية منع تعدد الجنسيات بالجزائر، فهو يفترض أن الشخص الذي تعلم جنسيته ويتزوج بالجزائرية، سيكون ابناؤه

بالضرورة من جنسيته هو، غير أن هذا الافتراض أثبت أنه غير صائب في كل الاحوال، على اعتبار إمكانية وجود دولة تتعامل برابطة الاقليم، فإن الولد المولود بالجزائر من مواطن ينتمي الى دولة تأخذ برابطة الاقليم سيكون حتما عديم الجنسية، على اعتبار تنافر المبدئين بين دولة المولد، ودولة الاب.

وهكذا فقد تدارك المشرع هذا النقص الفادح بمقتضى التعديل ، إذ نص صراحة على أنه "يعتبر جزائريا الولد المولود من اب جزائري، او ام جزائرية" مع الغاء كل الفقرات الاخرى، وبذلك يكون المشرع قد سوى بين المرأة والرجل فيما يخص منح الجنسية، بصفة آلية لرابطة الدم، فكل مولود من اب جزائري يكون جزائريا مهما تكن جنسية والدته، وكل مولود من ام جزائرية هو جزائري الجنسية مهما تكون جنسية والده معلومة ام منعدمة، جزائرية او اجنبية.

ويقتضى هذا الامر عمليا ألا يبحث القاضي ضمن الوثائق المقدمة اليه من طالب الجنسية من جهة الام، ما إن كان الطالب من أب مجهول او عديم الجنسية، وإنما يكفي أن يثبت أن أم الطالب جزائرية، فيمنحه بذلك الجنسية، وعليه تكون الوثائق المطلوبة للجنسية الأصلية بعد التعديل، ما يلي:

الجنسية الأصلية برابطة الدم من جهة الأب:

1. شهادة ميلاد المعني

2. شهادة ميلاد والد المعني.

3. شهادة ميلاد جد المعني.

الجنسية الأصلية برابطة الدم من جهة الأم.

1. شهادة المعني.

- لاثبات أن الأم جزائرية لوجود
أصلين ذكريين
- 2. شهادة ميلاد أم المعني.
 - 3. شهاد ميلاد والد أم المعني
 - 4. شهادة ميلاد جد أم المعني

إن هذه الفكرة من المساواة بين الاب والام في إسعاف الولد بالجنسية برابطة الدم، تجد أساسها في عدة دول بعد أن عدلت هذه الدول قوانينها، وهكذا نجد الامر سيان في قانون الجنسية البريطاني 1981 - والبرتغالي 1981 - والايطالي 1980 - والبلجيكي 1985 - و الهولندي 1984 - والياباني 1985 - والصيني 1980 - والفرنسي 1973¹.

2: ضابط الإقليم في منح الجنسية.

في ظل إمكانية ان يظل بعض المواطنين منعدمي الجنسية إذا تم الاكتفاء برابطة الدم وحدها، على النحو المشار اليه اعلاه، ظهرت فكرة الجنسية على اساس الاقليم لاعتبارات عديدة لعل اهمها اعتبارات اجتماعية، وتقوم على ضرورة أن يرتبط المواطن بالدولة، وينمي ابناءه على هذا الاساس، واعتبارات قانونية قائمة على أهمية الجنسية وارتباطها بحالة الشخص، وأهليته، واعتبار المصلحة الوطنية التي تقتضي أن يكون المواطن مرتبطا بالدولة برابطة قانونية، ترتب عليه التزامات، وتسمح له بالتمتع بالحقوق، وضوابط أخرى دولية منها اتفاقية حقوق الطفل، التي إنظمت اليها الجزائر، والتي تقتضي أن يتمتع كل طفل بحق الجنسية.

ولم تكن المادة السابعة قبل التعديل تثير إشكالا كبيرا، إلا في فقرتها الثانية التي كانت تجعل الولد المولود من ام جزائرية واب اجنبي مولود بدوره بالجزائر جزائريا،

¹ الدكتور: احمد عبد الكريم سلامة- المبسوط في شرح نظام الملكية - دار الفكر العربي - القاهرة - 1993 - ص 402

بمعنى أن الولد المولود لام جزائرية واب اجنبي غير مولود بالجزائر لا يتمتع بالجنسية الجزائرية، في حين بعد التعديل الجديد أصبح الابن المولود من ام جزائرية جزائريا برابطة الدم دون النظر الى جنسية والده كما اسلفنا، وبالتالي حسنا فعل المشرع الجزائري، بحذفه لهذه الفقرة من المادة السابعة.

غير أن المشرع اضاف فقرة جديدة بالمادة السابعة أثناء التعديل، ومؤداها أن الولد من ام مسماة في شهادة ميلاده، دون وثائق تثبت جنستها، واب مجهول، يعتبر جزائريا، طبقا لرابطة الاقليم.

يبدو أن المشرع حاول ان يجد حلا لفئة من الطفولة المسعفة كانت حالاتها مطروحة على القضاء، وهي الفئة التي يتم ولادتها في المستشفيات والمؤسسات العمومية، وترفض الام ان تقدم أي معلومات عنها، إلا تسجيل اسمها على شهادة ميلاد الابن، وإذا علمنا أن قانون الصحة آنذاك¹ (الامر 76-79) كان يمكنها من كتمان المعلومات الخاصة بها بعد الوضع، فإن هذا الولد يبقى يتأرجح بين الابن مجهول الابوين معا، والذي كان يستفيد من الجنسية بحسب المادة السابعة، وبين الابن معلوم الام لوجود اسمها في وثيقة ميلاده، مع بقائها مجهولة، فلا هو يستطيع أن يحصل على الجنسية لانه مجهول الابوين، ولا هو يستطيع أن يحصل عليها من جهة الام مع جهل الوالد، فأراد المشرع أن يجد له الحل بأن يمنحه الجنسية.

غير أن الاشكال يثور حول إمكانية التلاعب بهذه المادة، ذلك أن المعني يمكنه أن يتقدم لطلب الجنسية الجزائرية على اساس الاقليم، مع انه مولود من ام تكون من جنسية اجنبية، فالقاضي لا يمكنه أن يتبين من شهادة المعني التي تذكر فيها والدته

¹ الامر 79-76 المؤرخ في 23-10-1976 المتضمن قانون الصحة العمومية - الجريدة الرسمية عدد 101 مؤرخة في 1976-12-19

فقط، ما إن كانت هذه الام فعلا مجهولة الجنسية، لأن الامر لا تتم الاشارة اليه في شهادة الميلاد، فقد يلجأ شخص يعلم جنسية والدته وأنها من بلد اجنبي، الى اخفاء الحقيقة، وطلب الجنسية الجزائرية، وهنا اصبح الامر يقتضي أن يتدخل المشرع بفرض بعض الوثائق الاخرى، التي يجب أن يقدمها المعني مع شهادة ميلاده للحصول على الجنسية، وهو ما تم تداركه بمذكرة موجهة من وزارة العدل¹ الى القضاة، تشترط في هذه الحالة أن يقدم المعني بالاضافة الى شهادة ميلاده شهادة صادرة من مديرية النشاط الاجتماعي بالولاية التي ولد بها تؤكد أن أمه مجهولة .

وعليه يكفي لحصول الطفل المسعف على الجنسية حسب المادة السابعة برابطة الاقليم ان يقدم الوثائق التالية:

1. المعني من والدين مجهولين: شهادة ميلاده تثبت انه مجهول الوالدين.
2. المعني من اب مجهول ام مسماة في شهادة ميلاده دون دليل على

جنسيتها:

- شهادة ميلاده.

- شهادة صادرة عن مديرية النشاط الاجتماعي بالولاية.

هذا عن الجنسية الاصلية، من الرابطتين الدم والاقليم، فماذا عن الجنسية المكتسبة.

الفرع الثاني: الجنسية المكتسبة.

بالاضافة الى الجنسية الاصلية للمواطن، والتي تنقسم كما رأينا الى قسمين، جنسية اصلية بحسب رابطة الدم، واخرى اصلية بحسب الاقليم، فإن المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات، قد نص على حق الاشخاص غير المستفيدين وفقا للحالتين

¹ مذكرة رقم 2005-04 بتاريخ 2005-07-26، عن وزارة العدل - المديرية العامة للشؤون القضائية والقانونية- مدرجة بالملحق ص 466.

السابقتين، أن يحصلوا على الجنسية الجزائرية عن طريق الإكتساب، فما هي الحالات التي يمكن معها أن تكتسب الجنسية الجزائرية؟ وما هي شروط ذلك في منظور القانون القديم والتعديل الملحق له؟

1: إكتساب الجنسية بالزواج.

لم يكن هذا الطريق لاكتساب الجنسية متوفرا في ظل الامر 86-70، وإنما أحدثه الامر 05-01 بمقتضى مادة جديدة هي المادة 09 مكرر، وتقتضي هذه المادة أنه يمكن اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية بمقتضى مرسوم وبشروط هي:

أ- ان يكون الزواج قانونيا وقائما بصورة فعلية منذ ثلاث سنوات على الأقل

عند تقديم طلب التجنس.

ويلاحظ هنا أن المشرع حاول تدارك بعض النقائص التي سجلت على التشريعات الغريبة، جراء فتح هذا الباب، إذ اصبح الزواج وسيلة للحصول على الجنسية، وليس غاية في حد ذاته، ونرى أن المشرع قد أصاب في هذا الشرط، عندما أكد أن الزواج لا بد أن يكون قائما وفعليا، وهي مسألة موضوعية تخضع لرقابة القاضي إذا ما نازعت النيابة في تجنس المعني، وأن المشرع قد علق الامر على مدة ثلاث سنوات، وهي مدة معتبرة نسبيا، لا يمكن معها الشك أن الزواج كان وسيلة للحصول على الجنسية.

إن هذا الشرط بحق، وان نظر اليه البعض على انه شرط صعب، إلا انه شرط موضوعي، ذلك إن فتح مجال التجنس بالزواج من دونه يتناقض ومقتضيات شروط الزواج، وهي أن يكون الزواج بنية التأييد، وغاية في حد ذاته، أما أن يكون وسيلة للحصول على الجنسية فإن الزواج بحد ذاته يكون معيبا، وبالتبعية لذلك يسقط الحق

في الحصول على الجنسية، بل إن هذا النوع من الزواج كان في بعض الدول سبب في بعض المآسي التي يعاني منها الطفل، إن لم يكن سببا من اسباب ظهور الطفولة المسعفة، بعد ان تعمد الام الى إهمال الطفل وتركه للضياع نظرا لتخلي الاب عن التزاماته بمجرد الحصول على الجنسية وتسوية وضعه القانوني تجاه البلد الذي يقيم به.

ب- الإقامة المعتادة والمنتظمة بالجزائر مدة عامين على الأقل.

ونفس الطرح ايضا يمكن أن يلحق هذا الشرط، منعا لأن يقوم المعني بالزواج بنية الحصول على الجنسية فقط، فيبرم العقد ثم ينتقل الى دولة اصله، ويعود مرة واحدة في السنة مثلا الى ان تنقضي مدة السنتين، ويقدم طلب التجنس، لانه والحال عليه سيكون زواجه وسيلة فقط، ويغلب معه الظن أنه سيطلق المرأة او يتركها معلقة بمجرد ان يحصل على الجنسية، وهو باب ايضا من ابواب خلق الطفولة المسعفة.

ج- التمتع بحسن السيرة والسلوك

وهو شرط عام في التجنس، فلا يعقل ان تقوم الدولة بمنح أهم رباط لها الى المجرمين، والمطاردين، والمبحوث عنهم دوليا، ولا يمكن للدولة أن تضم الى جماعتها الوطنية أشخاص من هذا الصنف.

ح- إثبات الوسائل الكافية للمعيشة.

فلا يعقل ايضا أن تمنح الدولة الجنسية للكسالى الخاملين، الذين ينجبون الابناء ويحملون المجموعة الوطنية تبعية معيشتهم، او يتركونهم للتشرد والاهمال، والوضع بمؤسسات الطفولة المسعفة.

2: إكتساب الجنسية عن طريق التجنس.

يقصد بالتجنس أن يصبح الغير الذي تعلم جنسيته من جنسية جزائرية بناء على طلبه، ولم يطرأ الكثير من التغييرات على اثر التعديل الجديد على مبدأ التجنس، غير أن للتجنس شروط وآثار مسها بعض التغيير يجب الاشارة اليها.

أ/ شروط التجنس:

1. الإقامة لاكثر من سبع سنوات بالجزائر.
2. الإقامة بالجزائر وقت التوقيع على المرسوم.
3. بلوغ سن الرشد.
4. حسن السيرة وألا يكون محل حكم مغل بالشرف.
5. إثبات وسائل المعيشة.
6. الصحة الجيدة.
7. الإدماج في المجتمع.

وقد أورد المشرع على هذه الشروط استثناءات في القانون القديم، كما في التعديل، ومناطق هذه التعديلات أن الجمهورية الجزائرية تتعامل بصفة التفضيل لفئة معينة من الأجانب نظرا لما قدموه للجماعة الوطنية، غير أن الاستثناءات التي كانت موجودة في ظل القانون القديم، نظرا لظهورها في فترة دولية تختلف عن الوضع الذي نعيشه كانت منتقدة في بعض جوانبها، ما حدا بالمشرع الى تعديلها، ومن بين الاستثناءات التي تجب الاشارة اليها، لكثرة الانتقادات الموجهة لها، ما كانت تحملها المادة 11 من الامر 70-86 و تقضي أنه يمكن للحكومة ألا تاخذ بعين الاعتبار أحكام الإخلال بالشرف الصادرة في الخارج في منح التجنس.

لقد كان هذا الاستثناء محل جدل وانتقاد، من حيث أن غض البصر عن الجرائم الماسة بالشرف في الخارج يجعل الدولة تغطي إجرام المجرمين الأجانب، وأنه نظرا للالتزامات التي أصبحت تلقى على عاتق الدولة في مواجهة الاجرام الدولي، اصبح لزاما على المشرع أن يعدل هذا الاستثناء، وحسنا فعل المشرع بالغائه لعبارة "الماسة بالشرف"، و اعتماده مصطلح "يمكن ألا تؤخذ بعين الاعتبار العقوبة الصادرة في الخارج"، ذلك أن التعميم يجعل الامر جائزا، على اعتبار أنه ما يمكن أن يعاقب عليه في الخارج، قد يكون غير مجرم في الجزائر، والعكس صحيح، وهو مبدأ متعارف عليه دوليا، في حين الثابت لدى كل التشريعات المعاصرة وجود تعريف متقارب للأفعال الماسة بالشرف.

ب / آثار التجنس.

تتقسم آثار التجنس من خلال الامر 70-86 والامر المعدل له الى أثر موضوعي وآخر إجرائي.

من حيث الموضوع: للتجنس آثار موضوعية على المعني بالامر، كما على ابنائه، فمن حيث الاثر على المتجنس نفسه انه يصبح يتمتع بكل الحقوق المتعلقة بالصفة الجزائرية ابتداء من تاريخ التجنس، غير ان المادة 16 في ظل الامر 70-86 كانت تقضي أن المتجنس لا يمكن أن تسند اليه النيابة الانتخابية لمدة خمس سنوات ما لم ينص بخلافه في مرسوم التجنس، وقد ألغى المشرع هذا الحكم بمقتضى الامر 05-

.01

أما الأثر الجماعي للتجنس، فإنه يصبح للابناء القصر نفس جنسية والدهم، وانهم يتجنسون معه، غير أن الامر ليس الزاما عليهم، إذ فتح المشرع الباب لهم من حيث

أنه نص على إمكانية تخليهم عن الجنسية الجزائرية التي اكتسبوها مع والدهم بالتجنس، إذا ما بلغوا سن الرشد وهو 21 سنة حسب الامر 70-86 و 19 سنة حسب الامر 05-01 المعدل له.

أما الابناء الذين يولدون بعد التجنس، فإنهم أصبحوا جزائريين برابطة الدم، على أساس أنهم ولدوا من أب جزائري.

من حيث الإجراءات:

يصدر التجنس بمقتضى مرسوم رئاسي، طبقا لاحكام المادة 12 من الامر 05-01، ومن آثار التجنس من الناحية الإجرائية انه يمكن للمعني أن يطلب ضمن طلب التجنس أن يغير لقبه واسمه، ويؤشر بالبيانات المتعلقة بالتجنس، وبتغيير الالقاب والاسماء على هامش سجلات الحالة المدنية، وتجب الإشارة هنا انه ضمن القانون القديم كان التأشير يتم بعيدا عن القضاء بمجرد إظهار مرسوم التجنس من المعني لضابط الحالة المدنية، كما تقضي بذلك احكام المادة 12 من الامر 70-86، غير أنه في ظل الامر 05-01 أصبح من الضروري تدخل النيابة العامة، إذ التأشير على سجلات الحالة المدنية بالبيانات الواردة بمرسوم التجنس وتعديل الالقاب والاسماء لا يكون إلا بناء على أمر من النيابة، ويتعين على وكلاء الجمهورية توضيح هذا الامر لضباط الحالة المدنية، والتأكيد على انه لا يمكنهم التأشير ببيانات التجنس في ظل التعديل الجديد إلا بناء على أمر منهم، كما هو مبين بوضوح بمقتضى المادة 12 من الامر 05-01.

الفرع الثالث: فقد الجنسية والتجريد منها.

1- فقد الجنسية.

ما يمكن أن نشير اليه هنا أن التعديل مس مركزا قانونيا واحدا، هو المركز المنصوص عليه بالمادة 21 من الامر 05-01، التي تقضي ان الفقد لا يمتد بأي حال الى الاولاد القصر، وبذلك فقد صحح المشرع وضعا شادا كان في القانون القديم، ذلك أنه لا علاقة بين الشخص الذي يجرد من الجنسية لأفعال قام بها هو، بتجريد ابناءه القصر من الجنسية، لا سيما في حالة إكتسابه جنسية جديدة، او كانت له جنسية أصلية اخرى، او أعلن هو بطواعية عن تخليه عن جنسيته الجزائرية، فإن ابناءه لا علاقة لهم، ويمكن أن يظلوا يتمتعون بالجنسية الجزائرية، وهو ما أدى بالمشرع الى تصحيح هذا الوضع الذي كان له تأثير كبير على الطفل، بل إنه كان ايضا من الحالات الشاذة المؤثرة بشكل كبير على الطفل.

2- التجريد من الجنسية.

يتميز التجريد عن الفقد، فالفقد يكون في الجنسية الأصلية، في حين يكون التجريد في الجنسيات المكتسبة، وهكذا فقد حدد المشرع الجزائري حالات التجريد بأحكام المادة 22.

وألحقت بالتجريد أحكام الفقد فيما يخص الأثر النسبي له، وعدم تعدي التجريد الى الابناء القصر والزوج، إلا أنه في حالة التجريد إذا مس الزوجين معا، فإنه يمتد إلى الأبناء القصر.

المطلب الثاني: الإجراءات والمنازعات بالنسبة للطفل المسعف.

توصلنا في دراستنا الى ان المشرع الجزائري كان في ظل القانون القديم للجنسية لا يعترف بضابط الجنسية برابط الدم من جهة الام، وعلى هذا الاساس فقد خلق عدة حالات صعبة للطفولة المسعفة، لاسيما وأنه كان يتناقض نوعا ما مع قانون الصحة الساري آنذاك، والذي كان يسمح للام أن تحتفظ بهويتها سرية مع إمكانية كتابة الاسم واللقب في عقد ميلاد الابن، كما كان يثير إشكالا عمليا بالنسبة للطفل الذي تقر امه انها وضعته بطريقة غير شرعية، وتسجل اسمها ولقبها في عقد ميلاده، ومرد هذه الإشكالات أن القانون كان يعترف للطفل المسعف بالجنسية برابطة الاقليم، ولكن بالنسبة للطفل مجهول الابوين، ما أثار وضعا شاذا بالنسبة للحالتين أعلاه، ثم ان القانون الجديد قد خلق وضعا آخر بالنسبة للطفل المسعف، وهو إمكانية حصوله على الجنسية الاصلية برابطة الدم من جهة الام، وهو ما يتعين دراسته بتوضيح كيف تم تعديل المراكز القانوني للطفل المسعف أولا، ثم معالجة وضع الطفل المسعف من ناحية الجنسية وحصر الحالات الخاصة به وكيف يمكنه أن يحصل على الجنسية إداريا او قضائيا.

الفرع الأول: وضع الطفل المسعف في قانون الجنسية.

1- حق الطفل المسعف في الجنسية الأصلية برابطة الدم ورابطة الإقليم

يلاحظ على القانون القديم قبل التعديل الخلط الكبير من حيث ترتيب فصوله وعناوينها، وهكذا ورد تحت عنوان الفصل الثاني منه "الجنسية الاصلية" وأدرج تحت هذا الفصل الجنسية بضابط الدم، ثم الجنسية بضابط الاقليم، ليدرج فصلا ثالثا تحت عنوان "إكتساب الجنسية الجزائرية" وأدرج تحته مباشرة "إكتساب الجنسية بفضل

القانون" فهو من جهة يتحدث عن الجنسية المكتسبة، وتحتها يدرج الجنسية بقوة القانون، في حين الثابت فقها، أن الجنسية بقوة القانون تتضمن الجنسية برابطة الدم، او الاقليم، أي أن الانسان يكتسبها بقوة القانون بمجرد ولادته.

ذلك ان تصنيف الجنسية نوعين، إما أن تصنف أنها جنسية اصلية واخرى مكتسبة، ويندرج ضمن الاصلية الجنسية برابطة الدم، والجنسية بحسب الاقليم، وهي تترتب بقوة القانون للشخص منذ ولادته، ويندرج تحت المكتسبة، إكتساب الجنسية بالتجنس، وإكتساب الجنسية بالزواج، وإما أن يتم التصنيف بحسب كيفية ثبوت الجنسية، فتصنف انها جنسية بقوة القانون، وجنسية بالاختيار، وجنسية بالزواج، ثم بالتجنس.

وقد تفادى المشرع هذا الخلط الذي كان ينطوي عليه القانون القديم، بأن صحح عنوان الفصل الثالث، فأصبح الامر إذن يتعلق بقسمين، "الجنسية الأصلية" وتحتها نجد الجنسية بضابط الدم، م6، والجنسية بضابط الاقليم م07. ثم قسم آخر هو "إكتساب الجنسية الجزائرية" أي الجنسية المكتسبة، ويندرج تحتها إكتساب الجنسية بالزواج، م09 مكرر، واكتساب الجنسية بالتجنس م10، مع الغاء احكام المادة 09، وبذلك يكون المشرع قد اخذ بالتقسيم الأول المشار اليه "جنسية اصلية، جنسية مكتسبة".

لقد أدى هذا التقسيم الجديد لفصول قانون الجنسية الى ترتيب آثار كبيرة على الطفل المسعف، فاصبح بإمكان الطفل المسعف أن تكون له الجنسية الأصلية من ناحيتين، جنسية أصلية برابطة الدم م06، وهو ما لم يكن يمكنه الحصول عليه في ظل القانون القديم، وجنسية أصلية برابط الإقليم حسب المادة 07.

2- الإجراءات الإدارية لحصول الطفل المسعف على الجنسية.

يتضح من قانون الجنسية الجزائري وجود وضعين مختلفين للطفولة المسعفة، وضع يخص الطفل المولود من أبوين مجهولين، ووضع يخص الطفل مجهول الأب مع ذكر لقب واسم أمه في شهادة ميلاده.

أ- جنسية الطفل المولود من أبوين مجهولين.

هذا الطفل لا إشكال بالنسبة اليه، كون جنسيته اصلية لكن برابط الاقليم، اعتبارا أن دم والديه مجهول، ولا يعلم أي منهما، وإنما الثابت قطعا أنه ولد في تراب الجمهورية الجزائرية، كحالة الطفل الذي يتم العثور عليه أمام المسجد او امام ادارة معينة، وتتكفل به الدولة، فقد نصت المادة 07 من قانون الجنسية على تمتعه بالجنسية الاصلية.

من الناحية الإدارية يتقدم المعني بطلبه الى أية محكمة بإقليم الجمهورية، مرفوقا بنسخة من عقد ميلاده، وتسلم له الجنسية فورا، ويمكنه الحصول على رقم سري بعد تقديم رقم هاتفه النقال، وبعد ذلك يستخرج الشهادة عن طريق الانترنت دون أي إشكال، كما أن شهادة الميلاد يقدمها مرة واحدة بالمحكمة، ثم يسجل في التطبيقة الوطنية ويمكنه الحصول على الشهادة باستظهار بطاقة الهوية فقط.

ب- جنسية الطفل المولود من أب مجهول وأم مذكورة في شهادة ميلاده.

من بين شهادات الميلاد للطفولة المسعفة ما يذكر بها اسم الام ولقبها، وهي معروفة، أي أنها جزائرية من أصلين ذكريين أبوها جزائري، وجدها جزائري، وتمتلك الجنسية الجزائرية، فهذا الطفل المسعف لا يطرح أي إشكال، بإمكانه الحصول على الجنسية الاصلية، إلا أنها جنسية أصلية من جهة الام برابطة الدم طبقا للمادة 06 من قانون الجنسية، وفي هذه الحالة يتقدم المعني الى مصالح الجنسية من أي محكمة

قريبة منه، مرفوقا بملف يتضمن شهادة ميلاده، وشهادة الجنسية لأمه، أو ما يمكن من استخراجها، أي شهادة ميلاد أمه ووالدها وجدها، ثم يتحصل على الجنسية الاصلية برابطة الدم من جهة الام مثله مثل أي طفل طبيعي تماما، ويمكنه ايضا الحصول على الجنسية بعد ذلك عن طريق الانترنت بنفس الاجراءات، كما تكفيه الوثائق التي قدمها اول مرة، ولا يقدم ثانية إلا هويته يستظهرها لسحب الجنسية من جديد.

غير أن الام المسجلة في شهادة الميلاد قد تكون مجهولة بالنسبة للطفل، وهنا فقد صدرت المذكرة رقم 2005-04 المؤرخة في 26-07-2005¹ وقد ذكرت هذه الفئة تحت حالة المولود في الجزائر من ام مسماة فقط (الاطفال المسعفين) وقد نصت على أن هذه الفئة تستفيد من الجنسية الاصلية لكن برابط الاقليم طبقا للمادة 7 الفقرة الثانية، وأن الملف الخاص بالجنسية يتضمن شهادة ميلاد المعني، وشهادة تسلمها المديرية المكلفة بالطفولة المسعفة على مستوى الولاية تثبت عدم معرفة الام المذكورة في شهادة ميلاده، اعتبارا أن معرفة الام يعيدنا الى الصورة الاولى الخاصة بالجنسية من جهة الام.

ونفس الامر ايضا يكفيه الحصول على الجنسية مرة واحدة من اقرب محكمة، وأن يحصل عليها بعد ذلك عن طريق الانترنت او عن طريق استظهار بطاقة الهوية فقط. والإشكال الذي يثور بالنسبة لهذه الفئة من الطفولة المسعفة، والتي أغفلها المشرع، وعائنا وجود حالات بالنسبة لها تبدو معقدة، هو الطفولة المسعفة التي لم تمر على مراكز الطفولة المسعفة التابعة لمديريات النشاط الاجتماعي، ذلك أن ما لاحظناه ميدانيا لدى بعض المحاكم لاسيما تلك المحاكم التي يمتد اختصاصها الى البوادي، أن

¹ أنظر الملحق ص 467

بعض الامهات تلدن الاطفال بطريقة غير شرعية، وتسجلهم باسمائهن، وتسلمهن لنساء اخريات للتكفل بهم، دون المرور على أي مصلحة إدارية خوفا من الفضيحة والعار، وأن المرأة المستقبلية ترفض أن تقدم أي معلومة عن الام، او انها لا تعرف مصيرها فعلا بعد أن تتزوج وتختفي او تغير المدينة، وبعد أن يكبر الطفل يجد الصعوبة في الحصول على الجنسية على اعتبار أن المحكمة تطلب منه الحصول على الوثيقة الصادرة من المديرية المكلفة بالطفولة المسعفة، وان هذه الاخيرة ترفض أن تمكنه من الوثيقة لكونه لم يمر على مصالحها، وهو وضع مؤسف وقاسي عايناه بالمحاكم، يقتضي اللجوء الى منازعات الجنسية والتقاضي للحصول على الوثيقة كما سيأتي شرحه.

الفرع الثاني: منازعات الجنسية بالنسبة للطفل المسعف.

سبق وأن أشرنا أن وثيقة الجنسية وثيقة إدارية يحصل عليها صاحبها بتقديم مجموعة من الوثائق الى اقرب محكمة اليه عبر التراب الوطني، وأن هذه الوثائق تختلف من شخص الى شخص، ومن نوع جنسية الى نوع اخر، ما إن كانت اصلية او مكتسبة، ما إن كانت اصلية برابط الدم أم اصلية برابط الاقليم، ما إن كانت اصلية برابط الدم من جهة الاب ام من جهة الام.

غير أن بعض الحالات قد يصعب عليها الحصول على الوثائق المطلوبة، ومن هذه الحالات ما يتعلق بالطفولة المسعفة، وقد أشرنا الى حالة أساسية هي تلك الحالة التي يتعذر فيها على الطفل المسعف الحصول على الوثيقة الصادرة من المصالح الخاصة بالطفولة المسعفة، وهنا فإن اغلب الاطفال المسعفين يتوقفون هم وكافليهم عند هذا الرفض الإداري، ووجب أن نشير هنا لتوضيح هذا الامر، وتسهيل حصول الطفل

المسعف على حقه، أن المشرع قد اجاز الحصول على الجنسية في هذه الحالة عن طريق حكم قضائي، وهو ما ورد باحكام المواد من 37 الى 40 من قانون الاسرة. وقد أشارت المادة 38 صراحة أنه " لكل شخص الحق في إقامة دعوى يكون موضوعها الاصلي استصدار حكم بتمتعه اوعدم تمتعه بالجنسية الجزائري، ويرفع المعني بالامر الدعوى ضد النيابة العامة مع عدم الاضرار بحق تدخل الغير. وللنيابة العامة وحدها الحق في أن ترفع ضد أي شخص كان دعوى يكون موضوعها الأصلي إثبات تمتع المدعى عليه بالجنسية الجزائرية او عدم تمتعه بها، وهي ملزمة بإقامة الدعوى في حالة ما إذا طلبت منها ذلك إحدى السلطات العمومية".

وخلاصة هذه المادة أن المعني او من يكفله بإمكانه ان يرفع الدعوى للحصول على الجنسية بحكم القضاء، وفي هذه الحالة كل ما عليه أن يقدمه للقاضي هو الشهود الذين يثبتون أنه ولد على التراب الجزائري، او وجد على التراب الجزائري وهو حديث الولادة، بغض النظر عن هوية والديه.

ويتم التحقيق في هذه القضايا بشكل عادي كأى قضية، وواقعة الميلاد هي واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها الشهود، والطفل في هذه الحالة يملك على الأقل الشاهد الذي تكفل به ورياه.

ويكون منطوق الحكم بتمتع المعني بالجنسية الجزائري، وهنا يطلب من المعني إستكمال الإجراءات بنشر الحكم أو القرار إن وقع استئناف بإحدى الجرائد الوطنية اليومية، وتعلق بلوحة الاعلانات بالمحكمة المختصة، ثم بعد أن يمهر الحكم بالصيغة التنفيذية يكون هو الوثيقة الوحيدة التي يستظهرها الطفل لطلب الجنسية.

بهذه الإجراءات نكون قد توصلنا الى إقرار حق الطفل المسعف في الجنسية إما برابطة الدم من جهة الأم، وإما برابطة الإقليم، وإما عن طريق الحكم القضائي.

وما تتبعني الإشارة اليه هنا أن الامر 05-01 غطي النقد الكبير الذي كان يتعرض له الامر 70-86 سواء من الفقه، او من المنظمات غير الحكومية، ذلك أن التشريع الجزائري في مادة الجنسية ظل لمدة طويلة منتقدا، وارتأينا أن نوجز هذا النقد، ونتعرض له لتأثيره على الطفل بصفة عامة والطفولة المسعفة بصفة خاصة، وهكذا فقد ظل هذا القانون منتقدا من ناحيتين على الأقل، أولاهما من حيث الشكل، نظرا للخلط الذي ورد به كما أشرنا، وثانيهما من حيث الموضوع في عدة صور أهمها:

- ما كانت تتضمنه المادة 21 من الامر 70-86 حينما كان المشرع يمدد حالة فقدان الجنسية الى الابناء القصر، إذا تم فقدان بناء على اكتساب جنسية في الخارج من والدهم، او كانت له جنسية اصلية اخرى او تخلى بصفة طوعية عن الجنسية الجزائرية، فما ذنب الطفل القاصر، إذا ارتكب والده سببا من أسباب الفقد، أن يمتد اليه هذا الفقد، وحسنا فعل المشرع، بأن جعل التعديل الجديد الفقدان لا يمتد الى الأبناء القصر.

- ما كانت تنص عليه الفقرة السادسة بفقراتها من أن الابن يحصل على الجنسية برابط الدم، من جهة الأب، أما الأم، وإن كانت جزائرية، فدمها لا يكفي لوحده أن يمنح جنسيتها الى ابنها، وإنما أسعفها المشرع في حالتين فقط، إذا كان والد ابنها مجهولا، او عديم الجنسية حتى لا يظل ابنها عديم الجنسية، وبذلك يكون التشريع القديم قد افترض أن الابن يأخذ حتما جنسية والده إذا كان معلوم الجنسية، غير أنه افترض خاطئ، ذلك أن هذا الافتراض لا يأخذ

بالحسبان احتمال ان الاب وإن كان معلوم الجنسية، إلا أنه قد يكون من دولة تأخذ بضابط الاقليم وحده، ولما كان الولد قد ولد في الجزائر فإنه لن يتمتع بجنسية والده، وانه لا يتمتع بجنسية امه، فيظل اذن عديم الجنسية.

وحسنا فعل المشرع أن ساوى بين دم الام، ودم الاب في منح الجنسية

بضابط

الدم للولد.

- ما كانت تنص عليه احكام المادة الثالثة الملغاة، من منع التعدد بالجنسيات، بضرورة أن يتخلى الاجنبي عن جنسيته الاصلية، لاكتساب الجنسية الجزائرية، وحسنا فعل المشرع بالغاء هذه المادة.

- ما كان موجودا في انعدام التجنس بالزواج، مع أن الجزائريين أغلبهم في الخارج تنسوا من جنسية زوجاتهم الاجنبيات، إلا أن الزوجة الاجنبية، مع أنها تمنح جنسيتها للجزائري، إلا أنها تحرم من الاستفادة من الجنسية الجزائرية، حسنا فعل المشرع، أن منح حقا للتجنس بالزواج، سواء من اجنبي او من اجنبية.

ومع ذلك لا يخلو التعديل في نظري من إهمال بعض الجوانب كان ينبغي تداركها

نورد أهمها فيما يلي:

- عدم النص على حالة الإبن المولود في الجزائر من أبوين عديمي الجنسية، فقد نصت المادة 07 على جنسية الولد المولود في الجزائر لأبوين مجهولين، وتدارك المشرع حالة غير موجودة، وهي حالة الولد المولود من اب مجهول وام مسماة في شهادة ميلاده، ودون أي دليل على جنسيتها، لشيوع هذه

الحالة في الواقع العملي الجزائري، غير أن المشرع أهمل بنظري حالة الولد المولود في الجزائر من ابوين معلومين، وهما عديمي الجنسية، على اعتبار أنه، وإن كان والدي الطفل هما من تسبب في فقد جنسيتهم، إلا أنه لا دخل لولدهما، ولما كان الولد ولد بالجزائر، فإنه كان يتعين افادته بالجنسية الجزائرية، من منطلق إنساني، ومن منطلق أن الجزائر انضمت الى إتفاقية حقوق الطفل¹، وانها إتفاقية تنص على حق الطفل في التمتع بالجنسية.

إن هذا الولد إذن سيظل عديم الجنسية، مادامت دولة والديه جردتهما من الجنسية، ومادام التشريع في الجزائر التي احتضنتهما لا يمكنه من الجنسية.

- خلق بعض المراكز القانونية وعدم النص على آثارها، ومن ذلك بالخصوص أن المشرع الجزائري نص على أنه يمكن اكتساب الجنسية عن طريق الزواج، غير أنه أغفل أن يشير الى حالة ما إن تقرر بطلان الزواج بعد أن يستفيد الاجنبي من الجنسية الجزائرية، هل يترتب عن ذلك أنه مجرد من الجنسية، ام أن بطلان الزواج لا أثر له على الجنسية المكتسبة نتيجة له؟

و مرد هذا التساؤل أن البطلان يجعل الزواج من العدم منذ نشأته، وانه بذلك تكون الجنسية قد ترتبت عن شيء معدوم.

لقد اختلفت التشريعات في ترتيب هذا الأثر، وكذا اختلفت النظم القضائية، فمنها من يقرر أنه لا أثر للبطلان الذي يلحق الزواج على الجنسية المكتسبة، بناء على قاعدة ان المراكز القانونية حقوق مكتسبة، ومنها من قرر انه يتعين التجريد من الجنسية على اساس انه ما بني على باطل فهو باطل.

¹ صادقت عليها الجزائر مع تصريحات تفسيرية بمقتضى المرسوم الرئاسي 92-461- بتاريخ 19-12-1992 الجريدة الرسمية عدد 91 - مؤرخة في 23-12-1992.

- تردد المشرع الجزائري في ميدان الجنسية المكتسبة، يستشف هذا التردد من احكام المادة 22، الناصة على حالات التجريد من الجنسية.

وهكذا نص المشرع على انه يجرد من الجنسية الشخص الذي اكتسبها ثم صدر ضده حكم من اجل فعل يعد جنائية او جنحة تمس بالمصالح الحيوية للجزائر، او إذا صدر ضده حكم في الجزائر او في الخارج، يقضي بعقوبة لأكثر من 05 سنوات، سجنا لجنائية.

فالشخص الذي يكتسب الجنسية الجزائرية أصبح جزائريا وانتهى الامر، ولا يجب التمييز بينه وبين الجزائريين أصلا، حاله كحالهم معرضون للوقوع في الإجرام، فيخضع للعقاب العادل ولسلطان القانون وكفى، ولا يقتضي الأمر التراجع عن الجنسية.

ان هذه المادة تثير إشكالا من ناحيتين:

1. فهي تثير إشكالا من حيث المركز القانوني للمستفيد من الجنسية الجزائرية عن طريق التجنس، فهل جنسيته جزائرية، ام جزائرية معلقة على شرط فاسخ يقضي بعدم اقترافه الاجرام لمدة قد تصل 15 سنة، إذا تراخت النيابة في المتابعة.

2. وهي تثير إشكالا أيضا حيث أنها تميز بين المواطنين، من ذات البلد في العقاب، إذ التجريد في هذه الحالة يلحق العقوبة الاصلية، التي هي إما الحبس او السجن، فهو بذلك أمام عقوبة تكميلية او تبعية، ففي حين أن نفس الحكم قد يرتكبه مواطن من جنسية اصلية يترتب عنه العقوبة الاصلية فقط، فلا

يعاقب إلا بالحبس أو السجن أو الغرامة، ولا تأثير لذلك على جنسيته، وهو تمييز بين المواطنين يتعين تداركه.

وعليه يتعين التأكد من هوية الطالب للاستفادة من الجنسية الجزائرية، وإذا تم التجنس فقد أصبح جزائريا يخضع لكل الاحكام التي يخضع لها الجزائري اصلا. نكون بذلك قد توصلنا الى توضيح حق الطفل المسعف في الجنسية، وتوصلنا الى توضيح وتبسيط الاجراءات والوثائق اللازمة لهذه الفئة لاستخراج اهم وثيقة في الهوية، وهي الجنسية، بما في ذلك توضيح المذكرة غير المنشورة لوزارة العدل في هذا الموضوع، كما توصلنا الى كيفية رفع الدعوى للتمتع بالجنسية بالنسبة لمن يصعب عليهم الحصول عليها، وانه يكفيهم الشهود او شاهد واحد فقط مع بعض القرائن.

الفصل الثاني:

حق الطفل المسعف في الحضانة.

الحق في الحضانة من أقدم الحقوق المترتبة بالبشرية، وقد عرفت في الشريعة الإسلامية، وفصل فيها فقهاؤها تفصيلات كثيرة، كما عرفت في القوانين الوضعية المعاصرة على اختلاف بين المجتمعات حسب الدين وبعض الأعراف والعادات. وقد فصل فقهاء القانون الوضعي بدورهم في الحضانة، من حيث تعريفها، ومستحقيها، وترتيب الحاضنين، وسقوط الحق في الحضانة، واجرة الحاضن، وغيرها من المعطيات.

كما فصل القضاء بدوره في الحضانة بعديد الاحكام والقرارات، المنسجمة والمستقرة تارة، والمتغيرة تارة اخرى.

غير أن حضانة الطفل المسعف لم يتطرق لها إلا القليل، كما أن القضاء بدوره لم تعرض له عديد القضايا الخاصة بحضانة الطفل المسعف نظرا لطبيعة هذا الموضوع، ونظرا لتداخل الأطراف في رعاية الطفل وتربيته بين الاسرة احيانا والدولة احيانا اخرى. ولعل دراسة موضوع حق الطفل المسعف في الحضانة، يقتضي أن يدرك مفهوم الحضانة عند مطلق الاطفال في مبحث أول، ثم اسقاط هذا الموضوع الحساس في حياة الطفل على الطفولة المسعفة في مبحث ثاني.

المبحث الأول: حق الطفل في الحضانة.

أورد المشرع الجزائري الحضانة تحت الباب الثاني: " انحلال الزواج " الفصل الثاني: " آثار الطلاق"، بعد أن تحدث عن العدة، وأوردها تحت عبارة " الحضانة" دون أن يذكر طبيعتها، هل هي حق ام واجب، ام حق وواجب معا، وهل هي حق للحاضن ام حق للطفل المحضون.

وهو امر يقتضي الرجوع الى الشريعة الاسلامية اولا بحكم المادة 222 من قانون الاسرة التي تحيل الى احكامها، ثم الرجوع الى الفقه والقضاء فيما توصلنا اليه في الحق في الحضانة وتفصيلاتها.

وقد رتب المشرع الحاضنين، وحدد سن الحضانة ومدتها، وتحدثت الشريعة الاسلامية عن وضع الحاضن واجرته.

المطلب الأول: مفهوم الحضانة وحكمها.

الفرع الأول: تعريفها.

الحضانة لغة: جاء في القاموس المحيط الحضن بكسر الحاء ما دون الإبط الى الكشح او الصدر والعضدان وما بينهما، وجانب الشيء وناحيته، جمع أحضان، وحضن الصبي حضنا وحضانة بالكسر جعله في حضنه، او رياه كاحتضنه، والطائر بيضه حضنا وحضانا وحضانه بكسرها وحضونا رخم عليه للتفريخ.

وفي المصباح المنير: حضن الطائر بيضه حضنا وحضانا بالكسر ايضا : ضمه تحت جناحه، فالحمامة حاضن لانه وصف مختص، ويعدى الى المفعول الثاني

بالهمزة فيقال: احضنت الطائر البيض اذا جثم عليه، ورجل حاضن، وامرأة حاضنة: لانه وصف مشترك، والحضانة بالفتح والكسر اسم منه، والحضن بالكسر ما دون الإبط، الى الكشح، واحتضنت الشيء جعلته في حضني والجمع أحضان مثل حمل واحمال¹.

وهي لغة عند البعض ايضا : مأخوذة من الحضن وهو الجنب، فهي الضم الى الجنب².

والحضانة اصطلاحا:

1- عند الحنفية:

جاء في البدائع: حضانة الام ولدها هي ضمها إياه الى جنبها، واعتزالها إياه من ابيه، ليكون عندها، فنقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه. وفي البحر الرائق: الحضانة بكسر الحاء وفتحها: تربية الولد والحاضنة المرأة توكل بالصبي فترضعه وتربيته.

وفي الدر المختار: الحضانة بفتح الحاء وكسرها: تربية الولد.

وفي شرح الاحكام: الحضانة بالفتح والكسر شرعا: تربية الولد ممن له حقها.

2- في المذهب المالكي.

جاء في الشرح الكبير: الحضانة هي حفظ الولد والقيام بمصالحه.

وفي الشرح الصغير: الحضانة هي القيام في شأنه في نومه ويقضته.

¹ د- احمد محمد علي داود- الاحوال الشخصية- الجزء الثالث والرابع- دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان - الاردن -

2009 ص9

² د- وهبة الزحيلي- المرجع السابق - الجزء السابع- ص 717.

3- في المذهب الشافعي.

جاء في الإقناع: الحضانة شرعا: تربية من لا يستقل بأموره بما يصلحه، ويقيه عما يضره، ولو كبيرا مجنونا، كأن يتعهد بغسل جسده، وثيابه ودهنه ودخله، وربط الصغير في المهد وتحريكه لينام.

وفي المنهاج: الحضانة: حفظ من لا يستقل وتربيته.

وفي كفاية الاخيار: الحضان بفتح الحاء هي القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأموره، وتربيته بما يصلح ووقايته عما يؤذيه، وهي نوع ولاية.

4- في المذهب الحنبلي.

جاء في الروض المربع: الحضانة هي حفظ صغير ونحوه عما يضره، وتربيته يعمل مصالحه.

وفي الإقناع: هي حفظ صغير ومجنون ومعتوه وهو مختل العقل، عما يضرهم، وتربيتهم بعمل مصالحهم كغسل رأس الطفل وبديه وثيابه ودهنه وتكحيله، وربطه في المهد وتحريكه لينام ونحوه¹.

والحضانة في القانون الجزائري هي رعاية الولد وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك².

¹ راجع في جمع هذه التعاريف الاصطلاحية وترتيبها، د - احمد محمد علي داوود - الاحوال الشخصية - المرجع السابق - ص 9 الى 11

² المادة 62 من القانون 84-11 المؤرخ في 09-06-1984 المتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم.

الفرع الثاني: حكم الحضانة ومشروعيتها.

1- حكم الحضانة.

يرى البعض أنها واجب، لأن المحضون يهلك بتركها، فوجب حفظه من الهلاك، كما يجب الانفاق عليه وإنجاؤه من المهالك، ويتعلق بها حق لقرابته، لأن فيها ولاية على الطفل واستحقاقا له فيتعلق بها الحق ككفالة اللقيط¹.

وتتطلب الحضانة الحكمة واليقظة والإنتباه والصبر والخلق الجم، حتى أنه يكره للانسان أن يدعو على ولده أثناء تربيته، كما يكره أن يدعو على نفسه وخادمه وماله، لقوله صلى الله عليه وسلم: " لا تدعوا على أنفسكم، ولا تدعوا على أولادكم، ولا تدعوا على خدمكم، ولا تدعو على أموالكم، لا توافقوا من الله ساعة يسأل فيها اعطاء، فيستجيب له." رواه مسلم وابو داود عن جابر بن عبد الله.²

ويرى جانب من الفقه أنه³: " من خلال استعراض تعريف مقاصد الشريعة الاسلامية وانواعها ودرجاتها، نجد ان هناك ارتباطا وثيقا بين تشريع الحضانة بكل ما ورد فيها من تعريفات وشروط وبيان لاحق بالحضانة، وترتيب للمستحقين لها، ومسقطاتها وبين المقاصد الشرعية،

فإذا كانت الحضانة تعني الحفظ والرعاية للصغير او لمن لا يستطيع الاستقلال بنفسه، فإن هذا الامر وثيق الصلة بالمقاصد الشرعية القطعية الخمسة، إذ فيه حفاظ

¹ الفقيه ابن قدامة المقدسي - المغني- المرجع السابق - الجزء الثامن ص237

² د- وهبة الزحيلي - ص 718.

³ أد- حمزة بن حسين الفعر الشريف- عضو المجمع الفقهي الاسلامي- احكام الحضانة في ضوء المقاصد الشرعية - بحث قدم للندوة حول اثر متغيرات العصر في احكام الحضانة - المجمع الفقهي الاسلامي بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الاسلامية بمكة المكرمة - 1436 هجرية - ص19

على نفس المحضون وعلى دينه وعلى ماله وعلى عرضه، وحفاظ كذلك على نسله بتهيئته لأن يكبر ويصبح أهلا للولادة والتناسل.

وعندما نتأمل أيضا في شرط الحضانة فإننا نجد شرط الاسلام والامانة وعدم الفسق والرشد وغيرها، وذلك كله مرتبط بالمقاصد الشرعية إذ في هذه حفاظ على النفس والخلق والدين والمال.

وكذلك سقوط الحضانة لعدم قدرة الحاضن لمرض او سفر، او تزوج الام، او ظهور الفسق، او وجود الكفر، ونحوه، فإن في ذلك حفاظا على النشأة السوية للمحضون، ودرء للفساد عنه، وتحقيقا للصون والرعاية له.

وفي المستحقين للحضانة وترتيبهم ما يدل على ذلك ايضا، إذ أن مدار هذا الترتيب والأحقية الحرص على مصلحة المحضون، ووجوده في رعاية حاضن أمين حريص عليه" انتهى القول.

وبذلك فالحضانة واجبة على الحاضن، ومسؤولية للقاضي الأمر بها، اعتبارا أنها مدعاة الى حفظ النفس والخلق والدين والمال.

اما صاحب الحق في الحضانة فمختلف فيه بين الفقهاء¹، فقيل أن الحضانة حق للحاضن، وهو رأي الحنفية والمالكية على المشهور وغيرهم، لأن له أن يسقط حقه ولو بغير عوض، ولو كانت الحضانة حق لغيره لما سقطت بإسقاطه. وقيل انها حق للمحضون، فلو أسقطها هو سقطت.

ذهب بعض الفقهاء المحققين الى أن الحضانة حق للحاضنة والمحضون معا، وهذا المذهب هو الصحيح في المذهب الحنفي، ومذهب بعض المالكية.²

¹ د- وهبة الزحيلي- المرجع السابق- الجزء 7 - ص 718

² د - احمد محمد علي داوود - الاحوال الشخصية - المرجع السابق - ص 13

الظاهر أن الحضانة تتعلق بها ثلاث حقوق معا: حق الحاضنة، وحق المحضون، وحق الأب أو من يقوم مقامه، فإن أمكن التوفيق بين هذه الحقوق وجب المصير اليه، وإن تعارضت قدم حق المحضون على غيره، وتتفرع عن ذلك الاحكام التالي¹:

1- تجبر الحاضنة على الحضانة إذا تعينت عليها، بأن لم يوجد غيرها (واجب).
2- لا تجبر الحضانة على الحاضنة إذا لم تتعين عليها، لأن الحضانة حقها، ولا ضرر على الصغير لوجود غيرها من الحاضنين.

3- اذا اختلعت المرأة من زوجها على أن تترك ولدها عند الزوج، فالخلع عند الحنفية صحيح والشرط باطل: لأن هذا حق الولد، أن يكون عند امه ما دام محتاجا اليها.

4- لا يحق للاب أن يأخذ الطفل من صاحبة الحق في الحضانة، ويعطيه لغيرها إلا لمسوغ شرعي.

5- إذا كانت المرضعة غير الحاضنة للولد، فعليها إرضاعه عندها حتى لا يفوتها حقها في الحضانة.

وقد صدر عن القضاء الجزائري عديد القرارات في هذا الإطار، وهكذا صدر باعتبار الحضانة حق الطفل ما يلي:

" يستعين القاضي في الحكم بعدم تحقق مصلحة المحضون بتقرير مساعدة اجتماعية... إن المادة 64 من قانون الاسرة ترتب درجات استحقاق الحضانة، لكن وفي كل الاحوال توصي هذه المادة بمراعاة مصلحة المحضون..."²

¹ د- وهبة الزحيلي - المرجع السابق - الجزء 7 - ص 719

² المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية - العدد 1 سنة 2005 - ص 301.

" متى كان من المقرر قانونا وشرعا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين ابيه، ومن ثمة فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار الى الام التي تسكن في بلد اجنبي بعيد عن رقابة الاب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون"¹.

" لما كان ثابتا في قضية الحال أن الحضانة اسندت الى الاب مراعاة لمصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع و إعمالا لسلطتهم التقديرية، قد طبقوا صحيح القانون."²

" ان تأييد الحكم الذي اسند حضانة الولد للجدة دون مراعاة مصلحة المحضون، ودون مناقشة الدفوع التي أثارها الطاعن حول الحالة النفسية للولد والتقارير الذي أعدته المساعدة الإجتماعية يعتبر قصورا في التسبيب."³

" من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون، ومن ثمة فإن القضاة لما قضاوا بإسناد حضانة الولدين لأمهاتهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين، طبقوا صحيح القانون."⁴

كما صدر باعتبار الحضانة حق للام ما يلي:

" لا يسقط اكتساب الحاضنة جنسية اجنبية حقها في الحضانة، طالما لم تثبت ردتها عن الدين الاسلامي....حيث متى اكتسبت المطعون ضدها الجنسية الفرنسية دون أن ترتد عن الديانة الاسلامية، ولا يوجد أمام الجهة القضائية ما يفيد تخليها عن الدين

¹ المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية - العدد 4 - سنة 1991 - ص 117.

² المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية - العدد 1 - سنة 1997 - ص 39.

³ نشرة القضاة- العدد 59 - ص 236.

⁴ المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية - العدد الخاص بغرفة الاحوال الشخصية - سنة 2001 - ص 175.

الاسلامي، فإن ذلك لا يسقط حقها في الحضانة لكونها أولى بحضانة أطفالها طبقا للمادة 64 من قانون الاسرة.¹

من المقرر شرعا وقانونا أن الام أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، وان حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الانثى حتى سن الزواج، ومن ثمة فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا لاحكام الشرعية والقانونية.²

كما صدر باعتبار الحضانة حق للاب ما يلي:

" لما كان ثابتا في قضية الحال أن الحضانة اسندت الى الاب مراعاة لمصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا صحيح القانون.³

2- مشروعية الحضانة.

تستمد الحضانة مشروعيتها مما يلي:

1- من القرآن الكريم:

قال تعالى: " وقضى ربك ألا تعبدوا الا اياه وبالوالدين احسانا إما يبلغن عندك الكبر احدهما او كلاهما فلا تنل لهما اف ولا تنهرهما وقل لهما قولا كريما واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل رب ارحمهما كما ارحماني صغيرا".⁴

ووجه الدلالة أن الله سبحانه وتعالى ذكر تربية الوالد للصغير وهذه التربية هي

حضانته والقيام بشؤونه.¹

¹ المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية - العدد 2 - سنة 2008 - ص 313.

² المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية - العدد 1 - سنة 1993 - ص 48.

³ المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية - العدد 1 - سنة 1997 - ص 39.

⁴ سورة الاسراء الايتين 23-24

فقد خلق الله تعالى البشر ليتكاثروا، وان سنته في خلقه انه من بعد ضعف قوة، ومن بعد قوة ضعف، فقد فرض الله تعالى على الطفل إذا بلغ أشده ان يرعى والديه بعد أن بلغا مرحلة الضعف، فكما احتضناه وربياه صغيرا وجب عليه أن يرعاهما كبيرين، فالحضانة بذلك وجبت بكتاب الله تعالى.

2- من السنة.

عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو، أن امرة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن اباه طلقني، وأراد ان ينتزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: " أنت أحق به ما لم تنكحي " ، رواه احمد وابو داود وصححه الحاكم، ولفظ الحديث كما ورد في رواية ابي داود.²

وعن البراء عن عازب أن ابنة حمزة - رضي الله عنه - اختصم فيها علي وجعفر وزيد، فقال علي: أنا أحق بها، هي ابنة عمي، وقال جعفر بنت عمي وخالتها تحتي، وقال زيد ابنة أخي، فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم لخالتها، وقال: " الخالة بمنزلة الام" متفق عليه.³

3 - عمل الصحابة.

روي عن سعيد بن المسيب أنه قال: طلق عمر رضي الله عنه أم ابنه عاصم رضي الله عنه، و لقيها ومعها الصبي، فنازعها، وارتفعا الى ابي بكر الصديق رضي الله عنه، فقضى ابو بكر الصديق بعاصم بن عمر رضي الله عنهما لأمه، ما لم يشب او

¹ د- احمد محمد علي داود- الاحوال الشخصية - المرجع السابق - ص11

² د- احمد محمد علي داود- الاحوال الشخصية - المرجع السابق - ص11

³ د- احمد محمد علي داود- الاحوال الشخصية - المرجع السابق - ص11

تتزوج، ولم يخالفه عمر رضي الله عنه او يعترض، وقال ابو بكر رضي الله عنه في بعض الروايات: الأم أعطفُ وألطفُ وأرحمُ وأحنى وأخيرُ وأرأفُ، وهي أحق بولدها ما لم تتزوج.¹

3- الإجماع.

تجد الحضانة ايضا مشروعيتها بإجماع جميع المسلمين في مختلف العصور، وهو أيضا أمر من المعقول، إذ أن الصغير في حاجة الى من يقوم عليه ويربيه، حتى يشب ويكبر.

المطلب الثاني: المستحقين للحضانة وآثارها.

الفرع الأول: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة.

اختلف الفقهاء في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة، كما اختلفت التشريعات الحديثة ايضا، بالنظر الى الأولوية عند كل فريق.

1- ترتيب أصحاب الحق في الحضانة عند المالكية.

الحضانة عند المالكية للام، ثم الجدة للام، ثم الخالة ثم الجدة للاب وإن علت، ثم الاخت، ثم العمّة، ثم ابنة الاخ، ثم للافضل من العصبّة، وهذا الترتيب إن كان الاول مستحقا للحضانة، فإن لم يكن انتقلت الى من يليه، وكذلك إن سقطت حضانته او كان معدوما.²

جاء في مختصر خليل: "الام، ثم امها، ثم جدة الام، ان انفردت بالسكنى عن ام سقطت حضانتها، ثم الخالة ثم خالتها، ثم جدة الاب ثم الاب ثم الاخت ثم العمّة ثم بنت الاخ او الاخت او الكفاً منهن وهو الأظهر، اقول ثم الوصي ثم الاخ ثم ابنه، ثم

¹ الشيخ سيد سابق- فقه السنة - الجزء الثاني - المرجع السابق - ص 629

² د - احمد محمد علي داوود - الاحوال الشخصية - المرجع السابق - ص 18

العم ثم ابنه لا جد لام واختار خلفه، ثم المولى الأعلى ثم الأسفل، وقدم الشقيق ثم للام ثم للاب في الجميع وفي المتساوين بالصيانة والشفقة.¹

2- ترتيب أصحاب الحق في الحضانة عند الحنايلة.

تجب الحضانة عندهم لحفظ الصغير والمعتوه، أي مختل العقل والمجنون، والأحق بها الام ثم امهاتها القربى فالقربى، ثم الاب ثم امهاته القربى فالقربى، ثم الجد الاقرب فالاقرب، ثم امهاته الاقرب فالاقرب، ثم الاخت من ابوين، ثم الاخت لام، ثم اخت لاب، ثم خالة لابوين، ثم الخالة لام، ثم الخالة لاب، ثم العمات تقدم العممة لابوين، ثم لاب ثم لام، ثم خالات امه، ثم خالات ابيه، ثم عمات ابيه، ثم بنات اخوته، تقدم بنت اخ شقيق ثم بنت اخ لام، ثم بنت اخ لاب، ومثلهن بنات اخواته، ثم بنات اعمامه لابوين، ثم لام ثم لاب، وبنات عماته ثم بنات اعمام ابيه، ثم تنتقل لباقي العصابة الاقرب فالاقرب.²

3- ترتيب أصحاب الحق في الحضانة عند الشافعية.

إذا تنازع الاناث في الحضانة قدمت الام ثم امهاتها، الاقرب فالاقرب، ثم ام الاب ثم امهاتها الاقرب فالاقرب، ثم الجد ثم امهاته، ثم امهات اب الجد، ثم الاخت لابوين ثم الاخت لاب، ثم الاخت لام ثم الخالة من الاب والام، ثم الخالة من الاب، ثم الخالة من الام، ثم العممة من الاب والام ثم العممة من الاب، ثم العممة من الام، فإن اجتمع مع النساء رجال والجميع من أهل الحضانة قدمت الام ثم امهاتها، ثم الاب ثم امهاته، ثم الجد ثم الاخوات، ثم الخالة ثم العممة، وإن اجتمع الرجال وهم من أهل الحضانة

¹ الشيخ محمد عليش- شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل- الجزء الرابع- دار الفكر - بيروت لبنان - الطبعة الاولى - 1984 ص 422 الى 424

² د - احمد محمد علي داوود - الاحوال الشخصية - المرجع السابق - ص 19

الام ثم الاب ثم الجدة لام ثم الجدة لاب ثم الخالة ثم العمّة، ثم الاقربون درجة، مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك.¹

الفرع الثاني: شروط المحضون والحاضن. (شروط إستحقاق الحضانة).

تنقسم شروط الحضانة الى قسمين، شروط في المحضون، وشروط في الحاضن، فأما شروط المحضون فهو من لا يستقل بأمر نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل، وكبير مجنون او معتوه، فلا حضانة إلا على الطفل او المعتوه، أما البالغ الرشيد فلا حضانة عليه، ويجوز للذكر البالغ أن ينفصل على حاضنه ويقوم بمفرده، وله أن يختار أن يقيم عند من يشاء من والديه²، ويستحب ألا ينفرد عن والديه رعاية لهما، أما إن كان المحضون انثى فإنه لا يجوز لها الانفراد، ولايبيها منعها لأنه لا يؤمن أن يدخل عليها من يؤذيها ويلحق العار بها وبأهلها³.

وأما شروط الحاضن، فقد أشار المشرع الجزائري الى ضرورة ان يكون الحاضن اهلا للقيام بذلك، وهي عبارة عامة وفضفاضة و تحتاج الى تفصيل على النحو التالي: شروط عامة في النساء والرجال، وشروط خاصة بالنساء، وشروط خاصة بالرجال.

1- الشروط العامة في النساء والرجال:

يشترط في الحاضن بصفة عامة سواء كان امرأة او رجلا ما يأتي:

- البلوغ: فلا حضانة للصغير ولو كان مميزا لأنه عاجز أصلا عن رعاية

شؤون نفسه والقيام عليها.

- العقل: فلا حضانة للمجنون أو المعتوه.

¹ المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري.

² ابن حزم الاندلسي- المحلى بالاثار - تحقيق الدكتور عبد الغفار سليمان البنداري - الجزء العاشر - دار الكتب العلمية - بيروت لبنان - الطبعة الاولى 2003- ص157.

³ د- وهبة الزحيلي - المرجع السابق - الجزء 7 - ص 725

- إشتراط المالكية الرشد، فلا حضانة لسفيه مبذر لئلا يتلف مال المحضون او ينفق عليه منه ما لا يليق، و اشتراط المالكية والحنابلية عدم المرض المنفر كالجذام والبرص¹.

- القدرة على تربية المحضون: والإستطاعة على صون الصغير في صحته وخلقه، فلا حضانة للعاجز لكبر في السن او مرض، ولا حضانة للمشغول عن القيام بشؤون الطفل كحال العامل الذي يغيب لأشهر عن المنزل.

- الأمانة على الأخلاق: فلا حضانة لمن ثبت فسقه، او كان سكيراً، او اشتهر بالزنى، واشتراط بعض الفقهاء أن يكون الفسق المانع من الحضانة مما يضيع به الولد، فيكون لها حق الحضانة ما لم يكن الولد في سن يعقل فيها فجور والدته فينتزع منها².

- الاسلام شرط عند الشافعية والحنابلية، فلا حضانة لكافر على مسلم، لأنه ربما فتنه عن دينه ولم يشترط المالكية والحنفية ذلك، فتصح كون الحاضنة كتابية او غير كتابية، لأنه صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين ابيه المسلم وامه المشركة، فمال الى الام فقال صلى الله عليه وسلم: "اللهم اهده، فعدل الى ابيه" ولأن مناط الحضانة الشفقة وهي لا تختلف باتخلاف الدين³ مع إختلاف بين المالكية والحنفية مدة الحضانة في هذه الحالة.

2- شروط إضافية في النساء.

بالإضافة الى الشروط العامة بين الرجال والنساء، يشترط أيضا في النساء ما يلي:

¹ د- وهبة الزحيلي - المرجع السابق - الجزء 7 - ص 726

² د- وهبة الزحيلي - المرجع السابق - الجزء 7 - ص 726

³ د- وهبة الزحيلي - المرجع السابق - الجزء 7 - ص 727

- ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم منه.
- أن تكون ذات رحم محرم من الصغير كأمه واخته وجدته، فلا حضانة لبنات العم أو العمة، ولا لبنات الخال أو الخالة بالنسبة للذكر، ولهن عند الحنفية الحق في حضانة الانثى.
- اشترط الشافعية والحنابلة انه إذا كان المحضون رضيعا أن ترضعه الحاضنة، فإن لم يكن لها لبن، أو امتنعت عن الارضاع فلا حضانة لها، لأن في تكليف الاب إستتجار مرضعة تكليف عليه.

3- شروط إضافية للرجال:

- بالإضافة الى الشروط العامة، يشترط في الرجال أيضا ما يلي:
- أن يكون محرما للمحضون إذا كانت انثى مشتهة، وهي التي حدد الحنابلة والحنفية سنها بسبع سنوات لانقضاء المحرمية بينهما.
- أن يكون لدى الرجل من يصلح للحضانة من النساء كالزوجة أو الام أو غيرهن، لأنه لا صبر للرجال على أحوال الاطفال عادة وإلا فلا حق له في الحضانة وهو شرط عند المالكية.¹

المبحث الثاني: الحضانة بأجرة والحاضنة الموظفة (حضانة الطفل المسعف)

انتهينا في المبحث الأول من هذا الفصل من الحديث بالتفصيل عن الحضانة، اصحابها، وتوزيع الحقوق فيها، وترتيب المستحقين لها، بالنظر الى الطفولة عامة،

¹ راجع في هذه الشروط وتفصيلات اخرى، د- وهبة الزحيلي - المرجع السابق - الجزء 7 - ص 729 وما بعدها

تمهيدا للحديث في هذا المبحث عن حضانة الطفل المسعف خاصة، وما توصلنا اليه في هذا البحث أن المشرع الجزائري قد حاول التوفيق بين الحقوق المقررة للطفل العادي، وخلق وضع مقارب للطفل المسعف، وقد استمد من بعض أحكام الشريعة الاسلامية المقررة للحضانة بعض الاحكام لمعالجة الوضع الخاص بالاطفال المسعفين، ومن ذلك فقد إستمد المشرع الجزائري من مبدأ شهير في الحضانة، هو مبدأ حق الحضانة في الاجرة، وخلق مبدأ اخر هو الحضانة الموظفة لرعاية الطفل المسعف وحضانته، فما المقصود بهذا النظام، وما هي آلياته؟

ولكن قبل التفصيل في هذا الأمر وجبت الإشارة الى مسألتين أساسيتين، أولاهما تتعلق بمدى جواز إجبار الام على حضانة الطفل المسعف، وثانيهما مدى جواز اجبار الاب على التكفل بأجرة حضانة الطفل المسعف.

المطلب الأول: مدى جواز إجبار الأم على حضانة الطفل المسعف، والأب على دفع أجرة حضانته.

الفرع الأول: مدى جواز إجبار الأم على حضانة الطفل المسعف.

اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية في مدى جواز إجبار الأم على الحضانة أصلا على التفصيل التالي:

يرى الحنفية أن الام وغيرها لا تجبر على الحضانة إذا امتنعت، إلا اذا تعينت لها، كأن لم يكن للصغير او الاب مال، او لم يوجد غيرها للحضانة، وهو قول الشافعية والحنابلة، والمالكية ايضا على المشهور عندهم، وبناء عليه فلام إسقاط حقها في الحضانة، وإذا ارادت العودة فلا حق لها عند المالكية.

وتجبر الام إذا لم يكن للصغير ذو رحم محرم كيلا يضيع الولد¹.

والسؤال المطروح هنا، متى كانت ام الطفل المسعف معروفة، فهل يجوز إجبارها

على حضانة ابنها؟

فصل المشرع الجزائري في هذه المسألة، وقرر أن الام يجوز لها أن تتنازل عن

الطفل بمحضر تنازل يحرر بمديرية النشاط الاجتماعي بالولاية او بالمستشفى مباشرة

بعد الوضع²، ولها مدة ثلاثة اشهر لمراجعة نفسها، فإن قررت أن تحتفظ بالولد في

هذه المدة فلها ذلك، كما لها أن تتخلى عنه بصفة نهائية، وبذلك فإنه لا يجوز إجبارها

على الحضانة، وقد عاينت بعض الدراسات ان هذه العملية اصبحت تعرف تزايداً كبيراً

في المجتمع³.

ومرد هذا التحليل عملية مفاضلة بين حق الطفل في الحياة وحقه في الحضانة،

ومفاد هذه المفاضلة أن الطفل يكون في خطر لحظة ولادته، لإمكانية أن تقوم الام

العازبة بقتله دراً للعار والفضيحة، وهو ما حدا بالمشرع الى اقتراح إمكانية تخلي الام

العازبة عن الطفل لفائدة الدولة حتى لا تقوم بقتله؛

وإن كان البعض يرى أن هذا التصرف من المشرع تشجيع للفسق وللأفعال المشينة

من الامهات العازبات، اعتباراً أن هذه الفئة من النساء إن علمن بهذه الاحكام سيعمدن

الى هذا التصرف، فإننا نرى أن هذه المفاضلة من المشرع في محلها، ومرد ذلك أن

جريمة الزنى من أقدم الجرائم في البشرية، وأن الخطأ مزدوج بين المرأة والرجل، وأن

¹ د- وهبة الزحيلي- المرجع السابق - الجزء السابع - ص 733

² المادة 245 من الامر 76-79 المؤرخ في 23-10-1976 المتضمن قانون الصحة العمومية القديم - الجريدة الرسمية عدد 101 مؤرخة في 19-12-1976، وهو قانون تم الغاؤه بمقتضى قوانين الصحة اللاحقة، الا ان اثره في مجال الطفولة المسعفة لا يزال مستمراً.

³ الطالب الباحث نور الدين بن زيان : مذكرة التخرج ماجستير بعنوان "تحليل ظاهرة الامهات العازبات في ولاية وهران

من سنة 2000 الى 2009"، ص 121

النتيجة هي طفل و نفس بريئة لا حول ولا قوة لها، وجدت في الحياة بهذا الخطأ ولا ذنب لها فيه، وانه مادام المشرع على علم أن حياة الطفل في خطر لإمكانية قتله، فإن انقاذ حياته أولى من أي تبرير آخر مهما يكن.

كما نرى أنه لا يجوز للقاضي، ناظرا في دعوى إلزام الام العازبة بحضانة الطفل، إن وجدت مثل هذه الدعوى، أن يرفضها لعدم التأسيس حفاظا على حياة الطفل، اعتبارا أن تأسيس الحضانة يكون على الرأفة والحنان والمودة التي تكنها الحاضنة للطفل، أما وأن تجبر الام على حضانة الطفل مع ما لذلك من فضيحة وعار، فإنها لن ترعاه بمفهوم حضانته على الراجح، بل ستهمله وتعرضه للخطر من كل النواحي.

الفرع الثاني: أجره الحاضنة.

ذهب جمهور الفقهاء الى أنه اذا افترق الزوجان ولهما طفل ذكر او انثى فأحق الناس بحضانته امه، ثم ياتي بعدها صاحب الحق في الحضانة، على الترتيب المبين سابقا، وتستحق الحاضنة أجره مثلها مقابل حضانة الصغير او الصغيرة، وإذا كانت الزوجية قائمة فلا تستحق الأجره على الحضانة.¹

وأجره الحضانة مثل أجره الرضاع، لا تستحقها الأم ما دامت زوجة او معتدة، لأن لها نفقة الزوجية او نفقة العدة، إذا كانت زوجة او معتدة، قال الله تعالى: "والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة وعلى المولود له من رزقهن وكسوتهن بالمعروف"².

¹ د- احمد محمد علي داود - المرجع السابق - ص 28

² الآية 233 من سورة البقرة

أما بعد انقضاء العدة فإنها تستحق الاجرة كما تستحق اجرة الرضاع، لقول الله سبحانه: " فانفقوا عليهن حتى يرضعن لهن فانفقن اجورهن وأتمروا بهنكم بمعروف وان تعاسرتم فسترضع له اخرى"¹

وغير الام تستحق اجرة الحضانة من وقت حضانتها.²

وذهب الحنفية على المختار، والمالكية على المشهور الى وجوب اجرة مسكن الحضانة للحاضن والمحضون إذا لم يكن لهما مسكن، لأن اجرة المسكن من النفقة الواجبة للصغير، فتجب على من تجب عليه نفقته، كما اتفقوا على وجوب اجرة الخادم لأن الصغير بحاجة الى خادم لأنه من لوازم المعيشة، والظاهر أن المذاهب الأخرى متفقة مع هذا الرأي.³

وقد سبق وأن توصلنا الى بعض الاحكام في النسب لا بأس من اسقاطها على الحضانة، طبقا لما انتهينا اليه من الدراسة في هذا الفصل (الحضانة)، وعلى النحو التالي:

- توصلنا في دراسة الحق في النسب الى تقرير أن ابن الملاعنة، إن ثبت بالبصمة الوراثية أنه ابن الملعن ثبت به النسب، وتوصلنا في دراسة الحضانة الى أن اجرة الحاضنة على الاب، ومتى كان أغلب من لجأ الى اللعان يتخلى عن الطفل ولو ثبت بالبصمة الوراثية أنه ابنه، ونظرا لكثرة هذا النوع من القضايا الذي انتشر بشكل مخيف في المجتمع الجزائري خاصة⁴، ويتعلق أغلبها بالتهرب من النفقة في ظل غلاء

¹ الآية 6 من سورة الطلاق

² سيد سابق - المرجع السابق - الجزء الثاني - ص 632

³ د- احمد محمد علي داود - المرجع السابق - ص 77

⁴ راجع تحقيقا للصحفية السيدة وهيبة سليمان- بعنوان بعد ارتفاع قضايا اللعان وانكار النسب - إلزام المحاكم باعتماد

القاعدة الشرعية " الولد للفراش " - جريدة الشروق الجزائرية- قضايا المجتمع - 2018-11-27

المعيشة، وما يوازيه من انحلال وتفكك أسري، وبعد أن أصبح كل شيء يهان لدى ضعاف النفوس، بما في ذلك التخلي عن الطفل، والتتكر له بمجرد مطالبة الاب بالنفقة، فإننا نرى أنه يجب على القاضي في هذه الحالة، إن تمسكت الام بحضانة الابن، وطالبت بأجرة الحضانة ومسكنها، وهو حق لها كما توصلنا إليه، أن يقضي بإلزام الاب الملاحن الذي يثبت نسب الطفل إليه أن يدفعها.

وهنا نشير أن الامر لا يقتضي بالضرورة من الناحية الإجرائية أمام المحاكم أن تلجأ الام الى إثبات النسب قبل المطالبة باجرة الحضانة ومسكنها، كما يقضي به بعض القضاة عن خطأ، اذ يتجهون الى رفض الدعوى لانعدام النسب¹، في حين أن الامر يقتضي المعالجة في صورتين:

1- أن ترفع الام دعوى النسب وتلتمس من القاضي أن يأمر لها بالأجرة بأمر على عريضة مؤقتة، وعلى وجه الإستعجال، طبقا لاحكام المادة 57 مكرر من قانون الاسرة في انتظار أن يفصل القاضي في مسألة النسب.

2- يجوز للقاضي في دعوى الموضوع الاصلية بأجرة الحضانة إن رفعت الام الدعوى مباشرة للمطالبة بأجرة الحضانة، أن يعاين في حيثيات حكمه أن المدعى عليه أب الطفل بالبصمة الوراثية، بالرغم من اللعان، وأن ينتهي الى أن طلب الام المدعية مؤسس، وأن يتوصل الى الزامه بدفع أجرة حضانة ابنه، ولا ينفعه أن يدفع باللعان.

بل إننا نرى أنه، وإن تخلت الام أيضا على الطفل، وتكفلت به الدولة في مؤسسة الطفولة المسعفة، فإنه يجب على هذه الدار، ونظرا لتمتعها بالشخصية المعنوية كما

¹ ذهب قضاة الموضوع في الجزائر في قرار منشور، الى حرمان الام من نفقة ابنها وحقه في المسكن والحضانة، بحجة انه لم ينسب الى الاب لوجود حكم بالطلاق قبل الدخول، وقد انتهت المحكمة العليا الى نقض القرار. راجع القرار رقم 474897 بتاريخ 14-01-2009 مجلة المحكمة العليا - العدد 01 2009، ص 255.

سيأتي توضيحه، أن تطالب أمام القضاء بإلزام الأب أن يدفع تكاليف الحضانة للدار، وتستند في ذلك الى تقرير الخبرة العلمية الذي يؤكد أنه والد الطفل، وهو إجراء إن تم من شأنه أن يقضي على ظاهرة تهرب الآباء من النفقة بحجة اللعان، بعد أن يتأكدوا أنهم دافعون للنفقة ومقابل الحضانة ومقابل مسكن الحضانة لا محالة، وهو امر من شأنه أن يحد من ظاهرة الطفولة المسعفة، اعتبارا أن التساهل مع هذه الفئة من الرجال يؤدي الى ضرر كبير بالمجتمع.

كما توصلنا في دراستنا للحق في النسب أن ابن المغتصبة ينسب لأبيه إذا تبين من تحليل البصمة الوراثية أنه ابنه، ولاحظنا ميدانيا أن هذه الفئة من الآباء لا يهتمها إلا الرغبة الجنسية ولا علاقة لها بتربية الطفل، ومن ثمة فإما أن تتكفل الام بحضانة الطفل، وفي هذه الحالة إن لجأت الى القضاء للمطالبة بأجرة النفقة، وجب على القاضي أن يلزمه بها، سواء كانت قد تحصلت على الحكم بإثبات النسب، او بطريق الأمر على عريضة اثناء سريان دعوى النسب، او بالدفع بدليل البصمة الوراثية كما سبق وأن شرحناه.

ونرى أن لجوء القضاء الى إلزام هؤلاء الآباء بأجرة الحاضنة ومسكن الحضانة يؤدي الى التقليل من ظاهرة الطفولة المسعفة، باحتفاظ الامهات بأبنائهن، من جهة، وكف الآباء عن اللجوء الى اللعان، والشباب عن أفعال الإغتصاب وأذية المرأة والطفل، اعتبارا أن ادراك الشاب وانتشار المعلومة أنه إن أنجب الطفل بالتعدي سيتكفل به ويلزم بنفقته تحت طائلة العقوبات الجزائية التي أقرها المشرع لحماية العائلة والطفل¹، بالإضافة الى عقوبة الإغتصاب، سيدفع بهؤلاء إلى مراجعة الأمر قبل الإقبال عليه.

¹ تقضي المادة 331 من قانون العقوبات الجزائري انه: " يعاقب بالحبس من ستة اشهر الى ثلاث سنوات، وبغرامة من 50.000 دج الى 300.000 دج كل من امتنع عمدا ، ولمدة تتجاوز الشهرين، عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة

تطرح هنا مسألة مدى جواز إجبار الاب البيولوجي بأجرة الحضانة بغض النظر عن مسألة النسب، ومدى ارتباط هذا الأمر فعلا بالنسب، وهل يجوز تأسيس مسؤولية الاب على امر اخر غير النسب؟

إرتأينا أن نؤجل دراسة هذه المسألة لدراستها ضمن حق الطفل المسعف في النفقة، لارتباط الموضوع بصفة أكبر بالنفقة¹.

المطلب الثاني: نظام الحاضنة الموظفة.

في ظل كثرة ظاهرة الطفولة المسعفة، وانطلاقا من قانون الصحة القديم لسنة 1976 في مادته 246 التي كانت تقر للام العازبة أن تضع مولودها في ظل السرية التامة، أنشأ المشرع دور الطفولة المسعفة، وهي دار مكلفة برعاية الطفولة حديثة العهد بالولادة الى سن 18 سنة وقد تزيد أحيانا.

غير أن الطفل بطبيعته يحتاج الى رعاية من نوع خاص، وإن هذه الرعاية مستمرة ليل نهار، وإن تنشئة الطفل تقتضي بذل مزيد من الجهد من المسؤولين عليها، كما أن مرور الزمن، ونمو الاطفال، وانتشار الدراسات الملاحظة لوضع هؤلاء، أدى بالدولة الى مزيد من المجهود، فبادر المشرع الى خلق فئة من الموظفين، ذات تكوين خاص، ونظم حياتها المهنية بشكل يسمح بالمقاربة المذكورة حول الحضانة العادية، وهو ما يقتضي توضيحه فيما يلي:

اسرته، وعن اداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه الى زوجه او اصوله او فروعهم، وذلك رغم صدور حكم ضده بالزامه بدفع نفقة اليهم،

ويقترض ان عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، ولا يعتبر الاعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك او الكسل او السكر، عذرا مقبولا من المدين في اية حالة من الاحوال.

¹ راجع الصفحة 310 وما بعدها من هذا البحث

الفرع الأول: الإطار القانوني للحاضنة الموظفة.

نظم المشرع الجزائري مسألة الموظفين المكلفات بالحضانة بالمرسوم التنفيذي رقم 353-09 المؤرخ في 08-11-2009 المتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين للاسلاك الخاصة بالادارة المكلفة بالتضامن الوطني.

وتقضي المادة الثالثة من هذا النص القانوني انه: "تعتبر اسلاكا خاصة بالادارة المكلفة بالتضامن الوطني الاسلاك المنتمية الى الشعب التالية:

- شعبة الحضانة والتربية وإعادة التربية.
- شعبة التعليم المتخصص وإعادة التكييف المهني.
- شعبة علم النفس
- شعبة المساعدة والوساطة الاجتماعية.
- شعبة المقتصدية.
- شعبة التكوين في النشاط الاجتماعي.

وأورد المشرع بابا خاصا بهذا النص، تحت عنوان "الأحكام المطبقة على شعبة

الحضانة والتربية وإعادة التربية"

ونصت المادة 27 منه انه: "تشمل شعبة الحضانة والتربية وإعادة التربية الاسلاك

الآتية:

- سلك المساعدات الحاضنات.
- سلك مساعدات الامومة.
- سلك المساعدين في الحياة اليومية.
- سلك المربين"

الفرع الثاني: الموظفون المكلفون بحضانة الطفل وتربيته وتهذيبه.

1- سلك المساعدات الحاضنات.

تقضي المادة 28 من ذات المرسوم انه: " يضم سلك المساعدات الحاضنات ثلاث

رتب؛

- رتبة المساعدات الحاضنات.

- رتبة المساعدات الحاضنات الرئيسيات.

- رتبة المساعدات الحاضنات الرئيسيات.

أ- شروط التوظيف.

يتم توظيف المساعدات الحاضنات على أساس الشهادة من بين المترشحات

الحائزات على الباكلوريا للتعليم الثانوي، مع متابعة تكويننا تخصصيا لمدة 24 شهرا في

مؤسسة عمومية للتكوين المتخصص، طبقا للمادة 32.

و يتم توظيف المساعدات الحاضنات الرئيسيات على اساس الشهادة من بين

المترشحات الحائزات على الباكلوريا للتعليم الثانوي، مع متابعة تكويننا تخصصيا لمدة

36 شهرا في مؤسسة عمومية للتكوين المتخصص، او على اساس الامتحان المهني

في حدود 30% من المناصب المطلوب شغلها، من بين المساعدات الحاضنات

اللائي يثبتن 05 سنوات من الخدمة الفعلية بهذه الصفة، او على أساس الاختبار، بعد

التسجيل في قائمة التاهيل، في حدود 10% من المناصب المطلوبة، من بين

المساعدات الحاضنات اللائي يثبتن 10 سنوات من الخدمة الفعلية بهذه الصفة، طبقا

للمادة 33 .

أما المساعدات الحاضنات الرئيسيات فيتم ترقيتهن إما بناء على امتحان مهني من بين المساعدات الرئيسيات اللائي يثبتن 05 سنوات من الخدمة الفعلية بهذه الصفة، وإما على أساس الإختبار بعد التسجيل في قائمة التأهيل من بين المساعدات الحاضنات الرئيسيات اللائي يثبتن 10 سنوات من الخدمة الفعلية بهذه الصفة، في حدود 20% من المناصب المطلوبة، طبقا للمادة 34.

ويتم الالتحاق بالتكوين المتخصص عن طريق المسابقة على أساس الاختبارات، طبقا للمادة 19، كما يستفيد الموظفون من دورات تكوينية لتحسين المستوى وتجديد المعلومات، تضمنها الهيئة المستخدمة بهدف التحسين المستمر لمؤهلاتهم وكفاءاتهم، طبقا للمادة 21.

ويتعين على الحاضنة ان تتلقى تكوينا متخصصا كلما تمت ترقيتها.

ب- المهام.

تكلف المساعدات الحاضنات بضمان التكفل المؤسساتي بالاطفال الذين يتراوح سنهم من يوم الولادة الى خمس سنوات (05)، وتقوم المساعدات الحاضنات بجميع المهام المتعلقة بالرعاية وإيقاظ الرضيع والطفل المتكفل به، وتشمل مهامهن بهذه الصفة، حسب مقتضيات المادة 29 من ذات المرسوم على الخصوص ما يلي:

- ضمان التكفل بنشاطات الحضانة والامومة،
- ضمان الإيقاظ والتنشيط النفسي الحركي للرضيع والطفل،
- تلبية احتياجات التغذية للرضيع والطفل،
- ضمان النظافة الغذائية والجسدية والهندامية والمحيطية،

- ضمان حفظ صحة الرضيع والطفل وأمنهما على المستويين الوقائي والعلاجي،

- القيام عموماً بكل المهام ذات الصلة بالحضانة وباحتياجات الرضيع والطفل في هذه المرحلة من العمر.

- وزيادة على هذه المهام، تكلف المساعدات الرئيسيات على الخصوص بما يلي:

- المشاركة في إعداد المشروع الحياتي للطفل،
- ضمان النمو النفسي والاجتماعي للطفل،
- تثبيت مكانة الوالدين وتشجيع رابطة القرابة،
- ضمان الشروط الضرورية لتوطيد رابطة الثقة.
- وزيادة على مهام المساعدات الحاضنات والمساعدات الحاضنات الرئيسيات تكلف المساعدات الحاضنات الرئيسيات بما يلي:

- المشاركة في إعداد برامج النشاطات البيداغوجية والتربوية،
- تنظيم النشاطات التربوية والمسلية حسب احتياجات الطفل وتنفيذها،
- تطوير الإتصال وتعزيز العلاقة ما بين الأشخاص،
- المشاركة في تقييم نوعية وفعالية مخططات النشاطات.

2- سلك مساعدات الأمومة.

يضم هذا السلك بدوره ثلاث رتب:

- رتبة مساعدات الأمومة.
- رتبة مساعدات الأمومة الرئيسيات.

- رتبة مساعدات الأمومة الرئيسيات.

أ- شروط التوظيف.

توظف مساعدات الأمومة على اساس الشهادة من بين المترشحات الحائزات شهادة بكالوريا التعليم الثانوي، اللاتي تابعن تكوينا تخصصيا لمدة 24 شهرا بنجاح في مؤسسة عمومية للتكوين المتخصص، طبقا لاحكام المادة 39.

وتوظف او ترقى مساعدات الامومة الرئيسيات على اساس الشهادة بين المترشحات الحائزات على بكالوريا التعليم الثانوي، مع متابعة تكوينا تخصصيا لمدة 36 شهرا في مؤسسة عمومية للتكوين المتخصص، او على أساس الامتحان المهني في حدود 30% من المناصب المطلوب شغلها، من بين مساعدات الامومة اللاتي يثبتن 05 سنوات من الخدمة الفعلية بهذه الصفة، او على أساس الاختبار ، بعد التسجيل في قائمة التأهيل، في حدود 10% من المناصب المطلوبة، من بين مساعدات الامومة اللاتي يثبتن 10 سنوات من الخدمة الفعلية بهذه الصفة، طبقا للمادة 40 .

أما مساعدات الامومة الرئيسيات فيتم ترقيتهن إما بناء على امتحان مهني من بين مساعدات الامومة الرئيسيات اللاتي يثبتن 05 سنوات من الخدمة الفعلية بهذه الصفة، وإما على أساس الاختبار بعد التسجيل في قائمة التأهيل من بين مساعدات الامومة الرئيسيات اللاتي يثبتن 10 سنوات من الخدمة الفعلية بهذه الصفة، في حدود 20% من المناصب المطلوبة، طبقا للمادة 41.

ويتعين أن تخضع الموظفة للتكوين المتخصص قبل أي ترقية.

ب- المهام.

تكلف مساعدات الامومة طبقا للمادة 36 بما يلي:

- ضمان التكفل المؤسساتي للأطفال الذين يتراوح سنهم ما بين ست (06) سنوات الى ثماني عشرة سنة (18) كاملة، ويقمن بهذه الصفة على الخصوص
- ب:

- تلبية الإحتياجات الغذائية للطفل والمراهق،
- ضمان حفظ صحة الطفل والمراهق وأمنهما على المستويين الوقائي والعلاجي.

- ضمان النظافة الغذائية والجسدية والهندامية والمحيطية.
- القيام بكل المهام ذات الصلة.
- وزيادة على هذه المهام تكلف مساعدات الامومة الرئيسيات طبقا للمادة 37 بما يلي:

- المشاركة في إعداد المشروع الحياتي للطفل والمراهق وتسيير مخططات نموها الفردية.

- ضمان النمو النفسي والاجتماعي للطفل والمراهق.
- تثبيت مكانة الوالدين وتشجيع رابطة القرابة.
- ضمان الشروط الضرورية لتوطيد علاقة الثقة.
- ضمان التكفل بالأطفال والمراهقين ذوي الإحتياجات الخاصة.
- تشجيع تكيف الأطفال والمراهقين مع المؤسسة وإدماجهم في المحيط العائلي والمدرسي والاجتماعي.

- وزيادة على هذه المهام تكلف مساعدات الأمومة الرئيسيات طبقا للمادة 38 بما يلي:

- الإشراف على وضع برامج التكفل بالأطفال والمراهقين،
- المشاركة في إعداد وتنفيذ برامج النشاطات البيداغوجية التربوية والمسلية.

- تطوير الإتصال وتعزيز العلاقة ما بين الأشخاص،
- المشاركة في تقييم نوعية وفعالية مخططات النشاطات.

3- سلك المساعدين في الحياة اليومية.

يضم هذا السلك بدوره ثلاث رتب حسب المادة 42:

- رتبة المساعدين في الحياة اليومية،
- رتبة المساعدين في الحياة اليومية الرئيسيين
- رتبة المساعدين في الحياة اليومية الرؤساء.

أ- شروط التوظيف.

يوظف المساعدون في الحياة اليومية على أساس الشهادة من بين المترشحين الحائزين شهادة بكالوريا التعليم الثانوي، الذين تابعوا تكوينا تخصصيا لمدة 24 شهرا بنجاح في مؤسسة عمومية للتكوين المتخصص، طبقا لاحكام المادة 46.

ويوظف او يرقى المساعدون في الحياة اليومية الرئيسيون على أساس الشهادة بين المترشحين الحائزين على بكالوريا التعليم الثانوي، مع متابعة تكوينا تخصصيا لمدة 36 شهرا في مؤسسة عمومية للتكوين المتخصص، او على أساس الامتحان المهني في حدود 30% من المناصب المطلوب شغلها، من بين المساعدين في الحياة اليومية الذين يثبتون 05 سنوات من الخدمة الفعلية بهذه الصفة، او على أساس الاختبار ، بعد التسجيل في قائمة التأهيل، في حدود 10% من المناصب المطلوبة، من بين

المساعدين في الحياة اليومية الذين يثبتون 10 سنوات من الخدمة الفعلية بهذه الصفة، طبقاً للمادة 47 .

أما المساعدون في الحياة اليومية الرؤساء فيتم ترقيتهم إما بناء على امتحان مهني من بين مساعدي لحياة اليومية الرئيسيون الذين يثبتون 05 سنوات من الخدمة الفعلية بهذه الصفة، وإما على أساس الإختبار بعد التسجيل في قائمة التأهيل من بين مساعدي لحياة اليومية الرئيسيون الذين يثبتون 10 سنوات من الخدمة الفعلية بهذه الصفة، في حدود 20% من المناصب المطلوبة، طبقاً للمادة 48.

ويتعين أن يخضع الموظف للتكوين المتخصص قبل أي ترقية.

والملاحظ أن المشرع قد خصص الفئتين الأولى والثانية الخاصتين بالحضانة والامومة الى النساء، أما الفئة الثالثة فهي مخصصة للنساء والرجال، وهو أمر مرتبط بالمهام المسندة لكل سلك كما سنرى.

ب- المهام.

يكلف المساعدون في الحياة اليومية حسب تخصصهم على الخصوص فيما يلي:

- مرافقة ومساعدة الأشخاص في وضعية تبعية او الأشخاص ذوو الاحتياجات الخاصة او من هم في وضع صعب لمساعدتهم للقيام بنشاطات الحياة اليومية في الوسط العائلي والمؤسستي،
- المساعدة في حفظ واستعادة وتحفيز استقلالية الأشخاص في وضعية التبعية وتشجيع بقائهم في المنزل،
- ضمان إعانة الأشخاص في وضعية هشّة،

- إقامة علاقة نوعية لفك عزلة الاشخاص المعوقين او في وضعية تبعية و تلبية احتياجاتهم.
- التدخل لدعم هياكل الإستقبال وتقديم المساعدة.
- بالإضافة الى هذه المهام يكلف المساعدون في الحياة اليومية الرئيسيون حسب المادة 44 بما يلي:
 - المشاركة في المشروع الفردي المشخص للاشخاص المتكفل بهم بالعلاقة مع العائلة والفريق المتعدد الاختصاصات،
 - تشجيع استقلالية المقيمين ورفاهيتهم،
 - التنبؤ بالنزاعات والتصدي لوضعيات الازمات للمقيمين،
 - المشاركة في إستقبال وإدماج المقيمين داخل المؤسسات أو لدى العائلات،
 - المشاركة في تأطير وتنشيط الأعمال التربوية والجماعية،
 - مرافقة مقيم او عدة مقيمين في الحصص الفردية للإدماج،
 - المساعدة في تنشيط القدرات البدنية والحسية والحركية للمقيمين بواسطة نشاطات الحياة اليومية.
- وزيادة على هذه المهام يكلف المساعدون في الحياة اليومية الرؤساء طبقا للمادة 45 بما يلي:
 - المشاركة في تنظيم النشاطات المشغلة والبدنية والرياضية وأعمال التنشيط والترفيه لفائدة الأشخاص المتكفل بهم،
 - المشاركة في إعداد وتنفيذ برامج التكفل وضمن تقييمها،

- المشاركة في إنجاز الأدوات التعليمية المرتبطة بممارسة مهامهم،
 - المشاركة في تطور الوضعية الفردية للمقيمين،
 - متابعة مشاريع الإدماج الاجتماعي والمهني،
- 4- سلك المربين.**

يضم ثلاثة رتب ورتبة في طريق الزوال:

- رتبة المربين المساعدين (آيلة للزوال)
- رتبة المربين المتخصصين.
- رتبة المربين المتخصصين الرئيسيين
- رتبة المربين المتخصصين الرؤساء

أ- شروط التوظيف.

يوظف المربون المتخصصون على أساس الشهادة من بين المترشحين الحائزين شهادة بكالوريا التعليم الثانوي، الذين تابعوا تكوينا تخصصيا لمدة 24 شهرا بنجاح في مؤسسة عمومية للتكوين المتخصص، طبقا لأحكام المادة 54، او عن طريق الإمتحان المهني في حدود 30 % من المناصب المطلوبة من بين المربين المساعدين الذين يثبتون 05 سنوات من الخدمة الفعلية بهذه الصفة.

على أساس الاختبار بعد التسجيل في قائمة التأهيل في حدود 10% من المناصب المطلوب شغلها من المربين المساعدين الذي يثبتون 10 سنوات من الخدمة الفعلية بهذه الصفة.

ويوظف او يرقى المربون الرئيسيون على أساس الشهادة بين المترشحين الحائزين على بكالوريا التعليم الثانوي، مع متابعة تكوينا تخصصيا لمدة 36 شهرا في مؤسسة

عمومية للتكوين المتخصص، او على أساس الامتحان المهني في حدود 30% من المناصب المطلوب شغلها، من بين المرشحين المتخصصين الذين يثبتون 05 سنوات من الخدمة الفعلية بهذه الصفة، او على أساس الإختبار ، بعد التسجيل في قائمة التأهيل، في حدود 10% من المناصب المطلوبة، من بين المرشحين المتخصصين الذين يثبتون 10 سنوات من الخدمة الفعلية بهذه الصفة، طبقا للمادة 55 .

أما المرشحون المتخصصون الرؤساء فيتم ترقيتهم إما بناء على امتحان مهني من بين المرشحين المتخصصين الرئيسيين الذين يثبتون 05 سنوات من الخدمة الفعلية بهذه الصفة، وإما على أساس الاختبار بعد التسجيل في قائمة التأهيل من بين المرشحين المتخصصين الرئيسيين الذين يثبتون 10 سنوات من الخدمة الفعلية بهذه الصفة، في حدود 20% من المناصب المطلوبة، طبقا للمادة 56.

ويتعين أن يخضع الموظف للتكوين المتخصص قبل أي ترقية.

ب- المهام.

يكلف المربي المساعد بالمشاركة في النشاط التربوي والتنشيط وتنظيم الحياة الجماعية للمقيمين، بالتعاون مع الفرقة المتعددة الإختصاصات، ويكلفون على الخصوص بما يلي:

- ضمان التربية وإعادة التربية للفئات المتكفل بها،
- ضمان مرافقة وتأطير الأشخاص المتكفل بهم أثناء نشاطات الإطعام والنظافة الجسدية والهندامية،
- القيام بكل المهام ذات الصلة.

- وزيادة على هذه المهام يكلف المربي المتخصص طبقا للمادة 51 بما يلي:
- تطوير نشاطات اليقظة لفائدة الأطفال بالتنسيق مع النفسانيين،
- المساهمة في تطوير الإبداع لدى الطفل، وتشجيع إستقلاليته،
- التحضير المادي للنشاط التربوي،
- السهر على أمن الطفل والمراهق،
- تطوير علاقة الثقة مع الأولياء،
- وزيادة على هذه المهام يكلف المربي التخصص الرئيسي طبقا للمادة 52 بما يلي:

- السهر على الإدماج المدرسي والعائلي،
- القيام بالعمل الجوارح تجاه الأطفال والمراهقين،
- تشجيع تنمية الإستقلالية وقدرات التعلم لدى الطفل،
- وزيادة على هذه المهام يكلف المربون المتخصصون الرؤساء طبقا للمادة 53 بما يلي:

- السهر على تنظيم الأنشطة المسهلة والبدنية والترفيه،
- إعداد وتنفيذ برامج التربية المتخصصة ومتابعتها وتقييم نتائجها،
- المساهمة في إعداد الأدوات التعليمية الخاصة المرتبطة بممارسة مهامهم.

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد حاول بجد عبر مراحل مختلفة من تاريخ الامة، أن يخلق مقاربة بين الحضانة العادية وحضانة المؤسسات العمومية، في شكل حضانة

موظفة، قسمها على اربعة اسلاك من الموظفين، سلك المساعدات الحاضنات، سلك مساعدات الامومة، سلك المساعدين في الحياة اليومية و سلك المربين.

وما يلاحظ في هذا التقسيم أن المشرع حاول أن يعتمد على المرأة أكثر من الرجل في الحضانه، وخصص الرجل أكثر للمتابعة خارج المؤسسة وبالمؤسسات التربوية، وحاول أن يخلق نوعا من التنافس بين الموظفين في نظام الترقيه، ما يدفع بهم الى رعاية الطفل أكثر.

تلك هي حقوق الطفل في الحضانه، بين ما يمكن تداركه بإجبار الاب والام على حضانتهم، وبين ما يمكن تداركه عن طريق الموظفين للبحث عن حضانه جيدة للطفل المسعف، وتربيته التربيه الصالحه ليكون مواطنا صالحا، لا ذنب له فيما اقترفه والداه، او ما جارت عليه الحياة به.

الفصل الثالث:

حق الطفل المسعف في النفقة.

الحق في النفقة حق متشعب، إنقسم بين حق الزوجة في النفقة، ينفق عليها زوجها شرعا، وحق الفرع في النفقة، ينفق عليه أصله، وحق الأصل في النفقة، ينفق عليه فرعه.

ولا يندرج ضمن دراستنا حقي الزوجة في النفقة من زوجها، ولا الأصول في النفقة من فروعهم، وإنما الذي يعنينا في هذا البحث هو حق الطفل في النفقة؛ وإذا كان حق الطفل عامة في النفقة من أصوله معروف وثابت لا نقاش فيه، فإن حق الطفل المسعف يكتنفه الكثير من الغموض، فقد تتأثر هذا الحق بين فكرة ارتباطه بالنسب، من منطلق اقتناع الأغلبية أنه لا نفقة للطفل إلا من والده الشرعي، بالرغم من معرفة والده البيولوجي، اعتبارا أن أساس المسؤولية لديهم لدفع نفقة الطفل هي النسب، ثم تكفل الدولة بالنفقة على هذه الفئة من منطلق إقامتها في مؤسسات خاصة هي مؤسسات الطفولة المسعفة، كما ارتبط هذا الحق ببسر وإعسار المكلف بالنفقة، اعتبارا أن المشرع وضع احتمالا لحالة الطفولة المسعفة بتنازل الوالدين عن الطفل لصعوبة العيش، وما خلقه المشرع من فكرة صندوق النفقة، لمساعدة الأمهات على نفقة ابنائهن، فهل تستفيد الأم التي لا زوج لها من هذا الصندوق؟.

إن هذا التحليل يدفع بنا الى البحث عن تأصيل حق الطفل المسعف، ومحاولة إيجاد الطرق والسبل الميسرة التي تفيده في استيفاء حقه، لضمان كرامة عيشه، وإبعاده عن الاستغلال الذي قد يتعرض له من طرف بعض ضعاف النفوس، بالتسول

والمتاجرة بالبشر وغيرها، وإبعاده عن الإنحراف وسوء السلوك، من منطلق أنه لا ذنب له فيما آل إليه.

ولمعالجة هذا الموضوع يتعين أولاً تعريف النفقة المقررة للفرع على أصله، وبحث مدى امكانية فصل المسؤولية في عدم دفع النفقة عن النسب في مبحث اول، ثم دراسة الحلول التي اقترحها المشرع الجزائري لنفقة الطفل المسعف في المبحث الثاني.

المبحث الأول: أساس نفقة الطفل المسعف.

أسس اغلب فقهاء الشريعة الاسلامية، والفقهاء المعاصرون في شؤون الاسرة النفقة على مبدأ شرعي هو ثبوت النسب، ومن ذلك كانت النفقة واجبة من الاب على ابنه، وجعل اغلب الفقهاء النفقة أثر من آثار الزواج، سواء كان زواجا قائماً، او بعد انحلاله بالطلاق او التطليق او الخلع، وهو ما أبعد حق الطفل المسعف في مطالبة والده البيولوجي بأية نفقة، حتى ولو كان معروفاً، لا سيما الابناء الناتجين عن الاغتصاب، والابناء الناتجين عن تعسف الزوج في ممارسة حقه في اللعان إن صح مصطلح "تعسف"، بالرغم من ثبوت البنوة بالبصمة الوراثية من الاب الملاعن؛

غير أن جانباً من الفقه المعاصر ذهب الى محاولة الفصل بين مسألة النسب ومسألة النفقة، بالبحث عن أساس آخر لها، هو البنوة والمسؤولية، فما هي حجج كل فريق، وما الأرجح منهما بالنظر الى وضع الطفل المسعف.

المطلب الأول: النسب كأساس للنفقة.

أساس النفقة عند هذا الفريق من الفقهاء، هو النسب، فالنفقة إنما تلزم الاب على أبنائه الشرعيين، أما الطفل غير الشرعي فنفقته على أمه، فربطوا بذلك تعريف النفقة بالابوة الشرعية، وكذا فعلوا بالنسبة للدلالة الشرعية على وجوبها.

الفرع الأول: أهمية رابطة النسب في تعريف النفقة وشروطها.

أ - من حيث التعريف.

النفقة لغة بمعنى الإخراج والذهاب، يقال نفقة الدابة إذا خرجت من ملك صاحبها بالبيع، والمصدر النفوق كالدخول، والنفقة اسم مصدر وجمعها نفقات، وهي في الاصطلاح الشرعي ما يصرفه الزوج على زوجته، وأولاده وأقاربه، من طعام وكسوة وعلاج، وكل ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف بين الناس وحسب وسع الزوج.¹

وهي كفاية من يمونه من الطعام والكسوة والسكنى، وعرفا هي الطعام، والطعام يشمل الخبز والإدام والشرب، والكسوة تشمل السترة والغطاء، والسكنى تشمل البيت ومتاعه ومرافقه من ثمن الماء ودهن المصباح، وآلة التنظيف والخدمة، ونحوها بحسب العرف.²

والنفقة مقدرة بالكفاية، وتختلف باختلاف من تجب له في مقدارها، وبهذا قال ابو حنيفة ومالك، وقال القاضي: هي مقدرة بمقدار لا يختلف في القلة والكثرة، والواجب رطلان من الخبز في كل يوم في حق الموسر والمعسر، اعتبارا بالكفارات، وإنما

¹ د- العربي بلحاج - المرجع السابق - ص 436.

² د- وهبة الزحيلي - المرجع السابق - ص 765.

يختلفان في صفته وجودته، لأن الموسر والمعسر سواء في قدر المأكل، وإنما يختلفان في جودته، فكذلك النفقة الواجبة.¹

وعرفها الفقيه ابن عرفة من فقهاء المالكية بأنها: " ما به قوام معتاد حال الادمي دون سرف"²

و يرى الفقيه الحنبلي ابن قدامة المقدسي: " قول النبي صلى الله عليه وسلم لهند: **"خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"** فأمرها بأخذ ما يكفيها من غير تقدير، ورد الاجتهاد في ذلك إليها، ومن المعلوم أن قدر كفايتها لا ينحصر في المدين، بحيث لا يزيد عنهما، ولا ينقص، ولأن الله تعالى قال: **" وعلى المولود له من رزقهن وكسوتهن بالمعروف"**³، وقال النبي صلى الله عليه وسلم: **" ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"** وإيجاد اقل من الكفاية من الرزق ترك للمعروف، وإيجاد قدر الكفاية وإن كان اقل من مد او من رطلي خبز انفاق بالمعروف، فيكون ذلك هو الواجب بالكتاب والسنة" انتهى قول الفقيه ابن قدامة.

واجمع الفقهاء على أنه يرجع في تقدير قيمة النفقة الى اجتهاد الحاكم او القاضي، فللموسرة تحت الموسر قدر حاجتها من أرفع خبز البلد الذي يأكله أمثالها، وللمعسرة تحت المعسر قدر كفايتها من إدى خبز البلد، وللمتوسطة تحت المتوسط من أوسطه لكل واحد على حسب حاله.

¹ ابن قدامة المقدسي - المغني - الجزء الثامن - ص 196

² أ- نجيمي جمال - قانون الاسرة الجزائري - دليل القاضي والمحامي - مادة بمادة - على ضوء احكام الشريعة الاسلامية والاجتهاد القضائي- دار هومة للنشر- الجزائر 2018 ص 278

³ سورة البقرة الاية 233

وقال الشافعي رحمه الله: " الواجب من جنس قوت البلدة لا يختلف باليسار والإعسار، سوى المقدار¹ .

والنفقة قسمان:

- نفقة تجب للانسان على نفسه إذا قدر عليها، وعليه أن يقدمها على نفقة غيره، لقوله صلى الله عليه وسلم: " ابدأ بنفسك، ثم بمن تعول".

- نفقة تجب على الانسان لغيره، وأسباب وجوبها ثلاثة، الزوجية والقريبة والملك.² والاولاد الواجب نفقتهم في رأي الجمهور هم الاولاد مباشرة واولاد الاولاد أي الفروع وإن نزلوا، فعلى الجد نفقة احفاده، من أي جهة كانوا، لأن الولد يشمل الولد المباشر وما تفرع منه، فالنفقة تجب بالجزئية دون الارث.

ويرى الامام مالك أنه تجب نفقة الاولاد المباشرين فقط، لظاهر النص السابق في قوله تعالى: " وعلى المولود له..."، فالنفقة عنده تجب بسبب الارث لا بمطلق الجزئية³.

ب- من حيث شروط النفقة.

ويشترط لوجوب نفقة الاولاد ثلاثة شروط:

1- أن يكون الاصل قادرا على الانفاق بيساره او قدرته على الكسب، كحال الغني ينفق من ماله، وإن كان قادرا على الكسب وجب عليه العمل والإنفاق على ابنائه، فإن امتنع جاز للقاضي أن يأمر بحبسه جراء تخلفه عن الانفاق.

2- أن يكون الولد فقيرا معسرا لا مال له ولا يستطيع الكسب، فإن كان ذا مال وجبت نفقته من ماله، وإن كان بإمكانه الكسب وجب عليه العمل والاكتساب بنفسه،

¹ ابن قدامة المقدسي - المغني - الجزء الثامن - المرجع السابق - ص 198

² د- وهبة الزحيلي - المرجع السابق - ص 765

³ د- وهبة الزحيلي - المرجع السابق - ص 822

ويكون العجز عن الكسب إما لصغر في السن، أو لآفة في العقل كالجنون والعتة، أو آفة في الجسم كالعمى والشلل والإعاقة، أو طلب العلم، أو بسبب انتشار البطالة وتعذر الكسب بالرغم من السعي اليه، والانوثة، إذ تجب نفقة البنت على أبيها حتى تتزوج إلا إن كانت تكتسب كالخياطة والطبيبة وغيرهما.

3- أضاف الحنابلة اتحاد الدين لنفقة الاولاد، فلا تجب النفقة عندهم وحدهم في عمود النسب مع اختلاف الدين، لأنها مواساة على البر والصلة، فلم تجب مع اختلاف الدين، لانهما غير متوارثين، لأنه من الشروط عندهم أن يكون المنفق وارثاً.

ولم يشترط الجمهور غير الحنابلة اتحاد الدين لنفقة الاولاد لقوله تعالى "وعلى المولود له من رزقهن وكسوتهن بالمعروف" وهو يدل على أن الولادة سبب لإيجاب نفقة الاولاد على أبيهم، والولادة ثابتة سواء مع اتحاد الدين أو اختلافه، ولأن النفقة وسيلة الحياة، والحياة مطلوبة ولو مع الكفر، والله تعالى يرزق المؤمن والكافر على السواء.¹

ومن ذلك ننتهي الى أن تعريف النفقة اقترب بالنسب والميراث والقربان من جهة العصبية، ولم نجد أي تعريف آخر يشير الى مفهوم النفقة برابطة الابوة دون نسب.

الفرع الثاني: إرتباط الأدلة الشرعية على وجوب نفقة الفروع على الأصول بالنسب

والميراث.

أ- أدلة وجوب النفقة .

تجب نفقة الأولاد على أبيهم بالكتاب والسنة والإجماع.

¹ د- وهبة الزحيلي - المرجع السابق - ص 825

1- من الكتاب.

قوله تعالى: " وعلى المولود له من رزقهن وكسوتهن بالمعروف"¹ ، ووجه الدلالة من هذه الآية أن الله تعالى أوجب على الأب النفقة على الأم، واستعملت الآية عبارة "المولود له" للدلالة على وجه وجوب النفقة وهو الولادة له، فهو أب الطفل، والرزق بالطفل رزق عظيم كبير، يقابله وجوب الانفاق.

وقوله تعالى أيضا: " فان ارضعن لكم فأتوهن اجورهن"² ، ووجه الدلالة من الآية أن إيجاب أجره إرضاع الولد على الأب يقتضي إيجاب النفقة عليه، لأنه إذا لزمته أجره الرضاع، فإن أجره النفقة ألزم³.

2- من السنة.

ثبت عنه صلى الله عليه وسلم في الصحيحين " أن هندا امرأة ابي سفيان دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إن ابا سفيان رجل شحيح، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني، إلا ما اخذت من ماله بغير علمه، فهل علي في ذلك من جناح؟ فقال: خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك"⁴

ووجه الدلالة أن النبي أجاز لهند أن تأخذ النفقة من مال زوجها دون علمه، في حدود المعروف، فيكون صلى الله عليه وسلم قد أقر فعلها اعتبارا أن النفقة على الزوجة والابناء واجبة على الزوج.

¹ سورة البقرة الآية 233

² سورة الطلاق الآية 6

³ د- احمد محمد علي داود - المرجع السابق - ص 109

⁴ الفيه ابن قيم الجوزية- زاد المعاد في هدي خير العباد- المرجع السابق - ص 850

وعن ابي هريرة رضي الله عنه، أن رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: " يارسول الله عندي دينار، فقال أنفقه على نفسك، قال: عندي آخر، قال: انفقه على ولدك، قال عندي آخر، قال: أنفقه على أهلك، قال عندي آخر، قال: أنفقه على خادمك، قال عندي آخر، قال: أنت أعلم." أخرجه الشافعي وأبو داود واللفظ المذكور روايته، وأخرجه النسائي والحاكم بتقديم الزوجة على الولد¹.

ووجه الدلالة هنا أن النبي صلى الله عليه وسلم أشار على الرجل بالنفقة على ولده بعد نفسه، وهو دليل على وجوبها.

3- من الإجماع.

جاء في المغني: " فأما الإجماع فحكى ابن المنذر قال: أجمع أهل العلم على أن نفقة الوالدين الفقيرين الذين لا كسب لهما ولا مال واجبة في مال الولد، وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم. ولأن ولد الانسان بعضه وهو بعض والده، فكما يجب عليه أن ينفق على نفسه وأهله كذلك على بعضه وأصله"². انتهى

الملاحظ أن هذه الأدلة كلها مرتبطة بالنسب والميراث.

ب- أنواع الأصول الذين تجب عليهم النفقة.

اختلف الفقهاء فيمن تجب نفقة الفروع عليهم، وفي الفروع أنفسهم وعلى النحو

التالي:

¹ د- احمد محمد علي داود - المرجع السابق - ص 110

² د- احمد محمد علي داود - المرجع السابق - ص 110

1- عند الأحناف.

تجب النفقة بأنواعها الثلاثة الطعام والكسوة والسكنى في المذهب الحنفي على الاب لولده الصغير الفقير، ذكرا كان او انثى، الى أن يبلغ الذكر حد الكسب ويقدر عليه، والى أن تتزوج الانثى، وتجب على الاب نفقة ابنه الكبير الفقير العاجز عن الكسب او من له عاهة تمنعه من الكسب، او كان من ابناء الاشراف ولا يستأجره الناس.

ويبدو أثر النسب والميراث في هذا التقسيم واضح، إذ يرى الأحناف أنه إن كان للولد أبوان فنفته على الاب لا على الام، وإن استويا في القرب، ولو كان للولد اب وجد، فالنفقة على الاب لا على الجد، لأن الاب أقرب، فإن كان الاب معسرا فإن كان قادرا على الكسب يأمره القاضي بالكسب والانفاق على الولد بقدر الكفاية، وإن كان غير قادر على الكسب او كان الكسب متعسرا، يأمر القاضي القريب للولد بالانفاق عليه على أن يعود على الاب.

وإن كان الاب معسرا لكن قادرا على الكسب، يأمر القاضي الام إن كانت موسرة بالنفقة، ثم ترجع بها على الاب إذا أيسر، فإن كانت الام بدورها معسرة يؤمر بها الجد من جهة الاب إذا كان موسرا، وحكم غيبة القريب كحكم اعساره، فإن غاب القريب أمر القاضي البعيد بالانفاق ويأخذها منه إذا حضر.

والنفقة على الأصول إذا تخلف الاب او كان لا يمكنه التكسب لمرض كالشلل، وإذا كان بعض الاصول وارثا وبعضهم غير وارث، تجب النفقة على الوارثين بقدر أنصبتهم في الميراث ولا تجب النفقة على غير الوارثين¹.

¹ د- احمد محمد علي داود - المرجع السابق - ص 117

2- عند المالكية.

جاء في خليل: " ونفقة الولد الذكر حتى يبلغ عاقلا قادرا على الكسب، والانثى حتى يدخل زوجها... وتجب بالقربة نفقة الولد الذكر الحر الفقير العاجز عن الكسب على ابيه الحر الموسر، بما فضل عن قوته وقوت زوجته او زوجاته، حتى يبلغ الذكر عاقلا قادرا على الكسب... وتجب بالقربة نفقة البنت الحرة حتى يدخل بها زوجها البالغ ولو غير مطيقة، او يدعى له وهي مطيقة، فمراده حتى تجب نفقتها على زوجها¹.
وبذلك فالنفقة عندهم للابوين والابناء مباشرة فحسب دون غيرهم، فتجب النفقة للاب والام، وللولد ذكرا او انثى، ولا تجب للجد والجدة، ولا لولد الولد².

3- عند الشافعية.

تجب النفقة على الولد ولولد الولد وان سفل، كما تجب على الام نفقة الولد، وولد الولد وان سفل، وان كان للولد ام وجد اب الاب وهما موسران، فالنفقة على الجد، لان له ولادة وتعصيبا، فقدم على الام كالأب³.

4- عند الحنابلة.

يجبر الرجل على نفقة والديه وولده الذكور والاناث إذا كانوا فقراء، وكان له ما ينفق عليهم، وإذا لم يكن للولد الصغير اب فتجب نفقته على الورثة بقدر ميراثهم منه، فإن كان للولد الصغير ام وجدة، فعلى الام ثلث النفقة، وعلى الجدة ثلثا النفقة لأنهما يرثانه، وإذا كان له جدة واخ، فعلى الجدة سدس النفقة، والباقي على الاخ، وعلى هذا المعنى حساب النفقات، أي أن ترتيب النفقات على ترتيب الميراث، فكما للجدة سدس

¹ الشيخ محمد عيش- شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل- الجزء الرابع- المرجع السابق-ص418

² د- وهبة الزحيلي - المرجع السابق - الجزء السابع - ص 766

³ د- احمد محمد علي داود - المرجع السابق -ص119

الميراث عليها سدس النفقة، وكما أن الباقي من الميراث للاخ، فإن الباقي من النفقة عليه.¹

ويتضح من هذه الآراء أن فقهاء الشريعة الاسلامية ربطوا بشكل واضح بين وجوب النفقة على الاب للطفل بالنسب، أي أن يكون الطفل منسوباً الى الملزم بالنفقة، بل ومنهم من ربط قيمتها بحسب نصيب الملزم بها من ميراث الطفل حال وفاته.

وكذا فعل المشرع الجزائري بنص المادة 77 من قانون الاسرة، وجاء فيها: "تجب نفقة الاصول على الفروع، والفروع على الاصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الارث"

ويرى جانب من الفقه أن هذا النص متطرف، عندما جعل النفقة حسب درجة القرابة في الارث، واخذ هنا بالمذهب الحنبلي، ولهذا يجب الرجوع الى المشهور عند الفقهاء بأن النفقة لا علاقة لها بالدين ولا بقواعد الميراث، بل تقوم على أساس القرابة.² أما في القضاء الجزائري، فثبت في عديد قرارات المحكمة العليا أنها أخذت بدرجة القرابة والارث، ومن هذه القرارات مثلاً:

" حيث بالرجوع الى نص المادة 77 من قانون الاسرة، والى نصوص الشريعة الاسلامية، فإنه يتبين فعلاً بأن نفقة الفروع على الاصول واجبة حسب القدرة

¹ راجع د- احمد محمد علي داود - المرجع السابق - ص 119 - راجع كذلك د- وهبة الزحيلي - المرجع السابق - الجزء السابع - ص 768

² أ- لحسين بن شيخ اث ملويا- المرشد في قانون الاسرة - دار هومة للنشر - الجزائر - الطبعة الثالثة 2015 - ص 277

والاحتياج ودرجة القرابة والارث، وبذلك تكون نفقة الاصول حقا في ذمة الفروع ومن حقهم المطالبة بهذا الحق قضاء،....¹

" لكن، حيث أن القرار المطعون فيه على ما هو ظاهر من الحثيات، قد استند في فرض النفقة على الجد لاب، الى ما توجبه المادة 77 من قانون الاسرة، دون أن يتحقق من أن مرتب معاشه يكفيه طالما أن نفقة الاصول على الفروع تفرض حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الارث...."²

ومن ذلك فإن حق الطفل في النفقة يكون مرتبطا بنسبه الى الملزم بها، فإن كان للطفل نسب معروف كان الامر بسيطا وواضحا، أما الطفل المسعف فنفته تكون على امه، اعتبارا أن نسبه اليها ثابت بالولادة منها، وتكون بالتالي نفقته حال اعمار امه على من يرثه من جهتها، ولا يجوز تركه دون نفقة ما دامت امه تقر به وتحتفظ به. ويتعين على رجال القانون من محامين وقضاة مراعاة هذا الامر والانتباه اليه، ذلك أننا لاحظنا في دراستنا أن بعض الامهات ترفض اللجوء الى القضاء لإرغام من يرث الطفل من أقاربه من جهتها على تقديم النفقة، ويفضلن التسول بالطفل جهلا بهذا الحق المقرر شرعا، كما يتعين على المساعدات الاجتماعية، ورجال الضبط القضائي، وقضاة الاحداث، حال معاينة التسول بالطفل، والتأكد من وجوده في حالة خطر معنوي، والتأكد من وضع الام وحالتها، توجيهها الى رفع مثل هذه الدعاوى لحماية حق الطفل.

¹ المجلة القضائية للمحكمة العليا – العدد الثاني 2001- قرار غرفة شؤون الاسرة رقم 254643 بتاريخ 2000-11-21

ص- 292 ، مشار اليه بمرجع أ لحسين بنشيخ اث ملويا- المرجع السابق – ص277

² المجلة القضائية للمحكمة العليا – العدد الثاني 2004- قرار غرفة شؤون الاسرة رقم 259422 بتاريخ 2001-02-21

وينبغي هنا أن نشير تأسيسا على ما توصلنا اليه في هذا المطلب من أن النفقة أساسها النسب، ومما توصلنا اليه في دراسة باب النسب من أن نسب ابن المغتصبة يتعين أن يكون للمغتصب حتى وإن رفض إستلحاقه ما دام ثابتا بالبصمة الوراثية، وأن نسب ابن الملاعن يتعين أن يكون له إن ثبتت أبوته بالبصمة الوراثية، فإنه والحال عليه، من حق الام او الطفل ومن يمثله اجرائيا، أن يرفعا الدعوى لإثبات النسب ومن ثمة إلزام الاب بالنفقة وإن رفض الاعتراف بالولد، وإن كان موسرا تعين على القضاء حبسه إعمالا لقواعد جريمة عدم تسديد النفقة المنصوص عليها بالمادة 331 من قانون العقوبات الجزائري.

بل ويتعين أن نشير أن احكام الإدانة بالإغتصاب في اغلب المحاكم الجزائرية مبنية على ثبوت الفعل بالبصمة الوراثية لاسيما في حالة حمل الضحية، ذلك أن أغلب قضاة التحقيق يعمدون عن حق، حالة حمل الضحية، الى تأخير التحقيق الى غاية انجابهها، ويأمرون بتحليل البصمة الوراثية بين المتهم والطفل، فيتبين دونما مجال للشك أنه ابنه، ومباشرة بعد ظهور النتيجة، وابلاغه بنتائج الخبرة، يقر المتهم بالفعل، ويؤكد أنه هو من اغتصب الضحية، ويتحجج بأمر اخرى؛

ونرى أنه في هذه الحالة يمكن للضحية من الناحية الاجرائية أن تطلب النفقة مباشرة بعد أن يصير حكم الادانة بالاغتصاب نهائيا، وتستند في ذلك على هذا الحكم، وعلى نتائج خبرة البصمة الوراثية التي تؤكد أن الطفل ابن المدعى عليه بالنفقة، وتكون الدعوى موضوعية أصلية بالنفقة، على أن يعاين القاضي في متن حكمه واسبابه أن الطفل نسب الى المدعى عليه بالبصمة الوراثية، وينتهي الى الزامه بالنفقة دون التطرق الى النسب الذي يبقى محل دعوى منفصلة، اعتبارا أن دعوى النسب قد تطول.

كما نرى أنه، واستناد إلى أحكام المادة 57 مكرر من قانون الأسرة¹، يمكن للام أو الطفل ومن يمثله اجرائياً، أن يرفعا دعوى النسب الموضوعية، ويلجأ إلى القاضي بطلب امر على عريضة لتقرير نفقة مؤقتة للطفل تحفظ حياته ووجوده وكرامته إلى غاية الفصل في دعوى النسب ودعوى النفقة الموضوعية.

إن هذه الاجراءات كلها مبسطة، وممكنة جدا لحماية الطفل في الحالتين، ما تعلق بثبوت النسب بعد اللعان بالبصمة الوراثية، وما تعلق بثبوت النسب بالبصمة الوراثية بعد الاغتصاب، اعتبارا إلى رأي القائلين بربط النفقة بالنسب، واعتبارا لما سبق وأن عالجنه حول النسب.

المطلب الثاني: الأبوة والمسؤولية التقصيرية كأساس للنفقة.

لاحظنا في دراستنا أن الأمهات للأطفال من الزنى تعرفن في أغلب الأحيان الهوية الكاملة للاباء، وعناوينهم، وتعلمن أنهم على أحسن حال، و موسورون ، ويمكنهم الإنفاق على الطفل، إلا أنهم تبقيين مكتوفات الايدي، بحجة أن النفقة لا تكون إلا للطفل الشرعي وهي مرتبطة بالنسب، ولا يمكنهن المطالبة بها أمام القضاء، فيفلت بذلك هذا الاب من أية مسؤولية، ويحمل الامر كله للطفل الصغير فيصبح محل تسول، وقد يتعرض لمخاطر اكبر، كالتجارة به، لاسيما إن كان انثى، وبيع اعضائه، وهي مصائب كبرى اصبحت تلم بالمجتمع وبشكل وحشي يقتضي التصرف لحماية هذه الفئة الضعيفة والمستضعفة في المجتمع.

¹ تقضي المادة 57 مكرر من قانون الأسرة الجزائري انه: "يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب امر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة و المسكن."

ومن ذلك ظهرت بعض الاتجاهات تنادي بضرورة تحميل الاب البيولوجي المسؤولية في رعاية الطفل الذي تسبب في وجوده في الحياة بتصرفه الطائش بالزنى، وعدم تحكمه في نزواته الجنسية، فما هو المرتكز القانوني الذي يرتكزون عليه؟ وما لاحظناه أيضا، أن المشرع الجزائري أقر بجريمة الزنى، واعتبرها جنحة، وعاقب عليها بالحبس والغرامة، غير أنه اعتبر المرأة والرجل متهمان على حد سواء، وهو وضع سليم، اعتبارا أن كلاهما مذنب بالزنى، إلا أنه لم يقرر في هذه الجريمة أية ضحية، فهي جريمة لا طرف مدني فيها، وهو ما يسلكه أغلب وكلاء الجمهورية في الإتهام؛

في حين أن هذه الجريمة قد ينتج عنها جنين في بطن الزانية، يولد طفلا بلا حقوق، وهو في الحقيقة أكبر ضحية لهذه الجريمة، وهو ضحية منسية مهضومة الحقوق، نحاول في هذا المطلب إيجاد الحلول لتأسيس فكرة البنية الطبيعية كأساس للنفقة من دون نسب في فرع أول، وإعطاء وضع للطفل الضحية في جريمة الزنى لحماية حقوقه من الاب الزاني والام الزانية على حد سواء.

الفرع الأول: الأبوة البيولوجية كأساس لنفقة الطفل الناتج عن الزنى.

يجب أن نشير هنا منذ البداية أننا نتحدث عن فئة خاصة من الطفولة المسعفة، يتعلق الامر بالاطفال الناتجين عن الزنى، والذين يعرف آبؤهم، وتعرف أمهاتهم، إما أن تكون الامهات تحتفظن بهم، وإما أن تكون الامهات قد تخلين عنهم لفائدة مؤسسات الطفولة المسعفة، ولسنا بصدد الحديث عن الأطفال الناتجين عن الزنى الذين استلحقهم آبؤهم، واعترفوا بنسبهم، فهؤلاء أصبحوا أطفالا عاديين، يحمى حقهم في النفقة كغيرهم تماما، وإن رفض الاب نفقتهم جاز حبسه قانونا وشرعا لدى جمهور

الفقهاء، كما أننا لسنا بشأن فئة الأطفال اللقطاء، الذين لهم وضع خاص، وقد تحدث عنهم فقهاء الشريعة الاسلامية بإسهاب كما سيأتي شرحه لاحقاً.

والإشكال المطروح هنا، هل يجوز أن يلزم الأب البيولوجي بالنفقة وعلى أي أساس؟ اتجهت بعض الآراء الحديثة لبعض المتدخلين في مجلة الطفولة المسعفة الى طرح فكرة تبعية أحكام النسب والنفقة، فالأصل في هذه الأحكام كما رأينا أنه لا نفقة بدون نسب، إلا أن هذا الاتجاه يرى أنه يمكن أن تفصل هذه الأحكام ولو جزئياً، متى ثبتت علاقة الأبوة بين الطفل والأب بالبصمة الوراثية، وقد ذهبت بعض الآراء الى طرح المسألة كمشروع نص قانوني في دولة المغرب، بالإضافة الى ضغط اعلامي كبير في دولتي تونس والاردن على القضاء في هذا الاتجاه¹، للوصول الى فكرة أنه يجوز أن يفصل القاضي مسألة النفقة عن النسب إذا كان الأب البيولوجي معلوم، وأسسوا المسألة على أن إلزام الأب البيولوجي بالنفقة سيؤدي الى التقليل من حالات الزنى، ما دام الامر سيعرف لدى العامة، وأن الرجل إن علم أنه سيلزم بنفقة ابنه من الزنى دون أن ينسب اليه، ودون أن تكون له آثار النسب من سلطة ابوية وميراث وغيرها، سيراجع نفسه، لأن الامر سيكون عقاباً شديداً له، قد يدفع بأغلب الراغبين في الزنى الى مراجعة حساباتهم.

كما أسسوا الأمر اعتباراً أن عدم تحمل الزاني أية نفقة في تربية وإعالة الطفل يعد مكافأة له على حساب الطفل، دون النظر الى أمه، فالآثار لا تنطبق على الام وحدها

¹ الصحفي يوسف لخضر - مقال بعنوان " مقترح قانون يدعو الى نسب الاطفال خارج الزواج للاب البيولوجي " - المجلة الالكترونية هسبريس- المغرب- 2019-12-07 الموقع: www.hespress.com

- راجع ايضاً:
 - نادين النمري: النسب حق للطفل وعدم إثباته إعفاء للمخطئ من المسؤولية- دراسة منشورة بمجلة الغد الالكترونية -عمان الاردن - الموقع: www.alghad.com
 - منظومة حقوق المرأة التونسية- حقوق الام العزباء تجاه اب الابن المولود خارج إطار الزواج - بتاريخ 10-06-2013- الموقع www.play.infochallenge.com

كما يريد البعض أن يشير بالقول ان الام الزانية هي من كان ينبغي عليها الابتعاد عن الزنى وعدم تمكين الرجل من نفسها، وانها لما فعلت ينبغي أن تتحمل مسؤولية تربية الطفل الناتج عن العلاقة لوحدها.

إن نظرة موضوعية لهذه المسألة، تبين أن الطفل هو اكثر المتضررين من العلاقة، وان أمره واقع ولا جدوى من الجدل فيمن يتحمل مسؤولية وجوده، المرأة ام الرجل، وإنما يتعين تحميل المسؤوليات لكل طرف، بالشكل الذي يحمي الطفل اولاً، ويؤدي الى التقليل من الظاهرة ثانياً.

واتجه هذا الراي الى أن الزاني إن تمكن القضاء من نسب الطفل اليه عن طريق البصمة الوراثية، وتم التأكد بما لا يدع أي مجال للشك من أن الطفل ابنه من السفاح، او أقر هو اقرارا سليما انه اب الطفل، فإنه وجب أن يلزم بنفقته، ودون أن ينسب اليه عقابا له على فعله.

ونرى أن هذا التأسيس صعب نسبيا وإن كان منطقيا في مواجهة الرأي الذي يبيى النفقة على أساس النسب.

الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية كأساس لنفقة الأب البيولوجي على ابنه.

أ- الأساس الذي اعتمده القضاء للتعويض على الضرر الذي لحق الأم بتكفلها بنفقة الابن لوحدها.

لم نعثر على كثير من الابحاث في هذا الموضوع، غير أننا وجدنا بعض احكام القضاء التي اسست نفقة الطفل من ابيه البيولوجي على المسؤولية التقصيرية، ومن ذلك ما توصلت اليه محكمة بالمملكة المغربية، ناظرة في دعوى نفقة رفعتها ام عازبة انجبت طفلة من السفاح، وتعرف والدها، من أن النفقة لا يمكن أن تؤسس خارج نطاق

الزواج الشرعي ورابطة النسب، وإنما يتعين ان يقضى بها كتعويض، واعتبرت المحكمة ثبوت البنوة بين الطفلة والمدعى عليه بالبصمة الوراثية ، وميزت بين احكام النسب والبنوة، ورفضت المحكمة طلب المدعية بالزام المدعى عليه بالنفقة، وعللت قرارها بأن النفقة من آثار النسب الشرعي، لكنها لجأت الى أعمال قواعد المسؤولية التقصيرية لتلزم الاب البيولوجي بدفع تعويض للمدعية نتيجة مساهمته في انجاب طفلة خارج مؤسسة الزواج، وجاء في حيثية الحكم ما يلي:

" حيث يؤخذ من حكم جنحي صادر عن هذه المحكمة أن المدعى عليه تُوع من اجل جنحة الفساد، وأدين بشهر واحد موقوف التنفيذ، وهو الحكم الذي اصبح نهائيا، بعد تأييده استئنافيا، وهو ما يثبت المسؤولية الجنائية للمدعى عليه، بارتكابه للفعل الجرمي المذكور، والذي نتجت عنه ولادة الطفلة، تكون العناصر القانونية لقيام المسؤولية المدنية ثابتة في نازلة الحال، وفقا لما ينص عليه الفصل 77 من قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه، كل فعل ارتكبه الانسان عن بينة واختيار ومن غير أن يسمح به القانون، وأحدث ضررا ماديا او معنويا للغير، ألزم مرتكبه بالتعويض عن الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر، وارتأت المحكمة بعد ثبوت علاقة البنوة بين البنت والمدعى عليه، ما يستلزمه ذلك من رعايتها والقيام بشؤونها، ماديا ومعنويا والحفاظ على مصالحها كمحضونة، وما يتطلبه ذلك من مصاريف أن تمنح المدعية تعويضا يحدد في....."¹.

وإن كان الحكم يبدو منطقيا، من حيث تأسيس المسؤولية على أساس الفعل الضار،

إلا أننا نأخذ عليه ما يلي:

¹ كريمة مصلي- مقال بعنوان: " القضاء يثبت نسب طفل خارج الزواج"- منشور بالموقع الالكتروني لمجلة الصباح المغربية www.assabah.ma

1- أن الحكم قرر التعويض بناء على جريمة الزنى، وجريمة الزنى جريمة مشتركة لها طرفان، الرجل والمرأة، وكلاهما متهم فيها، ولا نرى كيف توصل القاضي الى تغيير مركز المرأة من متهمة في الحكم الجنائي، الى ضحية في الحكم المدني.

2- أن القاضي وبعد ان رفض إلزام المدعى عليه المدان بالزنى بالنفقة، اعتبارا ان النفقة من اثار النسب الشرعي، انتهى الى إلزامه بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، إلا أنه خصص التعويض المستحق للام، في حين أن المتضرر الحقيقي من الفعل هي الطفلة التي وجدت بتصرف غير شرعي وغير قانوني، ودون مراعاة لآثار الفعل، وأصبحت من دون نفقة ولا عائل إلا الام، وهو ما نحاول شرحه فيما يلي:

ب-مدى جواز تقدير نفقة الطفل في شكل تعويض باعتباره الضحية الفعلي لجريمة الزنى.

يقضى قانون العقوبات الجزائري في المادة 339 منه انه: " يقضى بالحبس من سنة الى سنتين على كل امراة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا، وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امراة يعلم أنها متزوجة.

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

ولا تتخذ الاجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور، وإن صفح هذا الأخير يضع حدا لكل متابعة."

يجب أن نشير هنا أن المشرع افترض في جريمة الزنى أن احد الطرفين متزوج، وأن الطرف الآخر عالم بذلك ويقدم على الفعل، لاشتراط المشرع تقديم الشكوى من الزوج المضرور؛

وسبق وأن اشرنا أن الزنى إن كانت المرأة فراشا لزوج آخر فإن النسب يكون لصاحب الفراش، ما لم ينفه باللعان، ومن ثمة فلا يطرح هنا الإشكال، وإنما يطرح الإشكال إن كان الرجل متزوجا، ولم تكن المرأة فراشا، ونتج عن العلاقة طفل، ورفض الاب إستلحاقه والتوبة عن فعله؛

والملاحظ أن المادة 339 أعلاه لم تشر البتة الى آثار الزنى، ما إن كانت المرأة حاملا من الفعل أم لا.

إن هذا الإهمال أدى بالقضاة في بلادنا الى الانتهاء وطي الملف بالادانة، في حين أن العلاقة قد ينشا عنها طفل، وهو الضحية الفعلي في نظرنا، ومن ذلك فإنه يتعين على القضاء التريث في مثل هذه الجرائم، وفحص المرأة عن الحمل، وإن تبين أنها حامل، فإنه يتعين أن يكون الطفل طرفا مدنيا في الدعوى، يتكفل ممثل مديرية النشاط الاجتماعي في متابعة الاجراءات الخاصة به، ويتأسس في حقه، ليطالب له بالتعويض المستحق من الطرفين الام الزانية والاب الزاني، على أن يخصص هذا التعويض للطفل يودع في حساب خاص به لرعايته، او يدفع في حساب الخزينة إن قررت الام التخلي عن الطفل، لدفع تكاليف تربيته ونفقته بمؤسسات الطفولة المسعفة.

ومن ذلك نرى أنه لا يمكن أن تكون النفقة خارج نطاق النسب الشرعي، إنما يمكن أن تقرر في شكل تعويض هام يلزم به الزناة، لفائدة الطفل الناتج عن فعلهم، وهو إجراء إن تم يكون له آثار هامة هي:

1- ردع الزناة عن هذا الفعل، اعتبارا أن تحمل التبعية المالية له أثر كبير على قرارات الاشخاص، لاسيما إن كان ما يدفعه دون مقابل نسب الطفل اليه، وميراثه منه.

2- إيجاد طريقة لإلزام الاب بدفع المبالغ المالية اللازمة لتربية الطفل الذي نتج عن تصرفه الطائش بالزنى، دون التأثير على النسب الشرعي، بتأسيس الامر على المسؤولية التقصيرية والفعل الضار، ودون إرهاب خزينة الدولة بالتساهل مع التصرفات غير الاخلاقية لبعض الرجال، والتكفل بتربية ما نتج عن تصرفاتهم من اطفال دون مجهود منهم.

3- إثراء الطفل وتكوين رصيد مالي له كاف لتربيته او على الأقل المساعدة الجدية في ذلك، سواء بقي الطفل مع والدته او انتقل الى مؤسسات الطفولة المسعفة.

المبحث الثاني: موقف المشرع الجزائري من التكفل المالي بالأطفال المسعفين.

يبذل المشرع الجزائري مجهودات جبارة للتكفل بالطفولة بكل فئاتها، ومن ذلك الطفولة المسعفة، ما الذي تقرر لفائدة هذه الفئة من الأطفال؟
توصلنا في دراستنا الى أن المشرع الجزائري تكفل بالطفل المسعف في مؤسسات خاصة تابعة للدولة هي مؤسسات الطفولة المسعفة، كما تكفل بالطفل لدى أمه، في إطار قانون صندوق النفقة، فهل وفق المشرع في حماية حق الطفل المسعف في النفقة؟

وقبل التطرق لهذا الموضوع وجب أن نشير الى أن فقهاء الشريعة الاسلامية قد فصلوا في قضية الطفل اللقيط ونفقته، واعتبارا أن هذه الفئة أحد أهم فئات الطفولة المسعفة، وأن أغلب الفقهاء قد قرروا أن نفقتهم على الأرحح على عاتق بيت مال المسلمين، فإنه تعين التطرق إلى هذا الموضوع بشيء من التفصيل أيضا.

المطلب الأول: نفقة الطفل اللقيط على عاتق خزينة الدولة.

اللقيط لغة: إسم للطفل الملقى، مشتق من اللقط، وهو أخذ الشيء من الأرض¹، واللقيط بمعنى الملقوط، فعيل بمعنى مفعول، كقولهم قتل جريحاً، وطريح²، أما اصطلاحاً: فهو صغير آدمي لم يعلم أبوه ولا أمه³.

وهو الطفل المنبوذ، والتقاطه واجب، لقول الله تعالى: "وتعاونوا على البر والتقوى"⁴، لأن فيه إحياء نفسه فكان واجباً، ووجوبه على الكفاية، إذا قام به واحد سقط عن الباقيين، فإن تركه الجماعة أثموا كلهم، إذا علموا فتركوه.⁵

وعرفه المرادوي أنه "طفل لا يعرف نسبه، ولا عرقه، نبذ أو ظل إلى سن التمييز، وقيل والتمييز إلى سن البلوغ، وعليه الأكثر"⁶ والطفل اللقيط في النفقة له ثلاثة أحوال:

الفرع الأول: أن يكون له مال.

ومثال هذه الحالة أن يعمد الذي يقوم بترك الطفل إلى وضع شيء من المال معه، فهنا يرى الفقهاء انه لا يلتقط الطفل بدون المال الموجود معه، فهو ماله، وان كان كافياً لنفقته وجب أن تكون نفقته من هذا المال.

¹ د- نورة بنت مسلم المحامدي - جامعة ام القرى مكة المكرمة - حق النفقة للطفل- (دراسة فقهية مقارنة تطبيقية) - بحث

محكم - منشور بمجلة العدل السعودية - العدد 54 ربيع الاخر 1433 هـ ص74

² ابن قدامة- المغني- المرجع السابق - الجزء السادس - ص112

³ دنورة بنت مسلم المحامدي - المرجع السابق ص74

⁴ الآية 2 من سورة المائدة

⁵ ابن قدامة- المغني- المرجع السابق - الجزء السادس - ص112

⁶ محمود الخطيب- حقوق الطفل المالية في الاسلام- بحث منشور المجلة الاردنية في الدراسات الاسلامية- المجلد السادس-

العدد 1 - 2010- ص 197.

وقد اختلف الفقهاء، هل للملتقط للطفل الولاية في التصرف في مال اللقيط على قولين:

القول الأول: يرى أن للملتقط الولاية على المال وله الانفاق على اللقيط من ماله بغير إذن الحاكم، وهو مذهب الحنفية في قول، والحنابلة على الصحيح، واستدلوا بالقياس والمعقول.¹

من القياس: ان الملتقط ولي للقيط فلا حاجة لاذن الحاكم كما في وصي اليتيم. من المعقول: ان اللاقط أوّتمن على نفس اللقيط، فحري أن يؤتمن على ماله كذلك، وبالتالي له أن يستقل بالانفاق رعاية للقيط. وان الانفاق يدخل في باب الامر بالمعروف، فلا يشترط فيه اذن الحاكم لانه هو وغيره سواء.

القول الثاني: مفاده أنه ليس للملتقط ولاية على اللقيط ولا ينفق عليه من ماله إلا باذن الحاكم، فإذا انفق بغير إذن كان ضامناً، وإن تعذر أخذ الإذن، وجب الاشهاد عند الانفاق عليه وجوباً، وإلا كان ضامناً، وإليه ذهب الحنفية في قول، والمالكية والشافعية والحنابلة في قول²، واستدلوا بالمعقول وهو أن الملتقط لا ولاية له على مال اللقيط، لأن ذلك خاص بالولي لمن في حجره، والملتقط ليس كذلك، ولهذا احتاج الى إذن الحاكم، وهو الراجح لما فيه من مراعاة لمصلحة اللقيط بالمحافظة على ماله.

¹ د- دنورة بنت مسلم المحامدي - المرجع السابق - ص 75

² د- دنورة بنت مسلم المحامدي - المرجع السابق - ص 75

الفرع الثاني: ألا يكون له مال.

اختلف الفقهاء في نفقة اللقيط إن لم يوجد معه مال، ولم يعرف له مال خاص، على قولين:

القول الأول: نفقته على بيت المال، وإليه ذهب الحنفية والمالكية والشافعية في الاظهر، والحنابلة.

جاء في المغني: "وجملته ان اللقيط اذا لم يوجد معه شيء لم يلزم الملتقط الانفاق عليه، في قول عامة اهل العلم، وقال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن نفقة اللقيط غير واجبة على الملتقط، كوجوب نفقة الولد، وذلك لأن أسباب وجوب النفقة من القرابة، والزوجية، والملك، والولاء، منفي، والالتقاط إنما هو تخليص له من الهلاك، وتبرع بحفظه، فلا يوجب ذلك النفقة كما لو فعله بغير اللقيط، وتجب نفقته في بيت المال لقول عمر رضي الله عنه في حديث ابي جميلة: اذهب فهو حر، ولك ولاؤه، وعلينا نفقته، وفي رواية من بيت المال، ولأن بيت المال وارثه، وماله مصروف إليه، فتكون نفقته عليه، كقرابته ومولاه.

فإن تعذر الإنفاق عليه من بيت المال لكونه لا مال فيه، او كان في مكان لا إمام فيه، او لم يعط شيء، فعلى من علم حاله من لمسلمين الإنفاق عليه، لقوله تعالى: "وتعاونوا على البر والتقوى" لأن في ترك الانفاق عليه هلاكه، وحفظه عن ذلك واجب كإنقاذه

من الغرق، وهذا فرض كفاية، إذا قام به قوم سقط عن الباقية، فإن تركه الكل أثموا. ومن أنفق عليه متبرعا فلا شيء له، سواء كان ملتقط او غيره، وإن لم يتبرع بالانفاق عليه فأنفق عليه الملتقط او غيره محتسبا بالرجوع عليه إذا ايسر، وكان ذلك بأمر الحاكم، لزم اللقيط ذلك، إذا كانت النفقة قصدا بالمعروف وبهذا قال الثوري،

والشافعي وأصحاب الرأي وإن أنفق بغير أمر الحاكم محتسبا بالرجوع عليه، فقال أحمد : تؤدى النفقة من بيت المال، وقال شريح والنخعي: رجع عليه بالنفقة، إذا شهد عليه، وقال عمر بن عبد العزيز يحلف ما أنفق احتساباً، فإن حلف استسعى، وقال الشعبي ومالك والثوري والأوزاعي وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن والشافعي وابن المنذر، هو متبرع به.

ولنا (ابن قدامة) : أنه أدى ما وجب على غيره فكان له الرجوع على من كان الوجوب عليه، كالضامن إذا قضى عن المضمون عنه... " انتهى قول الفقيه ابن قدامة المقدسي.¹

واستدلوا بالأثر والمعقول.

فمن الأثر ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، في اللقيط الذي وجده أحد الصحابة، فقال له عمر: " هو حر وولأؤه لك ونفقته من بيت المال".

كما أن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه كان يفرض لكل لقيط مائة درهم حين يؤتى به لإصلاح حاله، ويفرض له رزقا يعطي لوليه كل شهر بما يصلحه، ثم ينقله من سنة الى سنة، ويوصي به خيراً، ويجعل رضاعته ونفقته من بيت مال المسلمين، لأنه وارثه وماله مصروف اليه.²

ومن المعقول ان بيت المال وراث اللقيط، وماله مصروف اليه بعد حياته ووفاته، كقرابته ومولاه، لقوله صلى الله عليه وسلم: " أنا أولى بكل مؤمن من نفسه، من ترك

¹ ابن قدامة- المغني- المرجع السابق - الجزء السادس - ص115

² محمود الخطيب- حقوق الطفل المالية في الإسلام- المرجع السابق -ص 197

مالا فأهله، ومن ترك ديناً أو ضياعاً فإلى علي¹، كما أن بيت المال معد للإنفاق على فقراء المسلمين، واللقيط أحدهم.

القول الثاني:

يقترض الإمام من بيت المال أو من بعض الناس، وهو قول في مذهب الشافعية، واستدلوا على أن مال بيت المال لا يصرف فيما لا وجه له، واللقيط يجوز أن يكون عبداً فنفقته على سيده، أو حراً له مال، أو فقيراً له من تلزمه نفقته، فلم تلزم نفقته من بيت المال، فيقترض عليه الإمام، فإذا ظهر شيء من ذلك رد ما أنفق عليه إلى بيت المال أو إلى من أخذ منه القرض.

والراجح القول الأول، اعتباراً أن احتمال ظهور مال للقيط احتمال ضعيف جداً، لا يترك لأجله الواجب المعين على جماعة المسلمين، وما ينفق على اللقيط من بيت المال لا رجوع فيه عليه، فهو على سبيل التبرع لأن عمر رضي الله عنه استشار الصحابة في ذلك فأجمعوا على أن نفقة اللقيط في بيت المال².

وبيت المال في الجزائر يحمل على الخزينة العمومية، وتتصرف في الأموال المخصصة لفئة الأطفال وزارة التضامن الوطني والأسرة وقضايا المرأة، كما سيأتي شرحه.

المطلب الثاني: آليات النفقة لتكفل الدولة بالطفولة المسعفة.

تكفلت الدولة الجزائرية بالطفولة عامة بطريقتين، آلية تضمنت الإنفاق على الطفولة ضمن مؤسسات خاصة، يتواجد بها الأطفال، وآلية تضمنت بقاء الطفل مع أمه على

¹ دنورة بنت مسلم المحامدي - المرجع السابق - ص 76

² د- نورة بنت مسلم المحامدي - المرجع السابق - ص 77

أن تضمن الدولة دفع نفقته، وهو ما يعرف بآلية صندوق النفقة، فهل وفق المشرع الجزائري في حماية فئة الطفولة المسعفة في ظل هذه الإجراءات؟

الفرع الأول: نفقة الدولة على الأطفال ضمن مؤسسات الطفولة المسعفة.

أنشأ المشرع الجزائري مؤسسات خاصة بكلفة برعاية الطفولة المسعفة، بالمرسوم التنفيذي 04-12 المؤرخ في 04-01-2012 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة¹.

وتنص أحكام الفصل الثالث من القانون الأساسي بالمادة 27 منه على ما يلي:
" يعرض مشروع ميزانية المؤسسة الذي يعبه المدير على مجلس الإدارة للمداولة ثم يرسل للسلطة الوصية والى وزير المالية قصد الموافقة عليه"
كما تقضي المادة 28 انه:

- " تشتمل ميزانية المؤسسة على باب للإيرادات وباب للنفقات:
- في باب الإيرادات:
 - الإعانات الممنوحة من الدولة.
 - مساهمات الجماعات المحلية.
 - مساهمات المؤسسات والهيئات العمومية والخاصة طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.
 - الهبات والوصايا.
 - كل الموارد الاخرى المرتبطة بنشاط المؤسسة.

¹ المرسوم التنفيذي 04-12 المؤرخ في 04-01-2012 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة- الجريدة الرسمية عدد 05 - مؤرخة في 29-01-2012.

- في باب النفقات:

- نفقات التسيير.

- نفقات التجهيز.

- كل النفقات الاخرى الضرورية لتحقيق اهدافها"

يتضح من هذه النصوص أن المشرع فتح الباب واسعا أمام كل فئات المجتمع للمساهمة في نفقة الطفل المسعف المتواجد بمؤسسات الطفولة المسعفة، وهي مؤسسات عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، فبالإضافة الى التكفل الرئيسي للدولة عن طريق الاعانات، تتضمن ميزانية المؤسسة للنفقة على الاطفال كل ما يتعلق بالهبات والهدايا والوصايا، ومساهمة المؤسسات عمومية كانت او خاصة، فالكل معني بالتضامن في الرعاية والنفقة على هذه الفئة من الطفولة، وهو أمر منسجم مع ما قرره فقهاء الشريعة الاسلامية من أن نفقة الطفل اللقيط على بيت مال المسلمين، ولو أن مفهوم الطفل المسعف أوسع بكثير من الطفل اللقيط، وان مؤسسات الطفولة المسعفة تضم فئات عديدة من الاطفال.

الفرع الثاني: نفقة الدولة على الأطفال ضمن صندوق النفقة.

بالإضافة الى تكفل الدولة بالاطفال المتواجدين بالمؤسسات المخصصة لرعاية الطفولة المسعفة، وبناء على عدة مناشدات من كل الجهات المهتمة بالطفل، قررت الدولة سنة 2015 التكفل بالطفل المتواجد لدى والدته، والذي يعاني من انعدام النفقة او الصعوبة في تحصيلها ممن تجب عليه، وذلك في إطار القانون 01-15 المؤرخ في 04-01-2015 المتضمن إنشاء صندوق النفقة¹.

¹ القانون 01-15 المؤرخ في 04-01-2015 المتضمن إنشاء صندوق النفقة - الجريدة الرسمية عدد 01 - مؤرخة في 07-01-2015.

لم يعرف المشرع الجزائري صندوق النفقة، واجتهد الباحثون في هذا المجال في تعريفه، ومن التعاريف أنه "صندوق مالي احتياطي، يتولى دفع مستحقات النفقة للطفل المحضون، تقبضه المرأة الحاضنة، في حالة تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للحكم القضائي الملزم بالنفقة، بسبب امتناع المدين عن الدفع، أو عجزه عن ذلك، أو في حالة جهل محل اقامته".¹

1- فئة الأطفال المعنية بالصندوق.

تقضي المادة 02 من القانون المنظم لصندوق النفقة أنه يقصد:

بالنفقة: النفقة المحكوم بها وفقا لاحكام قانون الاسرة لصالح الطفل او الاطفال المحضون بعد طلاق الوالدين، وكذلك النفقة المحكوم بها مؤقتا لصالح الطفل او الاطفال في حالة رفع دعوى الطلاق والنفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة.

المستفيد او الدائن بالنفقة: الطفل او الاطفال المحضون ممثلين من قبل المرأة الحاضنة في مفهوم قانون الاسرة، وكذلك المرأة المطلقة المحكوم لها بالنفقة.

2- ملاحظات على القانون.

الملاحظ على هذا القانون، أن الصندوق وإن كان قد تكفل بفئة هامة من الطفولة، ومنها من آل لا محالة الى الطفولة المسعفة لقلّة مداخل الام وصعوبات عيشها، وهو أدى ببعض الحاضنات الى التخلي عن اطفالهن قبل القانون الى دور الطفولة المسعفة، او بقاضي الأحداث الى سحب الطفل من الحاضنة ووضع بهذه المؤسسات لوجوده في حالة خطر معنوي كمن يعثر عليه في حالة التسول او التسول به، إلا أننا نلاحظ على هذا القانون ما يلي:

¹ عثمان حويذق ومحمد لمين مجرالي- صندوق النفقة كآلية لحماية حقوق الطفل المحضون بين المكاسب والنقائص- بحث منشور بمجلة الشهاب جامعة الوادي- العدد 05 ديسمبر 2016 ص201

- 1- أن القانون خصص للاطفال محل الطلاق، و أهمل فئات اخرى من الاطفال، وهي فئات الاطفال اليتامى، وابناء الزوجة المفقود زوجها.¹
- 2- أن القانون اهمل فئة اخرى من الاطفال، هم الاطفال الناتجون عن العلاقات غير الشرعية، والذين قررت امهاتهم الاحتفاظ بهم، واللاتي لا دخل لهن لإعالة هؤلاء الاطفال، وهم فئة من الاطفال في وضعية صعبة، تعرضهم للخطر كالتسول والانحراف، وتجعلهم يشبون في وضع يكرهون فيه مجتمعهم ما يؤدي في النهاية الى إنتاج عنصر غير صالح في المجتمع.
- وإذا كان البعض يرى أن التكفل بهذه الفئة من قبل الدولة يشجع باقي النساء على الانحراف وإنجاب ابناء الزنى، فإننا نرى أنها أحكام مسبقة لا مبرر لها، فالحقيقة أن الطفل موجود، وأن الزنى موجود منذ الأزل، وأن الضحية فيه هو الطفل وأنه لا مناص على الدولة من رعاية هذا الطفل وعدم حرمانه من أبسط حقوق العيش وهو النفقة، بما يضمن الاكل والشرب واللباس والتعليم، أما امه فيمكن عقابها بطريقة اخرى، بل إنها قد نالت اشد العقاب بنظرة المجتمع اليها، وان تعميم فكرة أن النساء سنتشجعن على الزنى فكرة غير سديدة من أصلها، فالمرأة المسلمة أصلها العفاف، وهو متجذر فيها، ولا يمكن القول أن إغراءها بنفقة صندوق قد يدفع بها الى الزنى وإنجاب الاطفال، فهي نظرة قاصرة، تتضمن سباً لكل امرة مسلمة شريفة، وهدرًا لحقوق طفل وجد في الحياة بخطأ أشخاص غيره.

¹ - عثمان حويق ومحمد لمين مجرالي- المرجع السابق - ص 202

- فاطمة حداد- حماية المحضون في ظل القانون 01-15 المتضمن صندوق النفقة- بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والسياسية - المجلد 10 العدد 01 - أبريل 2019 - ص1477.

- طرطاق نورية- إشكالية نفقة المحضون ودور صندوق النفقةفي التشريع الجزائري- بحث منشور بالمجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية / العدد الثالث جوان 2017 ص51.

وليس أحد في يومنا بأعدل من عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وقد أقر كما رأينا من قبل نفقة شهرية للقيط تقدم لمن يقوم بكفالتة فقد كان، رضي الله تعالى عنه، يفرض لكل لقيط مائة درهم حين يؤتى به لإصلاح حاله، ويفرض له رزقا يعطي لوليه كل شهر بما يصلحه، ثم ينقله من سنة الى سنة، ويوصي به خيرا، ويجعل رضاعته ونفقته من بيت مال المسلمين، لأنه وارثه وماله مصروف اليه¹، فكيف لا تصرف الدولة المعاصرة أموالا لامرأة وقعت في خطأ وأنجبت طفلا ورضيت أن ترعاه، ولم تتخلى عنه بالرغم مما لحقها من عار وخزي، وهو في حد ذاته عقاب شديد لها، فتقدير نفقة لهذا الطفل، يستره ويكفيه عن السؤال، ويجعل حياته كريمة وسط غيره من الاطفال، ويؤدي به الى النمو السليم اجتماعيا واخلاقيا وبدنيا، عسى أن يكون انسانا صالحا، وعسى أن يمكنه القدر من التكفير عما بدر من والديه، ولعل هذه المرارة تتوب بهذا التصرف، فهو من باب أولى عن اللقيط في نظرنا، والله أعلم.

¹ محمود الخطيب- حقوق الطفل المالية في الإسلام- المرجع السابق -ص 197

الفصل الرابع:

حق الطفل المسعف في الإقامة والمنع من التشرد.

الانسان إجتماعي بطبيعته، وهو يميل عادة الى العيش في جماعات، وهو محب للاستقرار، ما يدفعه الى البحث عن مأوى يأويه برد الشتاء، وحر الصيف، ويجعله آمنا من الخوف، إنه العيش في إقامة، والإبتعاد عن التشرد، وهو ما يسعى كل رب عائلة الى توفيره لابنائهم، ويعمل عليه طول حياته، فهو سبب وجود الانسان وعلته، يسعى من خلاله إلى تربية أبنائه على دينه ودين أسلافه، ويسعى لأن يكونوا صالحين في مجتمعه، ناجحين في حياتهم، فتحول هذا الأمر بمرور الزمن الى حق للطفل وواجب على الآباء.

غير أن الطفل المسعف، لاسيما ذلك الطفل الذي نبذته عائلته إما خوفا من الجوع وقلة العيش، وإما خوفا من الفضيحة والعار كونه ابن زنى، وإما لحالات اليتيم ووفاة الآباء، لا يجد له أي مأوى يأوي إليه، فيعيش في تشرد ما يعرض حياته للخطر. وقد ركزت اتفاقيات حقوق الطفل عبر العالم كله على حماية حق الطفل في الإقامة، والمنع من التشرد؛

واعتبارا أن الجزائر صادقت على أغلب هذه الإتفاقيات، واعتبارا أن المجتمع الجزائري مجتمع اسلامي، وأن الاسلام يأبى أن يعيش بعض أفراده في إملاق وتشرد ودون مصدر عيش، فقد سعت الجزائر الى حماية هذا الحق بكل وسيلة ممكنة، فوفرت لهذه الفئة من الاطفال إقامات خاصة، يقيمون فيها حتى سن معينة من عمرهم، فما هي الطبيعة القانونية لهذه المؤسسات، وما هي فئة الاطفال المعنية بالإقامة فيها.

المبحث الأول: مؤسسات الطفولة المسعفة لحماية حق الطفل في الإقامة والمنع

من التشرد .

نظم المشرع الجزائري حق الإقامة للطفل المسعف بإنشاء مؤسسات خاصة ترعى الطفل، وفق آليات قانونية محددة، وحدد طبيعة الاطفال المنتمين إليها، وكذا السن التي يبقى فيها الطفل داخل المؤسسة.

المطلب الأول: النطاق التشريعي لمؤسسات الطفولة المسعفة.

الفرع الأول: لمحة تاريخية.

تم خلق مؤسسات الطفولة المسعفة أول مرة بالجزائر بمقتضى المرسوم 80-83 المؤرخ في 15-03-1980 المتضمن إحداث دور الاطفال المسعفين وتنظيمها وسيرها؛

وبذلك ظهرت أول إقامة للاطفال المسعفين في الجزائر بشكل رسمي، تطبيقا للامر 76-79 المؤرخ في 23-10-1976 المتضمن قانون الصحة الساري آنذاك، لاسيما الكتاب الرابع المتعلق بالإسعاف الطبي الإجتماعي.

وظهرت هذه الإقامةات تحت مسمى " دار الاطفال المسعفين"، تحت سلطة وزير الصحة، واستعمل المشرع عبارة " أيتام الدولة" للتعبير عن هذه الفئة من الاطفال، إذ جاء في المادة الاولى منه : " تحدث دور للاطفال المسعفين، تخصص لقبول الأولاد وأيتام الدولة وإيوائهم وتربيتهم من ولادتهم حتى سن البلوغ."

ونص هذا المرسوم بالمادة الرابعة منه أنه: " تنشأ في كل ولاية دار او اكثر للاولاد

المسعفين".

وبذلك يكون المشرع قد وزع هذه الاقامات الخاصة بالطفولة المسعفة على كامل التراب الوطني، توزيعا جغرافيا، وأضاف بالمادة 03 انه يمكن أن تخلق مؤسسات اخرى عند الضرورة بمرسوم، كما يمكن أن تخلق لكل مؤسسة ملحقات، أي أنه راعى ايضا التوزيع الديموغرافي للسكان.

وتم مراجعة هذا المرسوم عدة مرات مع تطور الوضع الاجتماعي والديمغرافي للبلاد، ومع تعديل قانون الصحة وإلغاء الامر 76-79 الى أن تم إلغاء المرسوم 80-83 المنشئ لدور الطفولة المسعفة بشكل نهائي بمقتضى المرسوم التنفيذي 12-04 المؤرخ في 04-01-2012 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة¹، في مادته 31.

ولا يزال هذا المرسوم ساري المفعول الى يومنا هذا مع بعض التعديلات والاضافات البسيطة، كما سيأتي شرحه.

والملاحظ منذ البداية أن المشرع أعاد تغيير التسمية من " دار الطفولة المسعفة" الى " مؤسسات الطفولة المسعفة" طبقا للمادة الاولى منه، وغير التبعية من وزير الصحة الى الوزير المكلف بالتضامن الوطني طبقا للمادة الثالثة منه.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لمؤسسات الطفولة المسعفة ومصادر تمويلها.

1- طبيعتها القانونية.

مؤسسات الطفولة المسعفة هي مؤسسات عمومية ذات طابع إداري، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، طبقا لاحكام المادة الثانية من المرسوم 12-04 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة،

¹ المرسوم التنفيذي 12-04 المؤرخ في 04-01-2012 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة - الجريدة الرسمية عدد 05 - مؤرخة في 29-01-2012.

بالتالي فهي مؤسسات لها ميزانية خاصة، يتصرف فيها الأمر بالصرف لدى المؤسسة، ولها كامل الأهلية في إبرام مختلف العقود والتصرفات، ويمكن أن تكون دائئا او مدينا بالإلتزامات، لا سيما ما تعلق بصفقات التمويل بالمواد الغذائية للاطفال، وكل مستلزمات معيشتهم.

وتخضع هذه المؤسسات لاختصاص القضاء الإداري في جميع المنازعات التي تكون طرفا فيها سواء كمدعية او مدعى عليها، طبقا لاحكام المادتين 800 و828 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ولا شك أن تمكين مؤسسات الطفولة المسعفة من الشخصية المعنوية، يؤدي الى تسهيل تعاملاتها، اعتبار أن الحالة العكسية تقتضي أن تكون كل التصرفات التي تحتاجها المؤسسة خاضعة لوزارة التضامن، وهو ما كان سيؤدي الى خنق هذه المؤسسات والحال ان وضع الطفل يقتضي السرعة في التصرف، وأن يكون من المشرف على الطفل مباشرة.

2- مصادر تمويل مؤسسات الطفولة المسعفة.

لا شك أن الطفولة المسعفة تحتاج الى ميزانية معتبرة لمعيشة الطفل وتربيته، ومن ذلك فقد خصص المشرع لهذه المؤسسات ميزانية خاصة بها، وقد نظم القانون النموذجي لها كيفية تسيير الميزانية الخاصة بها على النحو التالي:

أ- يعرض مشروع الميزانية الذي يعده المدير على مجلس الادارة الذي يتداول بشأنه ، ويتضمن كامل الأبواب الخاصة بنفقات المؤسسة كجهة إدارية من جهة، ونفقات الطفل موضوع المؤسسة، وكل ما يتعلق بمعيشته¹.

¹ راجع المادة 27 من المرسوم التنفيذي 04-12

- ب- بعد انتهاء مداوات مجلس الادارة وقبول الميزانية، يرسل المشروع للسلطة الوصية للمصادقة عليه.
- ت- تشمل ميزانية المؤسسة على باب للإيرادات وباب للنفقات:
- في باب الإيرادات.
 - الإعانات الممنوحة من الدولة، وتشكل في غالب الأحيان النصيب الأكبر من ميزانية المؤسسة.
 - مساهمات الجماعات المحلية (البلدية والولاية)
 - مساهمات المؤسسات والهيئات العمومية والخاصة لاسيما الشركات التابعة للقطاعين العام والخاص طبقا للتشريع الساري.
 - الهبات والوصايا من المواطنين.
 - كل الموارد الاخرى المرتبطة بنشاط المؤسسة، اعتبارا أنها مؤسسة تتمتع بالشخصية المعنوية، ومن حقها ممارسة النشاطات التي تحقق لها الربحية على أن تكون مرتبطة بطبيعتها، كبيع بعض المنتجات التي يحققها الأطفال في إطار النشاط التربوي لفائدتهم.
 - في باب النفقات:
 - كل ما يتعلق بنفقات التسيير، لاسيما دفع رواتب الموظفين والعمال بالمؤسسة، اعتبارا أن المؤسسة توظف مجموعة معتبرة من الأمهات الحاضنات والموظفين المرتبطين بتربية وتأهيل الطفل، بالإضافة الى الأسلاك المشتركة من ادارة وحراس وسائقي سيارات...

- كل ما يتعلق بنفقات التجهيز، لاسيما اقتناء مستلزمات تربية الاطفال وترفيه عنهم، واصلاح وتهيئة المرفق.

- كل النفقات الأخرى الضرورية لتحقيق الهدف من المؤسسة هو التربية الحسنة للطفل المسعف، والاهتمام اللازم بحياته، والترفيه عنه، لاسيما مصاريف الرحلات الإستكشافية او الإستجمامية ، والمخيمات الصيفية لفائدة الاطفال¹.

ث- تمسك محاسبة المؤسسة طبقا لقواعد المحاسبة العمومية وتسد إدارة الأموال الى عون محاسب يعتمده وزير المالية.

ج- يضمن المراقبة المالية مراقب مالي يعين طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.²

الفرع الثالث: تنظيم مؤسسات الطفولة المسعفة وسيرها.

يسير مؤسسات الطفولة المسعفة مجلس ادارة ويديرها مدير، وتزود بمجلس نفسي طبي تربوي وتتمتع بنظام داخلي يحدده الوزير المكلف بالتضامن الوطني³.

أ- مجلس الادارة.

يتكون مجلس ادارة المؤسسة الذي يرأسه الوالي او ممثله من:

- ممثل من مديرية النشاط الإجتماعي والتضامن للولاية.

- ممثل عن مديرية التربية للولاية.

- ممثل عن مديرية التكوين والتعليم المهنيين للولاية.

¹ راجع المادة 28 من المرسوم التنفيذي 04-12

² قوانين المالية منصوص عليها بأحكام القانون 84-17 المؤرخ في 07-07-1984 المتضمن قوانين المالية المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 28 بتاريخ 10-07-1984 ص 1040.

³ راجع المواد 7-8-9 من المرسوم التنفيذي 04-12

- ممثل عن مديرية الشباب والرياضة للولاية.
- ممثل عن مديرية الشؤون الدينية والأوقاف للولاية.
- ممثل عن المستخدمين البيداغوجيين للمؤسسة ينتخبه نظراؤه.
- ممثل عن المستخدمين الإداريين للمؤسسة ينتخبه نظراؤه.
- ممثلين (02) عن الجمعيات ذات الطابع الإجتماعي العاملة في نفس

مجال نشاطات المؤسسة.

ويمكن لمجلس الإدارة استدعاء أي شخص يرى أنه كفء ويمكن أن يساعد المكتب في مهامه، كما يحضر مدير مؤسسة أشغال المكتب بصوت إستشاري ويتولى أمانة المكتب.

ويعين أعضاء مجلس الادارة بناء على قرار من الوالي بعد اقتراح من الجهات التابعة لها او انتخاب من نظرائهم لمدة 03 ثلاث سنوات قابلة للتجديد، وفي حالة انقطاع عهدة أحد الأعضاء يتم استخلافه لنفس عهده بنفس الأوضاع، وتنتهي عهدة العضو المعين بحكم صفته بانتهاء هذه
الصفة.¹

ويجتمع مجلس الادارة مرتين في السنة في دورة عادية باستدعاء من رئيسته، ويمكن أن يجتمع في دورة استثنائية باستدعاء من رئيسته او من ثلثي الاعضاء او من السلطة الوصية، ولا تصح مداوات المجلس إلا بحضور نصف أعضائه على الأقل، وإذا لم يكتمل هذا النصاب يجتمع مجلس الادارة بعد استدعاء ثان في الثمانية أيام الموالية لتاريخ الاجتماع المؤجل، وتصح مداوات الاجتماع

¹ راجع المادتين 10-11 من المرسوم التنفيذي 04-12.

الثاني مهما يكن عدد الاعضاء الحاضرين، وتدون مداولاته في سجل وتصبح نافذة بعد ثلاثين يوما من تاريخ إرسالها الى السلطة الوصية إلا في حالة إعتراض صريح مرسل في هذا الاجل¹.

ولمجلس الإدارة صلاحيات هامة يتداول حولها لا سيما فيما يلي:

- النظام الداخلي للمؤسسة.
- برامج نشاطات المؤسسة.
- مشروع ميزانية المؤسسة وحساباتها.
- الصفقات والعقود والإتفاقات والإتفاقيات.
- اقتناء الأملاك المنقولة والعقارية والتصرف فيها.
- قبول الهبات والوصايا ورفضها.
- مشاريع تهيئة المؤسسة وتوسيعها.
- التقرير السنوي لنشاطات المؤسسة الذي يعده مديرها.
- كل المسائل المتعلقة بمهمة المؤسسة وتنظيمها وسيرها.²

ب- المدير.

يعين مدير المؤسسة بقرار من وزير التضامن الوطني، وتنتهي مهامه بنفس

الصفة، ويتولى تسيير المؤسسة، ويكلف بهذه الصفة بما يلي:

- تنفيذ مداولات مجلس الادارة.
- تمثيل المؤسسة أمام العدالة وفي جميع أعمال الحياة المدنية.

¹ راجع المواد 13-14-15-16 من المرسوم التنفيذي 04-12

² راجع المادة 12 من المرسوم التنفيذي 04-12.

- إعداد مشروع ميزانية المؤسسة وحساباتها وعرضها على مجلس الإدارة.

- إعداد برامج النشاطات والحصيلة السنوية للمؤسسة.

- إبرام كل صفقة أو عقد أو إتفاق أو إتفاقية طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

- تعيين المستخدمين الذين لم يتقرر بشأنهم نمط تعيين آخر.

- ممارسة السلطة السلمية على جميع مستخدمي المؤسسة طبقاً للتنظيم المعمول به.

- إعداد تقرير نشاطات المؤسسة.

- هو الأمر بصرف ميزانية المؤسسة.

ج- المجلس النفسي الطبي التربوي.

نظراً لطبيعة هذه المؤسسات كإقامة للطفل المسعف من جهة، وكجهة تربية له من جهة أخرى، وكمكان لتثنته من جهة ثالثة، فقد حرص المشرع بالإضافة إلى الإجراءات السابق الخاصة بتنظيم المؤسسة من جهة الإدارة والتسيير، بخلق جهازي إدارة هما مجلس الإدارة والمدير، قرر المشرع خلق جهة ثالثة هي المجلس النفسي الطبي التربوي، ومن تسميته يتبين أنه يعنى بالبرامج النفسية التربوية للطفل.

فهو مجلس يكلف بدراسة وإبداء الرأي في المسائل المرتبطة بالنشاطات

البيداغوجية وبرنامج التكفل بالطفولة المسعفة، ويتكون مما يلي:

- مدير المؤسسة رئيساً.

- نفساني عيادي.
 - طبيب.
 - مساعدة حاضنة أو مساعدة أمومة للمؤسسة ينتخبها نظراؤها.
 - مربي متخصص للمؤسسة ينتخبه نظراؤه.
 - مساعد (ة) اجتماعي (ة).
 - مساعد في الحياة اليومية للمؤسسة ينتخبه نظراؤه.
 - ممرض (ة).
- ويمكن للمجلس استدعاء أي شخص يرى أنه يمكن أن يفيد في أشغاله.
- ويعين أعضاء المجلس بمقرر من مدير المؤسسة لمدة سنة واحدة قابلة للتجديد، وفي حالة انقطاع العهدة يتم الاستخلاف للمدة المتبقية بنفس الأوضاع.

ويكلف المجلس بهذه الصفة لا سيما بما يلي:

- القيام بنشاطات الملاحظة والتوجيه وضمان متابعتها.
- إعداد واقتراح برامج النشاطات التربوية والثقافية والترفيهية وضمان متابعتها.
- إقتراح كل التدابير التي تسمح بتلبية حاجيات الاطفال والمراهقين المسعفين في المجال الطبي والنفسي والاجتماعي والتربوي.
- تقديم الإقتراحات والتوصيات حول كل المسائل التي تخص مهام المؤسسة وتنظيمها وسيرها.¹

¹ راجع المواد 19-20-21 من المرسوم التنفيذي 04-12

ويجتمع المجلس النفسي الطبي التربوي مرة كل ثلاثة أشهر، في دورة عادية باستدعاء من رئيسه، ويمكنه الإجتماع في دورة غير عادية باستدعاء من ثلثي الأعضاء او بطلب من الرئيس؛ يحدد الرئيس جدول الأعمال، ولا تصح المداولات إلا بحضور نصف الأعضاء على الأقل، وإلا فيجتمع المجلس في ظرف ثمانية أيام من تاريخ الإجتماع المؤجل وتصح مداولاته في هذه الحالة مهما كان عدد الحضور؛ وتتخذ قرارات المجلس بأغلبية اصوات الأعضاء الحاضرين وفي حالة التساوي يكون صوت الرئيس مرجحاً.

ويعد المجلس تقريراً سنوياً يقيم فيه نشاطاته، ويقترح الإجراءات التي من شأنها تحسين الخدمات المقدمة من المؤسسة.¹

هذا عن النطاق التشريعي لمؤسسات الطفولة المسعفة من طبيعة قانونية، وإدارة وتسيير وميزانية، وغيرها.

المطلب الثاني: النظام الداخلي لمؤسسات الطفولة المسعفة وكيفية الإنتماء إليها.

الفرع الأول: النظام الداخلي لمؤسسات الطفولة المسعفة.

حدد النظام الداخلي لمؤسسات الطفولة المسعفة بمقتضى القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 22-05-2013 الصادر عن السادة الأمين العام للحكومة، ووزير المالية ووزيرة التضامن الوطني والأسرة وقضايا المرأة، تحت إشراف مدير المؤسسة وعلى النحو التالي:

- مصلحة الإستقبال والإيواء.

¹ راجع المواد 23-24-25-26 من المرسوم التنفيذي 04-12

- مصلحة النشاطات الطبية والنفسية والاجتماعية والتربوية.
- مصلحة الإدارة والوسائل.

1- مصلحة الإستقبال والإيواء.

تكلف هذه المصلحة على الخصوص بما يلي:

- ضمان استقبال الطفولة المسعفة وإيوائها.
- ضمان إطعام صحي ومتوازن.
- ضمان راحة الاطفال المسعفين وأمنهم وحمايتهم الجسدية والمعنوية.
- ضمان نظافة الأطفال جسديا ونظافة هندامهم والبيئة المحيطة بهم.
- ضمان النظام والإنضباط.
- تسيير والمحافظة على عمل البياضة.

2- مصلحة النشاطات الطبية والنفسية والاجتماعية والتربوية.

تكلف هذه المصلحة على الخصوص بما يلي:

- ضمان الأمومة من خلال التكفل بالعلاج والتمريض.
- ضمان المتابعة النفسية الحركية والعاطفية والطبية للأطفال.
- ضمان حفظ صحة وسلامة الرضيع والطفل والمراهق على المستويين الوقائي والعلاجي.

- مرافقة الاطفال المراهقين أثناء فترة التكفل قصد تسهيل عملية إندماجهم العائلي

والمدرسي والاجتماعي والمهني بشكل أحسن.

- ضمان نشاطات الرياضة والترفيه والتسلية للاطفال.

- العمل على وضع الاطفال في الوسط العائلي.

- ضمان متابعة الاطفال الموضوعين في الوسط العائلي ومرافقتهم.
 - العمل على تلبية الاحتياجات النفسية والطبية والتربوية للاطفال المسعفين المعوقين.
 - تطوير أنشطة توعوية وقائية طبية واجتماعية لفائدة الاطفال والمراهقين.
 - ضمان المتابعة المدرسية للاطفال والمراهقين.
 - السهر على تفتح شخصية الاطفال وراحتهم من خلال الأنشطة التربوية والترفيهية.
 - ضمان التنمية المنسجمة لشخصية الاطفال والمراهقين.
 - السهر على تحضير المراهقين للحياة الاجتماعية والمهنية بالتنسيق مع القطاعات المعنية لاسيما مؤسسات التربية والتعليم والتكوين المهنيين.
 - إعداد حصيلة للنشاطات المتعلقة بالتكفل بالأطفال والمراهقين.
 - السهر على تطبيق النظام الداخلي للمؤسسة.
- 3- مصلحة الإدارة والوسائل.**
- تكلف هذه المصلحة على الخصوص بما يلي:
- إعداد المخطط السنوي لتسيير الموارد البشرية وتنفذه.
 - ضمان تسيير المستخدمين.
 - إعداد مشروع ميزانية تسيير المؤسسة وتنفيذها.
 - ضمان محاسبة المؤسسة.
 - ضمان تسيير أملاك المؤسسة ووسائلها.
 - ضمان صيانة المؤسسة والمحافظة عليها.

الفرع الثاني: الأطفال المنتمون إلى مؤسسات الطفولة المسعفة وآليات إستقبالهم.
تعود تسمية الطفولة المسعفة الى القانون القديم للصحة العمومية الصادر بالامر 76-79 المؤرخ في 23-10-1976، بالكتاب الرابع تحت عنوان الاسعاف الطبي الاجتماعي، وهو الباب الذي أدرج في ديباجة المرسوم 80-83 المؤرخ في 15-03-1980 المتضمن إحداث دور الأطفال المسعفين وتنظيمها وسيرها، الملغى بالمرسوم التنفيذي 04-12 المؤرخ 04-01-2012 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة،

وأدرج تحت عنوان الكتاب الرابع من قانون الصحة القديم، الباب الأول بعنوان "الإسعاف العمومي للطفولة" الفصل الاول بعنوان " الطفولة المحرومة من العائلة" القسم الثاني بعنوان " الإسعاف العمومي للطفولة" وقد ورد بالمادة 246 ما يلي:
" يوضع القصر من الجنسين والتابعين لأحد الأصناف المدرجة بعده، تحت حماية ووصاية مصلحة الإسعاف العمومي والمسماة أيتام الدولة:

- 1- الولد المولود من اب وام مجهولين ووجد في مكان ما او حمل الى مؤسسة وديعة وهو: (لقيط)،
- 2- الولد المولود من اب وام معلومين ومتروك منهما ولم يمكن الرجوع اليهما او الى أصولهما وهو : (ولد متروك)،
- 3- الولد الذي لا اب له ولا ام ولا أصل يمكن الرجوع اليهم وليس له اي وسيلة للمعيشة وهو (يتيم فقير)،
- 4- الولد الذي سقطت عنه سلطة الابوين بموجب تدبير قضائي وعهد بالوصاية عليه الى الإسعاف العمومي للطفولة."

وبالتالي تكون هذه المادة هي أساس التسمية للطفولة المسعفة، وهي أساس نشأت دور الطفولة المسعفة التي تحولت لاحقا الى مؤسسات الطفولة المسعفة، وبعد إلغاء قانون الصحة استمرت هذه المؤسسات في المهام المسندة إليها بالرغم من تعويضه بقانون صحة جديد، لم يشر بهذا الوضوح الى هذه الفئة اعتبارا أنها أصبحت تابعة لوزارة التضامن الوطني وليس لوزارة الصحة.

ومن ثمة ظلت هذه المؤسسات تستقبل هذه الفئات من الطفولة من يوم الولادة الى إتمام 18 سنة كاملة طبقا لاحكام المادة 05 من المرسوم التنفيذي 12-04. ويتم استقبال الاطفال بهذه المؤسسات إما بناء على محضر تنازل من الام، وإما بقرار إداري عن الإدارة المحلية، وإما بقرار قضائي بالنسبة للاطفال أقل من 06 سنوات¹.

المبحث الثاني: تقييم مؤسسات الطفولة المسعفة، والإقامة فيها كحق للطفل المسعف.

تبدو مؤسسات الطفولة المسعفة من الجانب النظري القانوني مؤسسات نموذجية متكاملة، تحكمها أحكام قانونية واضحة لا تحتاج الى اي تعليق، فقد بذل المشرع قصارى الجهود لتوضيح مهام هذه المؤسسات بالدقة اللازمة، بالشكل الذي تقتضيه وضعية الطفل المسعف وضرورة ترقيتها وحماية حقه في الإقامة والمنع من التشرد،

¹ الأطفال اكثر من ست سنوات إذا كانوا محل إجراء قضائي - طفولة في حالة خطر معنوي - يتم وضعهم من قبل قاضي الأحداث بمؤسسات حماية الطفولة والمراعاة، وهي مؤسسات تخضع للأمر 64-75 المؤرخ في 26-09-1975 المعدل والمتمم وتخرج عن نطاق دراستنا.

حتى يحس أنه مواطن من هذه الدولة تضمن له كافة حقوقه، وأهمها أن يجد مأوى يأويه.

غير أن الأمر لا يمكن أن يكون بهذه البساطة، نظرا لطبيعة موضوع هذه المؤسسات وهو الطفل، واعتبارا أن النصوص القانونية التي تطرقنا لها بالدراسة، لا تعنى فقط بالإقامة، فهي وإن كانت تضمن إقامة الطفل، إلا أنها تتعدى الأمر إلى تربيته ورعايته وتأهيله لأن يكون مواطنا صالحا في المجتمع.

كما أن تنوع الطفل موضوع هذه المؤسسات من رضيع إلى طفل إلى مراهق، ومن ذكر إلى أنثى، قد يحدث صعوبات كبيرة لدى هذه المؤسسات لصيانة حق الطفل في الإقامة ومنع التشرد، فهل نجحت هذه المؤسسات فعلا في صيانة هذا الحق؟ وهل تمكنت من تخريج أطفال بنفس مستوى الأطفال العاديين؟

وإن كانت هذه التساؤلات تخرج عن نطاق الدراسة القانونية، وتندرج ضمن الدراسة الإجتماعية النفسية، فإن تطوير الوضع القانوني لهذه المؤسسات لحماية حق الطفل المسعف في الإقامة وتحسينه إلى ما هو أفضل، تقتضي بالضرورة التطرق لها.

وفي هذا الإطار فقد قادنا البحث إلى مجموعة من الدراسات التي أشرف عليها بعض الباحثين، انصبت على بعض المؤسسات الخاصة بالطفولة المسعفة، وانتهت إلى بعض الملاحظات الخاصة بوضع الاطفال وما آلا إليه أثناء إقامتهم بهذه المؤسسات.

وفي هذه الإطار فقد توصلنا إلى دراسات نموذجية لواقع الاطفال المسعفين بمؤسسات سطيف 1 و2، الأغواط، الجلفة، الأبيار، قام بها مجموعة من الباحثين لتوضيح واقع الطفولة المسعفة في هذه المؤسسات، وقد تطرقت هذه الدراسات إلى واقع

المؤسسة ككل، وواقع الطفل داخلها، بالتركيز على الإمكانيات المادية الممنوحة لكل مؤسسة، والمؤهلات البشرية من موظفين تربويين وإداريين، وواقع الطفل من حيث الإهتمام به، ومن حيث مصيره بالمقارنة مع الطفل العادي، لاسيما من حيث التأهيل والوضع الاجتماعي والنفسي، ومن حيث مآله بعد بلوغ سنة الرشد، ومدى متابعته والإهتمام به.

المطلب الأول: تقييم مؤسسات الطفولة المسعفة من الناحية المادية والموارد البشرية.

الفرع الأول: من الناحية المادية.

أجمعت أغلب الدراسات التي تمكنا من الإطلاع عليها¹ على أن الدولة قد أولت إهتماما بالغا بهذه المؤسسات ومكنتها من كافة الموارد المالية الضرورية للاهتمام بحق الاطفال المسعفين في الإقامة اللائقة والتغذية الضرورية والتربية المراد بلوغها، إلا أن

¹ راجع الدراسات التالية:

- قرناني ياسين وعكوباش هشام- بحث بعنوان: الطفولة المسعفة في الجزائر - أرقام وقراءات- مؤسسة الطفولة المسعفة سطيف 1 و2 انموذجا- مجلة المعيار - تيسمسيلت- ص من 229 الى 246.
- سارة طالب- بحث بعنوان: واقع التكفل النفسي والاجتماعي للأطفال مجهولي النسب في الجزائر، مركز الطفولة المسعفة في الأغواط أنموذجا- مجلة تطوير العلوم الاجتماعية- جامعة الجلفة -الجزائر - مجلد 10 - عدد 01 - 2017 - ص65 الى 84.
- زهية بختي- بحث بعنوان: مؤسسة الطفولة المسعفة ودورها في الرعاية والتكفل بالأطفال مجهولي النسب- دراسة بمؤسسة الطفولة المسعفة بولاية الجلفة- مجلة تطوير العلوم الاجتماعية- جامعة الجلفة -الجزائر - مجلد 10 - عدد 01 - 2017 - ص85 الى 106.
- بلعيساوي الطاهر- بحث بعنوان: واقعة مؤسسات رعاية الطفولة المسعفة- دار الطفولة المسعفة النخيل بالأبيار أنموذجا، دراسة ميدانية إستكشافية- مجلة المعيار- تيسمسيلت عدد31- ص من 431 الى 454.
- مزوز بركو ويوفولة خميس - بحث بعنوان: واقع الإرشاد النفسي في مؤسسات الكفالة الاجتماعية من خلال عمليتي الإدماج وإعادة الإدماج- دار الطفولة المسعفة ودار العجزة نموذجا <https://dispace.univ-ourgla.dz>
- بوكروش مليكة - مؤسسة الطفولة المسعفة ودورها في التربية والرعاية الاجتماعية للأفراد - دراسة ميدانية لمؤسسة الطفولة المسعفة لولاية مستغانم - مذكرة تخرج لنيل الماستر في علم الاجتماع التربوي- جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم- 2018-2019.

مسألة التسيير هي التي تختلف من مؤسسة الى أخرى، مع بعض الملاحظات حول قلة الإمكانيات بالنسبة لبعض المؤسسات المحصورة¹.

وقد أورد الباحث الاستاذ جبالة محمد بعض الاحصائيات حول مؤسسات الطفولة المسعفة، نردها فيما يلي²:

وفي هذا الإطار، وفيما يخص الوضعية الإجتماعية، فقد اكدت نسبة 90.16% من الاطفال المسعفين ان غرفهم واسعة او متوسطة الحجم، وأكدت نسبة 88.52% أن تأثيث الغرف كافي، ونسبة 65.57% من الاطفال المسعفين أكدوا انهم يتلقون مصروف الجيب خصوصا في الرحلات والخرجات السياحية، وأن النسبة الباقية لا تتلقى المصروف لتجاوزها سن 19 سنة؛

كما أكدت نسبة 88.51% من الاطفال أنهم يستفيدون من الماء الساخن بأمكان الإستحمام، كما أكدت نسبة 70.48% من الاطفال المسعفين أن ملابسهم تتنظف بالمغسلة ومن طرف أشخاص غيرهم، أما النسبة الباقية فتمثل الذين تجاوزوا 19 سنة؛ كما أكدت نسبة 83.60% من الاطفال المسعفين أن الوجبات الغذائية كافية ومتنوعة، وأكدت نسبة 86.87% من الاطفال المسعفين أن الخدمات الطبية موجودة داخل المؤسسة وتقدم حسب الضرورة؛

¹ - جبالة محمد- بحث بعنوان: واقع الطفولة المسعفة في الجزائر - مجلة المواقف للبحوث والدراسات في المجتمع والتاريخ - العدد 05- الجزائر 2010 - ص213

" وقد أورد الباحث مقالا للباحث محفوظ بوسبسي يؤكد من خلاله أن بعض المؤسسات تعتبر مكانا ملائما لنمو ونقشي الأمراض، فهي تمثل المكان الملائم لملاحظة الإضطرابات النفسية المرضية، وأن السبب المؤدي لذلك حسبه هو الحرمان من الأمومة".

² - جبالة محمد- المرجع السابق - ص 211

أما عن النشاطات والرحلات فأكدت نسبة 90.81% من الاطفال المسعفين أنها موجودة لاسيما الرحلات، وأن النسبة الباقية تتعلق بالبالغين اكثر من 19 سنة، الذين أكدوا أن النشاطات والرحلات مخصصة للصغار فقط.

من هذه الدراسة وغيرها، يظهر أن نسبة كبيرة من الاطفال المسعفين راضية عن الإمكانيات المادية المسخرة، وهو أمر طبيعي، اعتبارا أن الدولة توفر كل الإمكانيات، وأن القانون الاساسي لهذه المؤسسات قد فتح المجال أمام المواطنين للهبات والهدايا، وأن المجتمع الجزائري معروف بسخائه في هذا المجال.

غير أن السؤال المطروح، هل رضا الأطفال بالمجهودات المادية للمؤسسات يقابله نمو وتكفل جيد بهم.

الفرع الثاني: من حيث الموارد البشرية.

اختلفت الدراسات بين مؤسسة واخرى حول وضع الموارد البشرية من حيث التأهيل في مجال رعاية الطفولة المسعفة، فمثلا الدراسة على مؤسسات الطفولة المسعفة بسطيف بينت انها موارد مؤهلة وتولي اهتماما بالغاً برعاية الطفولة¹، أما في الأغواط فاقترحت الباحثة ضرورة خلق دورات تدريبية وتأهيلية للعاملين بالمؤسسة²، أما في دراسة أجريت على فئة المراهقين، واختصت بالبحث في السلوك العدواني، في كل من مؤسسة الطفولة المسعفة 02 إناث قسنطينة، ومؤسسة الطفولة المسعفة رزاق فطيمة ذكور بعين توتة باتنة، ومؤسستي سطيف، فقد لاحظت الباحثتان ضرورة " تنظيم دورات تدريبية وبرامج إرشادية لتدريب العاملين بمؤسسات الطفولة المسعفة على اهمية مراعاة الجوانب النفسية لمجهولي النسب خاصة في فترة المراهقة، ومساعدتهم على

¹ - قرناني ياسين وعكوباش هشام- المرجع السابق- خلاصة الدراسة - ص 243.

² - سارة طالب- المرجع السابق - خلاصة البحث- ص81

تتمية وتعزيز مفهوم تأكيد الذات حتى يتمكنوا من من مواجهة المشكلات بطريقة إيجابية، ويتجنبوا القلق والإحباط¹، أما في مؤسسة الجلفة فقد لاحظت الباحثة أن الموظفين مؤهلين حسب الحالات²، أما في مؤسسة الطفولة المسعفة بالأبيار فقد لاحظت الباحثة ملاحظات هامة منها ضرورة إخضاع العاملين في مراكز الطفولة المسعفة الى دورات تدريبية واختبارات نفسية توضح مدى قدرتهم على التعامل مع هذه الفئة، وأن الموظفة الحاضنة من الضروري أن تبقى مع الطفل منذ صغره، وأن يسهر المدير على عدم تغييرها كل مرة³، لاستقرار الطفل النفسي.

ما يستشف من هذه الدراسات أنه، وإن كان القانون الخاص بالموظفين المنتمين لسلك التضامن الوطني يخضعون للتأهيل قبل تولي المهام، إلا أنه تأهيل عام، في حين أن التأهيل المطلوب هو تأهيل خاص بكل فئة من الاطفال وكيفية رعايتها، فالتأهيل الخاص بالمرهقين يختلف عن ذلك المخصص للرضع مثلا، كما أن القانون لم يضع شروطا لحركة الموظفين داخل المؤسسة من حيث المهام المسندة إليهم، بل تركهم تحت تصرف المدير، في حين يتعين أن يشير القانون الى ضرورة بقاء الموظف مع نفس الطفل الى تجاوزه المرحلة العمرية المخصصة له، مع استمرار الحاضنة مع الطفل لاكثر مدة من عمره لأنها بمثابة امه، ويتعين أن تكون حركتها مبررة بخطأ ارتكبه او بطلب الطفل، كما يتعين أن تكون هذه المهام تحت مراقبة

¹ - ابتسام بزوخ ولبنى احمان- بحث بعنوان: تأكيد الذات وعلاقته بالسلوك العدواني لدى عينة من المراهقين مجهولي النسب - دراسة ميدانية ببعض مؤسسات الطفولة المسعفة- مجلة مخبر التطبيقات النفسية في الوسط العقابي- جامعة باتنة- الحاج لخضر الجزائر- المجلد 13- عدد1-فيفري 2020- ص 264.

² - زهية بختي- المرجع السابق - ص 97

³ - بلعيساوي الطاهر - المرجع السابق - ص 447

المجلس الطبي النفسي وليس المدير نفسه، نظرا لطبيعة الطفل موضوع عمل الحاضنة، فهي ليست مجرد موظفة وإنما أم بديلة للطفل.

كما لاحظنا أن معظم الدراسات المشار إليها أعلاه قد اشارت بوضوح الى أن الدولة لم تولي الاهتمام المادي الضروري بالموظفين المشرفين على الطفل، لاسيما من حيث المكافآت المادية مقابل النجاح في تأهيل الطفل، وهو ما من شأنه التأثير على مردودهم.

المطلب الثاني: تقييم مؤسسات الطفولة المسعفة من حيث مدى تأهيل الأطفال.

إختلفت التقييمات فيما يخص مدى نجاح مؤسسات الطفولة المسعفة في تأهيل الأطفال بالنظر الى عدة معطيات:

الفرع الأول: وضع الأطفال حسب أسباب الطفولة المسعفة و اختلاف جنس

الطفل.

بينت أغلب الدراسات التي تمكنا من الإطلاع عليها أن أغلب أسباب التواجد بمؤسسات الطفولة المسعفة هي مجهولي الوالدين، ثم الأيتام، ثم الطلاق وبدرجة أقل الهروب من البيت طبقا للجدول التالي¹:

¹ - قرناني ياسين وعكوباش هشام- المرجع السابق - دراسة عن المؤسسات بسطيف- ص 237

جدول يبين توزيع الاطفال المسعفين حسب سبب التواجد وجنس الطفل

مؤسسة الطفولة المسعفة سطين ذكور		مؤسسة الطفولة المسعفة سطين اناث		الحالات
النسبة %	العدد	النسبة %	العدد	
31.43	11	34.48	30	مجهولي النسب
11.43	04	22.99	20	طلاق
57.14	20	33.33	29	ايتام
00	00	9.20	08	هروب من البيت
100	35	100	87	المجموع

جدول يبين سبب التواجد حسب الجهة الآمرة بوضع الطفل بالمؤسسة

مؤسسة الطفولة المسعفة سطين ذكور		مؤسسة الطفولة المسعفة سطين اناث		الحالات
النسبة %	العدد	النسبة %	العدد	
78.94	30	55.17	48	قضائي
21.06	08	44.83	39	اداري
100	38	100	87	المجموع

والملاحظ حسب ما اطلعنا عليه ببعض المؤسسات ما يلي:

1- أن أغلب المؤسسات بها أطفال مسعفين من البنات أكثر بكثير من الذكور، وحسب استفسارنا مع بعض المدراء فإن الامر يعود الى رغبة عدد كبير من العائلات بالتكفل بالطفل الذكر أكثر من الانثى.

2- أن حالات الوضع من طرف القضاء أكبر بكثير من الوضع الإداري، وهو ما يبين أن أغلب الحالات كانت في وضع صعب، وفي حالة خطر واقتضت تدخل قاضي الأحداث لوضع الطفل في المؤسسة، لاسيما الذكور منهم.

وما يلفت الانتباه حول وضع هذه الفئة الهشة بالمؤسسات ما يلي:

- نقص التعداد البشري المتخصص برعاية الطفل أقل من 03 سنوات - الموظفات

الحاضنات- وهو ما يستدعي توظيف أكثر لهذه الفئة.

- وجود صعوبة للمؤسسات في التعاطي مع البنات اللاتي أصبحن راشدات وتجاوز

عمرهن 19 سنة، ولا يزلن بالمؤسسات، إعتبارا أنهم اصبحن في مرحلة إكمال

الشخصية، ويرغبين في الإستقلالية أكثر والخروج من المؤسسة بحرية، في حين أن

المؤسسة لها نظام داخلي يحدد وقت الدخول والخروج ويتعين احترامه، وأن المؤطرين

يخافون التعامل مع هذه الفئة لا سيما إحتمال الشكاوى المفتعلة بالتحرش الجنسي .

- يواجه مدراء المؤسسة بعض التداخل في الصلاحية بين الضبطية القضائية

والقضاء، إذ عادة ما تحضر الضبطية القضائية بعض الفتيات في حالة سكر،

وتعارض الفتيات المقيمات تواجدها على هذه الحالة ما يثير إشكالية كبيرة لدى المدير،

كما أن قضاة الأحداث بعض الأحيان يأمرن بوضع نساء ليس من حقهم التواجد

بالمؤسسة وإنما بالمؤسسات المخصصة للمرأة في حالة صعوبة، وهو وضع يثير الكثير من المشاكل لمدير المؤسسة ويتعين تداركه.

- أن بعض الاطفال يعانون من النزاعات القضائية التي تثيرها الام، إذ أن بعض الامهات تطلب استرجاع الطفل، ويعترض قاضي الأحداث ويطلب عدم إرجاع الطفل الى غاية الفصل في الموضوع، وأن دعوى الموضوع عادة تطول، ما يؤدي الى ضياع عدة فرص على الطفل للتكفل به من قبل بعض العائلات التي تطلب ذلك، وهو أيضا وضع يتعين تداركه قانونا¹.

الفرع الثاني: تأثير التواجد بالمؤسسة على سلوك الطفل.

أجمعت أغلب الدراسات أن مؤسسات الطفولة المسعفة لا يمكن أن تحل محل العائلة، فهي بالدرجة الأولى إدارة تحرص على تنفيذ برامج معينة، قد تكون في بعض الأحيان متكررة ومملة للطفل، وقد تصل إلى درجة عدم منح أي حرية للطفل في إختيار أبسط الاشياء سواء كانت مادية او معنوية، كاللباس والاكل، واختيار الالعب والنزهات الترفيهية، اعتبار أن كل شيء يسير وفق برنامج مسطر من إدارة المركز². إن هذه الطريقة في تربية الطفل قد انتجت سلوكيات خطيرة لدى بعض الاطفال، وهكذا فقد توصلت دراسة قامت به الباحثين ابتسام بزوخ ولبنى احمان من جامعة باتنة حول تأكيد الذات وعلاقته بالسلوك العدوانى لدى عينة من المراهقين مجهولي النسب، الى أن هذه الفئة لها ميول متوسط من السلوك العدوانى³.

¹ قرنانى ياسين وعكوباش هشام- المرجع السابق - دراسة عن المؤسستين بسطيف- ص 239

هذه الملاحظات ذكرها السيد مدير مؤسسة الطفولة المسعفة إناث سطيف، وهي ملاحظات موضوعية إرتأينا ذكرها.

² - بلعيساوي الطاهر - المرجع السابق- ص 442

³ - ابتسام بزوخ ولبنى احمان- المرجع السابق - ص 264

ومن المقترحات في هذا المجال تشجيع كفالة الاطفال، وتشجيع بالخصوص الاسرة الصديقة التي يمكن أن يلجا إليها الطفل لفترات محدودة وليس بالدائمة ليعيش وسط عائلة متكاملة من اب وام واطفال، ويتمكن من مخالطتهم وتلقي دروس الحياة معهم، والشعور بشيء من التحرر من التزامات المؤسسة.

إن العمل على تنفيذ هذه الملاحظات وتداركها، بالإضافة الى الجهود المبذول من طرف الدولة بإمكانه أن يؤدي الى صيانة حق الطفولة المسعفة في الإقامة والمنع من التشرد، وهو حق لا يقل أهمية عن باقي الحقوق، بل هو أساس التربية.

ولا شك أن تربية الطفل تقتضي متابعة مسار حياته، لاسيما إدماجه مهنيا، وإيجاد مسكن له بعد بلوغه سن الرشد، وتزويجه، وهي كلها متطلبات أغفلها المشرع في القوانين المنظمة لهذه المؤسسات، بل اكتفى بالإشارة الى إمكانية بقاء الطفل في المؤسسة لما بعد بلوغه سن 18 سنة، والسعي الى إدماجه المهني دون توضيحات أخرى.

غير أن الدراسات قد بينت أن مؤسسات الطفولة المسعفة تسعى فعلا الى البحث عن عمل للنزلاء بعد البلوغ، ومنها دراسة أكدت ان نسبة 72.21% من الاطفال قد تحصل على عمل بعد البلوغ في كافة المجالات إما دائم او غير دائم او الشبكات الاجتماعية، وان نسبة 88.88% من الاطفال اكدوا انهم تلقوا تكويننا مهنيا خارج المؤسسة مثلهم مثل كل الاطفال، وان نسبة 55.55% من الاطفال اكدوا أن المؤسسات تساعدهم في الحصول على سكن خارج المركز¹.

¹ أ - محمد جبالة - المرجع السابق - ص 213.

إن مساعدة هذه الفئة من الطفولة تقتضي تغيير بعض أحكام القانون، لا سيما ما تعلق بحرمان الفتاة من البقاء بالمؤسسة بعد 18 سنة، ودون توضيح مآلها، إذ يتعين على الدولة أن تسعى الى توفير إقامة اخرى لهذه الفئة بعد هذا السن، كما يتعين أن تراعي الدولة في توزيع السكنات ضرورة فرض نصيب من السكنات الاجتماعية لهذه الفئة لاسيما المتزوجين منهم، وأن تسعى الى تشجيع زواج المقيمين من بعضهم بعد بلوغهم، بتشجيعهم بتوفير السكن لهم، او إيجاد مناصب عمل لهم لإدماجهم فعليا في الحياة الإجتماعية.

الفصل الخامس:

حق الطفل المسعف في العيش في وسط عائلي (الكفالة).

الطفل المسعف طفل محروم من حنان العائلة دون إرادة منه، فتح عينيه فوجد نفسه في مؤسسة يرباه مجموعة من الموظفين والإداريين؛

مهما يكن مجهود هؤلاء وحنانهم ورعايتهم للطفل وتعلقهم به، إلا أنهم في نهاية المطاف لهم عائلات يغادرون إليها نهاية دوامهم، ويبتعدون عن الطفل، ولا يعودون إليه إلا في اليوم الموالي أو بعد نهاية عطلة الاسبوع أو العطلة السنوية؛

حذا هذا الوضع بالمشرع بالسعي الى إيجاد عائلات تكفل هؤلاء الاطفال، وتهتم بهم، في إطار مبدأ الكفالة، وقد اهتمت الشريعة الاسلامية بكفالة اليتيم، ورعاية اللقيط من الاطفال إهتماما كبيرا، و سار المشرع الجزائري على هذا النهج؛

غير أن بعض الاصوات ارتفعت تنادي بعدم جواز كفالة مجهول الابوين باعتباره ابن زنى، كما ارتفعت اصوات اخرى ايضا تنادي ببطلان اجراءات الكفالة في القانون الجزائري لاسيما ما تعلق منها بتغيير لقب الطفل ومنحه لقب الكافل، فما المقصود بالكفالة كحق للطفل في العيش ضمن وسط عائلي، وما هي إجراءات كفالة الطفل في القانون الجزائري؟.

ثم إن كفالة الطفل ليست نهاية المطاف، فقد تتم الكفالة من عائلة (زوجين معا) ثم يقع الطلاق بينهما، فما مصير الطفل المكفول في هذه الحالة؟ وهل عالج المشرع الجزائري هذا الافتراض الموجود في الحياة العملية، وماذا عن الاطفال الذين لم يسعفهم

الحظ في الحصول على عائلة كافلة، هل عالج المشرع هذا الوضع؟ وماذا عن نظام العائلة الصديقة، هل يمكن أن ينجح في هذه الحالة؟

هذه اسئلة تطرح بإلحاح على كل دارس لحق الطفل في العيش في وسط عائلي نحاول أن نجيب عنها ضمن مبحثين، نتحدث في الأول منهما عن مفهوم الكفالة ومجالاتها وفق قانون الأسرة الجزائري، ثم نتحدث في الثاني منهما عن اجراءات الكفالة واثارها على الكافل والمكفول.

المبحث الأول: مفهوم الكفالة ومجالاتها وفق قانون الأسرة.

الكفالة نظام عرفته المجتمعات منذ القدم، نظرا لما كان يعرف من يتم للاطفال نتيجة الامراض والحروب خصوصا، وقد نظمتها الشريعة الاسلامية وحضت عليه بشكل كبير، وقد عرفت الشريعة الاسلامية نظام الكفالة لفئتين من الاطفال، الاطفال الايتام، والاطفال اللقطاء، أما باقي الفئات فلم تكن معروفة انذاك.

والكفالة عقد مدني ينصب على التصرفات المدنية الناتجة عن العقود والالتزامات، غير أنها تأخذ مفهوما آخر في نطاق الاحوال الشخصية، اعتبارا أن الطفل بشر، وأن العقود المنصبة عليه تتميز بطابع خاص من حيث المفهوم، ومن حيث نوع الطفل محل الكفالة.

المطلب الأول: مفهوم كفالة الطفل المسعف.

الفرع الأول: تعريف عقد كفالة الطفل.

كفل لغة بمعنى جعل عليه كفلا، من الكافل، وهو العائل، يقال كفل بالرجل كفلا وكفولا وكفالة وتكفل وأكفله إياه وكفله : ضمنه، والمكافل: المجاور المحالف والمعاهد¹.

أما إصطلاحا فالكفالة في القانون المدني عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه.²

وفي قانون الاسرة هي: "التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الاب بابنه، وتتم بعقد شرعي".³

وهي في الشريعة الاسلامية ذات معان متعددة، منها ضمان دين المدين وضمان حضور الشخص أمام الحاكم حين استدعائه، ومنها أن يلتزم الكفيل بإعالة المكفول والانفاق عليه، وهو المقصود في قانون الاسرة، وقد خصها القانون بكفالة الولد القاصر.⁴

وهي نظام قانوني إسلامي معترف به عالميا كنظام لحماية الطفل، كما هو منصوص عليه بالمادة 20 من اتفاقية حقوق الطفل⁵ التي اعتمدت وعرضت للتوقيع

¹ القاموس المحيط- المرجع السابق - ص 1426

² المادة 644 من القانون المدني الجزائري

³ المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري

⁴ نجيمي جمال - المرجع السابق - 325

⁵ صادقت عليها الجزائر مع تصريحات تفسيرية بمقتضى المرسوم الرئاسي 92-461- بتاريخ 19-12-1992 الجريدة الرسمية عدد 91 - مؤرخة في 23-12-1992.

والتصديق والإنضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 20-11-1989 ونصها:

" 1- للطفل المحروم بصفة مؤقتة او دائمة من بيئته العائلية او الذي لا يسمح له، حفاظا على مصالحه الفضلى، بالبقاء في تلك البيئة، الحق في حماية ومساعدة خاصتين توفرهما الدولة.

2- تضمن الدول الأطراف وفقا لقوانينها الوطنية، رعاية بديلة لمثل هذا الطفل.

3- يمكن أن تشمل هذه الرعاية ، في جملة أمور، الحضانة أو الكفالة الواردة في القانون الاسلامي، او التبني، او، عند الضرورة، الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الاطفال، وعند النظر في الحلول، ينبغي إيلاء الاعتبار الواجب لاستصواب الاستمرارية في تربية الطفل ولخلفية الطفل الاثنية والدينية والثقافية واللغوية¹.

و كفالة الطفل المسعف بمعنى إعالته لقوله تعالى: " **وكفلها نركباً**"²، وهي القيام على الطفل الصغير بالقيام على مستلزمات حياته من تنشئة وتربية وتعليم وتوجيه وحماية، لأن معنى المسعف لغة من ساعفه بمعنى ساعده، ووقاه وعاونه، يقال سعف الصبي بضم السين وكسر العين وفتح الفاء: أصابته السعفة فهو مسعوف، وسعف بحاجة فلان سعفا قضاها له³.

الفرع الثاني: مميزات عقد الكفالة.

عقد كفالة الطفل المسعف عقد يتميز بعدة بخصائص أهمها:

¹ نجيمي جمال – المرجع السابق - 325

² سورة آل عمران الآية 37

³ د- بقاسم شتوان- كفالة الطفل المسعف فقها وقانونا – مجلة المعيار تيسلمسيلت الجزائر- العدد 31 - ص460

1- طرفاه هما الكفيل، وهو الشخص الذي يسعى الى التكفل بالطفل، والهيئة المشرفة على الطفل، ولا تقوم الكفالة إلا إذا ابرمت أمام القضاء طبقا للاجراءات المقررة في قانون الاجراءات المدنية والادارية، او أمام الموثق، وكل ذلك تنفيذا لأحكام المادة 117 من قانون الاسرة.

2- الكفالة من عقود التبرع، فهي ذات طابع مجاني، فلا يحصل الكفيل على أجره مقابل الكفالة، وتكون على النفس والمال معا، فالولاية على النفس هي ولاية الحفظ، وتربية الصغير والقيام بما يحتاجه، وكذا تزويج من كان قاصرا، والولاية على المال هي إدارة أموال القاصر والحفاظ عليها لغاية بلوغه سن الرشد.¹

ويتعين على الكافل القيام بالانفاق على الطفل ورعايته، وإلا اجبر على ذلك مثله مثل الاب تماما.

وقد أكدت المحكمة العليا الجزائرية هذا الحكم، إذ جاء في قرار صادر عنها ما يلي: "حيث ان المادة 116 من قانون الاسرة واضحة للغاية، وتنص على إلزام الكافل بالانفاق على الاطفال المكفولين من قبله، ولا يمكن له أن يتملص تحت أي ذريعة من التزاماته المنصوص عليها بالمادة المذكورة، إلا إذا قدم ما يثبت قانونا أنه تخلى عن الكفالة، والحال فإن الطاعن اعترف بأنه تكفل بالولد (م - ر) والبنات (ع - ح) بموجب عقد كفالة، مما يستوجب عليه القيام بالانفاق والتربية والرعاية، وعليه فإن قضاة المجلس لما قضاوا بالصورة المذكورة

¹ د- لحسين بن شيخ آث ملوية- المرشد في قانون الأسرة- المرجع السابق - ص 334.

فإنهم قد خالفوا القانون، وجعلوا قرارهم المنتقد لا يستند الى أساس قانوني، الأمر الذي يتعين معه نقضه.¹

3- انها عقد محدد المدة، فليست أبدية، ويجوز التنازل عنها من الكافل، والرجوع عنها من ام المكفول او والده إن وجد، مع مراعاة إذن القاضي ومصصلحة المكفول، وأن يتم التنازل عنها بعد إخطار وكيل الجمهورية المختص، طبقا لاحكام المادتين 124 و125 من قانون الاسرة.

4- انها عقد يحافظ على الأنساب ويحميها من الإختلاط طبقا لاحكام المادة 120 من قانون الاسرة.

الفرع الثالث: شروط عقد كفالة الطفل المسعف.

حدد المشرع الجزائري شروط الكفالة بالمادة 118 من قانون الأسرة وتضمنت ما يلي:

1- الإسلام.

اشتطت المادة 118 من قانون الأسرة أن يكون طالب الكفالة " الكفيل " مسلما، إذ يجب أن يكون متحدا في الدين مع الولد المكفول، إعتبارا أن الطفل المسعف يربى في مؤسسات رعاية الطفولة المسعفة على الدين الاسلامي؛

ودين طالب الكفالة يتأكد منه قاضي شؤون الاسرة المكلف بمنح الكفالة، وله سلطة تقديرية في ذلك، وله استعمال كل الوسائل كسماع الشهود او القرائن او غيرها من

¹ قرار بتاريخ 13-12-2006 - المجلة القضائية للمحكمة العليا- العدد 02- 2007 - ص 446

الوسائل التي يمكن الاستعانة بها للتحقق من دين الكافل، وقد سبق وأن تم رفض طلب كفالة تقدمت به امرأة من جنسية فرنسية تدين بالمسيحية.¹

2- العقل والأهلية:

وهو أمر منطقي، فلا يعقل أن يسلم طفل لشخص قاصر غير مكتمل العقل، أو أن يسلم الى شخص معتوه او مجنون، لتناقض هذه الصفات مع الغاية من الكفالة ومغزاها،

ولم يشترط القانون أن يكون طالب الكفالة متزوجا او بالغا من العمر سنا معينة غير سن الرشد القانوني.

3- أن يكون الكافل قادرا على رعاية الطفل.

والقدرة نوعان، قدرة مادية، وقدرة بدنية، فلا يمكن أن يسلم الطفل الى شخص معتل بمرض، ويعيش وحده، ويطلب منه أن يرعى الطفل القاصر، والسلطة في مجال مراقبة القدرة الجسدية مطلقة للقاضي، وهو المكلف بمراقبتها، ويمكنه أن يتغاضى عن بعض الأمراض التي لا تعيق تربية الطفل، او إذا كان مع الكافل شخص آخر يساعده في القيام بشؤون الطفل الزوجة مثلا؛

أما من الناحية المادية فشهادة كشف الراتب هي المعمول بها عادة في ملفات طلب الكفالة، غير أن القاضي يمكنه أن يجري تحقيقا سريعا لمعرفة مدى تمتع الكافل بالقدرة المادية على إعالة الطفل، ويمكنه أن يستعين بشهادة الشهود مثلا او المعاينات المادية لممتلكاته عن طريق محضر قضائي الى غير ذلك من الوسائل.

تلك هي الشروط التي نص عليها القانون، وقد أضاف الفقه شروطا أخرى منها:

¹ معاتقي مريم- شلالى خديجة- كفالة الاطفال في القانون الجزائري - مذكرة لنيل الماستر في القانون الخاص - جامعة الكلي محند اولحاج - البويرة - 2017 - ص 13

4- ألا يكون الكافل مسبقا قضائيا.

بحيث يجب ألا يكون قد سبق الحكم على الكافل من أجل جريمة ماسة بالأخلاق،
او جريمة مرتكبة ضد الاطفال.¹

5- ألا يكون بينه وبين الطفل الذي يرغب في كفالته أو بينه وبين والديه نزاع

قضائي، أو خلاف عائلي يخشى معه على مصلحة المكفول.²

وهو أمر منطقي، إذ يحتمل أن يكون هناك نزاع قضائي بين الطفل (قد يكون وارثا
او ذا مال) وبين طالب الكفالة، وأن يرغب هذا الأخير في الكفالة لضمان الدعوى لا
غير، وهو أمر يتناقض أيضا مع أهداف الكفالة.

6- الجنسية والكفالة.

لم يشترط قانون الأسرة الجزائري أن يكون الكافل من جنسية جزائرية، ولم نجد أي
نص يحرم الأجنبي من كفالة طفل جزائري مجهول النسب، ويرى البعض أنه يتعين
رفض إبرام الكفالة وتسليم الطفل للأجنبي³، في حين يرى بعض الفقهاء أن هذا الأمر
خطير وقد يتسبب في تحويل الاطفال مجهولي النسب من الجزائري الى بلدان اخرى،
ويفقدون كل حماية لهم من الدولة⁴، وقد يخشى عليهم من ذلك.

ونرى أنه يتعين على المشرع التدخل في هذه المسألة والفصل فيها بشكل لا يدع أي
مجال للشك او المخاطرة، اعتبارا أنه، وحسب ما علمنا لدى القضاة المكلفين بملفات
الاطفال، فإنه لا يمكنهم منع الأجنبي من كفالة الطفل الجزائري المسعف، عملا بمبدأ
الأصل في الأشياء الإباحة، وما لم يمنع بنص فلا يمكن منعه بالاجتهاد، ولا يمكن أن

¹ نجيمي جمال - المرجع السابق - ص 328.

² نجيمي جمال - المرجع السابق - ص 328

³ معاتقي مريم- شلالى خديجة- كفالة الأطفال في القانون الجزائري - المرجع السابق - ص16.

⁴ نجيمي جمال - المرجع السابق - ص 329

يعكس الأمر، بالقول أنه ما دام المشرع لم يشر الى المنع فهو ممنوع، بل ما دام لم يشر الى المنع فهو مباح، وان الاجنبي الذي تتوفر فيه الشروط من دين إسلامي وعقل وأهلية وقدرة مادية وجسدية عادة ما يتقدم بالطلب عن طريق محام بعريضة معللة، ويصعب رفضها.

وقد تعرض القانون المدني لمسألة جنسية الكافل بالمادة 13 مكرر 1 منه الواردة في باب تنازع القوانين وتنص: "يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل".

ومقتضى هذه المادة ان القانون الجزائري يسري على شروط واركاز عقد الكفالة إذا كان الكافل ذو جنسية أجنبية، باعتباره قانون المكفول، أما من حيث الآثار (لاسيما إسقاط الكفالة، وتحويلها الى عقد آخر، او التنازل عنها...) فيسري عليها قانون الكافل أي القانون الأجنبي.

ويستشف من سياق وتسلسل المواد 13 مكرر و 13 مكرر 1 أن المشرع كان بصدد الحديث عن كفالة الطفل، وليس عن الكفالة بمفهومها العام، ما دام كان يتحدث بالمادة 13 مكرر عن النسب، وما دام قد اضاف بالفقرة الاخيرة من المادة 13 مكرر 1 التي تتحدث عن الكافل الاجنبي اضاف "التبني".

إن حديث المشرع الجزائري في القانون المدني عن الكافل الاجنبي مفادها أن القانون الجزائري يبيح تكفل الأجنبي بالطفل الجزائري، غير أن ما يعاب على التشريع الجزائري هو عدم التفصيل في هذا الموضوع بمواد دقيقة تبين إرادته وإرادة المجتمع في هذه المسألة بالذات.

ونرى أنه يمكن للمشرع أن يبيح مسألة كفالة الطفل المسعف الجزائري من طرف الاجنبي على أن ينظم المسألة بشروط، كأن يشترط إقامة الاجنبي في الجزائر، او السفر بالطفل الى دولة تحمي حقوقه، مع تكليف الممثلات الدبلوماسية في الخارج بمتابعته، او على أقل تقدير أن يكون الاجنبي من الدول التي تربط الجزائر بها إتفاقيات قانونية وقضائية، إعتبارا أن الأجنبي قد يضمن عيشا كريما للطفل في كنف الدين الاسلامي، وأن حرمانه من الكفالة نراه حرمانا للطفل من ظروف حياة أفضل.

وفي هذا الاطار وجب ان نشير ان وصول الاطفال بعقود الكفالة الى فرنسا مثلا، وبشكل مكثف على الأخص من الجزائر و المغرب، دفع بالقضاء الفرنسي الى التدخل في الموضوع، فصدر قرار عن محكمة النقض الفرنسية يقضي بجواز ان يكسب الطفل المكفول وفق نظام (La Kafala) والمقيم بفرنسا لاكثر من خمس سنوات الجنسية الفرنسية بالاضافة الى جنسيته¹، فيكون بذلك مزدوج الجنسية وهو أمر لا يمنعه التشريع الجزائري كما اشرنا.

كما يتعين ان نشير ان وزارة العدل الفرنسية قد نظمت عقود الكفالة التي يتمتع بها الاطفال الجزائريون والمغاربة²، وقد أشارت الى الاتفاقية التي تربط الجزائر بفرنسا في هذا المجال الصادرة بتاريخ 27-08-1964 في مجال نفاذ القرارات القضائية (exequatur)، وان هذه العقود نافذة في التراب الفرنسي ونظمت العملية ورتبت عنها كل الاثار طبقا لاحكام الكفالة في التشريع الجزائري، لاسيما تلك الصادرة عن القضاء، مع بعض الملاحظات بخصوص عقود الكفالة الصادرة عن الموثق.

¹ Arret n 1152 du 05-12-2018 www.courdecassation.fr

² Circulaire du 22-10-2014 relative aux effets juridiques du recueil légal en France NOR: JUSC1416688C

7- الشخص المعنوي وكفالة الطفل المسعف.

لم ينص المشرع الجزائري على جواز كفالة الطفل المسعف من قبل الشخص المعنوي، بخلاف بعض التشريعات الأخرى¹، ولا يمكن القول أن المشرع الجزائري قد قبل بهذا الموقف، وإنما يستشف أن الكفالة تخص الشخص الطبيعي فقط، نظرا لاشتراط المشرع أن يكون الكافل مسلما، ولا يمكن أن ينسب للشخص المعنوي دينا معينا.

الفرع الرابع: أركان عقد كفالة الطفل المسعف.

الكفالة عقد كباقي العقود يتطلب الأركان العامة للتعاقد من رضا ومحل وسبب، ولا شك أن الرضا يكون بين الكافل ومدير الهيئة المشرفة على الطفل، وأن المحل هو الطفل المسعف، تلتزم الهيئة المشرفة على الطفل بتسليمه للكافل، ويلتزم الكافل بتسلمه، وأن السبب هو رعاية الطفل والقيام بشؤونه ووضع مرتبة الإبن الحقيقي في المعاملة؛

قد فرض المشرع شكلية خاصة لهذا العقد، إذ فرض بالمادة 117 من قانون الأسرة أن تكون الكفالة بعقد أمام الموثق أو أمام المحكمة.²

محل عقد الكفالة وهو الطفل، من أهم أركان هذا العقد، وأكثرها تعقيدا، وقد اختلفت الآراء في نوع الطفل الذي تجوز كفالته، وبشكل رأينا - حسب ما توصلنا إليه بالدراسة - أنه قد أثر على حق الطفل المسعف في العيش في وسط عائلي بما أحدث من إرباك لدى الأسر الجزائرية الحريصة على دينها، وهو ما دفعنا إلى التفصيل فيه على نحو أكبر وأوسع فيما يلي:

¹ المشرع المغربي مثلا- راجع نجيمي جمال - المرجع السابق - ص328

² يقدم الطلب للقاضي المكلف قسم شؤون الأسرة بالمحكمة طبقا للمادة 492 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المطلب الثاني: الأبطال المسعفون موضوع الكفالة وفضل كفالتهم.

ينصب عقد كفالة الطفل المسعف على الاطفال الموجودين بمؤسسات الطفولة المسعفة بكافة انواعهم كما درسناه في الفصل السابق الخاص بالحق في الاقامة، وهم الطفل مجهول الابوين (اللقيط)، والطفل مجهول الاب ومعلوم الام التي تخلت عنه (ابن الزنى معلوم الام)، والطفل الذي تولى عنه والداه لظروف المعيشة، والطفل اليتيم الذي لا مدخول مادي له، والطفل الذي سقطت عنه سلطة الابوين بموجب تدبير قضائي وعهد بالوصاية عليه الى الاسعاف العمومي للطفولة لوجوده في خطر معنوي رغم سنه.

لا شك أن وضع كل طفل من هؤلاء الاطفال يختلف عن الآخر من حيث عقد الكفالة، كما أن بعض الآراء ترى أن بعض هذه الفئات لا يجوز كفالتها، لاسيما الاطفال من الزنى واللقطاء، وهو ما يقتضي توضيح كل حالة على حدى، مع التطرق الى فضل كفالة هؤلاء، وإدراج بعض الفتاوى التي تحظ على الكفالة، والسعي الى إبراز حقوق هذه الفئات من الاطفال في العيش وسط العائلة، كمواطنين كاملين الحقوق، ومدى رعاية الشريعة الاسلامية والقانون لهم.

الفرع الأول: نطاق عقد الكفالة.

ينصب عقد الكفالة على جميع الاطفال المسعفين بكافة فئاتهم، ولم يميز المشرع الجزائري بين طفل مسعف واخر في الكفالة، بل نص على الكفالة بصفة عامة بما في ذلك كفالة الطفل العادي معلوم الابوين الذين يتنازلان عن كفالته طوعا لغيرهما من الاشخاص لاسيما المحرومون من الاطفال للعقم او عدم الزواج او غيره، ولم نجد أي تمييز بين الاطفال بصفة عامة في التشريع الجزائري.

وإذا كانت الشريعة الإسلامية لم تكن تعرف مثل هذه المؤسسات المخصصة لرعاية الطفولة المسعفة بالتنظيم الحالي، فإنها قد عرفت نظام اللقيط، وعرفت نظام كفالة اليتيم، وفصل فيه فقهاؤها تفصيلا كبيرا .

1- كفالة مجهول النسب (اللقيط).

اللقيط في اللغة ما يلتقط، أي ما يرفع من الأرض، فهو على وزن فعيل، بمعنى المفعول أي الملقوط، ثم غلب إطلاقه على الصبي الملقى أو الماخوذ باعتبار أنه يلتقط عادة، فكانت تسميته لقيطا باعتبار عاقبته، وتسمية الشيء باسم عاقبته أمر مألوف في اللغة.

أما في اصطلاح الفقهاء فقد عرفه الامام السرخسي الحنفي بأنه: " اسم لحي مولود طرحه اهله خوفا من الفقر او فرارا من تهمة الزنى"، وهو تعريف ميز به .

وأضاف المالكية على هذا التعريف أنه طفل ضائع لا كافل له¹

فهو بذلك طفل حديث الولادة او صغير غير مميز نبذه أهله او ضاع منهم.

ولا ولاية على اللقيط لأحد في نفس ولا في مال، للملتقط ولا لغيره، وانما ولاية اللقيط

في ماله ونفسه للسلطان² (الدولة) ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم " السلطان ولي

من لا ولي له" فله أن يتصرف في ماله بالبيع والشراء والايجار على وجه المصلحة

له، وأن يأذن للملتقط أن ينفق عليه من المال الذي وجد معه إن وجد، وله أن يزوجه،

¹ د- عبد الكريم زيدان - أحكام اللقيط في الشريعة الإسلامية - مطبعة سلمان الأعظمي - بغداد- الطبعة الأولى 1968 - ص3.

² د- عبد الوهاب خلاف - أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية - دار القلم للنشر والتوزيع الكويت - الطبعة الثانية - ص 188

أما الملتقط فليس له أن يفعل شيء من ذلك، لأنه لا ولاية له عليه لانعدام سبب الولاية وهي القرابة أو السلطنة، وإنما للملتقط على اللقيط ولاية الحفظ والتربية.¹

ونفقة اللقيط من ماله الخاص إن وجد له مال، فإن لم يوجد فنفقته على بيت مال المسلمين، وإلا فيرى الحنابلة أنه على كل مسلم علم بحاله الانفاق عليه.²

والتقاطه واجب على من وجدته، لقول الله تعالى: "وتعاونوا على البر والتقوى" ولأن فيه إحياء نفس، فكان واجبا، كإطعامه إذا اضطر وإنجائه من الغرق، ووجوبه على الكفاية إذا قام به واحد سقط عن الباقيين.³

وكفالة اللقيط فرض عين في الشريعة الإسلامية على أول من وجدته، وهو قول عامة أهل العلم، وحكى ابن المنذر الإجماع في ذلك، وهو إختيار الشيخ ابن عثيمين، لأنه لو قلنا بعدم على الأول لجاء واعتذر، ثم اعتذر الثاني والثالث أيضا، فيضيع الطفل بينهم، لاسيما إذا كان في أيام الحر والصيف أو أيام البرد والشتاء، فعلى هذا يجب على أول من يجده أن يأخذه، إلا إذا رأى شخصا آخر يقول دعه لي، فهنا حصلت الكفاية.⁴

وبذلك كانت الشريعة الإسلامية تحمي اللقيط، وهو ما قرره القانون الوضعي الحالي بأن خلق المشرع الجزائري مؤسسات خاصة هي مؤسسات الطفولة المسعفة، ومنها اللقيط، ونفقته من خزينة الدولة أو تبرعات المسلمين وهباتهم أشخاصا ومؤسسات، وما على من يجد اللقيط إلا أن يلتقطه ويذهب به إلى المؤسسة الأقرب إليه، والحال

¹ د- محمد ربيع صباهي- بحث بعنوان: أحكام اللقيط في الشريعة الإسلامية" دراسة فقهية تربوية -مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية- المجلد 25- العدد الأول 2009 ص 803.

² د- محمد ربيع صباهي- المرجع السابق - ص805

³ محمود بن أحمد أبو مسلم - تحفة اليتيم واللقيط - بحث منشور بموقع تحفة الألوكة : ص 112 www.alukah.net

⁴ محمود بن أحمد أبو مسلم - تحفة اليتيم واللقيط - المرجع السابق - ص 113

أن المشرع الجزائري قد نص على أن المؤسسة يتعين أن تكون في كل ولاية عبر التراب الوطني، كما سبق وأن رأينا.

2- كفالة من تخلت عنه والدته وكان أبوه مجهولا.

تندرج هذه الفئة تحت فئة الطفولة المسعفة، فهو طفل ابن زنى خافت امه من عار جريمة الزنى او من انتقام أهلها منها، فأصبحت بدورها معرضة للخطر، وبذلك فتح لها القانون أن تتنازل عن الطفل، ومنحها مهلة للتفكير، فإن تراجعت بعد فوات فترة الوضع وقبل فوات ثلاثة أشهر من التخلي أعيد إليها الطفل، أما إن غادرت بلا رجعة، وتجاوزت المدة الثلاثة أشهر المقررة، أجاز القانون لمؤسسة الطفولة المسعفة إبرام عقد الكفالة للطفل إن وجد من يطلب كفالته.

3- كفالة من وضعه القضاء في مؤسسات الطفولة المسعفة لوجوده في حالة

خطر أو لإسقاط الأبوة عن والديه.

هؤلاء الأطفال وضعهم خاص نوعا ما، فهم أطفال تحت وصاية القضاء، ومثاله حالات الخصومة الشديدة بين الاب والام وانتهائها بالطلاق، لاسيما إذا كان كل منهما يرفض حضانة الطفل، وأصبح يُرمى بينهما، وعاین قاضي الأحداث او الموظفين المكلفين بالوسط المفتوح لمديريات التضامن الوطني أنه في حالة خطر، او الاطفال الذين يتعرضون لأعمال عنف من الابوين معا، او الاطفال ضحايا الإعتداءات الجنسية، وكل الأعمال المجرمة على الطفل بصفة عامة، وقد نظم المشرع الكفالة بالنسبة إليهم بنص خاص هو المرسوم التنفيذي رقم 19-70 المؤرخ في 19-02-2019 الذي يحدد الشروط الواجب توفرها في الاشخاص والعائلات الجديرين بالثقة

لرعاية الطفل في خطر¹، والكفالة في هذه الحالة تخضع لرقابة قاضي الاحداث، وهو الذي يقرر مدى أحقية الطالب في الاستفادة من الكفالة كما سيأتي توضيحه عند الحديث عن إجراءات الكفالة².

4- كفالة الأيتام.

اليتيم هو الانفراد، واليتيم: الفرد وكل شيء مفرد، وأصل اليتيم الغفلة، وبه سمي يتيما لأنه يتغافل عن بره، كما قيل أن اليتيم الابطاء، لأن البر يبطئ عنه، وكلمة اليتيم في أصلها اللغوي تدور حول الإنفراد والضعف والبطء، والحاجة وتلك صفات في واقع حال اليتيم.

وتقول العرب: اليتيم الذي يموت أبوه، و"العجي": الذي تموت أمه، ومن مات أبواه فهو "لطيم".

واليتيم شرعا من مات أبوه وهو دون البلوغ، مع اختلاف الفقهاء حول هذه السن³. و كفالة الايتام نظمتها الشريعة الاسلامية قديما، لقول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم: "أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا، وأشار بالسبابة والوسطى وفرج بينهما شيئا"⁴.

ويندرج اليتيم ضمن حالات الطفولة المسعفة المتواجدة بمؤسسات الطفولة المسعفة، ويدخل بالتالي ضمن الحالات التي تجوز كفالتها.

¹ المرسوم التنفيذي رقم 19-70 المؤرخ في 19-02-2019 الذي يحدد الشروط الواجب توفرها في الاشخاص والعائلات الجديرين بالثقة لرعاية الطفل في خطر – الجريدة الرسمية عدد 12- مؤرخ في 24-02-2019.

² راجع الصفحة 373 وما يليها من هذا البحث.

³ عبد الله بن ناصر بن عبد الله السرحان- فضل كفالة اليتيم – الرياض - المملكة العربية السعودية – 1421 هجري – ص

5- كفالة من تخلى عنه والداه وهما معروفان.

وهي حالة الفقر والجوع والحاجة، وهي حالة عاينا أنها نادرة جدا لاهتمام الدولة بالعائلات ذات الدخل الضعيف لاسيما التي لها اطفال، ومع ذلك فإن وجدت هذه الحالة تحت أي ظرف كان، فإنها تتدرج ضمن حالات الكفالة.

الفرع الثاني: فضل كافل الطفل المسعف.

أدرجنا هذا الفرع ضمن البحث للرد عن يدعي أن الكفالة غير جائزة في حالة ابن الزنى، ومجهولي الابوين، ومن ذلك فقد توصلنا في بحثنا الى بعض الفتاوى في موضوع كفالة اللقيط ومجهولي الابوين وابن الزنى لا بأس من إدراجها لتوضيح الموقف، اعتبارا أن قانون الاسرة الجزائري مستمد من الشريعة الاسلامية، وأن الأسر الجزائرية حريصة على دينها، وقد تؤثر عليها بعض الإدعاءات في هذا الموضوع، مما يؤدي الى المساس بحق الطفل المسعف في العيش طبيعيا وسط محيط عائلي.

1- دار الإفتاء المصرية.

- أفتت دار الافتاء المصرية في جواب عن سؤال موضوعه: "هل كفالة ولد الزنى يؤجر عليها كافلة كما يؤجر على كفالة اليتيم؟"

فأجابت بتاريخ 24-08-2004 بما يلي¹:

" حث الاسلام على كفالة اليتيم والإحسان إليه والقيام بأمره ومصالحه، وجعل الرسول صلى الله عليه وآله وسلم كافل اليتيم مجاورا لرسول الله في الجنة، فقال صلى الله عليه وآله وسلم فيما رواه مسلم: "أنا وكافل اليتيم - له أو لغيره - في الجنة كهاتين"، وأشار مالك باصبعيه السبابة والوسطى.

¹ فتوى رقم 464 بتاريخ 24-08-2004 موقع دار الإفتاء المصرية www.dar.alifta.org

والمراد بقوله "له": أن يكون اليتيم معروف النسب للكافل، والمراد بكلمة " لغيره" أن يكون اليتيم مجهول النسب للكافل.

وبناء عليه وفي واقعة السؤال: فإن كفالة ولد الزنى يؤجر عليها الكافل كما يؤجر على كفالة اليتيم معروف النسب تماما، وأمرهما سواء.
والله تعالى أعلم. " انتهت الفتوى.

- كما أفتت دار الافتاء المصرية بخصوص كفالة مجهول النسب، في جواب

عن سؤال كان موضوعه: " نحن جمعية لرعاية الايتام، نقوم بكفالة الابناء داخل الجمعية حتى سن 21 عاما، من جميع أوجه الرعاية ونرجوا إفادتنا بالآتي: في أي سن يمكن أن تتوقف الكفالة المالية للابناء، وهل يدخل في كفالة اليتيم كفالة مجهول النسب؟...."

فأجابت دار الافتاء المصرية بما يلي¹:

" كفالة اليتيم ممتدة شرعا الى حين استغنائه بنفسه عن كافله، يدل على ذلك قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم: " من ضم يتيما بين أبوين مسلمين الى طعامه وشرابه حتى يستغني عنه وجبت له الجنة البتة" رواه احمد وغيره، ويدخل في معنى اليتيم مجهول النسب، بل هو أولى بالعبادة، لأن العلة في فضيلة كفالة اليتيم هي حرمانه من ابيه، وهذه العلة متحققة في مجهول النسب، بصورة أشد تأثيرا في النفس وفي أمور الحياة التي تحتاج الى مزيد من العناية...." انتهت الفتوى.

¹ فتوى رقم 461 بتاريخ 2012-04-02 موقع دار الإفتاء المصرية www.dar.alifta.org

وهي فتوى تبين بوضوح أن كفالة مجهول النسب أولى من اليتيم معلوم النسب، كون معلوم النسب وإن كان يتيماً فإنه على الأقل يعرف والديه، في حين أن مجهول النسب يعاني مرارة اليتيم والجهل بوالديه وهي أشد تأثيراً في النفس كما جاء في الفتوى عن حق.

2- اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء السعودية:

جاء في فتوى لهذه اللجنة بتاريخ 24-12-1419 هجري ما يلي¹:

" ان مجهولي النسب في حكم اليتيم، لفقدهم لوالديهم، بل هم أشد حاجة للعناية والرعاية من معروفني النسب، لعدم معرفة قريب يلجئون اليه عند الضرورة، وعلى ذلك فإن من يكفل طفلاً من مجهولي النسب فإنه يدخل في الأجر المترتب على كفالة اليتيم لعموم قوله صلى الله عليه وسلم: " أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا، وأشار بالسبابة والوسطى وفرج بينهما شيئاً" رواه البخاري. انتهت الفتوى.

كما جاء في فتوى أخرى بتاريخ 22-10-1420 هجري ما يلي:

" من أبواب الإحسان في شريعة الإسلام حضانة اللقيط المجهول النسب، والإحسان إليه في كفالته وتربيته تربية إسلامية صالحة، وتعليمه فرائض الدين وآداب الشرع وأحكامه، وفي هذا أجر عظيم، وثواب جليل، ويدخل في الأجر المترتب على كفالة اليتيم لعموم قول النبي صلى الله عليه وسلم: " أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا، وأشار بالسبابة والوسطى وفرج بينهما شيئاً" رواه البخاري. انتهت الفتوى².

يتضح من هذه الفتاوى أن كفالة الطفل المسعف فعل جائز شرعاً، مأجور صاحبه خير الأجر، فهم بشر كباقي الأطفال، إنما وجدوا في الدنيا بخطأ لم يرتكبه، وإنما

¹ عبد الله بن ناصر بن عبد الله السرحان- فضل كفالة اليتيم - المرجع السابق - ص13- فتوى رقم 20711.

² عبد الله بن ناصر بن عبد الله السرحان- فضل كفالة اليتيم - المرجع السابق - ص13- فتوى رقم 21145.

ارتكبه أشخاص بقوا مجهولين حتى بالنسبة لهم، فبأي ذنب يتحمل الطفل الصغير زنى والديه، وهل تزرر وازرة وزر اخرى؟

إن الادعاء أن ابن الزنى ابن حرام لا تجوز كفالتة، إِدعاء يخالف المنطق والعقل السليم، والحال أن الشريعة الاسلامية شريعة منطق وعقل سليم، ولا يمكن بحال أن تخالفهما، وقد أثبتنا بفتاوى أهل الاختصاص أن كفالة ابن الزنى ومجهول الابوين واللقيط كلها جائزة بل واجبة في بعض الاحيان لحفظ نفس الطفل، وأن الاجر عليها عظيم.

المبحث الثاني: إجراءات كفالة الطفل المسعف وآثارها.

عقد كفالة الطفل المسعف عقد ذو طابع خاص، وتكمن خصوصيته في موضوعه وهو الطفل المسعف، فالعقد ينصب اولاً على بشر، ثم ينصب ثانياً على بشر صغير، ثم ينصب ثالثاً على بشر صغير يعاني من صعوبة الحياة والتواجد فيها منذ ظهر في الحياة، فهو منبوذ من أهله، او فاقد لهم، او ضال عنهم؛

وهي كلها ظروف تقتضي إيلاء عناية خاصة لهذا العقد من المشرع، ومن المتعاملين في هذا المجال والمتدخلين فيه، لاسيما مصالح التضامن الوطني، ومؤسسات رعاية الطفولة المسعفة، وقاضي الأحداث؛

فبالإضافة الى أركان التعاقد العامة المعروفة لدى كل العقود، يتميز هذا العقد بأمور إضافية، وإجراءات خاصة يتعين توضيحها.

غير أن هذه الخصوصية لا ينبغي أن تتحول الى عائق وسد في وجه كل من أراد كفالة الطفل، إذ ينبغي الحذر من حرمان الطفل من حقه في التكفل به، والموازنة بين حماية حقه في الحياة وعدم التعرض للخطر، وبين حقه في العيش ضمن عائلة، وعدم تعقيد الاجراءات وتبسيطها وتسريعها.

وكباقي العقود يرتب عقد كفالة الطفل المسعف آثارا هامة ينصب بعضها على الطفل المكفول، وينصرف البعض الاخر الى الكفيل، وهو ما نسعى الى توضيحه في المطالبين التاليين.

المطلب الأول: إجراءات إبرام عقد كفالة الطفل المسعف.

الفرع الأول: الجهة المكلفة بإبرام العقد.

عقد كفالة الطفل بصفة عامة عقد ينبغي أن يبرم أمام جهتين اثنتين، ويعد كل عقد خارجهما عقدا باطلا لا أثر له، وهما المحكمة والموثق، طبقا لاحكام المادة 117 من قانون الاسرة.

أ- **الموثق**: يبرم الموثق عقد كفالة الطفل بشكل رسمي بحضور الطرفين الكفيل والمكفول والجهة المشرفة عليه، وحضور شاهدين، وإن كان للطفل ابوين او احدهما، ويتعين أن يأخذ الموثق برأي الطفل حول الكفالة.

تلك هي مقتضيات القانون النظرية، غير أن الواقع تتخلله بعض الصعوبات، اعتبارا أن الطفل الذي يؤخذ رأيه ينبغي أن يكون مميزا، والحال أن أغلب الأطفال محل العقد هم أطفال صغار قد لا تتجاوز أعمارهم الأشهر المعدودة.

ثم إن هذا الوضع ينصب على الطفل العادي، أما الطفل المسعف، فهل يجوز أن يخير بين البقاء في مؤسسة الطفولة المسعفة، وبين الكافل المتقدم لكفالاته؟ وهل عرض الأمر عليه يعد قانونيا ومنطقيا؟.

نرى أن هذه المادة قاصرة جدا، ولم تتطرق بالتفصيل الى أنواع الاطفال محل الكفالة على غرار النصوص المنظمة للكفالة كلها، اعتبارا أن الطفل المسعف له وضع خاص، ويتعين على المشرع أن يفرد له اجراءات خاصة لكفالاته.

ومن ذلك نرى أنه لا يجوز استشارة الطفل المسعف المتواجد بمؤسسات الطفولة المسعفة عن رأيه في كفالاته من شخص آخر، إعتبارا أنه طفل لا يعرف مصالحه، وأنه قد يفرط فيما هو مهم لأجل ما هو أقل اهمية بالمؤسسة لا سيما وسائل اللعب والترفيه، في حين أن حماية حقه في النمو العادي والسليم نفسيا واجتماعيا يقتضي أن يتواجد ضمن عائلة يتعلم منها الحياة العادية كغيره من الاطفال.

ومن ثمة فإن الاهتمام يجب أن ينصب على الجهة التي تشرف على عقد الكفالة، فالموثق يجب أن تحدد مهامه في إبرام الصفقة بشكل جدي ومفصل كما هو بالنسبة للقاضي، إذ لا يعقل أن يفرد المشرع نصوص خاصة لتوجيه القاضي في كيفية إبرام عقد كفالة الطفل المسعف، بمقتضى قانون الاجراءات المدنية والادارية، وبمقتضى مراسيم خاصة بالنسبة لقاضي الاحداث تابعة للقانون 15-12 المؤرخ في 15-07-2015 المتضمن قانون الطفل¹، في حين أن الموثق لا يحوز إلا النصوص العامة المنظمة لعقد الكفالة المدني الخاص بالمعاملات.

¹ القانون 15-12 المؤرخ في 15-07-2015 المتضمن قانون الطفل – الجريدة الرسمية عدد 39 مؤرخة في 19-07-2015.

ومن ثمة يتعين على الموثق أن يقوم بالبحث اللازم للتأكد من أن الكافل جدير بالثقة، وهو أهل لكفالة الطفل ومعاملته معاملة ابنه من صلبه قبل إبرام العقد.

ب- المحكمة.

نصت المادة 117 من قانون الاسرة على أن عقد كفالة الطفل يحرر أمام المحكمة دون توضيحات اخرى.

غير أن هذه التوضيحات وردت بقانون الاجراءات المدنية والادارية، بالكتاب الثاني، الباب الأول، الفصل الأول، القسم السادس تحت عنوان " إجراءات الكفالة" إذ نصت المادة 492 أنه " يقدم طلب الكفالة بعريضة من طالب الكفالة أمام قاضي شؤون الأسرة لمحكمة مقر موطن طالب الكفالة."

وبالتالي تكون المادة قد حددت الإجراء الأول وهو الطلب، الذي ينبغي أن يكون في شكل عريضة وليس دعوى قضائية، كما حددت المادة الاختصاص وهو المحكمة التي يتبع لها مقر موطن طالب الكفالة.

يبدو منذ البداية أن المشرع تحدث عن الطفل العادي، ولم يتحدث عن الطفل المسعف، فالطفل المسعف موجود في مؤسسة عمومية للرعاية، وهي بدورها لها مقر وتابعة لاختصاص محكمة ذلك المقر، وأن تقديم الطلب بمحكمة موطن الكافل قد يتعارض مع محكمة مكان تواجد المؤسسة، فأبي المحكمتين تختص؟

ثم إن هذه المادة بنيت على افتراض أن الكافل والطفل المكفول يقيمان بنفس الاختصاص، فماذا لو كان الكافل يقيم باختصاص غير مكان تواجد الطفل الذي يريد أن يكفله؟

نرى أنه كان على المشرع عدم مخالفة الاحكام العامة للاختصاص وهي محكمة المدعى عليه او المطلوب" الطفل المكفول في هذه الحالة"، وبالتالي كان على المشرع أن يحدد الاختصاص بمكان تواجد الطفل المكفول لتسهيل العملية بالنسبة للطفل العادي وبالنسبة للطفل المسعف على حد سواء، فكلاهما لا يضطر لاي انتقال، وإنما طالب الكفالة هو من يسعى الى الطفل.

ثم نصت المادة 493 أنه" يفصل القاضي في طلب الكفالة بأمر ولائي"

وبذلك تكون هذه المادة قد سهلت إجراءات الكفالة، إذ نصت على أن الفصل في الطلب يكون بأمر ولائي، أي أنه لا يحتاج الى الوجاهية المقررة في التقاضي، وما تأخذه من وقت تحضيره ومن تبادل للعرائض، وإنما يمكن للقاضي أن يسمع الأطراف مباشرة ويقرر في الأمر في نفس اليوم.

ثم نصت المادة 494 أنه" ينظر في طلب الكفالة في غرفة المشورة، بعد أخذ رأي ممثل النيابة العامة."

وهنا ينبغي أن نشير الى مسألتين:

الاولى أن تقرير المشرع ان نظر طلب الكفالة يكون في غرفة المشورة له تأثير ايجابي على الطفل، اعتبارا أن غرفة المشورة لا يدخلها إلا القاضي وكتبه والاطراف، فهي تضمن السرية وحماية المعطيات الخاصة بالطفل.

والثانية أن النيابة العامة في القضاء الجزائري طرف أصلي في قضايا الأحوال الشخصية من جهة، ويتعين أخذ رأيها في كل مسألة تتعلق بالطفل كونها من النظام العام، وأن ممثل النيابة بما له من صلاحيات واسعة على مصالح التحريات من أمن ودرك وغيرها يمكن أن يفيد القاضي في التأكد من أحقية الطالب في الكفالة، كما أن

كون النيابة طرف يسمح لها بالطعن بالاستئناف في الامر الصادر من القاضي إذا كان برفض الكفالة، وأن طعن النيابة يكون لفائدة المجتمع والطفل القاصر معا¹.

وتقضي المادة 495 انه: "يتأكد قاضي شؤون الاسرة من توفر الشروط الشرعية المطلوبة في الكافل، وعند الاقتضاء، يأمر بإجراء تحقيق او اي تدبير يراه مفيدا للتأكد من قدرة الكافل على رعاية المكفول والإنفاق عليه وتربيته."

بذلك تكون هذه المادة قد فتحت المجال واسعا أمام القاضي للتأكد من جدية طالب الكفالة في القيام بما يسند إليه في تربية الطفل ورعايته، ويمكنه الإستعانة بكل الوسائل المتاحة، وبأنه يستطيع بالامكانيات الموضوعة تحت تصرف وكيل الجمهورية ما دام هذا الأخير معني بالطفل المسعف محل طلب الكفالة.

يتعين أن نشير هنا أن المادة 493 قد اشارت الى أن القاضي يفصل بأمر ولائي، فالامر هنا يراد به قبول الطلب او رفضه، أما إذا قبل القاضي الطلب فإنه يصدره في شكل "عقد كفالة"، وهو نموذج ثابت وموحد لدى كل قضاة الجمهورية، يتضمن الهوية الحالية للطفل، والهوية الكاملة للكافل، والالتزامات الملقاة على عاتقه، والامتيازات المخولة له بمقتضى رعاية الطفل وبسببها.

الفرع الثاني: ثقل الإجراءات وتداخل الصلاحيات وتأثيرهما على حق الطفل المسعف في العيش في وسط عائلي.

تبدو هذه الاجراءات بسيطة وواضحة، غير أن هذه البساطة والوضوح مردها الى أن القانون افترض أن الطفل يكون عاديا في كل الاحوال، وافترض أن أهل الطفل موافقون على تسليمه للطالب لكفالاته، غير أن هذه الإجراءات تتعد لما يتعلق الأمر بالطفل

¹ تقبل الأوامر على العرائض الطعن بالاستئناف في القانون الجزائري، وهي قابلة للإستئناف أمام رئيس المجلس، في ظرف خمسة عشر يوما من تاريخ الأمر بناء على أحكام المادة 312 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

المسعف، اعتبارا أن الطفل يكون في مؤسسة عمومية تحتاج الى إجراءات إدارية للموافقة، وان القانون لم ينظم هذه الاجراءات بالشكل الواضح، واعتبارا لتداخل الصلاحيات حول الطفل المسعف لاسيما الطفل المسعف الموضوع بأمر القضاء، بالخصوص قاضي الأحداث.

أ- تداخل صلاحيات قاضي الأحداث، وقاضي شؤون الأسرة، ومدير النشاط الإجتماعي وتبعاً له مدير مؤسسة الطفولة المسعفة.

نص القانون 12-15 المؤرخ في 15-07-2015 المتضمن قانون الطفل، في المادة 36 منه على انه: " يمكن لقاضي الاحداث أن يامر بوضع الطفل بصفة مؤقتة في:

- مركز متخصص بحماية الاطفال في خطر.
- مصلحة مكلفة بمساعدة الطفولة.
- مركز او مؤسسة استشفائية إذا كان الطفل في حاجة الى تكفل صحي او نفسي."
- ومن ذلك فإن قاضي الاحداث إذا عاين أن الطفل الصغير أقل من السن المقرر لوضعه في مؤسسات حماية الاطفال، وكان الطفل لا يزال بحاجة الى الحضانة ورعاية الأمومة، يأمر بوضعه في مؤسسة للطفولة المسعفة، فيكون بذلك طفلاً مسعفاً لمدة لا تتجاوز ستة (06) اشهر طبقاً للمادة 37 من ذات القانون، ثم بعد ذلك يتعين على قاضي الاحداث أن يتخذ اجراء بخصوص هذا الطفل طبقاً لما نصت عليه المادة 40 من ذات القانون ونصها: " يتخذ قاضي الأحداث ، بموجب أمر، أحد التدابير الآتية:
- إبقاء الطفل في أسرته.

- تسليم الطفل لوالده او لوالدته الذي لا يمارس حق الحضانة، ما لم تكن قد سقطت عنه بحكم.

- تسليم الطفل إلى أحد أقاربه.

- تسليم الطفل إلى شخص أو عائلة جديرين بالثقة¹...."

وتقضي المادة 41 انه "يجوز لقاضي الأحداث أن يأمر بوضع الطفل:

- بمركز متخصص في حماية الأطفال في خطر.

- بمصلحة مكلفة بمساعدة الطفولة."

وتوضيحا لهذه الأحكام نشير:

أن قاضي الاحداث بعد أن يصل الى علمه أن الطفل في خطر معنوي، يمكنه أن يأمر بوضع الطفل في مؤسسة للطفولة المسعفة اثناء فترة التحقيق التي لا ينبغي أن تتجاوز 06 اشهر، وبعد نهاية التحقيق يتصرف طبقا لما ورد بالمادتين 40 و 41 من قانون الطفل، إما بابقاء الطفل في اسرته إذا تبين من التحقيق زوال حالة الخطر عليه، وإما تسليم الطفل الى أحد والديه غير الحاضن له، وإما الى أحد اقاربه، وإما الى

¹ تم توضيح مفهوم الشخص او العائلة الجديرين بالثقة، بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 19-70 المؤرخ في 19-02-2019 الجريدة الرسمية رقم 12-2019، بتاريخ 24-02-2019 الصفحة 06، وجاء في مادته الثالثة ما يلي: "يشترط أن تتوفر في الشخص الجدير بالثقة ما يلي:

- الجنسية الجزائرية.

- التمتع بالأخلاق والسيرة الحسنة.

- التمتع بالحقوق المدنية و السياسية .

- التمتع بالقدرة الجسدية والعقلية.

- القدرة المادية الكافية لتغطية إحتياجات الطفل.

وإذا تعلق الامر بعائلة جديرة بالثقة، يشترط توفر الشروط المذكورة في هذه المادة في مقدم الطلب.

كما ورد بالمادة 05 من نفس المرسوم التنفيذي: "يشترط أن يسجل الشخص والعائلة الجديرين بالثقة في القائمة الإسمية التي يعدها ويمسكها قاضي الأحداث على مستوى كل جهة قضائية والذي يسهر على تحيينها الدوري.

شخص او عائلة جديرين بالثقة، وإما يعيده الى مؤسسة الطفولة المسعفة او مؤسسة حماية الطفولة في خطر حسب سنه.

فهل يجوز لمدير مؤسسة الطفولة المسعفة أن يبرم عقد كفالة للطفل بعد عودته الى المؤسسة إثر نهاية التحقيق؟ وإذا كان قاضي الاحداث يمكنه أن يأمر بأمر غير قابل لأي طعن، بتسليم الطفل الى شخص او عائلة جديرين بالثقة، لمدة قد تتراوح ما بين سنتين قابلة للتجديد، الى غاية 18 سنة (سن الرشد الجزائي)، وقد يمددها للضرورة الى غاية 21 سنة، كما ورد بالمادة 42 من قانون الطفل، فهل هذا الامر يعد بمثابة عقد كفالة للطفل؟

ما لاحظناه عمليا أن مدير المؤسسة بعد عودة الطفل اليه اثر قرار قاضي الاحداث بوضعه بها، يمكنه أن يبرم عقد الكفالة بعد التشاور مع قاضي الاحداث، كما عاينا أن بعض قضاة الاحداث اجتهدوا في الامر، واعتبروا الطفل في حالة خطر مستمر، وأمروا هم بتسليم الطفل الى شخص او عائلة جديرين بالثقة اعتمادا على المادة 40 اعلاه، بل إن بعض قضاة الاحداث اعتبروا كل الاطفال الموجودين في مؤسسات الطفولة المسعفة بمثابة اطفال في خطر معنوي، ووسعوا اختصاصهم بتسليمهم الى الاشخاص الجديرين بالثقة بأمر، وهو في الحقيقة أمر نرى فيه تعدي على صلاحيات مؤسسات الطفولة المسعفة، غير أن الأوامر الصادرة هي غير قابلة لأي طعن.

ب- طبيعة الأمر الصادر عن قاضي الأحداث.

لقاضي الاحداث الولاية العامة على الاحداث في خطر معنوي، غير أن تداخل النصوص القانونية، بين تخويل قاضي شؤون الاسرة بإبرام عقود الكفالة، والنص في القانونين الاسرة والاجراءات المدنية أن الامر يتعلق بعقد كفالة، وتحديد نموذج موحد

لهذا العقد، ثم استعمال مصطلح أمر في قانون الطفل، أدى بالادارات العمومية الى التوهان حول طبيعة هذا الامر، وبالخصوص إذا علمنا أن كل قاضي أحداث يجتهد في تضمين الامر الصادر عنه ما أمكنه من الالتزامات التي يتعين أن يقوم بها الشخص الذي يسند إليه الطفل، فهل هذا الأمر عقد كفالة؟

ما عايناه بالمحاكم أثناء دراستنا أن الاشخاص المستفيدين من الأوامر الصادرة عن قاضي الأحداث، يضطرون الى تقديم طلب جديد بناء على هذه الأوامر الى قاضي شؤون الأسرة للحصول على عقد الكفالة طبقا للمواد من 492 الى 495 من قانون الإجراءات المدنية والادارية، اعتبارا أن بعض الادارات لا تعرف هذه الاوامر، وتشترب عقد الكفالة.

ونرى أن الامر الصادر عن قاضي الاحداث لا يجوز أن يحوله قاضي شؤون الاسرة الى عقد كفالة، اعتبارا أن قاضي الاحداث ملزم بتمديد الامر الصادر عنه كل سنتين في حدود 18 سنة او 21 سنة حسب حالة الطفل، كما يمكنه أن يأمر بالغاء الامر تماما واتخاذ اجراء اخر لصالح الطفل طبقا للمادة 42 من قانون الطفل.

غير اننا ينبغي أن نشير الى عدم دقة المشرع في صياغة هذه الاحكام، إذ كان على المشرع أن يمنح قاضي الاحداث، وهو صاحب صلاحيات واسعة في مجال الطفل، أن يمنحه الصلاحية الكاملة في منح عقد كفالة على الطفل، اعتبارا أن عقد الكفالة مؤقت كما اشرنا، وأن يجيز مباشرة لقاضي الاحداث استعمال نفس النموذج المخصص لقاضي شؤون الاسرة، بل إن قاضي الاحداث يكون أكثر ملاءمة للطفل، اعتبارا أن القانون قد خوله مسك قائمة أولية خاصة بالأشخاص الجديرين بالثقة، وله

كل الإمكانيات من ضبطية قضائية ووسط مفتوح ومصالح نيابة الجمهورية للتحقيق حول هؤلاء مسبقا.

كما ينبغي أن نشير الى أن الدراسة قد قادتنا الى حقيقة هامة، مفادها أن اشتراط المشرع أن تكون فترة وضع الطفل لدى الشخص الجدير بالثقة لمدة سنتين قابلة للتجديد ضارة اكثر منها نافعة، إذ لاحظنا أن الطفل يبقى دائما في حالة خوف وشك وتشتت افكار وهواجس من أن قاضي الاحداث سيوقف العملية ويعيد الطفل الى وضعه الاول، وهو أمر يثير قلق العائلة المستقبلة، ويؤدي الى ضعف الإقبال على العملية، فالعائلات دائما ما تسعى الى كفالة طفل بشكل نهائي، وتسعى أن يكون بمثابة ابنها، لاسيما المحرومون من الاطفال للعقم او عدم الزواج، وإن هذا القلق ينعكس على اسلوب تربية الطفل، ونرى أن قاضي الاحداث عليه أن يوسع التحقيق منذ البداية، ولو أطال فيه لأكثر من ستة اشهر التي حددها المشرع عن خطأ بالمادة 37 من قانون الطفل، وأن يفصل بشكل نهائي في وضع الطفل، إما أن يعيده الى عائلته إن زال الخطر عليه، او أن يسلمه الى شخص جدير بالثقة بصفة نهائية، وله كل الوسائل لمتابعة وضعه، وألا يكون إنهاء هذا الوضع إلا بالإخلال الجسيم من الشخص الجدير بالثقة والاضرار بالطفل بشكل ثابت ومعين، وأن يسمح لاهل الطفل إن وجدوا بزيارته، وعدم فك الرابط الدموي بينه وبينهم، على أن يوضح المشرع هذه الاحكام في بنود عقد الكفالة، وأن يكون هذا العقد في شكل ملحق لقانون الطفل، مدروس بكل عناية، وبالشكل الذي يحمي الطفل، ويسمح له بالاستقرار والنمو العادي، ويسمح للعائلة المستقبلية له بمعاملته كإبنها وتنشئته على هذا الأساس.

تلك إجراءات كفالة الطفل المسعف، وعيوبها، وما رأيناه ضرورياً لإصلاحها، فماذا عن آثارها؟

المطلب الثاني: آثار عقد كفالة الطفل المسعف.

لعقد الكفالة آثار هامة على الكفيل و على الطفل المكفول، سواء من حيث الولاية على المال او الولاية على النفس، او إنهاء عقد الكفالة.

الفرع الأول: آثار الكفالة من حيث الولاية على نفس القاصر.

تقضي المادة 120 من قانون الاسرة انه: " يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب، وإن كان مجهول النسب تطبق عليه احكام المادة 64 من قانون الحالة المدنية".

أ- الآثار على إسم ولقب المكفول معلوم النسب.

لم يوضح القانون من المقصود بالطفل معلوم النسب، هل هو الطفل العادي الذي يتربى لدى والديه، ويقرران طوعا منح كفالته للكفيل، أم يقصد الطفل معلوم النسب الذي أصبح في حالة طفولة مسعفة نظرا لوضع من الأوضاع التي سبق الإشارة إليها، وهي إما إهماله من طرف والديه لنزاع شديد بينهما، او لتدخل القضاء لوجود الطفل في حالة خطر معنوي، او لادانة الوالدين او كلاهما بالتعدي على الطفل او حرمانهما او احدهما من الولاية على الطفل او غيرها من الحالات المؤدية الى الطفولة المسعفة. ومهما يكن، فإن الطفل في كلتا الحالتين يتعين أن يحتفظ بهويته كاملة، وأن تذكر هذه الهوية في عقد الكفالة بدقة.

وينبغي أن نشير هنا الى مسألة هامة هي أن هذه الفئة من الاطفال معلومي النسب لا تتدرج ضمن الحالات التي أجاز فيها المشرع للكافل تغيير لقب المكفول، بمقتضى

المرسوم 157-71 المؤرخ في 03-06-1971 المتضمن تغيير اللقب المعدل والمتمم¹ فالمكفول هنا ينبغي أن يظل محتفظاً بلقبه الاصلى، ولا تأثير لولاية الكافل على هويته.

ب- الآثار على إسم ولقب المكفول مجهول النسب.

ينقسم وضعه الى قسمين، مجهول النسب من الابوين، كحال اللقيط الذي لا يعلم عن هويته شيء، ومجهول النسب من الاب، وامه مسجلة في عقد ميلاده، وقد نصت المادة 120 من قانون الاسرة أن هذه الفئة تطبق عليها احكام المادة 64 من القانون 20-70 المتضمن قانون الحالة المدنية، وقد أشارت في الفقرة الثانية أن ضابط الحالة المدنية هو من يختار بنفسه الاسماء الخاصة بالاطفال اللقطاء، المولودين من ابوين مجهولين، والذين لم ينسب لهم المصرح اية اسماء، ويعين الطفل بمجموعة من الاسماء يكون أحدها لقباً له.

ومفاد المادة 120 من قانون الاسرة هنا أن الطفل ينبغي أن يبقى بالاسماء التي اختارها له ضابط الحالة المدنية.

غير أن صدور المرسوم التنفيذي 24-92 المؤرخ في 13-01-1992² المعدل للمرسوم التنفيذي رقم 157-71 المؤرخ في 03-06-1971 المتضمن اجراءات تغيير اللقب، أجاز للكافل أن يمنح لقبه للمكفول بإجراءات معينة، بسطها اكثر المرسوم

¹ المرسوم 157-71 المؤرخ في 03-06-1971 المتضمن تغيير اللقب المعدل والمتمم - الجريدة الرسمية عدد 47 مؤرخة في 11-06-1971.

² المرسوم التنفيذي 24-92 المؤرخ في 13-01-1992 المعدل للمرسوم التنفيذي رقم 157-71 المؤرخ في 03-06-1971 المتضمن اجراءات تغيير اللقب- الجريدة الرسمية عدد 05 مؤرخة في 22-01-1992.

التنفيذي رقم 20-223¹ المؤرخ في 08-08-2020، كما سبق الإشارة إليه عند الحديث عن حق الطفل المسعف في اللقب؛

وبالرغم من تعديل قانون الأسرة سنة 2005، إلا أن المشرع لم يعدل المادة 120 منه في هذا السياق، ما جعل البعض ينادي بعدم جواز تغيير لقب المكفول، بحجة أن هذا النص نص تشريعي مر على البرلمان، وأن النص الذي أقر الحق في تغيير اللقب هو مرسوم تنفيذي صادر عن السلطة التنفيذية، ولا يجوز حسب دستور الجزائر أن يخالف نص تنفيذي نصا تشريعيا².

وقد تم تعديل المرسوم التنفيذي 71-157 المؤرخ في 03-06-1971 المتضمن تغيير اللقب مجددا بتاريخ 08-08-2020 بمقتضى المرسوم التنفيذي 20-223 ، لتسهيل الإجراءات وتوضيح بعض الحالات.

وبالتالي أصبح من حق الطفل المسعف المكفول أن يحصل على لقب كافله، وان هذا الامر لا تأثير له على وضع الطفل كونه مكفول، ولا علاقة له بالتبني، كون الاجراء المتضمن تغيير اللقب سيسجل في كل السجلات في الجهات الثلاث، المحكمة والمجلس القضائي والبلدية، والسجل الالكتروني الوطني للحالة المدنية؛

كما ينبغي أن نشير الى أن ما تمنحه الكفالة من سلطة للكافل على نفس المكفول أنه يمكنه تغيير الاسم الخاص بالطفل إن كان لا يناسبه، بمجرد طلب بسيط للمحكمة، لا يتعدى الفصل فيه الأسبوع الواحد، وبذلك يزيل الطفل كل ما يذكره بماضيه الأليم، ويجعله يعيش في سلام وطمأنينة نفسية وسط عائلته الكافلة الجديدة.

¹ المرسوم التنفيذي رقم 20-223 المؤرخ في 08-08-2020 المعدل للمرسوم التنفيذي رقم 71-157 المؤرخ في 03-06-1971 المتضمن اجراءات تغيير اللقب- الجريدة الرسمية عدد 47 مؤرخة في 11-08-2020.
² د- العربي بلحاج - أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد- المرجع السابق - ص 531.

ج- الكافل هو الولي الشرعي للمكفول.

تقضي المادة 121 من قانون الأسرة انه " تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية...".
ومن ذلك فإن الكافل يصبح مسئولاً كل المسؤولية عن الطفل المكفول، هو ممثله الشرعي أمام الإدارات العمومية بمقتضى الكفالة، وهو الممثل له في حالة الاستشفاء، وهو الممثل له أمام القضاء، وهو الممثل الاجرائي له، له أن يطلب باسمه كل الرخص الممكنة للقاصر، كرخصة تزويج القاصرة، ورخصة الإذن للقاصر بالتجارة، والرخص المطلوبة لانضمام القاصر لبعض المؤسسات الخاصة، كالرخصة المطلوبة للانضمام الى صفوف الجيش أشبال الامة، والرخص الخاصة بالمشاركة في الرحلات التثقيفية و الترفيهية المنظمة من قبل بعض المؤسسات التعليمية او الثقافية، ويمكنه أن ينتقل به الى الخارج، وبصفة عامة يتمتع الكافل بمقتضى عقد الكفالة بكل ما يتمتع به الاب البيولوجي.

الفرع الثاني: آثار الكفالة من حيث الولاية على مال القاصر.

قد تكون للطفل المكفول أموال وجدت معه، او تلقاها كهبة، او ورثها إن كان يتيما، ومن ثمة تعين إدارة هذه الاموال وتسييرها لصالح الطفل، ومن ذلك تقضي المادة 121 من قانون الأسرة انه: " تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الاصلي"

كما تقضي المادة 122 انه: " يدير الكافل اموال الولد المكفول المكتسبة من الارث، والوصية، او الهبة لصالح الولد المكفول".

وبه تكون هذه المواد قد خولت للكفيل كل الحقوق المخول للاب الاصلي للطفل، فتسري على الكفيل احكام المواد 88-89-90، ويتعين عليه أن يتصرف في اموال

المكفول تصرف الرجل الحريص، ويكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام، وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

- بيع عقار الطفل المسعف المكفول، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة حوله، لاسيما ما تعلق بارتفاقات العقار والعقارات بالتبعية له.

- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة، كالسيارة والشاحنة والبنديقية وغيرها.

- استثمار أموال القاصر بالاقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة.

- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد.

وإذا تعارضت مصالح الكفيل ومصالح المكفول يعين القاضي متصرفاً بناء على طلب من له مصلحة أو تلقائياً.

وينبغي أن نشير أن الولاية على أموال القاصر المكفول تخضع من حيث الإجراءات للاحكام الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الخاصة بالولاية على أموال القاصر من حيث الاختصاص، والترخيص والترشيد، والإذن بالتصرف في أموال القاصر، ورقابة التصرفات على أمواله والمنازعات حولها، طبقاً للمواد من 474 إلى 480 منه.

الفرع الثالث: إنتهاء الكفالة وإنهاؤها والتنازل عنها.

يتعين أن نشير قبل التفصيل في هذا الموضوع، أن المشرع الجزائري تحدث عن الكفالة بالنسبة للطفل عامة، ولم يخص الطفل المسعف بأحكام خاصة إلا بعض الإشارات؛

ولما كان وضع الطفل الطبيعي إن انتهت الكفالة أن يعود الى والديه الاصليين، والى كنف عائلة اخرى غير التي تربي فيها، فإن وضع الطفل المسعف صعب جدا، فإنهاء الكفالة بالنسبة اليه يقتضي عودته الى مؤسسة الطفولة المسعفة، وهو وضع عادة يرفضه الطفل ويرفض تقبله من الناحية النفسية على الاقل، لاسيما إن كان قد قضى مدة معتبرة لدى العائلة الكافلة، او كان قد تقدم في السن، فإنه يرفض كل رعاية من الموظفين بالمؤسسة، ويصعب تأقلمه من جديد إلا نادرا.

وعلى هذا الأساس وجب تنبيه القضاة ببذل كل عناية لترك الطفل وعدم انهاء الكفالة إلا في الحالات الطارئة التي لا بد منها، ومنها حالة الوفاة. ويتوقف أثر عقد الكفالة بطرق ثلاث، إما بالانتهاء، وهو ببلوغ المكفول سن الرشد المدني، او وفاة الكفيل، وإما بانهاء الكفالة بطلب من والدي القاصر إن كانا موجودين، او احدهما، وإما بالتنازل عنها لظرف من الظروف من الكفيل.

أ- إنتهاء الكفالة.

تنتهي الكفالة بوفاة الكافل طبقا لاحكام المادة 125 من قانون الاسرة، وفي هذه الحالة تنتقل الكفالة الى الورثة إن التزموا بضمانها، وألا يعاد الطفل المسعف الى مؤسسة الطفولة المسعفة.

وقد نصت المادة 497 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على الاجراءات اللازمة لانهاء الكفالة او تكليف احد الورثة، إذ قررت أنه عند وفاة الكافل، يتعين على ورثته أن يخبروا دون تأخير قاضي شؤون الاسرة الذي أمر بالكفالة، ويتعين على القاضي أن يجمع الورثة في ظرف شهر من تاريخ إبلاغه بالوفاة، من أجل سماعهم بشأن الإبقاء على الكفالة.

فإذا التزم الوارث بالإبقاء عليها، يعين القاضي احدهم كافلا للطفل، وفي حالة الرفض ينهاي القاضي الكفالة حسب نفس الأشكال المقررة لمنحها.

وبالرغم من أن قانون الاجراءات المدنية والادارية لم ينص صراحة على وضع الطفل في هذه الحالة، إلا أن القواعد العامة تقتضي أن يأمر القاضي بإعادة الطفل الى مؤسسة الطفولة المسعفة¹.

ولم يحدد القانون تاريخا لنهاية الكفالة دون الوفاة، غير أن استقراء المادة 116 من قانون الاسرة: " الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الاب بابنه..." تفيد انها تنتهي بقوة القانون ببلوغ الولد المكفول سن الرشد المدني وهو 19 سنة حسب المادة 40 من القانون المدني، إلا إذا كان غير متمتع بقدراته العقلية او حجر عليه، وبذلك تنتهي ولاية الكافل على نفس الطفل المكفول وعلى ماله. إلا فيما يخص النفقة، فإننا نرى أنه يتعين تطبيق احكام النفقة على المكفول، مادامت المادة 116 تشير الى الزام الكافل بالنفقة على المكفول كما ينفق الاب على ابنه الشرعي، ومن ثمة وجب تطبيق احكام المادة 75 على الكافل، بضرورة أن يستمر في نفقة المكفول الذكر الى سن الرشد، والاناث الى الدخول، وتستمر النفقة إذا كان الطفل المكفول عاجزا لآفة عقلية او بدنية او مزاولا للدراسة، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب.

وقد ذهبت المحكمة العليا في الجزائر الى هذا الاتجاه عندما قضت في قرار بتاريخ

13-12-2006 تحت رقم 369032 بما يلي:

¹ لحسين بن الشيخ آث ملويا- المرشد في قانون الأسرة - المرجع السابق - ص 344.

" يجب على الكافل القيام بالإنفاق على الطفل المكفول وتربيته ورعايته قيام الاب بابنه باعتباره وليا قانونيا ما لم يثبت قانونا تخليه عن الكفالة"¹.

ب- إنهاء الكفالة.

تنتهي الكفالة بطلب الوالدين إن كانا معلومين باسترجاع الطفل المكفول، وفي هذه الحالة تقضي المادة 124 أسرة انه: "إذا طلب الأبوان او أحدهما عودة الولد المكفول الى ولايتهما يخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز، وإن لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن من القاضي، مع مراعاة مصلحة المحضون".

تتوفر هذه الحالة في الطفل المسعف الذي أصبح مسعفا نظرا لوضع والديه الصعب، او لتدخل القضاء بنزعه منهما، والحالة الاخيرة هي الغالبة، وعادة ما يحاول الآباء البيولوجيون إلغاء القرارات القضائية المتضمنة نزع الطفل منهما، فإن تمكنا من ذلك، او كان وضعهما الإجتماعي قد تحسن، وكان الطفل قد تمت كفالته، يجوز لهما طلب استرجاعه من الكافل، على أن يكون ذلك في كل الاحوال أمام القضاء بدعوى عادية طبقا لاحكام المادة 496 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

وتخيير الولد البالغ سن التمييز " 13 سنة" أمر ضروري يترتب على عدم القيام به النقص، وهو ما ذهبت اليه المحكمة العليا في القرار رقم 71801 بتاريخ 21-05-1991، جاء فيه: "من المقرر قانونا أن المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والنظام العام لا يجوز الصلح بشأنها إلا بنص خاص".

¹ المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية - العدد 02 - 2007 - ص 443

ومن ثم فإن قضاة الموضوع باعتمادهم على وثيقة الصلح في إسناد كفالة البنت من دون سماع رأيها وتخييرها بين البقاء عند مربيتها أو الذهاب لوالدها رغم أنها بلغت سن التمييز فإنهم بذلك خرّقوا القانون¹

يمكن للقضاء أن ينهي الكفالة، إذا تبين أن الكافل يشكل خطراً على الطفل المكفول أو على ماله، بشكل واضح لا يدع مجالاً للشك، كأن تتم ادانة الكافل بجريمة اخلاقية مع حرمانه من السلطة الابوية، أو أن تتم إدانته ووضع حد لحرسته بالحبس أو السجن بالشكل الذي يؤدي الى انعدام من يرضى الطفل، أو كحالة ادانة الكافل بالتعدي على المكفول بجرائم العرض أو العنف، وفي هذه الحالات كلها يتعين على القاضي أن يأمر بإنهاء الكفالة وإعادة الطفل الى مؤسسة الطفولة المسعفة، أو إخطار قاضي الاحداث بأن الطفل أصبح في وضع خطر معنوي، ليتصرف بما يسمح له قانون الطفل.

ج- التنازل عن الكفالة.

تقضي المادة 125 من قانون الاسرة ان " التخلي عن الكفالة يكون أمام الجهة القضائية التي أقرتها، بعد إبلاغ النيابة العامة..."

ويمكن للكافل أن يتخلى عن كفالة الطفل إذا طرأ على حياته ظرف يمنعه من مواصلة كفالة الطفل، كالمرض المزمن الذي لا يرجى برئه، والذي يؤثر على كيفية قيامه بمصالح الطفل، أو التغير الكبير في وضعه الاجتماعي أو أي سبب جدي آخر. والتخلي لا بد أن يتم أمام القضاء، حتى ولو كانت الكفالة قد ابرمت امام الموثق²، لأن القاضي وحده من له الحق في تقدير مدى جدية طلب التخلي عن الكفالة من عدمه.

¹ أ- نيايى باديس - قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية - المرجع السابق - ص 94

² لحسين بن الشيخ آث ملويا- المرشد في قانون الأسرة - المرجع السابق - ص 343.

ويتم رفع دعوى التخلي عن الكفالة امام المحكمة المختصة التي ابرمت امامها الكفالة، ووفقا للاجراءات العادية لرفع الدعوى.

الفرع الرابع: التبوعات والوصايا من الكافل للمكفول.

يجوز للكافل أن يوصي او يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، وإن أوصى او تبرع باكثر من ذلك، بطل ما زاد عن الثلث إلا إذا اجازة الورثة طبقا لمقتضيات المادة 123 من قانون الاسرة.

ومن أهم العقود التي قد يعمد إليها الكافل عادة عقد الهبة، فيهب كل تركته للطفل المكفول، ويحرم باقي الورثة من التركة، فيصبح المكفول كأنه متبنى من هذا الجانب، وقد صدر عن المحكمة العليا الجزائرية قرار مهم في هذا الخصوص إرتأينا ذكره كاملا للفائدة.

جاء في قرارها المبدئي بتاريخ 12-05-2011 تحت رقم 620402 ما يلي: "يجوز للكافل أن يوصي او يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، عقد الهبة المبرم من طرف الكافل للمكفول يدخل ضمن عقود التبوع."

وجاء في حيثيات القرار:

حيث أن الطاعن (ب - د - م) طعن بطريق النقض بتاريخ 24-03-2009 بموجب العريضة المقدمة بواسطة الاستاذ عمري بوعلام المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا، ضد القرار الصادر عن الغرفة العقارية لمجلس قضاء بجاية بتاريخ 04-11-2008 القاضي:

في الشكل: قبول الاستئناف.

في الموضوع: تأييد الحكم المستأنف الصادر بتاريخ 25-12-2007 والمصاريف على المستأنف.

وحيث يستخلص من ملف الدعوى أن المدعين (ب م) وشقيقه (ب ف) أقاما دعوى طالبين اعتبار الهبة المحررة من طرف اخيهما لفائدة الولد المسمى (ب س) المكفول وصية، كونها حررت في مرض الموت، وتعيين خبير لفرز نصيب الموهوب له، في حدود الثلث، وتعيين خبير لإجراء قسمة بين الورثة فيما بقي من التركة، فيما أجاب المدعى عليه الموهوب له طالبا رفض الدعوى، وهي الدعوى التي صدر بشأنها الحكم المؤرخ في 25-12-2007 القاضي برفض الدعوى لعدم التأسيس، وهو الحكم المؤيد بالقرار الصادر بتاريخ 04-11-2008 المطعون فيه بالنقض...

عن الوجه الأول المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون، المقسم الى فرعين.

عن الفرع الأول المأخوذ من الخطأ في تطبيق المادة 123 من قانون الأسرة.

بدعوى أن المادة المذكورة تجيز للكافل التبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، وأنه متى أوصى او تبرع بأكثر من ذلك بطل ما زاد عن الثلث، إلا إذا اجازة الورثة، وان الكافل تبرع لفائدة الطفل المكفول بجميع امواله، وان المجلس بعدم استجابته للطلب الرامي الى تعيين خبير لإجراء القسمة بين الورثة فيما زاد عن الثلث استنادا الى نص المادة 205 من قانون الاسرة قد اخطأ في تطبيق القانون، يعرض القرار للنقض.

حيث أنه بالرجوع الى احكام المادة 123 من قانون الاسرة يتبين وانها إذا كانت تجيز للكافل أن يوصي او يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث فإن أي تجاوز لهذا الحد يكون باطلا إلا إذا اجازة الورثة.

حيث أن التبرع يعرف أنه العقد الذي يولي به احد الطرفين الاخر فائدة دون مقابل اي لا ياخذ فيه المتعاقد مقابلا لما اعطاه، ولا يعطي المتعاقد الاخر مقابلا لما اخذه، ومن امثلة هذا العقد الهبة دون عوض.

حيث أن الواهب إذا كان بإمكانه أن يهب كل ممتلكاته وفقا لنص المادة 205 من قانون الاسرة، فإن ذلك مقيد بألا يكون الواهب كافلا والموهوب له مكفولا، كون الكافل مقيد اتجاه المكفول بألا يزيد التصرف بالوصية او التبرع عن حدود الثلث وفقا لنص المادة 123 من قانون الاسرة، إلا إذا اجازة الورثة، ويكون بذلك عقد التبرع المبرم خلافا لاحكام المادة 123 قابلا للطعن فيه بإبطال التصرف فيما زاد عن الثلث ممن لهم مصلحة.

حيث أنه بالرجوع الى القرار المطعون فيه، يتبين أن قضاة الحكم اعتبروا عدم انطباق نص المادة 123 من قانون الاسرة على التصرف محل النزاع، استنادا الى وجود فرق بين الاحكام المنظمة لقواعد الوصية والتبرع، وبين الاحكام المنظمة لقواعد الهبة، دون تحديد ما يميز عقد الهبة عن عقد التبرع، او ذكر هذه الفوارق، وبالتالي فطالما أن عقد الهبة الذي ابرمه الكافل للمكفول موضوع قضية الحال يدخل ضمن عقود التبرع، فإن المجلس بقضائه بخلاف ذلك يكون قد خالف نص المادة 123 من قانون الاسرة، ويكون بذلك الفرع سديد يتعين معه نقض القرار¹.

نرى ان المحكمة العليا قد أصابت في قرارها، اعتبارا ان ما ذهب اليه المجلس قد يؤدي الى الخلط بين الكفالة والتبني، وقد يؤدي الى عزوف البعض عن كفالة الطفل المسعف خوفا من هذا الخلط.

¹ المجلة القضائية للمحكمة العليا - العدد 02 2011 ص 283

بذلك نكون قد توصلنا الى تحديد حق الطفل المسعف في العيش وسط عائلة ضمن نظام الكفالة، وتوصلنا الى أن كفالة الطفل المسعف الناتج عن الزنى او مجهول النسب من جهة الاب او اللقيط جائز من باب أولى، وحصرنا اجراءات الكفالة وآثارها على الطفل والكافل معا، وبسطنا الاجراءات القضائية الى أبسط الحدود حماية لهذا الحق الهام في حياة الطفل.

وإذا كان من حق الطفل أن ينسب الى والده، ومن حقه أن يكون له اسم ولقب وجنسية تربطه بالدولة، ومن حقه أن يحضن وتتم رعايه، ومن حقه أن يتلقى النفقة اللازمة، ومن حقه أن يحمى من التشرد، وأن يعيش ضمن عائلة، فإن هذه الحقوق كلها تقتضي أن تحمى بشكل صارم من طرف الدولة، ذلك هو الحق في الحماية الجزائية للطفل المسعف.

الفصل السادس:

حق الطفل المسعف في الحماية الجزائرية.

عرفت الحماية الجزائرية للطفل تطورا كبيرا عبر مختلف عصور البشرية، وهكذا كان للاب كل السلطة على الطفل وله قتله او إحيائه، الى عصر الامبراطور قسطنطين أين ظهر تدخل الدولة للحد من هذه السلطة الابوية المطلقة¹، ثم ظهرت الشريعة الاسلامية، وهي اول نظام ظهرت فيه حقوق الطفل بالمعنى الحقيقي، وهو أول نظام عرف اعفاء الطفل ورفع القلم عنه ما لم يكن مكلفا.

لم يفرد المشرع الجزائري حماية خاصة للطفولة المسعفة إلا بعض النصوص المبعثرة بين القانون العام والخاص، غير أنه افرد مجموعة معتبرة من النصوص لحماية الطفل بصفة عامة وبأحكام جزائية قد تصل احيانا درجة إعدام المعتدي على الطفل.

وهكذا فقد جرم المشرع التعدي على الطفل معنويا وماديا، بجرائم تراوحت من المخالفة الى الجنحة الى الجناية، ومنها على سبيل المثال لا الحصر، حماية الطفل والمراهق من السكر وفساد الاخلاق، وحمايته من التدخين والمخدرات، وحمايته من أي مؤثرات عقلية ومواد سامة، وحمايته من السب والقذف، وحمايته من أعمال العنف كالضرب والجرح على القاصر إلا ما تعلق بالتربية، وحمايته من الاختطاف، ومن المتاجرة به وبأعضائه، ومن التعذيب، ومن الإحتجاز، ومن الهجرة غير الشرعية، وحمايته من القتل، سواء قتله كجنين، او قتله كطفل حديث العهد بالولادة من طرف

¹ FLORE Capelier- COMPRENDRE LA PROTECTION DE L ENFANCE- L ENFANT EN DANGER FACE AU DROIT-DUNOD -2015- P14.

امه، او قتله من الغير او من الاصول، كما حمى أخلاقه بتجريم الفسق وتحريض القاصر على الفسق وفساد الاخلاق، ومن هتك العرض، ومن الاغتصاب وغيرها من الجرائم المتعلقة بالأخلاق والشرف، كما جرم المشرع كل فعل من شأنه أن يعرض القاصر الى الخطر، ومنها جريمة عدم تقديم المساعدة لشخص في خطر، وجريمة تعريض الطفل للخطر، وجريمة عدم الانفاق على الطفل، واختطافه من حاضنه بحكم، وغيرها من الجرائم.

وقد حمى المشرع الطفل في هذه الحالات كلها بصفته كضحية، وقد قرر العقوبات للمعتدي عليه، إلا أنه اضاف للطفل إجراءات حماية في طريقة سماعه كضحية لبعض الجرائم، لاسيما جرائم العرض.

بالإضافة الى حماية الطفل كضحية، فقد قرر القانون الجزائري حماية معتبرة للطفل كجناح "مرتكب للجريمة او مشتبه به في ارتكابها"، إن من حيث الإجراءات لاسيما الجهة المكلفة بالتحقيق معه من أقسام خاصة بالضبطية القضائية، وأماكن توقيف خاصة، وإجراءات خاصة للتوقيف تحت النظر، ومن طريقة السماع وظروفها، ومن الاجراءات المؤقتة المتخذة ضده او لصالحه، او من حيث المحاكمة وتشكيلة الحكم، ومساعدة الطفل في الدفاع عن نفسه، او من حيث العقوبة والظروف المخففة الممنوحة للطفل.

إن كان المشرع الجزائري قد قرر هذه الاجراءات كلها للطفل عامة، فإننا ارتأينا التعرض لها، اعتبارا أن بعضها يمس الطفل المسعف بهذه الصفة، وأن أغلبها يكون الطفل المسعف هو المعني بها، اعتبارا أن هذه الفئة من الاطفال هي الأكثر عرضة لهذه الظروف و الجرائم، إما كضحية لقلة الرعاية والاهتمام به، وإما كجناح لقهر

الظروف له وعدم تحمله لها، وجنوحه الى العنف انتقاما من المجتمع الذي اوصله الى هذه الاوضاع.

سنحاول التعرض لهذا الموضوع في بحثين، نتحدث في الاول منهما عن الحماية الجزائية المقررة للطفل المسعف كضحية، ونتحدث في الثاني منهما عن الحماية الجزائية للطفل المسعف كجانيح.

المبحث الأول: الحماية الجزائية للطفل المسعف كضحية.

انقسمت حماية الطفل المسعف جزائيا بين حمايته من الجرائم الواقعة على معنوياته، وحمايته من الجرائم الواقعة عليه ماديا.

المطلب الأول: الحماية الجزائية من الإعتداءات المعنوية على الطفل المسعف.

من الجرائم المعروفة الواقعة على معنويات الطفل المسعف، والمنتشرة بكثرة، جرائم القذف، وجرائم السب، فكثيرا ما يقذف الطفل أنه ابن زني، او أنه ابن حرام، او أنه ابن مغتصبة، او أنه مجهول الابوين، او أن أباه قد لاعن امه وأنه لا اب له، وهي من الجرائم التي يعاني منها الطفل المسعف في حياته كاملة، وقد تصل بعض الاحيان الى بعض الجهات الرسمية التي يتصرف فيها بعض الموظفين بقصد او دون قصد مع الطفل على هذا الأساس.

ومن الجرائم ايضا جريمة السب، وجريمة تعريض أخلاق القصر للكحول، والتدخين، وتعريض الطفل للخطر، وقد توزعت هذه الجرائم بين القانون العام والقوانين الخاصة.

الفرع الأول: الجرائم الماسة بمعنويات الطفل المنصوص عليها في قانون العقوبات.

1- جريمة قذف الطفل المسعف.

جريمة قذف الطفل المسعف من أقدم الجرائم الماسة بشرف واعتبار الطفل، وقد عرفت الشريعة الإسلامية هذه الجريمة ونهت عنها، وحرمتها، بل وجعل فقهاء الشريعة الإسلامية قديماً عقوبة القذف لمن ينعث ابن الملاعنة أنه ابن زنى، جاء في المغني: "قال ويحد من قذف الملاعنة، نص احمد على هذا، وهو قول ابن عمر، وابن عباس، والحسن، والشعبي، وطاوس، ومجاهد، ومالك، والشافعي، وجمهور الفقهاء، ولا نعلم فيه خلافاً، وقد روى ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الملاعنة أن لا ترمى ولا يرمى ولدها" فعليه الحد. رواه ابو داود. ولأن حصانتها لم تسقط باللعان ولا يثبت الزنى به، ولذلك لم يلزمها به حد، ومن قذف ابن الملاعنة فقال: "هو ولد زنى، فعليه الحد للخبر والمعنى، وكذلك إن قال هو من الذي رميت به..." انتهى قول الفقيه ابن قدامة.¹

فقد جرمت الشريعة الإسلامية قذف ابن الملاعنة، وهو قد يكون من الاطفال المسعفين كما سبق وأن رأينا.

أما في القانون الجزائري، فقد جرم قانون العقوبات القذف بصفة عامة، بالمادتين 296-298، وهو الإدعاء بواقعة مشينة من شأنها المساس بشرف واعتبار الأشخاص والهيئات او اسناد هذه الواقعة اليهم.

¹ ابن قدامة- المغني- الجزء التاسع - ص 96

أ: أركان الجريمة.

ركن الجريمة المادي هو الادعاء بواقعة مشينة من شأنها المساس بشرف واعتبار الطفل المسعف او اسناد هذه الواقعة اليه، و الادعاء يراد به الرواية عن الغير، أما الاسناد فيفيد نسبة الامر المشين الى الشخص المقذوف على سبيل التأكيد، سواء كانت الواقعة المدعى بها صحيحة او كاذبة.¹

ويجب تعيين الواقعة المنسوبة الى الطفل المسعف، كالقول أنه ابن الزانية فلانة، او ابن الملاعنة فلانة، او ابن فلان من الزنى...، ويجب أن يعين الطفل المسعف بدقة، ولكن ليس بالإسم واللقب بالضرورة، وإنما يكفي أن يعرف من الإشارات الدالة عليه، وأن يتم القذف علانية كالجهر بالقول او الصياح في الأماكن العمومية، او أمام المؤسسة التي يتواجد بها الطفل، او في كتابات او منشورات او عرائض أمام المحكمة او جرائد مقروءة، او رسائل يمكن ان يقرأها عدد معتبر من الموظفين....
واستقر القضاء على أنه لا عبرة بحسن النية، ولا بالاستفزاز الصادر عن الضحية، فليس من الضروري إثبات سوء نية المتهم بالقذف، ولا الباعث اليه.²

ب- المتابعة والجزاء

المتابعة في جريمة القذف تكون بناء على شكوى الشخص المضرور، وقد منح المشرع للطرف المضرور أن يتنازل عن الشكوى ويصفح عن المتهم.

¹ د- احسن بوسقيعة - الوجيز في القانون الجنائي الخاص- المرجع السابق - ص 194

² د- احسن بوسقيعة - الوجيز في القانون الجنائي الخاص- المرجع السابق - ص 207

اما إذا اصر الضحية على المتابعة، فالعقوبة المقررة هي الحبس من شهرين (02) الى ستة اشهر (06)، والغرامة من 25000 دج الى 50.000 دج او احدى هاتين العقوبتين.

ويضع سحب الشكوى حدا لإجراءات المتابعة الجزائية.

وبذلك يكون المشرع قد حمى الطفل المسعف من اي قذف بوضعه، ولا بكيفية مجيئه الى الحياة، والملاحظ أن المشرع الجزائري يعاقب على هذه الجنحة حتى ولو كانت الواقعة المسندة الى الطفل صحيحة، فكونه ابن زنى مثلا او مجهول الابوين او لقيط او غيرها من الاوصاف، وإن كانت صحيحة إلا أن استعمالها عمدا للإساءة الى الطفل تعد جريمة مستوجبة للعقاب حماية للطفل.

2- جريمة سب الطفل المسعف.

من الجرائم المشينة، المرتكبة عادة ضد الطفل المسعف، جريمة سبه بما ينسب الى واقع حاله، أنه ابن زنى او ابن ملاحنة او لقيط، او غيرها من العبارات المشينة، وقد نص المشرع على هذه الجريمة باحكام المواد 297-299-463 من قانون العقوبات، وجعلها حالتين، أفعال تشكل جنحة، وأفعال تشكل مخالفة.

أ- أركان الجريمة:

ركن جريمة السب المادي هو توجيه عبارات ماسة بالشرف وحاطة من الاعتبار الى الطفل المسعف الضحية، وما يميز السب عن القذف هو أن القذف فيه إسناد واقعة معينة للضحية، أما السب فهو عبارات عامة، تتضمن التحقير والقذح، فإن قال الجاني " ابن الزانية فلانة" عد ذلك قذفا لتحديده الواقعة واسنادها الى امه انها زنت وانجبتة من فعلها، اما إن قال " ابن زانية" فهي واقعة عامة تعد سبا.

والسب إما أن يكون جنحة، إذا اقترن بالعلنية، كأن يستعمل العبارات الماسة بالشرف في مكان عمومي على مسمع من الناس، أو في وسيلة اعلامية يسمعها الجميع، أو في وسيلة مكتوبة مفتوحة للجميع للاطلاع عليها، وهي الافعال المنصوص والمعاقب عليها باحكام المادتين 297-299 من قانون العقوبات، أما إن انعدمت العلنية، كحال استعمال الرسائل النصية في الهاتف النقال، فإن الواقعة تشكل مخالفة منصوص ومعاقب عليها بأحكام المادة 463 من ذات القانون.

ب- المتابعة والجزاء

المتابعة في جريمة السب تكون بناء على شكوى الشخص المضرور، وقد منح المشرع للطرف المضرور أن يتنازل عن الشكوى ويصفح عن المتهم.

أما إذا أصر الضحية على المتابعة، فالعقوبة المقررة هي الحبس من شهر (01) الى ثلاثة اشهر (03)، والغرامة من 10.000 دج الى 25.000 دج.

ويضع سحب الشكوى حدا لاجراءات المتابعة الجزائية.

أما في المخالفة فالعقوبة هي الحبس لثلاثة أيام على الاكثر والغرامة من 30 الى 100 دج، والصفح جائز في المخالفات بصفة عامة.

3- جريمة تحريض القصر على الفسق والدعارة.

نصت على هذا الجريمة المادة 342 من قانون العقوبات، وجاء فيها: "كل من حرض قاصرا لم يكمل الثامنة عشرة (18) سنة على الفسق او فساد الاخلاق او تشجيعه عليه او تسهيله له ولو بصفة عرضية..."

فقد جرم المشرع كل ما من شأنه إفساد أخلاق الطفل، بطريق مباشرة او عرضية.

أ - أركان الجريمة:

هي جريمة خطيرة، يتمثل ركنها المادي في فعل التحريض، ولا يشترط أن يؤدي الى نتيجة، وإنما يكفي أن يأخذ صورة كافية لإغراء القاصر على فساد الأخلاق، كإثارته جنسيا من طرف امرأة بالغة، او إثارة الانثى الصغيرة من طرف رجل بالغ بتصرفات مثل احضارها لحفلات ماجنة، او القيام بأفعال جنسية أمام القاصر او عرض افلام إباحية عليه.

وتقتضي هذه الجريمة أن يكون التحريض للغير وليس للجاني نفسه، وهو ما استقر عليه القضاء في الجزائر وفرنسا¹.

ولا يمكن للجاني الاستناد الى المظهر الجسمي للقاصر للتهرب من المسؤولية. والشروع في الفعل معاقب عليه كالفعل التام.

ب - المتابعة والجزاء.

تتم المتابعة على هذه الجريمة طبقا للقواعد العامة في الاجراءات الجزائية، إما بتقديم الشكوى او بتحريك عناصر الضبطية القضائية، او بضبط الفاعل في حالة تلبس...

وقد قرر المشرع عقوبة هذا الفعل بالحبس المغلظ من خمس سنوات (05) الى عشر (10) سنوات، والغرامة من 20.000 دج الى 100.000 دج.

4- الجرائم المتعلقة بالحالة المدنية للطفل.

تتعدد الجرائم الماسة بالحالة المدنية للطفل المسعف، وتتراوح بين جريمة عدم التصريح بميلاد الطفل، وعدم تسليم الطفل الحدث العهد بالولادة الى ضابط الحالة

¹ د- احسن بوسقيعة - المرجع السابق - ص 126

المدنية او مؤسسات رعاية الطفولة المسعفة، وجرائم الحيلولة دون التحقق من هوية الطفل، ومنها إخفاء نسب الطفل.

4-1- جريمة عدم التصريح بميلاد الطفل.

تقضي المادة 442 فقرة 03 أن كل من حضر ولادة طفل ولم يقدم عنها الإقرار المنصوص عليه في القانون، في المواعيد المحددة يعاقب بالحبس من عشرة ايام الى شهرين والغرامة من 8000دج الى 16.000دج.

ويقصد بهذه المادة كل شخص لم يصرح بالطفل كالاب، والاطباء والقابلات، والاشخاص الذين حضروا الولادة، والشخص الذي ولدت الام عنده إذا لم تلد بالمستشفى، لا سيما إذا ولدت خارج بيتها، وهو حالة الامهات العازبات عادة، فهؤلاء الاشخاص كلهم ملزمون بالتصريح بالولادة، وإذا صرح احدهم سقط الجرم عن البقية، وإلا فكلهم ملزمون.

وشرط الجريمة أن يحضر الجاني الولادة، أما ركنها المادي فهو الإمتناع عن التصريح بالطفل.

4-2- جريمة عدم تسليم طفل حديث العهد بالولادة.

تطبق نفس العقوبة المنصوص عليها بالمادة 442 فقرة 03 على الشخص الذي يجد طفلا حديث العهد بالولادة، ويمتنع عن تسليمه الى ضابط الحالة المدنية، إلا إذا وافق على التكفل به.

4-3- جريمة الحيلولة دون التحقق من هوية الطفل.

وهي جنحة نص عليها قانون العقوبات بالمادة 321 منه، وهي جناية تقتضي لقيامها أن يقصد الجاني إخفاء نسب الطفل، ويقوم بالأفعال المادية التالية:

- نقل الطفل بإبعاده من مكان ميلاده الى مكان مجهول.
- أخفى الطفل، بحجبه وتربيته سرا في ظروف يصعب معها اثبات حالته المدنية.
- أحوال الطفل مكان طفل اخر، بأن يستبدل الطفل الذي وضعت امرأه بطفل اخر حتى تصعب معرفة هويتهما، ولا يهم الباعث هنا، ما إن كان انتقاما، او رغبة في جنس معين للطفل او غيرها...

- نسبة الطفل لامرأة لم تضع طفلا اصلا.
وبالاضافة الى توفر الركن المادي بالصور اعلاه، يجب أن يثبت أن المرأة وضعت فعلا وأن الطفل اختفى او تم تغييره بحيث أن الذي معها ليس منها كاستعمال البصمة الوراثية.

كما يجب أن يكون للفعل أثر هو تعريض نسب الطفل للخطر¹.

5- الجرائم المتعلقة برعاية الطفل.

تتقسم هذه الجرائم الى ثلاثة اقسام، عدم تسليم طفل موضوع تحت رعاية الغير، وتسليم الطفل الى ملجأ او مؤسسة خيرية، وعدم تسليم طفل مخالفة لحكم قضائي.

5-1- عدم تسليم طفل موضوع تحت رعاية الغير.

نصت على هذه الحالة المادة 327 من قانون العقوبات.

أ- أركان الجريمة.

وأركانها ان يوكل الطفل الى الغير، كأن يأمر قاضي الأحداث بتسليم الطفل الى مؤسسة الطفولة المسعفة، ويرفض الجاني أن يسلمه للمؤسسة، وأن يطالب به من اوكل اليه، كان يصل الأمر الصادر عن قاضي الأحداث ويتخلف الطفل، فيطالب

¹ د- احسن بوسقيعة - المرجع السابق- ص 169

مدير المؤسسة بإحضار الطفل، وأن يمتنع الجاني عن تسليم الطفل أو تحديد مكان تواجده.

ب- المتابعة والجزاء.

تخضع المتابعة للاحكام العامة لقانون الاجراءات الجزائية، أما الجزاء فالامر يتعلق بجنحة عقوبتها الحبس من سنتين (02) الى خمس سنوات (05).

5-2- التنازل عن الطفل الى ملجأ او مؤسسة خيرية.

نصت على هذه الجريمة المادة 442 فقرة 03 ، ولا يراد بها أن يجد شخص طفلا فيقدمه الى الملجأ، فهذا هو المطلوب منه، وإنما المقصود بهذه الجريمة أن يتكفل شخص بالطفل المسعف، ثم يرفض القيام برعايته وتربيته والنفقة عليه، ويتنازل عنه الى ملجأ او مؤسسة خيرية إضراراً به.

أ- أركان الجريمة.

تقوم الجريمة على ركنين:

- تولي الجاني للطفل البالغ اقل من 07 سنوات، من حيث الرعاية والتربية والانفاق.

- أن يقوم الجاني بالتنازل عن هذه الالتزامات لصالح جهة اخرى قد تكون ملجأ او مؤسسة خيرية إضراراً بالطفل المسعف الذي كانت الغاية أن يكون ضمن عائلة.

ب- المتابعة والجزاء.

تقوم المتابعة على أساس القواعد العامة للإجراءات الجزائية، أما الجزاء فالعقوبة هي الحبس من عشرة أيام الى شهرين والغرامة من 8000 دج الى 16.000 دج.

5-3- عدم تسليم طفل مخالفة لحكم قضائي.

ونصت على هذه الحالة المادة 328 من قانون العقوبات، ومفاد هذه الجريمة أن من كان الطفل لديه، وصدر ضده حكم قضائي (الحكم القضائي بمفهومه الموسع، امر - حكم - قرار) بأن يسلم الطفل الى جهة اخرى ورفض الامتثال بالرغم من تبليغه.

أ- أركان الجريمة.

يتوزع الركن المادي للجريمة بين حالات من الحالات التالية:

- الإمتناع عن تسليم الطفل.

- إبعاد الطفل عن المكلف برعايته بمقتضى الحكم.

- خطف الطفل ممن أسند اليه.

- حمل الغير على خطف الطفل.

والصورة المثلى لهذه الجريمة أن يشتد الخلاف بين الاب والام ، وأن يهمل الطفل ويعرضه للخطر، ويتدخل القضاء ويعتبره طفلا مسعفا، ويأمر بوضعه في مؤسسة الطفولة المسعفة، وأن يقوم احد الوالدين بخطف الطفل من المؤسسة، او أن يرفض تسليمه لها أصلا، او أن يحمل الغير على خطفه.

ب- المتابعة والجزاء.

تخضع اجراءات المتابعة الى القواعد العامة في الاجراءات الجزائية، اما العقوبة فهي الحبس من سنتين الى خمس سنوات.

6- جريمة ترك الطفل وتعرضه للخطر.

نصت على هذه الجريمة المادة 314 من قانون العقوبات، ومفادها أن مجرد فعل الترك، أو تحريض الغير على الترك، تقوم على أساسه الجريمة، فهو فعل قائم ولو سبب ضرراً معنوياً فقط، أما إن سبب ضرراً مادياً فالوصف القانوني يتغير.

أ- أركان الجريمة.

هذه الجريمة تكون عادة للتهرب من الحضانة والنفقة، فيعمد الأب أو الأم أو الكافل للطفل المسعف، إلى ترك الطفل أمام ملجأ أو في مكان عام ويختفي دون رجعة، فإن تم التعرف عليه تتم إدانته، والركن المادي هو الترك أو التعريض للخطر، أو حمل الغير على ترك الطفل.

ب- المتابعة والجزاء.

تخضع المتابعة للقواعد العامة، أما العقوبة فهي الحبس من سنة إلى ثلاث سنوات إن اقتصر الأمر على الضرر المعنوي للطفل ولم يلحق به أي ضرر مادي.

7- جريمة التسول بالطفل.

أحدث المشرع هذه الجريمة بمقتضى تعديل قانون العقوبات سنة 2014، بالقانون 01-14 المؤرخ في 04-02-2014، فأضاف المادة 195 مكرر، ونصها: "يعاقب بالحبس من سنة أشهر (06) إلى سنتين (02)، كل من يتسول بقاصر لم يبلغ 18 سنة أو يعرضه للتسول.

تضاعف العقوبة عندما يكون الفاعل أحد أصول القاصر أو أي شخص له سلطة عليه."

أ- أركان الجريمة.

للجريمة ركن مادي ينقسم الى فرعين، إما التسول بالقاصر، وهو أن يقوم الجاني بتشغيل القاصر في التسول، ويجمع القاصر المال لفائدة الجاني، فالتسول هنا يقوم به القاصر نفسه، والنتيجة يستفيد منها الجاني، وهي من الحالات التي تكثر بالنسبة للاطفال المسعفين، فعادة ما يستغلهم البالغون في التسول.

أما الحالة الثانية فهي أن يتسول الجاني بعرض القاصر أمامه، وعادة ما يكون القاصر طفلا صغيرا وأغلب الاحيان رضيعا، يستعمله الجاني لاستعطاف المارة في التسول، ويتركه في وضع مثير للشفقة باستعمال حيل تمزيق لباسه او تركه عاريا او حافي القدمين او غيرها من الحالات التي يستعطف بها المارة، فمرتكب الركن المادي هو الجاني، أما الطفل فهو وسيلة إستعطاف لاستكمال الفعل.

ولا مكان للباعث على الفعل، سواء كان الجاني غنيا او كان فعلا من ذوي الحاجة، لأنه استعمل الطفل في جرمه.

ب- المتابعة والجزاء.

تتم المتابعة طبقا للقواعد العامة للإجراءات، كحال ضبط المتهم مع الطفل يتسول به في حالة تلبس، او ضبط الطفل يتسول وجمع المعلومات منه ومن غيره لملاحقة الجاني، او بشكاوى بعض الجمعيات التي لها اهتمام بالطفل تقدمها الى وكيل الجمهورية المختص او الى الضبطية القضائية.

أما الجزاء فهو الحبس من ستة اشهر الى سنتين، وتضاعف العقوبة إذا كان الجاني من أصول الطفل كأمه، وهو السائد بكثرة، او المسئول عليه كأن يكون موظفا من الموظفين الذين يشرفون على الطفل المسعف مثلا.

الفرع الثاني: الجرائم الماسة بالطفل المنصوص عليها بقوانين خاصة.

1- جريمة بيع الكحول أو عرضه مجاناً على قاصر.

نص على هذه الجريمة قانون قمع السكر العمومية وحماية القصر من الكحول¹، في مادته 14 وما بعدها، وجاء فيها:

" يمنع اصحاب محلات بيع المشروبات والمحلات العمومية الاخرى في يوم وفي اي ساعة من بيع الخمر الكحولية او عرضها مجاناً على القصر البالغة اعمارهم اقل من 21 سنة لحملها معهم او لشربها في عين المكان."

كما نصت المادة 17 من ذات القانون انه: " يمنع اصحاب محلات بيع المشروبات الكحولية من استقبال القصر البالغة اعمارهم اقل من 18 سنة، وغير المرفقين بأبائهم، او امهاتهم او اوليائهم او أي شخص يبلغ عمره اكثر من 21 سنة ويتحمل كفالتة او حراسته."

أ- أركان الجريمة.

ركن الجريمة الاولى المنصوص عليها بالمادة 14 هو إفساد اخلاق القاصر، و تعريضه لشرب الخمر عن طريق بيعه له، او عرضه عليه مجاناً. أما ركن الجريمة الثانية المادي فهو إفساد أخلاق القصر، عن طريق استقبال القاصر اقل من 18 سنة بمحل المشروبات الكحولية دون ولي امره او مرافقه الذي يتكفل بحمايته.

ولا يفترض القانون أن الجاني على علم بأن الضحية قاصر، اعتباراً أنه على صاحب مثل هذه الحانات التأكد من سن الزبون قبل دخوله المحل.

¹ راجع الأمر 26-75 المؤرخ في 29-04-1975 المتضمن قمع السكر العمومي وحماية القصر من الكحول، ج ر رقم 37 لسنة 1975 صفحة 498

ب- المتابعة والجزاء.

تتم المتابعة بأحكام هذا القانون بناء على التحريات التي تتم وفقا لقانون الاجراءات الجزائية، طبقا لاحكام المادة 24 منه، التي نصت على ان: "المخالفات لاحكام المواد من 01 الى 22 اعلاه، يجري التحري عليها ومعاينتها وفقا لانظمة قانون الاجراءات الجزائية".

اي أن المتابعة تتم على أساس شكاوى المواطنين، او معاينات ضباط الشرطة القضائية، لاسيما حالات التلبس، او شكوى ولي امر القاصر ...

وقد عاقب المشرع على الإخلال بأحكام المادة 14 اعلاه، أي كل من يرتكب جريمة بيع الكحول او عرضه مجانا على القاصر بالغرامة من 2000 دج الى 20.000 دج، مع إمكانية الحرمان من الحقوق المدنية والسياسية، وفي حالة العود في أقل من خمس سنوات تكون الغرامة من 4000 دج الى 40.000 دج مع إمكانية الحبس من شهرين الى سنة كاملة¹.

أما مركب جريمة استقبال القاصر أقل من 18 سنة داخل محل المشروبات الكحولية، فيعاقب بالغرامة من 160 الى 500 دج وقد تصل العقوبة الى الحبس ما بين 10 ايام وشهر إذا تكرر الفعل².

وبذلك فقد حمى المشرع فئة الطفولة عموما من السكر، وبالخصوص فئة الطفولة المسعفة، اعتبارا أن هذه الفئة هي الاكثر عرضة لإغراءات الخمر.

وتجدر الاشارة أن قانون الصحة¹ قد جرم أيضا بيع الكحول للقصر باحكام المادة 61 منه، وقد عاقب على هذه الجريمة بالمادة 406، بعقوبات مغلظة تتراوح بين

¹ راجع أحكام المادة 15 من الأمر 26-75.

² راجع أحكام المادتين 17-18 من الأمر 26-75

الحبس من ستة اشهر (06) الى عامين (02) والغرامة من 50.000دج الى 100.000دج.

مع إمكانية مضاعفة العقوبة في حالة العود.

ويبدو أن الفرق بين النصين هو من حيث سبب التجريم، فسبب التجريم في القانون الصادر بالامر 26-75 هو تعريض اخلاق القصر للفساد، أما سبب التجريم في قانون الصحة فهو تعريض صحة القاصر للضرر، ويبقى لوكيل الجمهورية سلطة الملائمة في المتابعة، وللقاضي الجزائري سلطة تقدير الوقائع، وفي كل الاحوال، يمكن أن يطبق العقوبة الاشد.

2- جريمة بيع التبغ والمواد التبغية للقصر.

نصت على هذه الجريمة احكام المادة 57 من قانون الصحة وجاء فيها: "يمنع بيع التبغ او المواد التبغية للقصر".

أ- أركان الجريمة:

الركن المادي للجريمة هو فعل بيع المادة التبغية، مع علمه أن المشتري قاصر، ولا دور للباعث على الفعل هنا، إذ لا يبحث القاضي عن سبب البيع، وإنما يكفي إقتران الفعل بكون الضحية قاصر.

وعادة ما يلجأ الطفل المسعف لاسيما في فترة المراهقة الى استهلاك مثل هذه المواد، هروبا من مشاكه النفسية، وان تصرف الجاني يعد مساعدة له على الاضرار بصحته.

¹ القانون 11-18 الصادر بتاريخ 2018-07-02 ج ر رقم 46 لسنة 2018 بتاريخ 2018-07-29 ص03.

ب- المتابعة والجزاء.

تخضع المتابعة في هذه الجريمة الى القواعد العامة، إما بتقديم شكوى من ولي القاصر او من مدير مؤسسة الطفولة المسعفة، او من القاصر نفسه، او من معاينة الضبطية القضائية او التوقيف في حالة تلبس الى غير ذلك من الحالات. وقد عاقب المشرع على هذه الجريمة بأحكام المادة 405 من قانون الصحة بعقوبة الغرامة من 200.000 دج الى 400.000 دج وتضاعف العقوبة في حالة العود.

3- جريمة عرض أو تسليم المخدرات والمؤثرات العقلية على القصر.

نصت على هذه الجريمة احكام المادة 13 من قانون الوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية¹، ونصت على منع كل عرض او تسليم للمواد المخدرة للغير قصد استهلاكها، وجاء في فقرتها الثانية، أنه إذا تعلق الامر بالعرض او تسليم المخدرات للغير إذا كان قاصرا فإن الحد الاقصى للعقوبة يتضاعف.

أ- أركان الجريمة.

يقتضي الركن المادي للجريمة أن يقوم الجاني بتقطيع كميات من المخدرات في شكل قطع صغيرة مجهزة للاستهلاك الشخصي، وأن يتصل بنفسه مباشرة او بطريقة غير مباشرة عن طريق الغير الذين يساعدونه في الترويج، بالمستهلكين، وبيع لهم هذه المخدرات او المؤثرات العقلية (الاقراص المهلوسة)، او أن يعرضها عليهم مجانا لخلق سوق تجارية لهذه السموم، ولا يهم الباعث لدى القضاء، وإنما المهم هو الفعل المادي. وإذا امتد هذا الفعل الى القاصر يتضاعف الحد الأقصى للعقوبة، فسن الضحية هنا ظرف تشديد وليس ركن في الجريمة.

¹ القانون 18-04 المؤرخ في 25-12-2004 المتضمن قانون الوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الإستعمال و الإتجار غير المشروعين بهما- ج ر العدد 83 بتاريخ 26-12-2004 ص 03.

ب- المتابعة والجزاء.

تخضع المتابعة في هذه الجريمة للقواعد العامة للإجراءات الجزائية، ولما تقرر من إجراءات في القانون 04-18 اعلاه، أما الجزاء فقد قررت المادة عقوبة قاسية جدا لمن يعرض المخدرات والمؤثرات العقلية على القاصر، تتراوح ما بين سنتين (02) الى عشرين سنة (20) حبسا والغرامة ما بين 100.000 دج الى 1.000.000 دج إعتبارا أن ظرف صغر سن الضحية يرفع الحد الأقصى الى ضعفه، وهي عقوبة قاسية جدا، غير أننا نرى أنها تتناسب مع خطورة الوضع على القاصر عموما وعلى القاصر المسعف خصوصا، كونها تؤدي الى فساد أخلاقه، وضياع صحته وتدهورها، وانحرافه الخلفي الشديد الذي لا يمكن تداركه.

المطلب الثاني: الحماية الجزائية من الإعتداءات المادية على الطفل المسعف.

تتعدد صور الإعتداءات المادية على الطفل المسعف، بما يقتضي التدخل جزائيا لحماية حقوقه، لاسيما حقه في الحياة، وحقه في السلامة الجسدية، وحقه في الإستقرار بعدم ترويعه بالاختطاف، والتعذيب، وعدم المتاجرة به، او بأعضائه، وعدم تهريبه، وعدم انتهاك عرضه او اغتصابه، وعدم تشغيله بما يفوق طاقته وسنه، الى عدم تقديم المساعدة له وهو في حالة خطر.

والملاحظ أن هذه الحماية كلها منصوص عليها باحكام قانون العقوبات، وعلى

النحو التالي:

الفرع الأول: حماية حق الطفل في الحياة والسلامة الجسدية.

1- جريمة قتل الطفل.

كان الانسان البدائي يعيش على الفطرة، ويعتبر أطفاله ملكا له، وبالتالي من حقه تقديمهم كقرابين للآلهة، او قتل الضعفاء منهم، إذا اكتشف عدم كفاءتهم الجسمانية، وكان مثل هذا النظام سائدا في أثينا وروما وأقره الفلاسفة في اليونان، حيث كانت تقضي تعاليمهم بوجوب التخلص من العناصر الضعيفة عند بدأ حياتها، حتى يظل المجتمع محافظا على قوته، وكان العرب في الجاهلية يقتلون أولادهم خشية الفقر، ويبدون بناتهم خشية العار، لكن وبفضل ظهور الأديان السماوية وبالتالي تطور المجتمعات وتهذيب النفوس جرمت هذه الافكار، وحرمت هذه العادات¹.

وتأخذ هذه الجريمة صورتين طبقا للجاني، وطبقا لسن الطفل، فإن كان الطفل حديث العهد بالولادة، والجانية امه، فتلك هي جريمة قتل الطفل حديث العهد بالولادة، أما إن كان الجاني غيرها، او كان الطفل غير حديث العهد بالولادة، فالجريمة هي قتل انسان، وتطبق عليها القواعد العامة للقتل، بالسجن المؤبد إذا كان قتلا بسيطا، م 363 فقرة 02 من قانون العقوبات، والاعدام إذا اقترن بظرف من ظروف التشديد، وهي سبق الاصرار والترصد او كلاهما، أو التسميم أو الاقتران بجناية او الارتباط بجنحة مسهلة له.

ويعرف الطفل حديث العهد بالولادة أنه الطفل الذي قتل في الساعات او الأيام الاولى لولادته، و استقرت المحكمة العليا في الجزائر أنه لا يشترط أن يكون السلوك

¹ المحامية: غالية رياض النبشة - حقوق الطفل بين القوانين الداخلية والإتفاقيات الدولية - منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت لبنان- الطبعة الأولى-2010 ص22.

الاجرامي للام إيجابيا، فمن الجائز أن يكون امتناعا كعدم ربط الحبل السري للوليد، وعدم الاعتناء به، والامتناع عن ارضاعه¹.

وتتحقق جريمة قتل الطفل حديث العهد بالولادة بقيام العناصر التالية:

- أن يولد الطفل حيا.
- أن تقوم الجناية بفعل يؤدي حتما الى وفاة المولود كعدم ربط حبله السري مثلا.
- أن تكون الجانية ام المجني عليه.
- القصد الجنائي².

وجريمة قتل الطفل حديث العهد بالولادة هي ابشع الصور التي يعاني منها الطفل غير الشرعي عادة، وإن كانت قد تعرف في بعض الحالات الاخرى كالطفل الذي تفاجأ امه أنه غير سوي او معوق بشكل كبير، فتعمد الى قتله، غير أنها حالات نادرة، وإنما الشائع في هذه الجريمة أنها تمس الطفل غير الشرعي.

وقد عمد المشرع الى اعتبار كون الام هي الجاني طرفا مخففا، فخفض العقوبة من السجن المؤبد إذا لم يقترن الفعل بسبق اصرار او ترصد او كلاهما، او الاعدام إذا اقترن الفعل بسبق الاصرار او التردد او كلاهما، الى السجن المؤقت من عشرة الى عشرين سنة، دون أن يستفيد شركاؤها في الفعل من هذا الظرف، فهو ظرف تخفيف شخصي للام.

¹ جيلالي بغدادي- الإجهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الثاني - المؤسسة الوطنية للإتصال والنشر والإشهار - وحدة الطباعة - روية - الجزائر - 1996 ص90.

² د- احسن بوسقيعة- قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية - برتي للنشر - الجزائر 2015 ص 118.

2- جريمة الضرب والجرح على الطفل المسعف أقل من 16 سنة.

الطفل المسعف عادة طفل بلا حماية أسرية، او عائلية موسعة، وهو ما يجعله عرضة للاعتداءات الجسدية، إما من أقرانه القصر، وإما من البالغين، وقد يتعدد وصف البالغين المعتدين على طفل، ومنهم الموظفون القائمون على تربيته بمؤسسات الطفولة المسعفة.

فإن كان الضرب من بالغ غير مسئول عن القاصر، او منع عن الطفل الاكل والطعام بشكل يضر بصحته، او ارتكب ضده أيا من أعمال العنف او التعدي عدا الايذاء الخفيف (الايذاء بغرض التربية)، يعاقب بالحبس من سنة الى خمس سنوات، وبالغرامة من 20.000 دج الى 100.000 دج، طبقا للمادة 269 من قانون العقوبات، مع إمكانية الحرمان من الحقوق المدنية والسياسية.

أما إن نتج عن العنف ضد القاصر عجزا عن العمل لأكثر من 15 يوما، او كان مع سبق الاصرار او التردد او كلاهما، فان العقوبة تصير الحبس من ثلاثة الى عشر سنوات، مع إمكانية حرمان الجاني من الحقوق المدنية والسياسية، والمنع المحدد من الإقامة من سنة الى خمس سنوات، والغرامة من 20.000 دج الى 100.000 دج طبقا لاحكام المادة 270 من ذات القانون.

وتتحول الواقعة الى جنائية إذا نتج عن الاعتداء العنيف على القاصر بتر أحد الاعضاء او الحرمان من استعماله، او فقد البصر او فقد إبصار احدي العينين او أية عاهة مستديمة اخرى، وعقوبتها السجن من عشر الى عشرين سنة سجنا.

أما إن نتجت عن اعمال العنف ضد القاصر الوفاة دون قصد إحداثها، فتكون العقوبة الحد الاقصى للسجن من عشرة الى عشرين سنة أي عشرون سنة.

وتكون العقوبة السجن المؤبد إذا وقعت الوفاة دون قصد إحداثها، ولكن بعد الطرق العلاجية المعتادة، وكل ذلك طبقا لاحكام المادة 271 من قانون العقوبات.

أما إن كان الجاني أحد الوالدين، أو الشخص الذي له سلطة على الطفل، كحال الموظف بمؤسسة الطفولة المسعفة بالنسبة للطفل المسعف، أو أي شخص يتولى رعايته كالكافل له، فتكون العقوبة مشددة على النحو التالي:

- الحبس من ثلاثة الى عشر سنوات، مع إمكانية حرمان الجاني من الحقوق المدنية والسياسية، والمنع المحدد من الإقامة من سنة الى خمس سنوات، إذا لم ينتج أي عجز للطفل، واقتصر الامر على أعمال العنف أو المنع من الطعام.

- السجن من خمسة الى عشر سنوات إذا كان الفعل قد سبب ضررا لاكثر من 15 يوما من العجز أو كان مع سبق الاصرار أو التردد أو كلاهما.

- السجن المؤبد إذا نتج عن الاعتداء العنيف على القاصر بتر احد الاعضاء أو الحرمان من استعماله، أو فقد البصر أو فقد إبصار احدى العينين أو أية عاهة مستديمة اخرى، أو الوفاة دون قصد احداثها.

- الاعدام إذا حدثت الوفاة بالرغم من اتباع الطرق العلاجية السليمة والمعتادة، أو إذا كان الغرض هو القتل، وكل ذلك طبقا للمادة 272 من قانون العقوبات.

وما يلاحظ هنا أن المشرع قرر هذه الجريمة بشرط أن يكون الطفل المعتدى عليه يبلغ من العمر أقل من 16 سنة، وهو أمر نراه غير منطقي، فهل الطفل الذي تجاوز 16 سنة من العمر يمكنه الدفاع عن نفسه؟ وهل تجاوز مرحلة الطفولة حتى نرفع عنه الحماية الجزائية المقررة؟

نرى أنه من الضروري إعادة النظر في المادة 269 من قانون العقوبات، ورفع سن الضحية الى 19 سنة المقررة في القانون المدني كسن للبلوغ.

الفرع الثاني: حماية حق الطفل المسعف في الحرية وعدم الترويع بالإختطاف و التهجير والمتاجرة به أو بأعضائه.

لما كانت الدعارة، و ما يصحبها من آفة الإتجار بالاشخاص لأغراض الدعارة، تتنافى مع كرامة الشخص البشري وقدره، وتعرض للخطر رفاه الفرد والاسرة والجماعة¹، ولما كان تهجير الطفل، وتغيير مكان إقامته، وتعرضه للخطر، أو ترويعه بالإختطاف مهما كان الباعث اليه، افعال انتشرت بشكل كبير في العصر الحالي، فإن المشرع الجزائري قد عمد الى تعديل قانون العقوبات، والتتصيص على هذه الأفعال وتجريمها، وتشديد العقاب فيها عموما، و بالخصوص إذا كان الضحية قاصرا، بمقتضى التعديل الصادر بتاريخ 25-02-2009 تحت رقم 09-01، وقد نص فيه المشرع على ثلاث جرائم هامة وخطيرة، هي الاتجار بالاشخاص، الاتجار بالاعضاء، تهريب المهاجرين.

وإن كان القانون قد نص على هذه الجرائم بالنسبة لكل الضحايا مهما كان سنهم، إلا أنه خص القصر بحماية خاصة، وهو ما نشير اليه فيما يلي:

1- جريمة الإتجار بالقصر.

تزايد الاهتمام الدولي سواء من الهيئات الحكومية او من الهيئات غير الحكومية، بجريمة الاتجار بالطفل، فعقدت عدت مؤتمرات ولقاءات علمية من بينها القمة الامريكية العاشرة لدول امريكا الجنوبية عام 2000 ببناما، والتي خصصت اعمالها

¹ أ- لعسري عباسية - حقوق المرأة والطفل في القانون الدولي الإنساني - دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع - عين مليلة - الجزائر - 2006 ص-61 - مقطع من ديباجة إتفاقية حضر الاتجار بالاشخاص واستغلال دعارة الغير.

لدراسة اوضاع الأطفال والمراهقين، حيث أشارت التقارير المقدمة الى أن هذه المنطقة تعد الاسوأ في العالم من حيث القسوة على حياة الاطفال، إذ أن نحو 60% من الاطفال دون 18 سنة يعيشون في دوامة الفقر والآلاف منهم ضحايا الحروب الاهلية، والاستغلال الجنسي، وسوء المعاملة وسوء التغذية¹، وهو ما أدى الى اتساع نطاق جريمة الاتجار بالطفل لاسيما المسعف. وأدى بالمشرع الجزائري الى مواكبة جهود مكافحة هذه الجريمة.

وقد عرف المشرع الجزائري جريمة الاتجار بالاشخاص عموما بالمادة 303 مكرر 04 وجاء فيها:

" يعد اتجارا بالاشخاص، تجنيد او نقل او تنقل او إيواء او استقبال شخص او اكثر بواسطة التهديد بالقوة او باستعمالها، او غير ذلك من اشكال الاكراه، او الاختطاف او الاحتيال او الخداع او إساءة استعمال السلطة، او استغلال حالة استضعاف، او بإعطاء او تلقي مبالغ مالية او مزايا لنيل موافقة شخص له سلطة على شخص اخر بقصد الاستغلال، ويشمل الاستغلال، استغلال دعارة الغير او سائر أشكال الاستغلال الجنسي، او استغلال الغير في التسول، او السخرة او الخدمة كرها، او الإسترقاق او الممارسات الشبيهة بالرق او الاستعباد، او نزع الاعضاء.

ويعاقب على الاتجار بالاشخاص بالحبس من ثلاثة 03 الى عشر 10 سنوات، والغرامة من 300.000 دج الى 1.000.000 دج"

والملاحظ أن الطفل المسعف من الأشخاص الذين تتوفر فيهم أغلب الحالات التي يمكن تكون موضوعا لجريمة المتاجرة بالأشخاص، لاسيما حالات الاستضعاف،

¹ حماس هديات - أطروحة لنيل الدكتوراه- بعنوان- الحماية الجنائية للطفل الضحية - دراسة مقارنة - جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان -2014-2015.

واستعمال القاصرات المسعفات في الدعارة، واستغلال الاطفال المسعفين في التسول، والتسول بالاطفال القصر المسعفين الرضع.

وقد خص المشرع الطفل بحماية خاصة من هذه الجريمة، وغلظ العقوبة لمن يرتكب الفعل على قاصر، برفع عقوبة الحبس من خمسة الى خمسة عشرة سنة إذا كان سبب استضعاف الضحية هو كونها قاصرا.

ويعاقب على الشروع في الجريمة كالفعل التام.

ولا يستفيد الشخص المرتكب لهذه الجريمة من ظروف التخفيف المنصوص عليها باحكام المادة 53 من قانون العقوبات، طبقا لاحكام المادة 303 مكرر 06.

2- جريمة الإتجار بأعضاء القصر.

نصت على هذه الجريمة المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات، وجاء فيها: " يعاقب بالحبس من ثلاثة الى عشر سنوات، وبغرامة من 300.000 دج الى 1.000.000 دج كل من يحصل من شخص على عضو من اعضائه، مقابل منفعة مالية او اية منفعة اخرى مهما كانت طبيعتها،

وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع او تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص."

وهي جريمة قائمة على اساس الاغراء الارادي لشخص ببيع عضو من اعضائه او التوسط في هذا الامر.

كما تقضي المادة 303 مكرر 17 من ذات القانون انه: " يعاقب بالحبس من خمسة الى عشر سنوات وبغرامة من 500.000 دج الى 1.000.000 دج كل من ينتزع

عضوا من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول."

وإذا كان المجني عليه قاصرا، ترفع العقوبة المنصوص عليها، ويتغير وصف الجريمة من الجنحة الى الجناية، وتصبح العقوبة السجن من عشرة (10) الى عشرين سنة (20)، والغرامة من 1.000.000 دج الى 2.000.000 دج طبقا لاحكام المادة 303 مكرر 20.

كما جرم المشرع ايضا فعل انتزاع الانسجة او الخلايا او جمع المواد من جسم شخص مقابل مبلغ مالي او اية منفعة اخرى مهما كان نوعها، وعاقب عليها بالحبس من سنة الى خمس سنوات حبسا والغرامة من 100.000 دج الى 500.000 دج طبقا لاحكام المادة 303 مكرر 18.

وإذا كان المجني عليه الذي جمعت المادة او الانسجة من جسمه قاصرا، تضاعف العقوبة لتصبح الحبس من 05 سنوات الى 15 سنة والغرامة من 500.000 دج الى 1.500.000 دج طبقا لاحكام المادة 303 مكرر 20.

ويعاقب على الشروع في الجريمة كالفعل التام.

ولا يستفيد الشخص المرتكب لهذه الجريمة من ظروف التخفيف المنصوص عليها باحكام المادة 53 من قانون العقوبات، طبقا لاحكام المادة 303 مكرر 06.

3- جريمة تهريب المهاجرين القصر.

عرف المشرع تهريب المهاجرين بالمادة 303 مكرر 30 ونصها: "يعد تهريبا للمهاجرين القيام بتدبير الخروج غير المشروع من التراب الوطني لشخص او عدة

اشخاص من أجل الحصول ، بصورة مباشرة او غير مباشرة، على منفعة مالية او أي منفعة اخرى.

ويعاقب على تهريب المهاجرين بالحبس من ثلاث سنوات الى خمس سنوات، وبغرامة من 300.000دج الى 500.000دج."

وإذا كان من بين الاشخاص المهريين قاصرا، فترفع العقوبة المقررة لتصبح الحبس من خمس سنوات الى عشر سنوات، والغرامة من 500.000دج الى 1.000.000دج، طبقا للمادة 303 مكرر 31.

أما إذا ارتكبت الجريمة بأكثر من شخص، او من موظف بالمؤسسة تسهل له وظيفته الجريمة، او باستعمال السلاح، او من طرف جماعة اجرامية منظمة، فيتغير وصف الجريمة الى جنائية، وتكون العقوبة المقررة لها السجن من عشرة 10 الى عشرين 20 سنة، والغرامة من 1.000.000دج الى 2.000.000دج.

والملاحظ في هذا التعديل أن المشرع تحدث عن الضحية القاصر، إلا أنه لم يحدد سنه، بالرغم من أنه تحدث في جرائم اخرى عن سن 16 سنة، و 18 سنة، وفي نصوص خاصة عن 21 سنة.

ونرى أنه ما دام القاصر في هذه الجرائم ضحية، وأنه من حقه عن طريق من يمارس الاجراءات القضائية عنه أن يتأسس كطرف مدني، وإعمالا للمادة 40 من القانون المدني، ان سن القاصر المقصود هنا هو 19 سنة، فكل من كان عمره اقل من 19 سنة، يتمتع بالحماية المقرر للقصر بهذه النصوص القانونية.

ولما كان الطفل المسعف هو اكثر الفئات من الطفولة المعرضة لمثل هذه الجرائم، فإن المشرع بذلك يكون قد حماه جزائيا، وأغلظ العقوبة لكن من يرتكب هذا النوع من الجرائم في حقه.

4- جريمة إختطاف الطفل المسعف وتعذيبه وبيعه.

في ظل تزايد الاعتداءات بالاختطاف على القصر، والاعتداء الجنسي عليهم او تعذيبهم، او قتلهم، او اشتراط الفدية بالتهديد بذلك، وفي ظل النقص في مجال التشريع المرتبط بهذه الظاهرة، ظهر ضغط اجتماعي على المشرع من اجل التدخل، وهو ما تم فعلا بتاريخ 04-02-2014، اين تم تعديل قانون العقوبات لمسايرة هذه الاحداث¹. وقد اضاف المشرع المواد 293 مكرر 1 الى 295 مكرر 3 الى قانون العقوبات، ونصت المادة 293 مكرر 1 على عقوبة السجن المؤبد على كل من يخطف او يحاول خطف قاصر لم يبلغ سن 18 سنة عن طريق العنف او التهديد او الاستدراج او غيره من الوسائل.

¹ تم تعديل قانون العقوبات بالقانون 01-14 المؤرخ في 04-02-2014، وقد اعتمد هذا القانون في بدياته على مجموعة من المواثيق الدولية التي صادقت عليها الجزائر، في مجال حقوق الانسان وحقوق الطفل، ومنها: الاتفاقية الدولية الخاصة بازالة جميع اشكال التمييز العنصري التي اقرتها الجمعية العامة للامم المتحدة بتاريخ 12-31-1965 والتي صادقت عليها الجزائر بتاريخ 13-12-1966. اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للامم المتحدة بتاريخ 20-11-1989 والمصادق عليها مع تصريحات تفسيرية من الجزائر بتاريخ 19-12-1992. الاتفاقية العربية لمكافحة الارهاب، الموقعة في القاهرة بتاريخ 22-04-1998 المصادق عليها بالجزائر بتاريخ 07-12-1998. اتفاقية منظمة الوحدة الافريقية للوقاية ومكافحة الارهاب المعتمدة بتاريخ 14-07-1999 والمصادق عليها بتاريخ 09-04-2000. الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الارهاب المعتمدة من الجمعية العامة للامم المتحدة بتاريخ 09-12-1999 المصادق عليها بالجزائر بتاريخ 23-12-2000. البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الاطفال واستغلال الاطفال في البغاء وفي المواد الاباحية، المعتمد بنيويورك بتاريخ 25-05-2000، والمصادق عليه بالجزائر بتاريخ 03-09-2006.

ويعاقب الجاني بالاعدام إذا تم تعذيب الطفل المخطوف أو تعرض إلى عنف جنسي أو إذا كان الدافع إلى الخطف هو تسديد فدية أو إذا ترتبت عليه الوفاة، ولا يستفيد الجاني من ظروف التخفيف.

كما أضاف المشرع لقانون العقوبات المادة 319 مكرر، لتجريم فعل بيع القاصر أقل من 18 سنة، وقد نصت هذه المادة على أن كل من أقدم على بيع الطفل القاصر لأقل من 18 سنة، يعاقب بالحبس من 05 سنوات إلى 15 سنة، والغرامة من 500.000 دج إلى 1.500.000 دج، مهما كان الغرض من البيع وبأي شكل من الأشكال كان، وتطبق نفس العقوبة على كل من حرض أو توسط في عملية بيع الطفل. وبذلك يكون المشرع قد وصل بعقوبة اختطاف الطفل وتعذيبه أو الاعتداء عليه جنسياً أو اشتراط الفدية بعد اختطافه إلى حدّها الأقصى وهو الاعدام.

الفرع الثالث: حماية حق الطفل المسعف في عدم التعرض لحيائه وعرضه وعدم اغتصابه.

ومن ذلك فقد جرم المشرع كل فعل من شأنه المساس بحق الطفل القاصر في الحياء العام، بأن جرم تصوير الطفل في وضعيات جنسية، كما جرم التعدي على عرضه بالانتهاك أو الاغتصاب.

1- جريمة تصوير القاصر وهو يمارس أنشطة جنسية.

نصت على هذه الجريمة المادة 333 مكرر 1، بأن كل من صور قاصراً لم يكمل 18 سنة، بأي وسيلة كانت، وهو يمارس أنشطة جنسية بصفة مبيّنة، حقيقية أو غير حقيقية، أو صور الأعضاء الجنسية للقاصر، لأغراض جنسية أساساً، أو قام بإنتاج أو

توزيع أو نشر أو ترويج أو استيراد أو تصدير أو عرض أو بيع أو حيازة مواد اباحية متعلقة بالقصر.

وبما أن الطفل المسعف اكثر عرضة لهذه الافعال، فإن التجريم يشمل من باب اولى.

وقد عاقب المشرع على هذا الفعل بالحبس من خمس سنوات (05) الى عشر سنوات (10)، والغرامة من 500.000دج الى 1.000.000دج.

2- جريمة الفعل المخل بالحياة على القاصر¹.

وتنقسم الى قسمين، القسم الاول، وهو الفعل المخل بالحياة على قاصر اقل من 16 سنة برضاه، وهو ما نصت عليه المادة 334 من قانون العقوبات، فالقانون قد عاقب على الفعل نظرا لسن الضحية، ولو كانت راضية بالفعل، وانتهى الى العقاب عليه بالحبس من 05 الى 10 سنوات والغرامة، وتتحول الجنحة الى جناية إذا كان الجاني من أصول الضحية، وعقوبتها السجن من 05 الى 10 سنوات.

أما القسم الثاني، فهو الفعل المخل بالحياة على قاصر اقل من 16 سنة ولكن بالعنف، وهو ما نصت عليه المادة 335 فقرة 02 من قانون العقوبات، وهو فعل يشكل جناية عقوبتها السجن من 10 الى 20 سنة.

وفي كلا الحالتين يستوي أن تكون الضحية انثى ام ذكر.

3- جريمة الإغتصاب.

نص المشرع على هذه الجريمة بالمادة 336 من قانون العقوبات، واشتملت على فقرتين، فقرة اولى تخص الاغتصاب على البالغة، وعقوبته السجن من 05 الى 10

¹ تسمى لدى بعض فقهاء القانون الجنائي الخاص جريمة هناك عرض القاصر.

سنوات، وفترة ثانية إذا كان الاغتصاب على قاصرة دون 18 سنة من العمر¹، فتكون العقوبة السجن من 10 سنوات الى 20 سنة، أي أن العقوبة تتضاعف حسب سن الضحية.

غير أنه وللتمييز بين جريمة الفعل المخل بالحياء بالعنف، وجريمة الاغتصاب، فإن أغلب الدراسات تؤكد أن الفعل المخل بالحياء بالعنف يقتضي ألا يكون من قبل المرأة، وإنما يقتضي أن يكون الفعل دون الايلاج بالاكْتفاء بكشف العورة او اشباع الرغبات الجنسية دون ايلاج، او الايلاج من الدبر، ويستوي أن يكون الايلاج في دبر الانثى او الذكر، أما جريمة الاغتصاب، فقد استقر الامر على أنها تقوم إذا كانت على انثى ومن مكان الولد².

وبذلك يكون المشرع قد حمى الطفل المسعف في شرفه واعتباره، في ظل الحماية المقررة للطفل عامة ومن باب اولى.

الفرع الرابع: حماية حق الطفل المسعف في الراحة واللعب وعدم العمل إلا بعد

سن 16 سنة.

نص على هذه الجريمة قانون العمل³ في مادته 140 التي تقضي أنه: " يعاقب بغرامة من 1000 دج الى 2000 دج على كل توظيف لعامل قاصر لم يبلغ السن المقررة، إلا في حالة عقد التمهين المحرر طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

¹ كان القانون قبل تعديل سنة 2014 بالقانون 01-14 المؤرخ 04-02-2014 يحدد السن بـ16 سنة فقط وتم رفعه الى 18 سنة.

² د- احسن بوسقيعة – الوجيز في القانون الجنائي الخاص- المرجع السابق – ص 94

³ القانون 90- 11 المؤرخ في 21-04-1990 المتضمن علاقات العمل المعدل والمتمم، ج ر العدد 17 لسنة 1990 بتاريخ 25-04-1990.

وفي حالة العود يمكن اصدار عقوبة حبس تتراوح بين 15 يوما الى شهرين، دون المساس بالغرامة التي يمكن ان ترفع الى ضعف الغرامة المنصوص عليها بالفقرة السابقة".

وتنص المادة 15 من ذات القانون على أن سن العمل محدد ب 16 سنة كاملة ولا يوظف القاصر إلا بناء على رخصة من وصيه الشرعي، ولا يجوز استخدامه في الاشغال الخطيرة او التي تتعدم فيها النظافة او تضر صحته او تمس اخلاقياته.

والطفل المسعف عادة ما يتم توظيفه في إطار عقود التمهين لدى مؤسسات التكوين المهني، وهذه الاخيرة تخول له في اطار عقد التمهين ممارسة بعض الاشغال المهنية التعليمية لدى بعض المؤسسات، إلا أنه يتعين متابعته ومراقبة ما يقوم به، وما يطلب منه.

نكون بذلك قد توصلنا الى ازيد من 23 جريمة تمكن المشرع أن يحمي منها الطفل بصفة عامة، والمسعف على سبيل الاولوية، وهي على سبيل الاستدلال لا الحصر، إذ يمكن أن توجد جرائم اخرى في نصوص خاصة لم نعالجها.

وهو مجهود جبار من المشرع لحماية الطفل المسعف، غير أن محيط الطفل المسعف عادة لا يدركون هذه الحماية، ولا يفعلون آلياتها بما يكفل حماية حق الطفل، اعتبارا أن بعض الجرائم تقتضي الشكوى من الطفل او من يشرف عليه، وهو ما سعينا الى توضيحه في هذه الدراسة لتمكين الطفل من ممارسة كامل حقوقه كطرف مدني في قضايا الاعتداء عليه مهما كان نوعها، ولفتح المجال أمام المشرفين على الطفل في استعمال هذه الاليات القانونية في حمايته جزائيا.

غير أننا نظل نشير الى أن الاختلاف الكبير الذي يظل يستعمله المشرع في تحديد سن القاصر الضحية بين مختلف النصوص من 16 سنة في بعض الجرائم، الى 18 سنة في اخرى، الى 19 سنة في البعض الاخر، الى 21 سنة في البقية، هو اختلاف لا مبرر له، ويتعين توحيد هذه السن الى ما اشارت اليه المادة 40 من القانون المدني، وهي 19 سنة كاملة، وكل طفل لم يبلغ هذا السن فهو قاصر يتعين حمايته.

كما تجب الاشارة أن الطفل ضحية الافعال الجنسية قد قرر له المشرع إجراءات خاصة لسماعه، نص عليها بمقتضى المادة 46 من القانون 15-12 المؤرخ في 15-07-2015 المتضمن حماية الطفل، ومن بين هذه الاجراءات ضرورة التسجيل السمعي البصري عند سماع الطفل ضحية الاعتداء الجنسي مع امكانية حضور اخصائي نفسي لمساعدته، ويتم التسجيل بمعرفة ضابط الشرطة القضائية او وكيل الجمهورية او قاضي التحقيق، ولهؤلاء أن يكلفوا اي شخص مؤهل لتسجيل الطفل، ويتم تحرير ما ورد في التسجيل كتابة، ويدرج بالملف، ويمكن للقضاة والمحامين والاطراف مشاهدة التسجيل مع ضمان سرية، ويتلف بعد سنة من إنقضاء الدعوى.

هذا عن الطفل المسعف كضحية، غير أن الطفل المسعف ليس دائما ضحية، فقد يكون مشتبه به حدث، او متهم حدث، او حدث جانح محكوم عليه نهائيا، بالرغم من سنه، وقد حاول المشرع حماية الطفل المسعف في هذا الوضع ايضا، وهو ما سنتعرض له في المبحث الثاني من هذا الفصل.

المبحث الثاني: الحماية الجزائرية للطفل المسعف كمتهم.

تطرقنا في المبحث الاول من هذا الفصل الى وضع الطفل المسعف كضحية، وكيف حماه المشرع جزائيا، بالنظر الى المواثيق الدولية التي صادقت عليها الجزائر، واعتبارا ان الجزائر بلد اغلب شعبه مسلم، وله تقاليد وعاداته، فقد نظم المشرع حق الطفل المسعف في الحماية بصفته كجانيح.

والى غاية 2015 كان المشرع ينظم حق الطفل بصفة عامة ضمن مجموعة متفرقة من النصوص القانونية موزعة على قانون العقوبات، وقانون الاجراءات الجزائية، وقانون تنظيم السجون، والامر 3-72 المتضمن حماية الطفولة والمراهقة¹، وغيرها من النصوص.

ثم صدر القانون 15-12 المؤرخ في 15-07-2015 المتضمن قانون حماية الطفل²، وهو قانون ألغى كل الاحكام المنظمة لحماية الطفل في مختلف النصوص، باستثناء النصوص التنظيمية في انتظار صدور النصوص التنظيمية الخاصة به، وجاء بنص موحد لحماية الطفل، وقد حاول المشرع الاقتداء بما هو معمول به في أغلب دول العالم المتقدمة من تخصيص نصوص خاصة لحماية الطفل الجانيح³، وهكذا انقسمت حماية الطفل الجانيح جزائيا من مرحلة التحقيق الابتدائي امام الضبطية

¹ الامر 3-72 المؤرخ في 10-02-1972 المتضمن قانون حماية الطفولة والمراهقة، ج ر رقم 15 بتاريخ 22-02-1972

² القانون 15-12 المؤرخ في 15-07-2015 المتضمن قانون حماية الطفل - ج ر رقم 39 بتاريخ 19-07-2015

³ Shih-chin LIN- LES PRINCIPES DIRECTEURS DE LA JUSTICE PENALE DES MINEURS DELINQUANTS –Thees pour le doctorat en droit prive et sciences criminelles- Universite aix-marseille- 2017-2018- P 203- 2017.

القضائية، الى مرحلة المثل امام وكيل الجمهورية، ثم مرحلة التحقيق القضائي، ثم مرحلة المحاكمة والنطق بالعقوبة، ثم مرحلة الاستئناف، ثم مرحلة تنفيذ الاحكام.

المطلب الأول: حماية الطفل المسعف الجانح في مرحلة التحقيق الابتدائي.

مرحلة التحقيق الابتدائي هي المرحلة الممتدة من لحظة ارتكاب الواقعة المجرمة، الى لحظة وصول الملف الى وكيل الجمهورية المختص، إما بتقديم الاطراف امامه، او بارسال الملف عن طريق البريد حسب تعليماته، وحسب خطورة الوقائع، ووضع المشتبه به في هذه المرحلة ما إن كان موقفا تحت النظر او حرا.

والمعروف أن مرحلة التحقيق الابتدائي في اغلب النظم القضائية هي المرحلة التي يحتمل فيها أن تهضم حقوق المشتبه بهم، إما بصفة عمدية، وإما بصفة غير عمدية - وهو الغالب- عن طريق الخطأ من ضباط الشرطة القضائية في تطبيق القانون، او عن طريق الخطأ من المشتبه به في حد ذاته، نظرا للخوف الذي ينتابه من الوضع تحت النظر، ومن عناصر الضبطية القضائية المسلحون، وكل ما يحيط به من اعمال تبدو في غالبها عنيفة، مما يدفع به أحيانا الى التصريح بأشياء لا وجود لها او لم يرتكبها.

وعلى هذا الأساس انصب مجهود اغلب المنظمات والجهات المدافعة عن الطفل الى تنظيم حقه في الحماية الجزائية في مرحلة التحقيق الابتدائي بتقديم الضمانات اللازمة لحماية حقه من اخطاء ضباط الشرطة القضائية المحتملة من جهة، ولطمأنته وتهدئة روعه، ومساعدته على التركيز على ما يحمل ضده من أفعال، ليحس بالأمان اللازم، ويدافع عن نفسه بالشكل الذي يؤدي الى إظهار الحقيقة لفائدة الجميع، وقد حثت منظمة unicef كل مشرعي العالم على ضرورة العمل على منع حرمان الطفل

من حريته، وعدم اتخاذ هذا الاجراء ضده إلا كآخر حل ممكن، وللمدة الاقصر الممكنة¹، فما هي هذه الضمانات التي أقرها المشرع الجزائري لحماية حق الطفل في مرحلة التحقيق الابتدائي؟

الفرع الأول: حقوق الطفل المسعف أثناء التوقيف للنظر.

نشير هنا اولاً أنه لا حديث عن الطفل الجانح، إذا لم يكن قد بلغ عشرة سنوات كاملة من عمره طبقاً لاحكام المادة الثانية من قانون حماية الطفل، وأنه لا حديث ان توقيف الطفل تحت النظر اذا لم يكن قد اكمل ثلاثة عشر سنة (13) كاملة من عمره حسب احكام المادة 49 من ذات القانون. ومسألة التوقيف للنظر مسألة دقيقة، تقتضي بحث اجراءات التوقيف، ومكان التوقيف للنظر.

1- الحماية المقررة للطفل المسعف من حيث إجراءات التوقيف للنظر.

التوقيف للنظر من صلاحيات ضابط الشرطة القضائية، تحت إشراف وكيل الجمهورية المختص، والسلطة التقديرية في توقيف المشتبه بهم تحت النظر من صلاحيات ضابط الشرطة القضائية، وقد أحاط المشرع هذه السلطة ببعض الاجراءات يتعين أن يقوم بها ضابط الشرطة القضائية إذا تعلق الأمر بطفل جانح، أهمها:

- ان يكون الطفل قد اكمل 13 سنة من عمره. م 48
- لا يكون التوقيف للنظر إلا في الجرائم التي تشكل إخلالاً ظاهراً بالنظام العام، وتلك التي يكون الحد الأقصى للعقوبة فيها يفوق خمس سنوات حبسا و في الجنايات. م 49 ف 02.

¹ UNICEF- La protection de l'enfant – Guide a l usage des parlementaires – unicef 2004- p 136

- أن توجد مقتضيات واضحة في التحقيق تفيد أن المشتبه به الحدث قد ارتكب الفعل، ومن هذه المقتضيات على سبيل المثال لا الحصر، أن يتم توقيف الحدث في حالة تلبس بإرتكاب الوقائع، أو أن توجد دلائل مرجحة بقوة لارتكابه الفعل، أو أن يلاحظ ضابط الشرطة بما له من سلطة في الميدان أن الطفل مشتبه به، وأن حياته أو جسده في خطر من الضحية أو ذويه، وأن توقيفه يكون لحمايته من أي اعتداء.

- أن يخطر وكيل الجمهورية فوراً أنه سيضع الطفل تحت نظام التوقيف تحت النظر.

- أن يحرر ضابط الشرطة تقريراً بدواعي التوقيف للنظر، يسلمه لوكيل الجمهورية على الفور.

- لا يتجاوز التوقيف للنظر 24 ساعة قابلة للتجديد بإذن وكيل الجمهورية. م 49 ف 03.

- كل تجديد لا يتجاوز 24 ساعة. م 49 . ف 04.

- يجب على ضابط الشرطة القضائية، بمجرد توقيف الطفل، إخطار الممثل الشرعي له (في حالة الطفل المسعف يخطر مدير المؤسسة أو مدير النشاط الاجتماعي) بكل وسيلة ممكنة، وأن يضع تحت تصرف الطفل كل وسيلة تمكنه من الاتصال بعائلته أو محاميه، وتلقي زيارته وزيارة المحامي. م 50

- يجب على ضابط الشرطة القضائية تمكين المسئول عن الطفل ومحاميه من

زيارته م 50

- يجب على ضابط الشرطة القضائية تبليغ الطفل أنه بإمكانه طلب عرضه على

طبيب للمعاينة.

- يجب على ضابط الشرطة القضائية عرض الطفل على طبيب فور توقيفه للنظر

لفحصه وتحرير شهادة طبية بهذا الشأن تدرج بملفه. م51

- يجب على ضابط الشرطة القضائية عرض الطفل على طبيب لمعاينته بعد نهاية

سماعه. م51

- يجب على ضابط الشرطة القضائية إبلاغ وكيل الجمهورية في حالة انعدام محام

يحضر السماع مع الطفل لتعيين محام يساعد الطفل عن طريق المساعدة القضائية.

م54

- يجب على ضابط الشرطة القضائية إبلاغ الطفل بحقوقه المنصوص عليها

بالمادتين 50 المتضمنة الاتصال بأهله وبالمحامي والطبيب، و54 المتضمنة حقه أن

يسمع في حضور محامي، وأن يشار لذلك بمحضر السماع. م51.

2- الحماية المقررة للطفل المسعف من حيث مكان التوقيف للنظر.

لمكان توقيف الطفل الجانح للنظر أهمية بالغة في حماية حقه، وعدم التأثير على

معنوياته، ولو كان هذا الطفل خطير نظرا لاحتمال استرجاعه دائما واحتمال إعادة

تأهيله كمواطن صالح، وعلى ذلك فلا يجوز وضعه في مكان مع المشتبه بهم

البالغين، ويتعين أن يكون المكان لائقا ونظيفا، ويراعي كرامة الانسان، وخصوصيات

الطفل واحتياجاته، وأن يكون المكان منفصلا تماما عن البالغين، تحت مسؤولية ضابط

الشرطة القضائية. م52 ف04

كما يتعين أن يقوم وكيل الجمهورية وقاضي الأحداث بزيارة لمكان توقيف الاطفال

للنظر مرة واحد على الاقل في الشهر لكل واحد منهما، وبشكل دوري. م52 ف05

الفرع الثاني: حقوق الطفل المسعف أثناء السماع الأولي أمام الضبطية القضائية.

على خلاف البالغ، فإن المشرع قد قدم ضمانات كبيرة للطفل الجانح لسماعه في التحقيق الأول أمام الضبطية القضائية، ومن هذه الضمانات الهامة خصوصا ما يلي:

- لا يتم سماع الطفل الموقوف تحت النظر إلا بحضور دفاعه، وإن لم يكن له محام وجب على ضابط الشرطة القضائية ابلاغ وكيل الجمهورية، وعلى هذا الأخير أن يعين بالتنسيق مع نقيب المحامين محام لمساعدة الطفل أمام الضبطية القضائية، والمعمول به في جميع المحاكم أن نقيب المحامين يعين قائمة من المحامين للقيام بمهام المساعدة القضائية يبلغها مسبقا لكل من وكيل الجمهورية وقاضي الأحداث، وفي حالة الإستعجال يتم الإتصال بهم. م54

- لا يتم سماع الطفل إلا بحضور وليه الشرعي إذا كان معروفا. م55، وفي حالة الطفولة المسعفة يتم بحضور مدير مؤسسة الطفولة المسعفة و المساعدة الاجتماعية.

- يمسك ضابط الشرطة القضائية سجلا تدون فيه محاضر سماع الاطفال الجانحين، والبيانات الخاصة، يؤشر عليه مسبقا من طرف وكيل الجمهورية المختص. م52 ف3.

- يتم سماع الحدث حول موضوع الواقعة على فترات متقطعة يسمح فيها للطفل من أخذ قسط من الراحة. م52 ف01

- يتم سماع الطفل الجانح على محضر، تدون فيه مدة سماعه، وفترات الراحة اثناء السماع، واليوم والساعة التي تم فيهما اطلاق صراحه إن تم، وإلا اليوم والساعة التي قدم فيهما الى وكيل الجمهورية، وكذا أسباب توقيف الطفل للنظر. م52 ف01

- ترفق شهادات الكشف الطبي لما قبل السماع وما بعده بمحضر السماع تحت

طائلة البطلان. م 51 ف04

المطلب الثاني: حماية الطفل المسعف الجانح في مرحلة التحقيق القضائي.

تبدأ مرحلة التحقيق القضائي من تقديم الطفل أمام وكيل الجمهورية الى غاية اتخاذ القاضي المكلف بالتحقيق امرا بالتصرف في الملف إما باحالته للمحاكمة امام قسم الاحداث لنفس المحكمة إذا كانت الواقعة جنحة او انتهت باعادة التكييف كمخالفة، او إحالته على قسم الاحداث بمحكمة مقر المجلس إذا تعلق الامر بجناية، او أمر بانتفاء وجه الدعوى في حقه.

غير أن المشرع قد قرر قواعد عامة للتحقيق مع الاحداث، يتعين التطرق لها، قبل التفصيل في اجراءات التحقيق ذاتها.

الفرع الأول: القواعد العامة للتحقيق مع الأطفال المسعفين الجانحين.

اورد المشرع مجموعة هامة من القواعد للتحقيق مع الطفل الجانح نوردها فيما يلي:

- لا يكون محلا لأية متابعة جزائية الطفل الذي لم يكمل عشر (10) سنوات من عمره، وبالتالي فإن وكيل الجمهورية مطالب بمراقبة سن الطفل قبل توجيه الاتهام له، وقد يقال أنه لا يتصور ارتكاب طفل عمره اقل من 10 سنوات لجريمة، فنقول إن ذلك ممكن جدا، وحدث عديد المرات لاسيما في مؤسسات الطفولة المسعفة، أين قد يعتدي طفل على طفل اخر مثلا بالضرب او أن يحدث له عاهة مستديمة وسن الجاني لا يتعدى 10 سنوات.

- لا يكون الطفل الذي يتراوح عمره بين 10 و أقل من 13 سنة بتاريخ ارتكاب الواقعة محلاً إلا لتدابير الحماية والتهديب ولا يمكن وضعه في مؤسسة عقابية ولو بصفة مؤقتة. م 58 ف01

- لا يمكن وضع الطفل الذي يتجاوز 13 سنة ولم يبلغ 18 سنة من العمر بمؤسسة عقابية ولو بصفة مؤقتة، إلا إذا دعت الى ذلك الضرورة، واستحال اتخاذ أي إجراء آخر، وفي هذه الحالة يتعين وضع الطفل المعني بمركز لإعادة التربية وادماج الأحداث، أو بجناح خاص بالأحداث في المؤسسات العقابية، ولا يمكن بأي حالة أن يوضع مع البالغين الموقوفين. م 58 ف02، أي أنه على قاضي الأحداث بذل كل ما بوسعه لعدم وضع الطفل بالحبس المؤقت.

- يعين في كل محكمة قاضي للأحداث لمدة ثلاث سنوات بأمر من رئيس المجلس القضائي، ويتعين أن يكون برتبة نائب رئيس محكمة على الأقل (خبرة لا تقل عن اربع سنوات من العمل القضائي).

- يعين في محكمة مقر المجلس قاضي أحداث برتبة نائب رئيس محكمة بقرار من وزير العدل حافظ الاختتام لمدة ثلاث سنوات، اعتباراً أن هذا القاضي هو من يتأسس قسم الأحداث المختص بنظر الجنايات المرتكبة من الأحداث. م 61

- يحقق في الجناح المرتكبة من الأحداث قاضي الأحداث، في حين يحقق في الجنايات المرتكبة من الأحداث قاضي التحقيق المكلف بجنايات الاطفال، الذي يعين بناء على أمر من رئيس المجلس المختص. م 61 ف 04.

- إذا اشترك في الجريمة متهمون بالغون واطفال، يقوم وكيل الجمهورية بفصل الطفل عن البالغين بملف منفصل.

- التحقيق القضائي إجباري في الجرح والجنايات التي يرتكبها الطفل، ولا يمكن بأي حال أن يخضع الطفل لإجراءات التلبس بالجنحة والمحاكمة المباشرة دون تحقيق، أما في المخالفات فالتحقيق اختياري، ويمكن أن يتم استدعاء الطفل مباشرة أمام قسم الأحداث للمحاكمة دون تحقيق عن المخالفة لبساطة الواقعة. م 64-65.

- يتعين على قاضي الأحداث، او قاضي التحقيق المكلف بجنايات الاطفال أن يجري بحثا اجتماعيا اجباريا عن الطفل، يتضمن عادة وضعه في العائلة، او العائلة الكافلة او في مؤسسة الطفولة المسعفة، وعدد اخوته ومستواه الدراسي، ونوعية دراسته، وسوابقه في مؤسسة الطفولة المسعفة الى غير ذلك من الامور التي قد تسهل التحقيق معه او محاكمته.

- حضور المحامي مع الطفل وجوبي في جميع مراحل المتابعة والتحقيق والمحاكمة، وإذا لم يتمكن الطفل او ممثله الشرعي من تعيين محام يتم تعيينه مباشرة من قائمة المساعدة القضائية. م 67.

تلك هي الضمانات المقدمة من المشرع للتحقيق مع الطفل كقواعد عامة.

الفرع الثاني: ضمانات الحماية أثناء إجراءات التحقيق مع الطفل المسعف

الجانب.

بعد أن يتم تقديم الطفل امام وكيل الجمهورية يستمع اليه بحضور ولي أمره، ومحاميه، ويتقدم وكيل الجمهورية بعريضة يلتزم فيها من قاضي الأحداث فتح تحقيق في الواقعة التي تشكل جنحة او مخالفة، أما في الجنايات فيلتزم من قاضي التحقيق المكلف بجنايات الاطفال فتح تحقيق في الواقعة بطلب افتتاحي.

ويخطر القاضي المحقق الطفل وممثله الشرعي بالمتابعة، ثم يشرع في سماع الاطراف على أن يكون الطفل ممثلاً بمحام، ويبذل كل ما في وسعه شخصياً او بالاستعانة بمصالح الوسط المفتوح للتعرف على شخصية الحدث، ويأمر بإجراء فحص طبي ونفسي وعقلي إن لزم الأمر للطفل.

ويتمتع قاضي الأحداث بكامل الصلاحيات المخولة لقاضي التحقيق في التحقيق في

الواقعة. م69

وبهذه الصفة، يستمع بعد تقديم الطفل اليه الى كل اطراف القضية، والى الطفل، ثم يقرر ما يراه للتصرف بشأنه، وفي هذا الصدد يمكن لقاضي الأحداث او قاضي التحقيق المكلف بجنايات الاطفال أن يتخذ تدبيراً او اكثر من التدابير المؤقتة التالية: م70.

- تسليم الطفل الى ممثله الشرعي او الى شخص او عائلة جديرين بالثقة، وفي حالة الطفل المسعف الى مدير مؤسسة الطفولة المسعفة التي يتواجد بها عادة.
- وضعه في مؤسسة معتمدة مكلفة بمساعدة الطفولة.
- وضعه في مركز متخصص في حماية الطفولة الجانحة.
- وضعه عند الاقتضاء تحت نظام الحرية المراقبة، وتكليف مصالح الوسط المفتوح بتنفيذ ذلك.

- يمكن لقاضي الأحداث أن يأمر بوضع الطفل تحت نظام الرقابة القضائية إذا

كانت الافعال المنسوبة اليه قد تعرضه الى عقوبة سالبة للحرية. م71

- لا يمكن وضع الطفل أقل من 13 سنة رهن الحبس المؤقت، ومع ذلك فإن كانت التدابير المذكورة أعلاه لا تكفي، يجوز أن يأمر قاضي الأحداث أو القاضي المكلف بجنايات الاطفال بوضع الطفل رهن الحبس المؤقت بالشروط التالية:
- أن يتجاوز سنة 13 سنة كاملة بتاريخ ارتكاب الواقعة.
- في مادة الجرح أن تكون العقوبة المقررة للجريمة المتابعة بها الطفل تزيد في حدها الأقصى عن ثلاث سنوات أو تساويها.
- وبالرغم من بلوغ الطفل 13 سنة، وبالرغم من كون الحد الأقصى للعقوبة المقررة للجنة المتابعة بها يساوي أو يفوق 03 سنوات، فإنه إذا كان عمر الطفل أقل من 16 سنة، لا يمكن الأمر بوضعه رهن الحبس المؤقت إلا إذا كانت اللجنة تشكل إخلالا خطيرا وظاهرا بالنظام العام، أو كان الحبس ضروريا لحماية الطفل، وأن تكون مدة الحبس شهرين غير قابلة للتجديد.
- إذا كان الطفل يتجاوز 16 سنة من العمر فإنه يجوز الأمر بإيداعه الحبس لمدة شهرين قابلة للتجديد مرة واحدة فقط في الجرح.
- في مادة الجنايات يمكن حبس الطفل الذي يفوق عمره 13 سنة مدة شهرين قابلة للتجديد بنفس المدة وحسب الاجراءات المقررة في قانون الاجراءات الجزائية.
- بعد نهاية التحقيق يرسل القاضي المحقق الملف الى وكيل الجمهورية لتقديم التماساته خلال 05 ايام.

ويمكن لقاضي الاحداث او القاضي المكلف بجنايات الاطفال أن يأمر إما بالأو وجه للمتابعة، وإذا رأى قاضي الأحداث أن الوقائع تشكل مخالفة أو جنحة أمر بأحالة الملف على قسم الاحداث لنفس المحكمة للمحاكمة، أما إن رأى قاضي التحقيق

المكلف بجنايات الاطفال أن الواقعة تشكل جناية فيأمر بإرسال الملف الى قسم الأحداث بمحكمة مقر المجلس لتتم محاكمة الحدث هناك.

المطلب الثالث: حماية الطفل المسعف الجانح في مرحلة المحاكمة والتنفيذ.

مرحلة المحاكمة من أصعب واعقد مراحل الدعوى العمومية وذلك لعدة اعتبارات، نذكر منها بالنسبة للبالغ على سبيل المثال لا الحصر، أن التحقيق الذي كان سريريا سيصبح تحقيقا نهائيا علنيا يحضره من يشاء من الناس، وهو ما قد يربك المتهم، ويؤثر على طريقة رده على أسئلة القاضي رئيس الجلسة، ما قد يؤدي به الى الإدلاء بتصريحات ليست في صالحه.

- ان العبرة في القانون بما يدور في جلسة التحقيق النهائي، وفي المناقشات التي

تتم فيه للدلالة، حسب مقتضيات المادة 212 من قانون الاجراءات الجزائية¹.

- ان بعض جلسات المحاكمة، كجلسة الجنايات لها هيلمان كبير، ورهبة عظيمة قد

تؤثر على المتهم بشكل يفقد معه بعض تركيزه وهو بالغ فما بالك بالحدث، اعتبارا

للتشكيلة التي تضم مجموعة معتبرة ممن سيحاكمونه (سبعة اشخاص على منصة

المحاكمة هم كل من الرئيس ومستشارين محترفين، وأربعة محلفين) بالاضافة الى

كاتب الجلسة والنائب العام و هيئة الدفاع، ووجود قوات كبيرة من رجال الامن والدرك،

و محضر الجلسة، كل هذا بالاضافة الى ما يسبق الجلسة من معلومات عن خطورة

الواقعة واحتمال العقوبة القاسية، وهي كلها امور لا تزال محل نقاش بالنسبة للبالغ

للوصول به الى المحاكمة العادلة.

¹ الامر رقم 155-66 المؤرخ في 08-06-16-1966 المتضمن قانون الاجراءات الجزائية الجزائري المعدل والمتمم -

ج ر رقم 48 بتاريخ 10-06-1966

هذه المعطيات كلها استغلها المشرع، وحاول أن يضع الطفل في موقف مغاير أثناء المحاكمة، نظرا لظروفه وصغر سنه، ونظرا لعدة معطيات تعود بالأساس الى الموثيق الدولية التي انضمت إليها الجزائر، ولحماية حق الطفل في التمتع بمحاكمة خاصة، ومن ذلك فقد نظم المشرع الجزائري محاكمة الأحداث بخلاف البالغين من حيث الجهة المكلفة بمحاكمتهم، سواء إحاله قاضي الأحداث على أساس الجنحة او المخالفة، او إحاله قاضي التحقيق المكلف بالأطفال على أساس الجنائية.

كما نظم أيضا إجراءات المحاكمة والإستئناف، وإجراءات التنفيذ.

الفرع الأول: حماية الطفل المسعف جزائيا بتقرير محاكمته بهيئات تختلف عن البالغين.

أقر المشرع أن تتم محاكمة الطفل المحال بجنحة او مخالفة أمام قسم الأحداث، وهو قسم يوجد بكل محكمة عبر القطر الوطني، ويتكون من قاضي الأحداث رئيسا، ومن مساعدين محلفين (02) للأحداث عضوين.

وقاضي الأحداث رئيس قسم الأحداث المكلف بالمحاكمة، هو نفسه قاضي الأحداث الذي حقق مع الطفل، فيكون مألوما لديه، وهو من القضاة الذين تشترط فيهم أقدمية 04 سنوات على الأقل (نائب رئيس محكمة) كما سبق وأن اشرنا، وأن يكون لهم إهتمام بالأطفال.

أما المساعدين المحلفين فقد اشترط القانون أن يتم تعيينهما من قائمة تعدها لجنة تجتمع بالمجلس القضائي، وأن يكونا من المهتمين بالاطفال، ويتجاوز عمرهما 30 سنة، يتمتعان بالجنسية الجزائرية، ويتم تعيينهما لثلاث سنوات، ومعهما مساعدين محلفين احتياطيين، وقبل تولي مهامهم يتعين على المساعدين المحلفين أصليين

واحتياطيين أداء اليمين التالية أمام المحكمة: "أقسم بالله العلي العظيم أن اخلص في أداء مهمني وأن اكنم سر المداومات، والله على ما أقول شهيد" م80

وما يلاحظ هنا أن المشرع اهتم بالطفل أكثر من البالغ، فمحاكمة الطفل وإن كانت جنحة او مخالفة لا بد أن تتم أمام هيئة تتكون من ثلاثة اشخاص، هم قاضي الاحداث رئيسا، والمساعدين المحلفين، بشروط بالنسبة للقاضي وبالنسبة للمحلفين، على خلاف البالغ الذي يتأسر جهة الحكم المخصص للفصل في قضيته قاضي فرد (نتحدث عن الجنح والمخالفات¹) وقد يكون حديث عهد بالقضاء، ولا مانع في ذلك.

وإذا تعلق الأمر بالاحالة لارتكاب الطفل لجناية، فإن محاكمته لا تكون أمام محكمة الجنايات بهيلمانها كما أشرنا بالنسبة للبالغ، وإنما تكون إما قسم الاحداث بمحكمة مقر المجلس القضائي م79 (عادة تكون مقر الولاية)، وبنفس التشكيلة والاجراءات الخاصة بالجنح والمخالفات.

الفرع الثاني: حماية الطفل المسعف جزائيا بتقرير إجراءات خاصة لمحاكمته.

اول ملاحظة هامة بالنسبة لمحاكمة الاحداث وحمائتهم، هو ما اشرنا اليه سابقا من صعوبة قد يتلقاها المتهم البالغ من علنية الجلسة وحضور الجمهور لها، ولهذا فقد قرر المشرع حماية للطفل أن تكون محاكمته في جلسة سرية، طبقا لاحكام المادة 82 من قانون حماية الطفل، بل إن المشرع اجاز لقسم الأحداث إعفاء الطفل من حضور الجلسة، والاكتفاء بحضور المسئول عنه والاجابة بدلا منه، وهنا يمكن لمدير النشاط الاجتماعي تفويض المساعدة الاجتماعية بالحضور مكان الطفل المتواجد بمؤسسة

¹ كان القانون القديم قبل صدور القانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل يجبر محاكمة الطفل الحدث امام محكمة المخالفات الخاصة بالبالغين طبقا للمادة 446 من قانون الاجراءات الجزائية، وتم إلغاؤها بمقتضى المادة 149 من قانون الطفل، واصبح الطفل في كل الاحوال يحاكم امام قسم الاحداث بالتشكيل المذكورة اعلاه.

الطفولة المسعفة، او مدير هذه الاخيرة، ويعتبر الحكم حضوريا للطفل طبقا لمقتضيات المادة 82 ف03.

كما يمكن لرئيس الجلسة في كل مرحلة من مراحل المحاكمة أن يأمر بانسحاب الطفل في كل المرافعات او جزء منها.

ولا يجوز لقسم الاحداث أن ينظر قضية في حضور باقي المتهمين، بل تنظر كل قضية منفصلة عن الاخرى، ويحضر الطفل المتهم المعني دون غيره من المتهمين طبقا للمادة 83 ف01.

ولا يحضر المرافعات إلا الممثل الشرعي للطفل، وأقاربه الى الدرجة الثانية، وشهود القضية والضحايا والقضاة والمحامين، وعند الإقتضاء الجمعيات المهتمة بشؤون الطفل ومدوبي حماية الطفولة المعنيين بالقضية، حسب المادة 83 ف02.

وينطق بالحكم في جلسة علنية طبقا للمادة 89 اعتبارا أن المحاكمة تكون قد انتهت، وأنه لا خوف من عدم تركيز الطفل لحضور الجمهور.

وبذلك يكون المشرع قد أحاط محاكمة الطفل الجانح بمجموعة هامة من الإجراءات تختلف كلية عن الإجراءات الخاصة بالبالغين، وحماه جزائيا بصفته كمتهم.

الفرع الثالث: حماية الطفل المسعف جزائيا بتقرير عقوبات خاصة به.

ركز المشرع في حماية الطفل جزائيا على العقوبة، فقد قرر بالقواعد العامة منذ البداية أنه إذا تقرر أن يخضع الطفل الذي يبلغ بين 13 سنة و18 سنة من العمر الى حكم جزائي فإن العقوبة يجب أن تكون كالاتي:

- إذا كانت العقوبة التي تفرض عليه هي الاعدام او السجن المؤبد تعين أن تكون العقوبة من عشرة الى عشرين سنة، وأن تكون حبسا لا سجنا.

وإذا كانت العقوبة المقررة عادة هي السجن أو الحبس المؤقت، تعين أن تكون العقوبة نصف المدة التي يحكم بها على البالغ، وأن تكون حبسا في كل الاحوال.

أما في مواد المخالفات، فإنه يقضى على الطفل إما بالتوبيخ أو الغرامة.¹
أما في النص الخاص بقانون حماية الطفل، فقد قرر المشرع العقوبات الممكنة التالية:

أ- أن يتخذ ضد الطفل تدبير أو أكثر من تدابير الحماية والتهديب التالية:
1- تسليمه لمتله الشرعي أو شخص أو عائلة جديرين بالثقة، مع تحديد الإعانات اللازمة لرعايته.²

2- وضعه في مؤسسة معتمدة لرعاية الطفولة.
3- وضعه في مدرسة داخلية صالحة لإيواء الاطفال في سن الدراسة.
4- وضعه في مركز متخصصة في حماية الأطفال الجانحين.
ويمكن لقاضي الأحداث أن يضع الطفل تحت نظام الحرية المراقبة ويكلف مصالح الوسط المفتوح بمراقبته.

وهذه العقوبات هي الاصل في العقوبات الموقعة على الطفل، إلا أنه استثناء يمكن:
ب- إذا كان الطفل يبلغ من العمر بين 13 و 18 سنة، يمكن أن تطبق عليه عقوبة الحبس أو الغرامة طبقا للمادة 50 من قانون العقوبات، على أن يتم تعليل الحكم بها، اعتبارا أنها استثناء، طبقا للقواعد العامة و لأحكام المادة 86.

¹ راجع المادتين 50 و 51 من قانون العقوبات.

² إذا امر قسم الاحداث بتسليم طفل لشخص أو عائلة جديرين بالثقة، تعين على مسؤوله المدني ان يساهم في مصاريف الرعاية، وقد تم تنظيم كيفية هذه المساهمة بمقتضى المرسوم التنفيذي 19-69 المؤرخ 19-02-2019 المتضمن شروط وكيفيات الملزم بالنفقة في مصاريف التكفل بالطفل في خطر الموضوع خارج الاسرة او المسلم للغير.

ج- لا يتخذ ضد الطفل الذي يبلغ بين 10 وأقل من 13 سنة من العمر إلا عقوبة

التوبيخ طبقاً لأحكام المادة 87

الفرع الرابع: حماية الطفل المسعف جزائياً في إطار تنفيذ الأحكام والقرارات.

خص المشرع الطفل الجانح المحكوم عليه بإجراءات خاصة وامتيازات لا تتوفر لدى

البالغ ومنها:

- إذا أعطى الطفل ضمانات أكيدة أنه قد تم إصلاح حاله، لاسيما تقارير الوسط

المفتوح والمساعدة الاجتماعية، بعد انقضاء مهلة ثلاث سنوات من يوم انقضاء التدبير

الخاص بالحماية والتهديب جاز لقسم الأحداث أن يأمر ببناء على عريضة مقدمة من

صاحب الشأن، أو من النيابة العامة أو من تلقاء نفسه بإلغاء القسيمة رقم 01 بأمر

غير قابل لأي طعن، وتتلغ القسيمة رقم 01 ويصبح الطفل كأن لم يرتكب أي فعل،

طبقاً لأحكام المادة 108 من ذات القانون.

- تقيد القرارات والأحكام الخاصة بالأحداث سواء كانت تدابير حماية أو عقوبات

سالبة للحرية أو غرامات، في صحيفة السوابق القضائية، إلا أنه لا يشار إليها إلا في

القسيمة رقم 02 الموجهة للقضاة، طبقاً للمادة 107 من قانون حماية الطفل.

وما لاحظناه أن بعض الجهات القضائية لا تزال وعن طريق الخطأ تشير إلى

الأحكام الصادرة ضد الشخص وهو حدث، وهو أمر مخالف للقانون، ويتعين على

المعني مجرد الإتصال بالنائب العام المختص لتصحيحه إدارياً.

- يرد إعتبار الطفل الجانح وتلغى بقوة القانون كل العقوبات والتدابير المسجلة في

صحيفته القضائية بمجرد أن يصبح بالغاً، طبقاً للمادة 109 من قانون حماية الطفل،

وهي مادة مستمدة من آخر ما توصل اليه الفقه المقارن، ومبنية من فكرة فلسفية مفادها ضرورة نسيان كل ما ارتكبه الطفل في صغر عند كبره¹.

بذلك يكون المشرع قد حمى الطفل الجانح بصفة عامة، والطفل المسعف الجانح بصفة خاصة ومن باب أولى جزائيا، إما بصفته كضحية، إذ خصص لردع كل الاعتداءات الواردة عليه ترسانة كبيرة من النصوص القانونية والجرائم حاولنا أن نحصر أغلبها لتسهيل الوضع على الطفل المسعف والمشرفين عليه والقائمين على تربيته ورعايته، كما خصص نصوص دقيقة بمقتضى قانون حماية الطفل، لحماية الطفل بصفته جانحا، بالسعي الى الوصول الى محاكمة عادلة له، نظرا لوضعه وسنه، وظروفه، لاسيما إن كان مسعفا، من مرحلة التحقيق الابتدائي والوضع تحت النظر الى التحقيق القضائي والمحاكمة، ثم أفاده المشرع بإجراءات نادرة في القوانين المقارنة فيما يتعلق بتنفيذ العقوبات عليه وآثار تسجيل الأحكام ضده، فمنع الإطلاع عليها من أية جهة كانت إلا القضاء، كما منع أن تسجل في صحيفته القضائية المسلمة لغير القضاة، وأجاز لقسم الاحداث إتلاف الصحيفة الأساسية وهي الصحيفة رقم 01 التي تبقى بأرشيف الجهات القضائية.

إن قسم الأحداث يمكنه محو أرشيف الحدث فيما يتعلق بتدابير الحماية إذا استقام وضع الطفل بمرور ثلاث سنوات فقط، كما قرر المشرع أن اعتبار الحدث يرد بقوة القانون بمجرد أن يصبح بالغاً، وتمحى من صحيفته رقم 02 الداخلية، ورقم 03 التي تسلم له كل أحكام الإدانة الصادرة ضده.

¹ JULIE GAIGNOT- L'INTERET SUPERIEUR DE L'ENFANT EN DROIT PENAL – mémoire master
2- Université Aix-Marseille- P 86.

خلاصة الباب الثاني.

توصلنا في نهاية هذا الباب إلى حصر حقوق الطفل المسعف في مواجهة الدولة والعائلة، وتوصلنا إلى أن الطفل له حق على عائلته في أن تختار له إسما يناسبه، ويناسب عصره، ولا يشكل له أي عائق في الوسط الذي يعيش فيه، وعلى الدولة أن تضمن له هذا الإسم عن طريق ضابط الحالة المدنية إن لم تكن له عائلة، وأن تضمن له سبل تغيير هذا الإسم متى تبين له أنه لا يناسبه، وله حق على الدولة أن تضمن له لقباً، وأن تمكنه من تغيير لقبه إلى لقب كافله إن تمت كفالته، وعلى الدولة أن تضمن له الجنسية إما عن طريق رابطة الإقليم، أو عن طريق رابطة الدم، إما بشكل إداري بسيط، وإما بأن تضمن له حق اللجوء الى القضاء للدفاع عن هذا الحق، وأبرزنا الإجراءات اللازمة لذلك.

كما توصلنا إلى أن للطفل الحق في الحضانة، إما عن طريق تمكين أمه من حضانته إن رضيت بذلك وسط عائلتها، ولو بأجر، أو عن طريق الحاضنة الموظفة، ولاحظنا ضرورة أن تهتم الدولة بهذا القطاع الحساس من الموظفين، وأن تراعي قدر الإمكان استمرار الموظفة الحاضنة مع الطفل إلى أن يكبر.

كما توصلنا إلى حق الطفل في الإقامة إما مع والدته إن احتفظت به، وهو حق له عليها وعلى عائلتها، وإلا ففي مؤسسات الطفولة المسعفة، ولاحظنا ضرورة الإهتمام بهذه المؤسسات ونزلائها، والسعي بكل الطرق إلى إيجاد حلول لهذه الفئة من الأطفال بعد سن 18 سنة المقررة كحد أقصى للتواجد بهذه المؤسسات.

و توصلنا إلى حق الطفل المسعف في الإقامة في وسط عائلي عن طريق الكفالة، أو عن طريق العائلة الصديقة، مع ضرورة تدخل المشرع بتوضيح أحكام كفالة الطفل المسعف وتنظيمها بشكل يقضي على الإختلالات التي عايناها.

كما توصلنا إلى حق الطفل المسعف في النفقة، وقلنا أن النفقة مقترنة بالنسب، وحاولنا إيجاد أساس قانوني لنفقة ابن الزنى و ابن المغتصبة.

كما توصلنا إلى أنه من حق الطفل على الدولة أن توفر له الحماية الجزائية إلى أن يبلغ سن الرشد، وحاولنا توضيح الطرق التي قررها المشرع لحماية الطفل المسعف جزائياً، سواء كان ضحية أو مشتبه به أو متهم، وحاولنا توضيح الإجراءات اللازمة لتوفير هذه الحماية، وكيفية تحريك الآليات التي تحمي الطفل المسعف، وحصراً قدر المستطاع الجرائم التي قد يتعرض لها الطفل، والإجراءات اللازم احترامها لحماية الطفل المسعف الجانح.

خاتمة

نخلص في نهاية هذه الرسالة إلى مجموعة من النتائج الهامة نرى انها ضرورية للتقليل من ظاهرة الطفولة المسعفة، من جهة، وإلى مجموعة من التوصيات نرى انها ضرورية لحماية حقوق هذه الفئة من أطفال المجتمع، وقد قادتنا الدراسة إلى اقتراح تعديل مجموعة هامة من النصوص القانونية، لاسيما قانون الاسرة، والحالة المدنية، والاجراءات المدنية والادارية، وقانون التوثيق، وقانون الجنسية، وقانون العقوبات، والقانون المنظم لصندوق النفقة، وغيرها من النصوص المتدخلة في مجال الطفولة المسعفة لما لاحظناه من خلل فيها وللاسباب التالية:

- فيما يتعلق بعقد الزواج العرفي وما يترتب عنه من مشاكل النسب، هذا النوع من التصرفات ألحقت الكثير من الضرر بالطفل والمرأة على حد سواء، نظرا للآثار الوخيمة الناتجة عنه، لاسيما بعد أن تدب المشاكل بين الزوج و الزوجة، ومن ذلك نرى أنه كان على المشرع الصرامة أكثر في منع هذا النوع من الزواج إطلاقا، مع ترتيب آثار قانونية على من يتعمد اللجوء إليه، بل ونرى أنه يجب أن يتضمن عقد الزواج الشكالية في الإنعقاد كركن للقضاء على هذه الظاهرة وحماية الطفل أكثر.

كما أن عقود الزواج العرفية عادة ما يشرف عليها الأئمة، وأنه تفاديا لتعارض ما يقوم به الأئمة - وهم موظفون - من إبرام لعقد زواج قد يكون مخالفا لما هو عليه بالبلدية التي تكون قد سجلت الطلاق، نرى أنه يتعين تنظيم عملية الزواج التي يشرف عليها الأئمة، وذلك بتمكينهم من سجلات رسمية يؤشر عليها رئيس المحكمة المختصة، على أن يلزم الإمام بإخطار البلدية بكل عقد زواج يبرمه، وأن ينسق مع ضابط الحالة المدنية المختص كحال الموثق تماما.

كما أن فك الرابطة الزوجية والتنفيذ المباشر من نيابة الجمهورية بناء على الإشعار بالطلاق الذي يرسله وكيل الجمهورية إلى البلدية، يشكل خلا تشريعيا محضا، يمكن تداركه بتعديل قانون الأسرة، و قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالخصوص، بالنص صراحة على أن قيد الأحكام الفاصلة بفك الرابطة الزوجية بمصالح الحالة المدنية، لا بد أن يقترن بضرورة تبليغ الطرف الآخر أو السعي على الأقل في هذا الإتجاه، ولو التبليغ عن طريق التعليق بالمحكمة وبالبلدية المعنية، حتى يكون هناك إعلان كاف بفك الرابطة الزوجية، مع الإشارة إلى ضرورة إبرام عقد آخر في حالة استئناف الحياة الزوجية، وقبل استئنافها، لتفادي إشكال إنجاب الأطفال في حالة طلاق إداري وما ينتج عنه من مشاكل في نسب الطفل.

كما توصلنا إلى ضرورة تثبيت الزواج العرفي، وإن كان أحد طرفيه أجنبيا، مع انعدام الرخصة، وأن مرد ذلك إلى ثلاثة أسباب على الأقل، نراها على جانب من الأهمية، أولها حق الطفل، والآثار الوخيمة المترتبة على عدم تثبيت زواج والديه، وما نراه من أولوية لهذا الحق على ضرورة احترام الإجراءات التي تفرضها الدولة، وثانيهما كون المبرر المتمثل في حق الدولة في حماية المجتمع وصيانة أمنه، ودواعي المصلحة العامة والأمن العام، لا يتعارض على الإطلاق مع تثبيت الزواج العرفي مع الأجنبي، والثالث أن الرخصة الإدارية تنظم العلاقة بين الأجنبي والدولة، وليست ركنا في عقد الزواج.

- أما فيما يتعلق باللعان، فنرى أنه على القضاة التريث في أمر نسب الطفل، والتحري قبل أعمال قاعدة اللعان لإسقاط النسب، ذلك أننا عاينا من خلال اتصالننا ببعض المحاكم، قبول القضاة لكل قضايا اللعان بناء على أنه حق للزوج، غير أننا

نرى أنه حق مقيد بشروط أقرها فقهاء الشريعة الإسلامية القدماء والمعاصرون دون خلاف بينهم، وتشددوا فيها، وهي أن يقترن اللعان بالقذف بالزنى أو بناء على حمل الزوجة وتكذيب الزوج أن يكون الولد منه، أما باقي الإدعاءات كمجرد القول أنه شاهد المرأة مع رجل، أو إدانة الزوجة بفعل فاضح غير الزنى، كالفعل المخل بالحياء، فهي قضايا يتعين مجابتهها بالرفض لعدم التأسيس، لأن إسقاط النسب لا يكون إلا باللعان الصحيح، وأن أحكام اللعان تقتضي أن يقذف الزوج زوجته بالزنى، وأن الزنى كما هو معلوم، لا يكون إلا في موقع الولد.

كما توصلنا أيضا أن بعض ضعاف النفوس من غير الآباء، يرفعون دعاوى إسقاط نسب الأطفال لغاية التركة، ويدعون أن مورثهم كان قد قذف زوجته قيد حياته، وأنه كان بصدد إجراءات اللعان قبل وفاته، ويأتون بشهود الزور على ذلك، وبطالبن بإسقاط نسب الطفل على هذا الأساس.

ونرى، طبقا لما توصلنا إليه في هذه الدراسة، أنه على القضاة مواجهة هذا النوع من القضايا أيضا بالرفض لعدم التأسيس، على اعتبار أن الأمر لا يجوز إثباته بالشهادة، مهما كان عدد الشهود، ودون البحث في صدقية الشهود من كذبهم، لكون اللعان مقتصر على صاحبه، وأن هذا الأخير قد توفى، ومن ثمة فلا يجوز إثبات ما تقرر له بالشهادة بعد وفاته، ولا يجوز إسقاط النسب بناء على الشهادة.

كما عاينا أيضا أن فقهاء الشريعة الإسلامية القدماء وجميع الملتقيات والتجمعات الفقهية المعاصرة، وكذا الفتاوى القديمة والحديثة أجمعت على أنه لا يجوز إسقاط النسب بغير طريق اللعان، بما في ذلك البصمة الوراثية، ولو مع العلم بصدقيتها¹

¹ راجع مثلا الدكتور نصر فريد واصل- البصمة الوراثية ومجالات الإستفادة منها- المرجع السابق - ص 81

لكون الشريعة الإسلامية تسعى إلى ستر الأعراض وإحياء الولد، وأن إعمال البصمة الوراثية من غير اللعان في إسقاط النسب من شأنه أن يؤدي إلى قتل الولد بإسقاط نسبه وفضح ما كان مستورا، وهي حكمة ابتغاها الله تعالى في خلقه، ومن ثمة فإنه يتعين على القضاء أن يرفض لعدم تأسيسها، كل دعوى ترمي إلى نفي النسب استنادا إلى الطرق العلمية، ما دام النسب ثابتا بالفراش أو الإقرار السابق، أو بشهادة الشهود، وأن يقبل كل دعوى ترمي إلى إثبات النسب بالطرق العلمية إذا توفرت شروط إعمال البصمة الوراثية على النحو الذي بيناه.

كما يتعين على القضاء أن يرفض لعدم تأسيسها كل دعوى ترمي إلى استعمال البصمة الوراثية للتحقق من النسب، ما دام النسب ثابتا، على اعتبار أن مجارات الأشخاص في الشك حول الأنساب قد يؤدي فعلا إلى كشف بعض الحالات التي لا يكون فيها نسب الطفل من الزوج، وأن الشريعة الإسلامية تسعى إلى ستر الأشخاص لا إلى فضحهم، و مثل هذه الحالات قد تؤدي إلى مآسي تفوق بكثير ما يجنيه الشخص من الدعوى، لاسيما وأن أغلب الدعاوى يكون أساسها الميراث.

ونرجح الرأي القائل بأنه يجوز إثبات نسب الطفل بعد اللعان بالبصمة الوراثية في القانون الجزائري على الأقل للأسباب التي فصلناها، مع ضرورة تعديل قانون الأسرة بإضافة قسم خاص باللعان، كونه إجراء هام لإسقاط نسب الأطفال، وأن اللجوء إليه أصبح معتبرا في المحاكم الجزائرية، في حين أن المشرع لم ينظم هذه الآلية بأية أحكام، لاسيما إجراءات اللعان، مدة اللعان، شروط اللعان، آثار اللعان على الطرفين، آثار اللعان على نسب الطفل، مدى جواز تبويض أحكام اللعان في الجزائر عن طريق التفريق بين الزوجين وما إن كان إسقاط النسب يكون آليا أو يكون منفصلا عن اللعان

لارتباطه بالزنى فقط مع احتفاظ الطفل بالنسب، وما إن كان يجوز أن يثبت النسب للطفل بعد اللعان بالبصمة الوراثية، وكلها أحكام غير موجودة على الإطلاق في القانون الجزائري، ويتعين تداركها وتنظيمها، لاختلاف رجال القانون حولها، وعدم إدراك القضاة لكل تفاصيلها أو على الأقل اختلافهم في الأخذ برأي الفقهاء حولها. كما نرى ضرورة تعديل قانون الأسرة بالنص صراحة أن اللعان هو الطريق الوحيد لإسقاط نسب الطفل.

- أما فيما يتعلق بالنسب في الأنكحة المستحدثة، فالعقد السري إن كان من دون شهود، أو بشهود ولكن من دون ولي، فهو سفاح وزنى، وبالتالي لا يثبت به النسب. أما الزواج السري تام الأركان، الذي حضره الشهود والولي، وتم فيه الإيجاب والقبول، فإن اشترط فيه السر، والكتمان، فإنه عقد يثبت به النسب، ويلحق الطفل بأبيه، ويتعين على القضاة التمييز بين الحالتين، والتدقيق أثناء التحقيق المدني، هل السر كان بعد توافر أركان العقد، أم كان زواج شكلي مرفق بالسر. أما زواج المسيار فإن فئة من الفقهاء قد اتجهت إلى بطلان هذا العقد، واعتبرته زنى وسفاح، وأن القضايا ستطرح على القضاة بمناسبة نظر دعاوى النسب للأطفال الناتجين عن هذا النوع من الزواج؛

ونرى أن مجتمعنا قد اتجه بصورة كبيرة إلى هذا النوع من الزواج، وأن مواقع الإنترنت تعج بالنساء اللاتي تعرضن أنفسهن للزواج بعقد المسيار، وأن الأمر سيطرح لا محالة، ومن ثمة فإن نسب الطفل يثبت بهذا النوع من العقود، بشرط أن يكون بتوافر الإيجاب والقبول، والشاهدين على الأقل، مادام العقد قد تم فيه الدخول

والإنجاب، طبقاً للقانون الجزائري، أما إن كان بين الرجل والمرأة لوحدهما، دون شهود ولا ولي فهي علاقة سفاح وزنى.

أما الزواج الميسر فنرى أنه مهما اختلفت آراء الفقهاء في مدى صحة هذا العقد، فإنه عقد يثبت به النسب، لتوفر كامل أركان العقد، ولوجود شبهة العقد على الأقل، وهي شبهة تدرأ بها الحدود، ويثبت بها النسب، ومن ثمة وجب إلحاق نسب الطفل بهذا العقد، وإنقاذ الطفل من وضع الطفولة المسعفة.

كما أن النسب في عقد الزواج بنية الطلاق ثابت بكل الأحوال للطفل، إما تأسيساً على قاعدة الولد للفراش إذا اعتبرنا أن هذا الزواج عقد صحيح، وإما بناء على قاعدة شبهة اختلاف الفقهاء، وهي شبهة كافية لدرء الحدود وإثبات النسب، ومن ذلك يمكن للقاضي أن يقضي بإثبات النسب وإحياء الولد الناتج عن هذا العقد، وإنقاذه من الطفولة المسعفة.

- أما بخصوص نسب ابن الزنى والمغتصبة فخلصت الدراسة إلى أن فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا في نسب ابن الزنى، وانتهينا إلى أن أغلب الآراء الفقهية المعاصرة تأخذ برأي الجانب من الفقه الذي يقول بجواز استلحاق ابن الزنى متى كانت أمه ليست فراش لرجل آخر، ورجحنا الأخذ بهذا الرأي بشروط الإمام أبو حنيفة، غير أنه، وحسب ما اطلعنا عليه لدى بعض الجهات القضائية في الجزائر، وبالرغم من أن الإمام أبو حنيفة رضي الله عنه أجاز إلحاق ابن الزنى بالزاني إذا تزوجها قبل أن تضع، إلا أن أغلب الجهات القضائية عندنا تتلقى دعاوى من هذا النوع، تتضمن إثبات الزواج العرفي وإلحاق النسب، إلا أن القاضي بعد أن يجري التحقيق، ويتبين له أن الزواج عقد بتاريخ لا يبعد بأكثر من 06 أشهر عن ميلاد الطفل، أي أنه ابن زنى،

يقضي بإثبات الزواج العرفي من التاريخ المصرح به من قبل الشهود، ويرفض إلحاق النسب، بالرغم من أنهما تزوجا قبل أن تضع الولد، وأن كل الشروط التي يقول بها الفقيه الكبير أبو حنيفة رحمه الله تعالى متوفرة، لاسيما إقرار الزوج أن الإبن من صلبه، وقيامه بالتزوج بالمزني بها قبل أن تضع مولودها.

ونرى أنه على القضاة في هذه الحالة تثبيت الزواج وإلحاق نسب الطفل بأبيه لتوفر كل الشروط التي قال بها مجموعة معتبرة من فقهاء الأمة القدماء والمعاصرون، وأنه في هذه الحالة يجوز الأخذ برأيهم ولو كان مخالفا لرأي الجمهور إحياء للولد.

كما توصلنا، والله أعلم، في مسألة تصادم شرط تزوج المغتصب بالمغتصبة لإلحاق نسب الطفل، إلى ضرورة ترجيح حق الطفل في النسب، ما دام المغتصب يستلحق الطفل بنسبه، وبالتالي ضرورة الأخذ بالرأي القائل بجواز استلحاق ابن الزنى بالزاني مطلقاً، ودون شرط الزواج في هذه الحالة، على خلاف ما ذهب إليه الفقه بخصوص ابن الزنى استثناءً، وعلى خلاف ما سبق وأن رجحناه، ومن باب أولى، اعتبار أن الأمر يتعلق بزنى من الرجل وأن المرأة والطفل معا ضحيتان لفعله.

كما أن المغتصب إذا استلحق ولده من الإغتصاب ثبت به النسب سواء تزوج بها أم رفضت الزواج به، ووجب أن نشير هنا أن الأمر يتعلق بامرأة مغتصبة ليست فراشا لأحد، أما إن كانت أمه ذات فراش، وتم اغتصابها، فإننا نرى أن النسب يثبت لصاحب الفراش، ولو أقر به المغتصب، ما لم ينفه صاحب الفراش بالطرق الشرعية وهي اللعان، لوجود مظنة أن تكون حاملا من صاحب الفراش قبل أن يقع الإغتصاب، أو أن يجامعها زوجها بعد الإغتصاب مباشرة، وهو رأي أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية¹،

¹ الماوردي البصري - الحاوي الكبير - الجزء الثامن - المرجع السابق - ص162

ولا يجوز في هذه الحالة قبول دعوى الزوج التي يرفعها للمطالبة بإسقاط نسب الإبن منه، ولو طالب فيها بإجراء تحاليل البصمة الوراثية، لأن طريق نفي النسب واحد ووحيد وهو اللعان، إعتباراً أن الشريعة الإسلامية تنتشف إلى ستر الأعراض وإثبات النسب لا نفيه، كما أن المشرع الجزائري اعتمد الطريق العلمي في إثبات النسب لا في نفيه¹.

أما إذا رفض المغتصب الإعتراف بالطفل، فقد توصلنا الى أنه زان، وهي ضحية له، وأن علة اشتراط الإقرار في الزنى هي إثبات العلاقة الأبوية بين الزاني وولد الزنى، وإثبات توبة الزاني والزانية، وأن بعض الفقه المعاصر انتهى إلى إمكانية إستعمال البصمة الوراثية في إثبات نسب ابن الزنى من الزاني، على اختلاف شديد بين الفقهاء، وقد أفتى بعضهم أنه لا يلحق ابن الزنى بالزاني إلا إذا تزوج المزني بها، وندما على ما فعلاه، وهو أمر منطقي اعتباراً أن الزنى كان بإرادة الرجل والمرأة، ولم تكره عليه. أما وأن المغتصب لم تكن راضية بالزنى، وإنما خضعت له كضحية، وما أكثر حالاتها في الوقت المعاصر، لاسيما ما مرت به الجزائر في العشرية السوداء، وما تمر به بعض دول المشرق العربي في سوريا والعراق، وكثرة الأطفال ضحايا هذه الجرائم، ولما كانت البصمة الوراثية دليل إثبات قوي، وأن نسبة الدقة فيها قد تكون قطعية، فإننا نرى أنه لا ضرورة لإقرار المغتصب بأن الإبن ابنه لإلحاقه به، ولا معنى للندم منها كونها كانت مكرمة على الفعل، بل إن الدليل الثابت بالبصمة الوراثية يكفي لإلحاق النسب به، ومن ثمة يكون حقا للطفل الناتج عن الإغتصاب أن يرفع الدعوى بنفسه إن تحققت الشروط الإجرائية، أو والدته نيابة عنه لإثبات نسبه من المغتصب بالإستناد

¹ المادة 40 من قانون الأسرة

على نتائج البصمة الوراثية، ودون حاجة إلى إقرار المغتصب كما هو شرط في حال ابن الزنى.

إن البصمة الوراثية دليل علمي ممتاز في النسب، إلا أنه يجب أن نحتاط في مسألة دقتها، ومن هذا الجانب، يتعين أن تكون البصمة الوراثية تحت إشراف علماء نزهاء، وأن يضاف إلى نزاهتهم تأدية اليمين القانونية قبل مباشرة مهامهم، وعلى أن توسع مراكز إجراء مثل هذه الفحوص الدقيقة عبر الوطن، حتى يمكن للقاضي إن ارتاب في نتيجة ما أن يجري خبرة مضادة لدى جهة أخرى لترجيح النتيجة.

كما أن نسب ابن المغتصبه حق للإبن، أكثر من أي طرف في العلاقة، يجب صونه والحفاظ عليه، فهو طفل نشأ من خطأ المغتصب، ويتعين على هذا الأخير أن يتحمل المسؤولية، كون هذا الطفل متكون من مائه، فهو إبنه قدرا وكونا، ولا يوجد دليل شرعي صحيح صريح يمنع أو يعارض إلحاق نسبه به، فيصار إلى الحكم الكوني لعدم معارضة الحكم الشرعي له، فتلازم الجملتين في قوله صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش وللعاهر الحجر" فيما إذا كان هناك زوج صاحب فراش وعاهر يتنازعان نسب الإبن، يقول صاحب الفراش هو ابني، ويقول العاهر بل هو ابني، فيكون الولد لصاحب الفراش، وهو أصل العبارة، وفي حالة الإغتصاب لا ينازع الزاني أحد في الإبن، وهو ثابت منه بالعلم، فيكون إلحاقه مناسب للعقل وكذلك للشرع عند التأمل¹، ذلك أن الشريعة الإسلامية لا تخالف العلم أبدا، وأن استبعاد نتائج العلم قد يسيء إلى الشريعة.

¹ الدكتور هارون ولد عمار ولد ادقبي- المرجع السابق.

- أما بخصوص الإسم واللقب، فمن حق الطفل المسعف تغيير إسمه بأسماء عصرية، فالطفل الذي يحمل إسم الأجداد، يجد صعوبة في تقبل الأمر بالنظر إلى الأسماء العصرية الخفيفة أو الأسماء المركبة، إلا أن القضاة يشترطون أن يكون التغيير لسبب مشروع، كأن يكون الإسم معيبا، ونرى أن عبارة لكل مصلحة مشروعة، لا تقتضي هذه الشروط، إعتبارا أن التغيير في حد ذاته مصلحة مشروعة، والتبرير بعبارة لا يعجبني الإسم، أو الإسم قديم، أو الإسم يشكل عقدة للطفل، كلها مصالح مشروعة تجيز التغيير.

كما أن بعض الإتجاهات المعاصرة المتشددة ترى أنه لا يجوز تغيير لقب المكفول إلى لقب كافله لتسهيل حياته لكون الأمر عبارة عن تبني، وقد نشأ عن هذه الآراء تزاخم بين الأفكار الفقهية، أثر على ذهنية المواطن الجزائري المتمسك بشريعته الإسلامية، وانتهت بنا الدراسة أنه يمكن تغيير لقب الطفل المسعف إلى لقب كافله، ولا جدوى من الإدعاء أن الأمر يتعلق بالتبني لوجود فتويين من الجزائر ومصر، ولوجود ضمانات كبيرة أثناء القيد تحفظ التاريخ وتؤكد أن الطفل مكفول وليس متبنى، وهي وثائق موزعة على أربع إدارات هي: البلدية والمحكمة والمجلس والسجل الوطني للحالة المدنية.

نقترح ضرورة تعديل أحكام قانون الحالة المدنية بإدراج الإجراءات المتضمنة تغيير لقب المكفول ضمن القانون، بدلا من بقائها بمرسوم تنفيذي، وهو ما فتح المجال لبعض النقاد بالقول أنها مخالفة لأحكام الدستور، كونها تتعارض مع أحكام قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية اعتبارا أنه لا يجوز أن يخالف مرسوم تنفيذي أحكام قانون.

كما أن الطفل المسعف بإمكانه الحصول على الجنسية برابطة الإقليم إن كان مجهول الأبوين، و برابطة الإقليم أيضا إن كان مجهول الأب ومجهول الأم مع أنها مذكورة في شهادة ميلاده، و برابطة الدم إن كان مجهول الأب ومعلوم الأم وهي جزائرية، أما الأطفال الذين ذكرت الأم في شهادة ميلادهم، ولا يعرفونها، ولا تعرفها الإدارة أيضا كونه تربي لدى امرأة خارج الإدارة، فيمكنهم الحصول على الجنسية بحكم قضائي، ويتعين في كل الأحوال ألا يمس التجريد من الجنسية الطفل.

من الضروري ان نوصي بتعديل قانون الجنسية بالنص على حالة الطفل المسعف الذي تتم تربيته خارج مؤسسات الطفولة المسعفة، ودون المرور على مصالح النشاط الإجتماعي، ويملك شهادة ميلاد بها إسم ولقب الأم دون أن يعرفها هو أو مربيته، فهي حالة أهملها القانون ولم يتطرق لها، وأن الإدارة ترفض منحه شهادة تفيد أن الأم مجهولة.

- أما فيما يخص نفقة الطفل المسعف، فالنفقة أساسها النسب، ومما توصلنا إليه في دراسة باب النسب من أن نسب ابن المغتصبة يتعين أن يكون للمغتصب حتى وإن رفض استلحاقه ما دام ثابتا بالبصمة الوراثية، وأن نسب ابن الملاحن يتعين أن يكون له إن ثبتت أبوته بالبصمة الوراثية، فإنه والحال عليه، من حق الأم أو الطفل ومن يمثله إجرائيا، أن يرفعا الدعوى لإثبات النسب ومن ثمة إلزام الأب بالنفقة وإن رفض الإعتراف بالولد، وإن كان موسرا تعين على القضاء حبسه إعمالا لقواعد جريمة عدم تسديد النفقة المنصوص عليها بالمادة 331 من قانون العقوبات الجزائري.

نرى أنه في هذه الحالة يمكن للضحية من الناحية الإجرائية أن تطلب النفقة مباشرة بعد أن يصير حكم الإدانة بالإغتصاب نهائيا، وتستند في ذلك على هذا الحكم، وعلى

نتائج خبرة البصمة الوراثية التي تؤكد أن الطفل ابن المدعى عليه بالنفقة، وتكون الدعوى موضوعية أصلية بالنفقة، على أن يعاين القاضي في متن حكمه وأسبابه أن الطفل نسب إلى المدعى عليه بالبصمة الوراثية، وينتهي إلى إلزامه بالنفقة دون التطرق إلى النسب الذي يبقى محل دعوى منفصلة، إعتباراً أن دعوى النسب قد تطول.

كما أنه، واستناد إلى أحكام المادة 57 مكرر من قانون الأسرة، يمكن للأب أو الطفل ومن يمثله إجرائياً، أن يرفعا دعوى النسب الموضوعية، ويلجأ إلى القاضي بطلب أمر على عريضة لتقرير نفقة مؤقت للطفل تحفظ حياته ووجوده وكرامته إلى غاية الفصل في دعوى النسب ودعوى النفقة الموضوعية.

من ذلك نرى أنه لا يمكن أن تكون النفقة خارج نطاق النسب الشرعي، إنما يمكن أن تقرر في شكل تعويض للطفل يلزم به الزناة، وهو إجراء إن تم يكون له آثار هامة منها ردع الزناة عن هذا الفعل، وإيجاد طريقة لإلزام الأب بدفع المبالغ المالية اللازمة لتربية الطفل، وتأسيس رصيد مالي كافي لنفقته.

نشير أن قانون صندوق النفقة خصص للأطفال محل الطلاق، و أهمل فئات أخرى من الأطفال، هم الأطفال الايتام و الناتجون عن العلاقات غير الشرعية، والذين قررت أمهاتهم الإحتفاظ بهم، واللائحي لا دخل لهم لإعالة هؤلاء الأطفال، وهم فئة من الأطفال في وضعية صعبة، تعرضهم للخطر كالتسول والإنحراف، وتجعلهم يشبون في وضع يكرهون فيه مجتمعهم ما يؤدي في النهاية إلى إنتاج عنصر غير صالح في المجتمع، ونقترح ضرورة التدخل لتعديل هذا القانون بتوسيه=ع مجال الاستفادة منه.

- أما فيما يخص مؤسسات الطفولة المسعفة، فلا يمكن أن تحل محل العائلة، فهي بالدرجة الأولى إدارة تحرص على تنفيذ برامج معينة، قد تكون في بعض الأحيان

متكررة ومملة للطفل، وقد تصل إلى درجة عدم منح أي حرية للطفل في اختيار أبسط الأشياء سواء كانت مادية أو معنوية، كاللباس والأكل، واختيار الألعاب والنزهات الترفيهية، اعتبار أن كل شيء يسير وفق برنامج مسطر من إدارة المركز، وأن هذه الطريقة في تربية الطفل قد أنتجت سلوكيات خطيرة لدى بعض الأطفال، منها السلوك العدواني والانحراف الخلقي، ومنه نرى ضرورة تشجيع كفالة الأطفال، وتشجيع بالخصوص الأسرة الصديقة التي يمكن أن يلجأ إليها الطفل لفترات محدودة وليس بالدائمة ليعيش وسط عائلة متكاملة من أب وأم وأطفال، ويتمكن من مخالطتهم وتلقي دروس الحياة معهم، والشعور بشيء من التحرر من التزامات المؤسسة.

نوصي بضرورة تنظيم نظام الاسرة الصديقة قانونا بتحديد المسؤوليات، وتنظيم المكافآت، وترتيب الآثار القانونية، لتشجيع العائلات على استقبال الأطفال المسعفين لديها ولو في نهاية الأسبوع أو العطل الوطنية والدينية، كون العائلات ترغب في استقبال الطفل لكنها تتردد لعدم وجود أي تنظيم للعملية، وتتخوف من تحمل المسؤولية عنه، ونفس الشيء بالنسبة لمدراء مؤسسات الطفولة المسعفة الذين يتخوفون من ترك الطفل في أي مكان اخر خارج المؤسسة خوفا من المسؤولية لانعدام النص، وهو ما جعل المؤسسة كالحبس بالنسبة للطفل.

كما نرى انه يتعين متابعة مسار حياة الطفل، لاسيما إدماجه مهنيا، وإيجاد مسكن له بعد بلوغه سن الرشد، وتزويجه، وهي كلها متطلبات أغفلها المشرع في القوانين المنظمة لهذه المؤسسات.

كما أن مساعدة هذه الفئة من الطفولة تقتضي تغيير بعض أحكام القانون، لاسيما ما تعلق بحرمان الفتاة من البقاء بالمؤسسة بعد إتمام 18 سنة، ودون توضيح مآلها، إذ

يتعين على الدولة أن تسعى إلى توفير إقامة أخرى لهذه الفئة بعد هذا السن، كما يتعين أن تراعي الدولة في توزيع السكنات ضرورة فرض نصيب من السكنات الإجتماعية لهذه الفئة لاسيما المتزوجين منهم، وأن تسعى إلى تشجيع زواج المقيمين من بعضهم بعد بلوغهم، بتشجيعهم بتوفير السكن لهم، أو إيجاد مناصب عمل لهم لإدماجهم فعلياً في الحياة الإجتماعية.

- أما بخصوص الكفالة، فإن قانون الأسرة الجزائري لم يشترط أن يكون الكافل من جنسية جزائرية، ولم نجد أي نص يحرم الأجنبي من كفالة طفل جزائري مجهول النسب، ويتعين على المشرع التدخل في هذه المسألة والفصل فيها بشكل لا يدع أي مجال للشك أو المخاطرة، ونرى أنه يمكن للمشرع أن يبيح مسألة كفالة الطفل المسعف الجزائري من طرف الأجنبي على أن ينظم المسألة بشروط، كأن يشترط إقامة الأجنبي في الجزائر، أو السفر بالطفل إلى دولة تحمي حقوقه، مع تكليف الممثلات الدبلوماسية في الخارج بمتابعته، أو على أقل تقدير أن يكون الأجنبي من الدول التي تربط الجزائر بها إتفاقيات قانونية وقضائية، اعتباراً أن الأجنبي قد يضمن عيشاً كريماً للطفل في كنف الدين الإسلامي، وأن حرمانه من الكفالة نراه حرماناً للطفل من ظروف حياة أفضل.

ينبغي ان نشير اننا صادفنا بعض الادعاءات مفادها أن ابن الزنى ابن حرام لا تجوز كفالته، وهو إدعاء يخالف المنطق والعقل السليم، والحال أن الشريعة الإسلامية شريعة منطق وعقل سليم، ولا يمكن بحال أن تخالفهما، وقد أثبتنا بفتاوى أهل الإختصاص أن كفالة ابن الزنى ومجهول الأبوين واللقيط كلها جائزة بل واجبة في بعض الأحيان لحفظ نفس الطفل، وأن الأجر عليها عظيم.

غير أن المشرع لم يوضح بالدقة الكافية الإجراءات التي يتعين على الموثق القيام بها بمناسبة إبرامه عقد كفالة الطفل المسعف بخلاف ما قرره من إجراءات للقاضي، بل وخلق نوعاً من التداخل في صلاحيات منح الكفالة بين قاضي شؤون الأسرة وقاضي الأحداث والإدارة المكلفة بالطفولة المسعفة، وأن مرد هذا التداخل إلى الصلاحيات الممنوحة لكل منهم في إطار قوانين متفرقة ما بين القانون المنظم لمؤسسات الطفولة المسعفة وقانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الطفل، وهو ما يتعين تداركه، كما يتعين خلق نموذج موحد لعقد كفالة الطفل المسعف يسري على كامل التراب الوطني.

كما عابنا أن النصوص القانونية المنظمة للكفالة تتحدث عن الطفل العادي، أما الطفل المسعف فلا حديث عنه إلا تلميحاً، ولم تتطرق النصوص بالتفصيل إلى أنواع الأطفال محل الكفالة، اعتباراً أن الطفل المسعف له وضع خاص، ويتعين على المشرع أن يفرد له إجراءات خاصة لكفالاته.

كما ينبغي أن نشير إلى أن الدراسة قد قادتنا إلى حقيقة هامة، مفادها أن اشتراط المشرع في قانون الطفل أن تكون فترة وضع الطفل لدى الشخص الجدير بالثقة لمدة سنتين قابلة للتجديد ضارة أكثر منها نافعة، إذ لاحظنا أن الطفل يبقى دائماً في حالة خوف وشك وتشنت أفكار وهواجس من أن قاضي الأحداث سيوقف العملية ويعيد الطفل إلى وضعه الأول، وهو أمر يثير قلق العائلة المستقبلية، ويؤدي إلى ضعف الإقبال على العملية، فالعائلات دائماً ما تسعى إلى كفالة طفل بشكل نهائي، وتسعى أن يكون بمثابة ابنها، لاسيما المحرومون من الأطفال للعقم أو عدم الزواج، وأن هذا القلق ينعكس على أسلوب تربية الطفل، ونرى أن قاضي الأحداث عليه أن يوسع

التحقيق منذ البداية، ولو أطال فيه لأكثر من ستة أشهر التي حددها المشرع عن خطأ في رأينا بالمادة 37 من قانون الطفل، وأن يفصل بشكل نهائي في وضع الطفل، إما أن يعيده إلى عائلته إن زال الخطر عليه، أو أن يسلمه إلى شخص جدير بالثقة بصفة نهائية، وله كل الوسائل لمتابعة وضعه، وألا يكون إنهاء هذا الوضع إلا بالإخلال الجسيم من الشخص الجدير بالثقة والإضرار بالطفل بشكل ثابت ومعاين، وأن يسمح لأهل الطفل إن وجدوا بزيارته، وعدم فك الرابط الدموي بينه وبينهم، على أن يوضح المشرع هذه الأحكام في بنود عقد الكفالة، وأن يكون هذا العقد في شكل ملحق لقانون الطفل، مدروس بكل عناية، وبالشكل الذي يحمي الطفل، ويسمح له بالاستقرار والنمو العادي، ويسمح للعائلة المستقبلية له بمعاملته كابنها وتنشئته على هذا الأساس.

ونرى ضرورة تعديل قانون الأسرة أيضا بالنص صراحة على كفالة الأطفال المسعفين، ذلك أن المشرع إنما نظم الكفالة بصفة عامة أي بالنسبة للطفل العادي، في حين أن الطفل المسعف تحتاج كفالته كما رأينا إلى إجراءات مختلفة وخاصة، لاسيما من حيث استشارته حول الكفالة ومدى جواز ذلك، ومن حيث إجراءات منح الكفالة، وتوحيد نموذج العقد وتوضيح الجهة المانحة للكفالة، وأطراف العقد، وكيفية إجراء التحقيق حول الكفيل.

يتعين أيضا تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية بتنظيم الإجراءات الخاصة بكفالة الطفل المسعف بالإضافة إلى الطفل العادي، لاسيما من حيث الإختصاص والإجراءات والآثار.

- أما فيما يخص الحماية الجزائية، فالمشرع قد سعى إلى حماية الطفل المسعف في إطار الحماية العامة للطفل، وحماه سواء كان ضحية أم متهما، وأن الحماية تعددت

بين النصوص الخاصة وقانون العقوبات، وقانون الطفل، إلا أن ما يؤخذ على المشرع في هذا المجال، إختلاف السن الخاصة بالطفل من نص إلى آخر لاسيما بصفته كضحية، وهكذا اعتمد المشرع سن 16 سنة، ثم 18 سنة، ثم 19 سنة وفي بعض الأحكام 21 سنة، ونرى ضرورة توحيد السن الخاصة بالحدث لاعتباره ضحية تقتضي تدخل المشرع لحمايتها بهذه الصفة بسن 19 سنة إعمالا للمادة 40 من القانون المدني، ومن ثمة كل من كان عمره أقل من 19 سنة، يتمتع بالحماية المقررة للقصر بهذه النصوص القانونية.

أما كمتهم فنرى أن بلوغ سنة 18 سنة للتجريم بصفة كبالغ، وحرمانه من الحماية الجزائية في هذا السن بها نوع من الظلم للطفل، فسن 18 سنة لا يزال فيها طفلا، لا سيما الطفل المسعف، وهي السن التي يغادر فيها مؤسسة الطفولة المسعفة، فيجد نفسه ربما في مؤسسات عقابية مع البالغين، ونرى أنه يتعين على المشرع رفع هذا السن أيضا إلى 19 سنة.

نوصي بتعديل أحكام المادة 339 من قانون العقوبات المتعلق بجريمة الزنى، بالنص صراحة أنه إن نتج عن الجريمة طفل، فإنه يكون ضحية للجريمة، وأنه يتعين على وكيل الجمهورية إخطار مصالح النشاط الإجتماعي المختصة للتأسس في حق الطفل، وأن تلتمس له التعويضات الضرورية لتربيته ورعايته، تودع في حساب خاص به.

كما نوصي بضرورة تعديل المادة 336 من قانون العقوبات، في الأحكام الخاصة بالإغتصاب، بالنص صراحة أنه إذا نتج عن الجريمة طفل، وثبت بالبصمة الوراثية أنه

الإبن البيولوجي للمتهم، يكون ضحية للفعل، ويجوز للأُم أن تطالب بالتعويضات
لصالحه، تودع في حساب خاص به.
انتهى بحمد الله وشكره.

الملحق

محرور

FROM : MJBCC

FAX NO. : 021922956

Jul. 28 2005 09:36AM P1

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة العدل

مديرية العلمة المشرورون والقانونية

26 جويلية 2005

الجزائر

رقم: 04 / 05

مذكرة

إلى الممثلة :-
رؤساء المجالس القضائية
التقوية العامين
القضاة

الموضوع: الوثائق المطلوبة لتسليم شهادة الجنسية الجزائرية.

اعتبارا أن شهادة الجنسية الجزائرية وثيقة أساسية في إثبات الشخص انتمائه لوطنه ، وتمتعه بحقوقه المدنية والسياسية ، فإنها تكتسي أهمية قصوى في حياة الفرد والمجتمع ، وتقضي الالتزام في تسليمها بالأحكام الجديدة ، التي تضمنها الأمر رقم 01 - 05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 70 - 86 المؤرخ في ديسمبر 1970 ، المتضمن قانون الجنسية الجزائرية ، وذلك من خلال التقيد في إصدارها بالتأكد من الوثائق اللازمة لإثبات الجنسية الجزائرية في كل حالة من الحالات الآتية :

أولا: بالنسبة للجنسية الأصلية .

(أ) بالنسب (م 6)

1- نسبة للأب : في حالاتها الثلاث ، وهي :

الحالة الأولى (وهي حالة عامة).

- تسليم فيها شهادة الجنسية الجزائرية ، بناء على تقديم الوثائق الآتية :
- شهادة ميلاد المعنى صادرة من مكان ميلاده (نسخة كاملة) .
- شهادة ميلاد الأب صادرة من مكان ميلاده (نسخة كاملة) .
- شهادة ميلاد الجد ، صادرة من مكان ميلاده .

وفي حالة عدم توفر شهادة ميلاد الأب أو شهادة ميلاد الجد عدم تسجيلهما في سجلات الحالة المدنية ، يجوز تقديم شهادة الوفاة شريطة أن تتضمن هذه الأخيرة تاريخ ومكان الميلاد.

أما في حالة عدم وجود شهادة ميلاد أو وفاة الجد ، لانعدام التسجيل بالحالة المدنية، فيجوز تقديم عقد لفيف الجد شريطة أن يكون الشاهدان يمين يصدق شهادتهما الحدس العام.

ويأخذ حكم المولودين بالجزائر الأشخاص المولودون بالخارج ، متى كان ميلادهم مسجلا في سجلات مصالح الحالة المدنية بالبلديات الوطنية أو بسجلات مصلحة الشؤون القنصلية بوزارة الشؤون الخارجية

القضائي (النهائي) المثبت للقضاء لأبيه الجنسية الجزائرية الأصلية.

الحالة الثانية : الولد المولود بعد اكتساب الأب الجنسية الجزائرية

- شهادة ميلاد المعني صادرة من مكان ميلاده (نسخة كاملة) .
- نسخة من مرسوم اكتساب الأب الجنسية الجزائرية (نسخة كاملة) .

الحالة الثالثة : من أثبت القضاء لأبيه الجنسية الجزائرية الأصلية :

- شهادة ميلاد المعني صادرة من مكان ميلاده (نسخة كاملة) .
- شهادة ميلاد الأب صادرة من مكان ميلاده (نسخة كاملة) .
- نسخة تنفيذية للحكم القضائي (النهائي) المثبت للأب جنسيته الجزائرية الأصلية .

2 - نسبة للأم : وبها أيضا ثلاث حالات :

الحالة الأولى :

- شهادة ميلاد المعني صادرة من مكان ميلاده (نسخة كاملة) .
- شهادة الجنسية الجزائرية للأم ، أو الوثائق المثبتة لذلك ، وهي :
 - X - شهادة ميلادها صادرة من مكان ميلادها (نسخة كاملة) .
 - شهادة ميلاد أبيها صادرة من مكان ميلاده (نسخة كاملة) .
 - شهادة ميلاد جدها صادرة من مكان ميلاده .

الحالة الثانية : الولد المولود بعد اكتساب الأم الجنسية الجزائرية .

- شهادة ميلاد المعني صادرة من مكان ميلاده (نسخة كاملة) .
- X - نظير مرسوم اكتساب الأم الجنسية الجزائرية .

الحالة الثالثة : من أثبت القضاء لأمه جنسيتها الجزائرية الأصلية .

- شهادة ميلاد المعني صادرة من مكان ميلاده (نسخة كاملة) .
- شهادة ميلاد الأم صادرة من مكان ميلادها (نسخة كاملة) .
- X - نسخة تنفيذية للحكم القضائي (النهائي) المثبت لأم جنسيتها الجزائرية الأصلية .

ب) بالولادة في الجزائر (المادة 07) ، وبها حالتان :

الحالة الأولى : المولودين بالجزائر من أبوين مجهولين (1/7)

- شهادة ميلاد المعني فقط .

الحالة الثانية : المولود في الجزائر من أم مسماة فقط (الأطفال المسعفين) (2/7)

× - شهادة ميلاد المعني .

× - شهادة مسلمة من طرف المديرية المكلفة بالطفولة المسعفة تثبت عدم معرفة الأم المذكور إسمها في شهادة ميلاد المعني.

ج) عن طريق الإثبات بحكم قضائي (المادة 36) :

- شهادة ميلاد المعني .

- نسخة تنفيذية للحكم القضائي (النهائي) المثبت له جنسيته الجزائرية الأصلية .

ثانيا : بالنسبة للجنسية المكتسبة (المواد 9 مكرر و 10 و 17 .

أ) بالنسبة للمعني بالأمر (المادة 9 مكرر والمادة 10)

- شهادة ميلاد المعني .

- نسخة من مرسوم اكتساب المعني للجنسية الجزائرية .

ب) بالنسبة للأبناء القصر لأبائهم اكتسبوا الجنسية الجزائرية (المادة 17)

- شهادة ميلاد المعني .

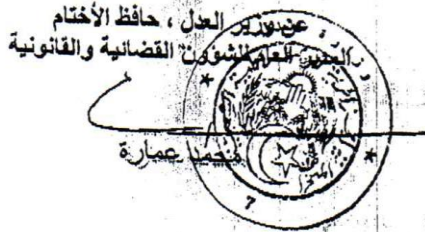
- نسخة من مرسوم اكتساب الأب الجنسية الجزائرية .

ثالثا : الجهات القضائية المختصة بتسليم شهادة الجنسية الجزائرية .

إن الاختصاص في مجال تسليم شهادة الجنسية الجزائرية هو اختصاص عام ينعقد لجميع المحاكم عبر كامل التراب الوطني .

وإني أولى أهمية قصوى لتنفيذ مضمون هذه المذكرة والتزام الصرامة في تطبيق

القانون.



Jul 28 2005 09:36AM

FAX NO. : 0219222956

FROM : MJ/BCC

~~---~~ REPUBLIQUE ALGERIENNE DEMOCRATIQUE ET POPULAIRE ~~---~~

~~---~~ MINISTERE DE L'INTERIEUR ~~---~~

ALGER, le 11 Février 1980.

N° 2/DGRAGS/DRC/SDRG. -

LE MINISTRE DE L'INTERIEUR

A)

MESSIEURS LES WALIS
MONSIEUR LE DIRECTEUR GENERAL
DE LA SURETE NATIONALE

OBJET :- Célébration de mariage des étrangers en Algérie:
- Autorisation administrative préalable.

REFER :- Deux modèles d'imprimés.

Conformément à la pratique Algérienne la célébration de mariage des étrangers par tout Officier d'état-civil est subordonnée à la présentation d'une autorisation administrative délivrée par le Wali compétent.

En effet, en plus des conditions de fond et de forme qui doivent être respectées par chaque Officier d'état-civil conformément aux dispositions du Code Civil Algérien et aux règles relatives à l'état-civil, celui-ci peut célébrer le mariage qu'après autorisation écrite du Wali.

La préoccupation essentielle en la matière est d'éviter que les étrangers dont le maintien sur notre territoire n'est pas souhaitable, ne parviennent en contractant mariage à se fixer sur notre sol et à y acquérir des attaches qui ne permettraient que difficilement par la suite de leur refuser le séjour.

La présente note a pour objet de fixer les règles d'attribution de cette autorisation dans les différents cas possibles en tenant compte de la condition juridique des étrangers sur notre territoire notamment en matière de séjour et de circulation.

A) MARIAGE DE DEUX ETRANGERS RESIDENTS TITULAIRES DE LA CARTE DE SEJOUR :

L'autorisation est délivrée sans aucune formalité particulière autre que la présentation de la demande signée par les intéressés. Les numéros, dates et autorités ayant délivré les deux cartes de séjour devront être portés sur la demande. Cette autorisation est remise contre présentation des dites cartes au préposé de la Wilaya.

B) UN ETRANGER RESIDENT ET UN ETRANGER NON RESIDENT :

Lorsque l'un des ressortissants étranger n'est pas titulaire de la carte de séjour l'autorisation ne pourra être délivrée qu'après avis préalable des Services de sécurité, Cet avis préalable est demandé par le Wali. Lorsque cet avis est défavorable, il devra être motivé.

.../.2.

- 2 -

C) LE FUTUR CONJOINT DE L'ALGERIEN EST UN ETRANGER :

Lorsque le futur conjoint d'un national est étranger l'autorisation préalable à la célébration du mariage ne pourra être accordée qu'après avis conforme des Services de sécurité (D.G.S.N.- S/Couvert du Responsable de Sécurité de Wilaya).

Le mariage d'une Algérienne et d'un étranger non musulman étant strictement interdit en l'état actuel de notre réglementation aucune autorisation ne saurait être délivrée dans ce cadre. En cas de contestation l'avis du Ministère chargé des Affaires Religieuses et du Ministère de la Justice devra être sollicité par vos soins.

Dans les cas (B) & (C) ci-dessus l'enquête de Police devra déterminer l'aptitude des postulants quant à leur installation éventuelle sur notre territoire eu égard à la réglementation en vigueur et des attaches qu'ils auront à l'extérieur par le mariage. Il sera tenu compte également des impératifs de notre ordre public et du crédit social de nos populations. Cet avis sera exprimé avec diligence dans un délai d'une semaine pour les résidents étrangers titulaires de leur carte de séjour et dans un délai maximum de trois (3) semaines pour les autres catégories d'étrangers.

Il reste bien entendu qu'en cas de péril imminent de mort de l'un des futurs époux, le Wali peut à la demande de l'Officier de l'Etat-civil, accorder dans tous les cas, l'autorisation sans enquête préalable.

Il est à signaler que ces dispositions ne s'appliquent pas au mariage contracté par deux nationaux.

Il reste bien entendu que toute demande introduite dans ce cadre devra être étudiée sans délai.

Compte tenu de l'objectif visé et de l'importance de cette affaire, je vous prie de bien vouloir veiller à la stricte application de cette note dont vous voudrez bien m'accuser réception.

Par ailleurs, le nombre éventuel des autorisations délivrées par vos soins devra être porté à ma connaissance sur les rapports trimestriels relatifs à la condition des étrangers et établis conformément à la circulaire n° 1381/16/76 DGRAGS/DRC du 21 Mars 1977.

COPIE A :

MONSIEUR LE MINISTRE DE LA JUSTICE
MONSIEUR LE MINISTRE DES AFFAIRES
RELIGIEUSES.

" Pour information."

P/ LE MINISTRE DE L'INTERIEUR
LE SECRETAIRE GENERAL.

SIGNE : OULD, KABLIA.

DB. WILAYA DE SAIDA -

DIRECTION DES AFFAIRES GENERALES
DE LA REGLEMENTATION ET DE
L'ADMINISTRATION LOCALE

SOUS-DIRECTION
DE LA REGLEMENTATION GENERALE

Bureau de l'Etat-Civil et de la
Circulation des Personnes

N° 3.170 SA/1/3/

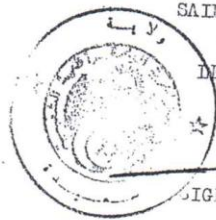
COPIE CONFORME TRANSMISE à :

- Monsieur le CHEF de la DAIRA de SAIDA -
- Monsieur le CHEF de la DAIRA d'EL.BAYADH -
- Monsieur le CHEF de la DAIRA d'AIN.SEFRA -
- Monsieur le CHEF de la DAIRA de MECHERIA -
- Monsieur le CHEF de la DAIRA d'EL.HASSASNA -
- Monsieur le CHEF de la DAIRA d'EL.ABIODH.SIDI.CHEIKH -
- Monsieur le PRESIDENT de l'ASSEMBLEE POPULAIRE
COMMUNALE d'EL.AMODH.SIDI.CHEIKH -
(S/CT. DE H. LE CHEF DE LA DAIRA d'EL.AMODH.SIDI.CHEIKH)

A titre de notification et en ayant l'honneur de lui demander de veiller à la stricte application des dispositions de la présente circulaire.

SAIDA, le 3 Mars 1980

P/LE WALI,
DE DIRECTEUR,



SIGNE : A. MOUFFOK.

N° 267
DAIRA D'EL-BIODH-SIDI-CHEIKH
VII DE SAIDA
EL-BIODH-SIDI-CHEIKH
Le Wali de SAIDA le 15 MARS 1980



[Handwritten signature]

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة الداخلية و الجماعات المحلية و التهيئة العمرانية

الوزير

تعليمية وزارية رقم 09 المؤرخة في 05 نونبر 2018
تتضمن تنظيم إصدار رخصة الزواج المختلط

المراجع:

- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فيفري 1970 يتعلق بقانون الحالة المدنية المعدل و المتمم؛
- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن قانون الاسرة المعدل و المتمم ؛
- القانون رقم 08-11 المؤرخ في 25 جوان 2008 يتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر و إقامتهم بها و تنقلهم فيها؛
- التعليمية رقم 02 المؤرخة في 11 فيفري 1980 المتعلقة بإبرام الزواج المختلط في الجزائر (رخصة إدارية مسبقة).

المرسل إليهم:

- السيد المدير العام للأمن الوطني؛
- السيدتين و السادة الولاية و السيدة و السادة الولاية المنتدبون.

نسخة للإعلام:

- السيد وزير الشؤون الخارجية؛
- السيد وزير العدل، حافظ الأختام؛
- السيد وزير الشؤون الدينية و الأوقاف.

تهدف هذه التعليمية الوزارية إلى تنظيم إصدار رخصة الزواج المختلط من حيث تحديد:

- الشروط الواجب إحترامها للحصول على رخصة للزواج المختلط؛
- الإجراءات المعمول بها لإصدار رخصة الزواج المختلط؛
- الوثائق المطلوبة في ملف طلب رخصة الزواج المختلط.

أولاً: الشروط الواجب إحترامها لإصدار رخصة الزواج المختلط :

1. أن يكون الأجنبي في وضعية إقامة قانونية فوق التراب الوطني (حائز على بطاقة المقيم الأجنبي أو متحصل على تأشيرة الدخول قيد الصلاحية بالنسبة لرعايا الدول الخاضعين لتأشيرة الدخول إلى الجزائر أو جواز سفر قيد الصلاحية بالنسبة للرعايا الذين لا يخضعون لتأشيرة الدخول إلى التراب الوطني)؛
2. أن يتمتع الأجنبي بالقدرة على الزواج والتي تثبت بموجب شهادة القدرة على الزواج صادرة عن ممثليته الدبلوماسية بالنسبة للدول التي تصدر هذه الوثيقة أو شهادة رسمية مماثلة تفي بالغرض بالنسبة للدول التي لا تصدرها؛
3. إحترام التشريع والتنظيم المعمول بهما في هذا المجال لاسيما البند الأخير من المادة 30 من القانون رقم 11-84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، والتي تمنع زواج الجزائرية المسلمة بغير المسلم؛
4. أن لا يقوم الطرفين أو أحدهما بالتحايل على القانون والإجراءات التي تنظم الزواج المختلط لتحقيق أغراض أخرى غير الغرض الرئيسي من الزواج؛
5. ضرورة المحافظة على التماسك الإجتماعي والأمن القومي والنظام العام.

ثانياً: إجراءات طلب رخصة الزواج المختلط:

- على طالب رخصة الزواج المختلط إتباع الإجراءات التالية:
- 1- ملئ إستمارة طلب رخصة الزواج المختلط التي تسلمها الإدارة المحلية المختصة أو تسحب من الموقع الإلكتروني الرسمي لوزارة الداخلية والجماعات المحلية والهيئة العمرانية (نموذج مرفق)؛
 - 2- يتم إيداع طلب رخصة الزواج المختلط ثلاثة (03) أشهر قبل تاريخ إبرام الزواج مقابل تسليم وصل إيداع لأحد الطرفين؛
- وتحسب هذه المدة ابتداء من تاريخ إيداع الملف الورقي على مستوى المصالح المحلية المختصة؛
- 3- إن إيداع ملف طلب رخصة الزواج المختلط يتم من طرف المعنيين بالأمر وعند غياب أحدهما يجب تقديم وكالة عادية عن الطرف الغائب و ترفق بالملف؛
- ويودع الملف حسب الحالة:
- لدى المصالح المختصة بولاية إقامة الطرف الجزائري إذا كان الطرف الأجنبي غير مقيم؛
 - لدى المصالح المختصة لولاية إقامة الطرف الأجنبي إذا كان الطرف الأجنبي مقيم.

ثالثا: مكونات ملف طلب رخصة الزواج المختلط:

يتكون ملف طلب رخصة الزواج المختلط إلى جانب الإستمارة من الوثائق الآتية حسب الحالة:

(أ) - بالنسبة للطرف الجزائري:

1- ثلاثة (03) صور شمسية للهوية حديثة؛

2- شهادة عدم الزواج، عدم الطلاق وعدم إعادة الزواج؛

3- نسخة من وثيقة إثبات الهوية؛

4- إثبات إقامة (وصل الكهرباء، الهاتف، الماء أو كل وثيقة أخرى)؛

5- شهادة ميلاد رقم ح م 07 محينة بالبيانات الهامشية تستخرجها المصالح الولائية المستقبلية للملف من السجل الوطني للحالة المدنية وتدرجها فيه؛

6- وكالة عادية لإيداع الملف والإمضاء عند الإقتضاء.

(ب) - بالنسبة للطرف الأجنبي:

1- ثلاثة (03) صور شمسية للهوية حديثة؛

2- شهادة ميلاد نسخة كاملة؛

3- شهادة عدم الزواج أو عدم إعادة الزواج أو شهادة الطلاق أو شهادة مماثلة تفي بالغرض؛

4- نسخة من جواز السفر قيد الصلاحية؛

5- شهادة إيواء أو حجز في الفندق بالنسبة للرعايا غير المقيمين المتواجدين فوق التراب الوطني؛

6- شهادة إعتناق الإسلام (بالنسبة للرجل)؛

7- شهادة القدرة على الزواج صادرة عن الممثلة الدبلوماسية أو القنصلية لدولته المعتمدة في الجزائر أو

عن السلطات المختصة في بلده أو أي وثيقة رسمية مماثلة تفي بالغرض؛

8- نسخة من بطاقة المقيم الأجنبي قيد الصلاحية بالنسبة للرعايا المقيمين فوق التراب الوطني؛

9- شهادة سوابق عدلية صادرة عن الدولة الأجنبية التي يخمل جنسيتها ومصادق عليها من طرف ممثليته الدبلوماسية أو القنصلية المختصة، مع ترجمتها إلى اللغة العربية أو أي وثيقة رسمية مماثلة تفي بالغرض؛

10- وكالة عادية لإيداع الملف والإمضاء عند الإقتضاء؛

ويرفق الملف الأصلي بنسخة لجميع الوثائق المكونة له.

رابعاً: إجراءات إصدار رخصة الزواج المختلط:

- 1- تتأكد المصالح المختصة في الولاية من إستيفاء كل الشروط و الوثائق و الإجراءات المطلوبة عند إستلام الملف مقابل تسليم وصل إيداع لأحد الطرفين؛
إذا كان الملف غير كامل يتم رفضه ولا يرسل إلى مصالح الأمن لإبداء الرأي؛ و في حالة قبوله يتم إرساله إلى مصالح الأمن المختصة في أجل لا يتعدى عشرة (10) أيام كأقصى حد.
 - 2- تجري المصالح المختصة للمديرية العامة للأمن الوطني مقابلة مع الطرفين الأجنبي و الجزائري، و تقوم بإبلاغ المعنيين بالأمر بتاريخ موعد المقابلة بكل الوسائل المتاحة؛
 - 3- يصدر الوالي رخصة الزواج المختلط بعد إبداء مصالح المختصة بالمديرية العامة للأمن الوطني رأيها، و في كل الحالات يتوجب على المصالح المختصة الرد على ملفات طلب الزواج المختلط في أجل لا يتعدى 15 يوم قبل إنتهاء مدة ثلاثة (03) أشهر من تاريخ إيداع الملف لدى الولاية؛
 - 4- في حالة عدم الرد على طلب رخصة الزواج المختلط من طرف المصالح المختصة في الأجل المحدد أعلاه، يقوم الوالي بالفصل في الطلب إما بمنح الرخصة الإدارية أو رفضها مع التعليل.
 - 5- يقوم الوالي بتبليغ القرار النهائي للمعنيين بالأمر و للجهات المعنية التالية:
- وزارة الشؤون الخارجية (عن طريق وزارة الداخلية و الجماعات المحلية و الهيئة العمرانية)
- وزارة العدل (النائب العام لدى المجلس القضائي المختص إقليمياً)؛
- وزارة الشؤون الدينية (مدير الشؤون الدينية الأوقاف)؛
- المديرية العامة للأمن الوطني (رئيس الأمن الولائي).
- تحدد مدة صلاحية رخصة الزواج المختلط بسنة (01) واحدة، و في حالة عدم إبرام الزواج بعد إنتضاء مدة صلاحيتها يتم إعادة إجراءات طلب الرخصة الإدارية من جديد.
لا يمكن اعتبار هذه الرخصة بمثابة عقد زواج ولا يمكن إستظهارها إلا في الغرض المحدد لها.
- تجدون طيه نسخة من:
- إستمارة طلب رخصة الزواج المختلط؛
- نموذج لرخصة إدارية للزواج المختلط؛
- نموذج لوصل إيداع ملف طلب رخصة الزواج المختلط.

وزير الداخلية و الجماعات المحلية
وزير الداخلية و الجماعات المحلية و الهيئة العمرانية
و الهيئة العمرانية

نور الدين بلدوي



المراجع

القرآن الكريم

كتب الحديث النبوي الشريف

- 1- ابو عبد الله محمد ابن اسماعيل البخاري-صحيح البخاري- اعتناء وضبط احمد جاد- دار البصائر الجزائر 2010.
- 2- الامام الحافظ عماد الدين ابي الفداء اسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي- تفسير ابن كثير -عناية محمود بن الجميل ابو عبد الله- الجزء الثالث- دار الامام مالك- الجزائر.
- 3- سنن بن ماجه.
- 4- زكي الدين عبد العظيم المنذري الدمشقي- مختصر صحيح مسلم - دار ابن الجوزي- القاهرة- 2009.

المراجع العامة

- 5- ابن حزم الاندلسي- المحلى بالاثار - تحقيق الدكتور عبد الغفار سليمان البنداري - الجزء العاشر - دار الكتب العلمية - بيروت لبنان - الطبعة الاولى 2003.
- 6- ابن قيم الجوزية - زاد المعاد في هدي خير العباد - المجلد الخامس - تحقيق سعيد وعبد القادر الارنؤوط - مؤسسة الرسالة - الطبعة الثالثة - بيروت لبنان - 1998.
- 7- ابن منظور لسان العرب.
- 8- أبو محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة - المغني- تحقيق طه محمد الزيني- المجلد السادس- مطبعة الفجالة الجديدة- القاهرة- 1969.
- 9- أبو محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة - المغني- تحقيق طه محمد الزيني- المجلد السابع- مطبعة الفجالة الجديدة- القاهرة- 1969.

- 10- أبو محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة - المغني - تحقيق طه محمد الزيني - المجلد الثامن - مطبعة الفجالة الجديدة - القاهرة - 1969.
- 11- أبو محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة - المغني - تحقيق طه محمد الزيني - المجلد التاسع - مطبعة الفجالة الجديدة - القاهرة - 1969.
- 12- أبو محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة - المغني - تحقيق طه محمد الزيني - المجلد العاشر - مطبعة الفجالة الجديدة - القاهرة - 1969.
- 13- د- احسن بوصقيعة - الوجيز في القانون الجنائي الخاص - الجرائم ضد الاشخاص - والجرائم ضد الاموال - الجزء الاول - دار هومة للطباعة والنشر - الجزائر 2002.
- 14- د- احمد عبد الكريم سلامة - المبسوط في شرح نظام الملكية - دار الفكر العربي - القاهرة - 1993 .
- 15- أحمد فراج حسين - أحكام الأسرة في الإسلام - الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب - مصر 1991.
- 16- احمد فراج حسين - احكام الاسرة في الاسلام - الطلاق وحقوق الاولاد ونفقة الاقارب - مصر 1991.
- 17- د- احمد محمد علي داود - الاحوال الشخصية - الجزء الثالث والرابع - دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - الاردن - 2009.
- 18- العلامة تقي الدين ابن تيمية - الفتاوى الكبرى - تحقيق محمد عبد القادر عطا - مصطفى عبد القادر عطا - المجلد الخامس - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - الطبعة الاولى - 1987.
- 19- الأستاذ جمال سايس - الإجتهد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، قرارات المحكمة العليا - الجزء الثاني - منشورات كليك - الطبعة الأولى - الجزائر 2013.
- 20- جيلالي بغدادي - الإجتهد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الثاني - المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار - وحدة الطباعة - روية - الجزائر - 1996.

- 21- الشفخ سفء سابق - فقه السنة - الجزء الثاني - ءار الفكر للطباعة والنشر والتوزفء - بفرور لبنان - 2008.
- 22- الامام شمس الءفن ابو عبء الله محمد بن ابف بكر ابن قفم الجوزفة - زاء المعاء فف هءف ففر العباء- ءءقق مصطفف عبء القاءر عطا- ءار الكءب العلمفة - بفرور لبنان- 2017.
- 23- شمس الءفن محمد بن ابف العباس اءمء بن ءمزة - نهافة المءءاء الف شرح المنهاج فف الفقه على مذهب الامام الشافعف رضف الله عنه- الجزء السابع - منشورات محمد على بفضون - ءار الكءب العلمفة- بفرور لبنان.
- 24- العلامة- شمس الءفن محمد بن مفلء المءءسف- كءاب الفروع- ءءقق الءكءور عبء الله بن عبء المءسن ءءركف-الجزء ءاسع- ءار المؤفء- بفرور لبنان-2003.
- 25- المسءشار عبء العرفز سعء - نظام ءالة المءنففة فف الجزائر -ءار هومة للطباعة والنشر والتوزفء، الطبعة ءائفة-الجزائر 1995.
- 26- ء- عبء الوهاب ءلاف - أءكام الأءوال الشءصففة فف الشرفعة الإسلامفة - ءار القلم للنشر والتوزفء الكوفء - الطبعة ءائفة -.
- 27- ء- العربف بلءاء - اءكام الزواء فف ضوء قانون الاسرة الجءفء- ءار ءءافة للنشر والتوزفء- الطبعة الاولى عمان الاءرن 2012 .
- 28- لءسفن بن الشفء آء ملوفاء- المنءقى فف قضاء الأءوال الشءصففة - الجزء الأول - ءار هومة للنشر - الطبعة 03 الجزائر 2011.
- 29- لءسفن بن شفء اء ملوفاء- المرشد فف قانون الاسرة - ءار هومة للنشر - الجزائر - الطبعة ءائفة 2015.
- 30- الماورءف البصرف ابو ءسن على بن محمد- ءاوفف الكبفر فف فقه مذهب الامام الشافعف رضف الله عنه- شرح مءءصر المزنف- ءءقق وءعلق الشفء على محمد معوض- الشفء عاءل اءمء عبء الموءوء-الجزء ءافن- ءار الكءب العلمفة- بفرور لبنان- الطبعة الاولى- 1994.

- 31- **مجدي الدين محمد بن يعقوب الفيروزبادي** - القاموس المحيط - دار الحديث القاهرة - 2008.
- 32- **محمد ابو زهرة** - الاحوال الشخصية - دار الفكر العربي - القاهرة مصر - الطبعة الثالثة - 1957.
- 33- **الشيخ محمد بن صالح العثيمين** - الشرح الممتع على زاد المستقنع - المجلد 12 - دار ابن الجوزي - المملكة العربية السعودية - 1427 هجري.
- 34- **الامام محمد بن علي الشوكاني** - السبل الجرار المتدفق على حدائق الازهار - دار بن حزم للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت لبنان - 2004.
- 35- **الشيخ محمد عليش** - شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل - الجزء الرابع - دار الفكر - بيروت لبنان - الطبعة الاولى - 1984 .
- 36- **الدكتور محمود سمارة**، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الإصدار الثاني 2008.
- 37- **نجيمي جمال** - قانون الاسرة الجزائري - دليل القاضي والمحامي - مادة بمادة - على ضوء احكام الشريعة الاسلامية والاجتهاد القضائي - دار هومة للنشر - الجزائر 2018 .
- 38- **د- وهبة الزحيلي** - الفقه الاسلامي وادلته - الجزء السابع - الاحوال الشخصية - دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر - الطبعة الثانية - دمشق سوريا - 1985.
- 39- UNICEF- La protection de l'enfant - Guide a l'usage des parlementaires - unicef 2004.
- 40- FLORE Capelier- COMPRENDRE LA PROTECTION DE L'ENFANCE- L'ENFANT EN DANGER FACE AU DROIT- DUNOD -2015.

الكتب المتخصصة:

- 41- د- ابو سريع محمد عبد الهادي- زواج المتعة - الدار الذهبية للطبع والنشر والتوزيع - القاهرة 1994.
- 42- د- احمد بن يوسف بن احمد الدريويش- الزواج العرفي -حقيقته واحكامه واثاره، والانكحة ذات الصلة به- دراسة فقهية مقارنة- دار العاصمة للنشر والتوزيع - الرياض - المملكة العربية السعودية -الطبعة الاولى 2005.
- 43- أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة- دار الكتب القانونية - مصر 2003.
- 44- د-أوان عبد الله الفيضي - أحكام حق الجنين في النسب - دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة - دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات - مصر الإمارات - 2015.
- 45- د- أوان عبد الله الفيضي - البصمة الوراثية - المفهوم والمشروعية - دار الكتب القانونية -دار شتات للنشر والبرمجيات - مصر الامارات العربية المتحدة- 2017.
- 46- الأستاذ باديس ذيابي- حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى- عين مليلة - الجزائر 2010.
- 47- د- بن عيسى أحمد- الحماية القانونية الدولية والوطنية للاطفال المسعفين- مركز الكتاب الاكاديمي- عمان الاردن -الطبعة الاولى -2020.
- 48- د- تشوار جيلالي - الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر 2001.
- 49- توفيق خير الدين خليفة خير الله- قضية اجهاض جنين الاغتصاب واثارها في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي- دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر - مصر 2011.
- 50- الشيخ جاد الجق على جاد الحق - الفتاوى الاسلامية- دار الافتاء المصرية- المجلد 12.

- 51- **المحامي حسام الاحمد** - البصمة الوراثية حجتها في الاثبات الجنائي والنسب - منشورات الحلبي الحقوقية - الطبعة الاولى - 2010 - بيروت لبنان.
- 52- **د- حسني محمود عبد الدايم** - البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الاثبات - دار الفكر الجامعي - الاسكندرية - مصر 2009 .
- 53- **د-خالد محمد صالح** - أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية - دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية - دار الكتب القانونية مصر - دار شتات للنشر والبرمجيات - مصر 2011.
- 54- **د- خليفة علي الكعبي** - البصمة الوراثية واثرها على الاحكام لفقهيّة - دراسة فقهية مقارنة - دار النفائس للنشر والتوزيع - الطبعة الاولى - 2006 - الاردن.
- 55- **الدكتورة زبيدة إقروفة** - التلقيح الإصطناعي - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - دار الهدى - عين مليلة الجزائر - 2010.
- 56- **سهرقول مصطفى أحمد** - البصمة الوراثية وحجيتها في إثبات النسب - دراسة تحليلية مقارنة - دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات - مصر 2010
- 57- **د- عبد الرؤوف دبابش** - ثبوت النسب في الانكحة الفاسدة والباطلة في الشريعة وقانون الاسرة الجزائري.
- 58- **الشيخ - عبد الرحمان بن عبد الرحمان شميلة الاهدل** - الانكحة الفاسدة - دراسة مقارنة.
- 59- **د- عبد الكريم زيدان** - أحكام اللقيط في الشريعة الإسلامية - مطبعة سلمان الأعظمي - بغداد - الطبعة الأولى 1968.
- 60- **عبد الله بن ناصر بن عبد الله السرحان** - فضل كفالة اليتيم - الرياض - المملكة العربية السعودية - 1421 هجري.

- 61- د- عبد رب النبي علي الجارحي - الزواج العرفي المشكلة والحل - والزواج السري ونكاح المتعة، والزواج العرفي عند المسيحية وزواج المسيار- دار الروضة للنشر والتوزيع- مصر - بدون سنة.
- 62- د- عمر بن محمد السبيل- امام وخطيب المسجد الحرام- حضور هيئة التدريس بكلية الشريعة - جامعة ام القرى- البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجنائية- الطبعة الاولى- دار الفضيلة للنشر والتوزيع- الرياض السعودية- 1423 هجري.
- 63- المحامية: غالية رياض النبشة - حقوق الطفل بين القوانين الداخلية والإتفاقيات الدولية - منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت لبنان- الطبعة الأولى-2010.
- 64- أ- لعسري عباسية - حقوق المرأة والطفل في القانون الدولي الإنساني - دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع - عين مليلة - الجزائر - 2006 ص- 61 - مقطع من ديباجة إتفاقية حضر الاتجار بالاشخاص واستغلال دعارة الغير.
- 65- د- محمد بن فنخور العبدلي- الانكحة المستحدثة (المبتدعة) وحكم الشرع فيها.
- 66- محمود الخطيب- حقوق الطفل المالية في الاسلام- بحث منشور المجلة الاردنية في الدراسات الاسلامية- المجلد السادس- العدد 1-2010-.
- 67- نادر بوشاشي: إثبات النسب وإثبات الأبوة بالوسائل العلمية في القانون الجزائري - دراسة مقارنة - منشورات البغدادي -الجزائر 2016.
- 68- د- يوسف القرضاوي - زواج المسيار حقيقته وحكمه.

الرسائل و المذكرات:

- 69- حماس هديات - أطروحة لنيل الدكتوراه- بعنوان- الحماية الجنائية للطفل الضحية - دراسة مقارنة - جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان -2014-2015.

- 70- **ماينو جيلالي** - رسالة دكتوراه بعنوان " الاثبات بالبصمة الوراثية -دراسة مقارنة- كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان - 2014-2015.
- 71- **بلبشير يعقوب** - حق الطفل غير الشرعي في معرفة والديه عن طريق البصمة الوراثية - مذكرة لنيل شهادة الماجستير - جامعة وهران - كلية الحقوق والعلوم السياسية - 2012-2013.
- 72- **بوكروش مليكة** - مؤسسة الطفولة المسعفة ودورها في التربية والرعاية الإجتماعية للأفراد - دراسة ميدانية لمؤسسة الطفولة المسعفة لولاية مستغانم - مذكرة تخرج لنيل الماستر في علم الإجتماع التربوي- جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم- 2018-2019.
- 73- **كاعم ليندة- ايقدلان كهينة - ايت شاوش دليلة**- نفي النسب في قانون الاسرة الجزائري، -دراسة فقهية وقانونية -مذكرة ماستر- جامعة بجاية.
- 74- **معاتقي مريم- شلالي خديجة**- كفالة الاطفال في القانون الجزائري - مذكرة لنيل الماستر في القانون الخاص - جامعة اكلي محند اولحاج - البويرة - 2017 -.
- 75- **نور الدين بن زيان** - مذكرة التخرج ماجستير بعنوان "تحليل ظاهرة الامهات العازبات في ولاية وهران من سنة 2000 الى 2009.

- 76- Shih-chin LIN- LES PRINCIPES DIRECTEURS DE LA JUSTICE PENALE DES MINEURS DELINQANTS –Thèse pour le doctorat en droit privé et sciences criminelles- Université Aix-Marseille
- 77- .JULIE GAINOT- L'INTERET SUPERIEEUR DE L'ENFANT EN DROIT PENAL – mémoire master 2- Université Aix-Marseille.

البحوث و المقالات

- 78- **ابتسام بزوخ ولبنى احمان**- بحث بعنوان: تأكيد الذات وعلاقته بالسلوك العدوانى لدى عينة من المراهقين مجهولي النسب - دراسة ميدانية ببعض

- مؤسسات الطفولة المسعفة- مجلة مخبر التطبيقات النفسية في الوسط العقابي- جامعة باتنة- الحاج لخضر الجزائر- المجلد 13- عدد1-فيفري 2020-.
- 79- د- احمد بن صالح ال عبد السلام- حكم استلحاق ولد الزنى- ص149 بحث منشور بالموقع <https://ebouk.univeyes.com>.
- 80- د- بلحاج العربي- الجوانب القانونية لاثبات النسب بالبصمة الوراثية في ضوء قانون الاسرة الجزائري الجديد- مجلة المحكمة العليا- العدد الاول 2012.
- 81- بلعيساوي الطاهر- بحث بعنوان: واقعة مؤسسات رعاية الطفولة المسعفة- دار الطفولة المسعفة النخيل بالأبيار أنموذجا، دراسة ميدانية إستكشافية- مجلة المعيار- تيسمسيلت عدد31-.
- 82- د- بقاسم شتوان- كفالة الطفل المسعف فقها وقانونا - مجلة المعيار تيسمسيلت الجزائر- العدد 31 -.
- 83- جبالة محمد- بحث بعنوان: واقع الطفولة المسعفة في الجزائر - مجلة المواقف للبحوث والدراسات في المجتمع والتاريخ - العدد 05- الجزائر 2010 - .
- 84- د- جيلالي تشوار- القضاء مصدر تفسيري تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنسب- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية - العدد الاول.
- 85- أد- حمزة بن حسين الفعر الشريف- عضو المجمع الفقهي الاسلامي- احكام الحضانة في ضوء المقاصد الشرعية - بحث قدم للندوة حول اثر متغيرات العصر في احكام الحضانة - المجمع الفقهي الاسلامي بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الاسلامية بمكة المكرمة - 1436 هجرية.
- 86- زهية بختي- بحث بعنوان: مؤسسة الطفولة المسعفة ودورها في الرعاية والتكفل بالأطفال مجهولي النسب- دراسة بمؤسسة الطفولة المسعفة بولاية الجلفة- مجلة تطوير العلوم الإجتماعية- جامعة الجلفة -الجزائر - مجلد 10 - عدد 01 - 2017 .

- 87- سارة طالب- بحث بعنوان: واقع التكفل النفسي والإجتماعي للأطفال مجهولي النسب في الجزائر، مركز الطفولة المسعفة في الأغواط أنموذجا- مجلة تطوير العلوم الإجتماعية- جامعة الجلفة -الجزائر - مجلد 10 - عدد 01 - 2017 .
- 88- سعد بن عبد الله بن عبد العزيز السبر- الزواج المحرم، احكامه وانواعه- بحث منشور بوموقع <https://salsaber.com> .
- 89- د- سعيدان اسماء- ثبوت النسب في نكاح الشبهة والزواج الفاسد- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية.
- 90- د- سهيل الاحمد - بحث بعنوان إلحاق ولد المغتصبة غير المتزوجة بالمغتصب في الفقه الاسلامي - مجلة الاجتهاد القضائي جامعة بسكرة - المجلد 12 - العدد 02- اكتوبر 2019.
- 91- طرطاق نورية- إشكالية نفقة المحضون ودور صندوق النفقة في التشريع الجزائري- بحث منشور بالمجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية / العدد الثالث جوان 2017.
- 92- د- عاصم بن منصور بن محمد ابا حسين- اثبات النسب بالبصمة الوراثية بعد نفيه باللعان- مجلة الجمعية الفقهية السعودية.
- 93- د- عبد العزيز بن فوزان بن صالح الفوزان - حكم استبراء الزانية واستلحاق ولد الزنى - بحث منشور في مجلة العدل السعودية - العدد 30 - ربيع الاخر 1427 هـ.
- 94- عثمان حوينق ومحمد لمين مجرالي- صندوق النفقة كآلية لحماية حقوق الطفل المحضون بين المكاسب والنقائص- بحث منشور بمجلة الشهاب جامعة الوادي- العدد 05 ديسمبر 2016 .
- 95- د- عماد الدين مصطفى عبد الله الشعار- البصمة الوراثية ومدى حجيتها في اثبات نسب ولد الزنى - دراسة فقهية مقارنة- كلية الشريعة والدراسات الاسلامية - جامعة ام القرى- السعودية.

- 96- أ- فاطمة الزهراء تبوب- استاذة محاضرة كلية الحقوق جامعة بومرداس-
نسب ابن المغتصبة- تعليق على قرار المحكمة العليا بالجزائر رقم 734072
المؤرخ في 15-03-2012 عن غرفة شؤون الاسرة والمواريث بالمحكمة
العليا الجزائرية- المجلة القضائية للمحكمة العليا- العدد الاول 2013.
- 97- فاطمة حداد- حماية المحضون في ظل القانون 15-01 المتضمن صندوق
النفقة- بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والسياسية - المجلد 10 العدد 01
- أبريل 2019.
- 98- قرناني ياسين وعكوباش هشام- بحث بعنوان: الطفولة المسعفة في الجزائر
- أرقام وقراءات- مؤسسة الطفولة المسعفة سطيف 1 و 2 انموذجا- مجلة
المعيار - تيسمسيلت-.
- 99- كريمة مصلي- مقال بعنوان: " القضاء يثبت نسب طفل خارج الزواج"-
منشور بالموقع الالكتروني لمجلة الصباح المغربية www.assabah.ma
- 100- د- محمد جبر الالفي- استاذ الفقه المقارن- المعهد العالي للقضاء
بالسعودية- الاثار الفقهية والقضائية للبصمة الوراثية في اثبات النسب
وتصحيحه ونفيه- بحث مقدم في اطار مؤتمر القرائن الطبية المعاصرة واثارها
الفقهية- من تنظيم الجمعية العلمية السعودية للدراسات الطبية الفقهية-
الرياض - 2013.
- 101- د- محمد ربيع صباهي- بحث بعنوان: أحكام اللقيط في الشريعة الإسلامية"
دراسة فقهية تربوية -مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية- المجلد
25- العدد الأول 2009.
- 102- د- محمد سعدي احمد حسانين- النسب بوسائل التقنية الطبية الحديثة-
دراسة شرعية- بحث مقدم لمؤتمر القرائن الطبية المعاصرة واثارها الفقهية-
2014.
- 103- د- محمد محمود ابو ليل- بحث بعنوان استلحاق ولد الزنى في الفقه
الاسلامي وقانون الاحوال الشخصية الاردني- الجامعة الاردنية- كلية
الشريعة- ResearchGate.net

- 104- د- محمود بن أحمد أبو مسلم - تحفة اليتيم واللقيط - بحث منشور بموقع تحفة الألوكة : www.alukah.net.
- 105- د- مزوز بركو وبوفولة خميس - بحث بعنوان: واقع الإرشاد النفسي في مؤسسات الكفالة الإجتماعية من خلال عمليتي الإدماج وإعادة الإدماج- دار الطفولة المسعفة ودار العجزة نموذجا <https://dispace.univ-ourgla.dz>.
- 106- منظومة حقوق المرأة التونسية- حقوق الام العزباء تجاه اب الابن المولود خارج إطار الزواج - بتاريخ 10-06-2013- الموقع www.play.infochallenge.com.
- 107- أ- نادين النمري - النسب حق للطفل وعدم إثباته إعفاء للمخطئ من المسؤولية- دراسة منشورة بمجلة الغد الالكترونية-عمان الاردن - الموقع: www.alghad.com.
- 108- د- نصر فريد واصل- مفتي مصر سابقا- البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها- مجلة المجمع الفقهي الاسلامي- السنة الرابعة عشرة- العدد السابع عشر.
- 109- د- نور الدين مختار الخاتمي - استاذ التعليم العالي ومدير مدرسة الدكتوراه بجامعة الزيتونة بتونس- نسب المولود خارج رابطة الزواج - بحث مقدم للدورة العشرين للمجمع الفقهي الاسلامي- المنعقد بمكة المكرمة بتاريخ 25 الى 29 ديسمبر 2010- مجلة رابطة العالم الاسلامي.
- 110- د- نورة بنت مسلم المحامدي - جامعة ام القرى مكة المكرمة - حق النفقة للطفل- (دراسة فقهية مقارنة تطبيقية) - بحث محكم - منشور بمجلة العدل السعودية - العدد 54 ربيع الاخر 1433 هـ.
- 111- د- هارون ولد عمار ولد ايقبي- مقال منشور في المجلة الالكترونية - ريم افريك- بعنوان ملاحظات حول اشكالية إلحاق ولد المغتصبة بالمغتصب- عنوان الموقع/rimafric.info/node.

- 112- أ- وهيبة سليمانى- تحقيق بعنوان - بعد ارتفاع قضايا اللعان وانكار النسب إلزام المحاكم باعتماد القاعدة الشرعية " الولد للفراش " - جريدة الشروق الجزائرية- قضايا المجتمع - 2018-11-27.
- 113- أ- يوسف لخضر - مقال بعنوان " مقترح قانون يدعو الى نسب الاطفال خارج الزواج للاب البيولوجي " - المجلة الالكترونية هسبريس- المغرب- 2019-12-07 الموقع: www.hespress.com.

الاجتهادات القضائية

- أ- قرارات المحكمة العليا الجزائرية:
- 114- المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار رقم 52221 بتاريخ 13-03-1989 - المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية - العدد 1 - سنة 1993 - ص 48.
- 115- المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار رقم 59013 بتاريخ 19-02-1990 - المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية - العدد 4 - سنة 1991 - ص 117.
- 116- المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار رقم 99000 بتاريخ 23-11-1993 - المجلة القضائية للمحكمة العليا - العدد الخاص 2001 - ص 64.
- 117- المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار رقم 71801 - بتاريخ 21-05-1991 - المجلة القضائية 1996 - العدد الأول - ص 107.

- 118- المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار رقم 74712 - بتاريخ
21-05-1991 - المجلة القضائية 1994 العدد 02 ص 56 .
- 119- المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار رقم 153640 بتاريخ
18-02-1997- المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية - العدد 1 -
سنة 1997 - ص 39.
- 120- المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار رقم 165408- بتاريخ
1997/07/08 - المجلة القضائية 2001 - العدد الأول - ص 67.
- 121- المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار رقم 172333 بتاريخ
28-10-1997 المجلة القضائية للمحكمة العليا- العدد الاول 1997 ص
42.
- 122- المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار رقم 172379 بتاريخ
28-10-1997 المجلة القضائية للمحكمة العليا- الاجتهاد القضائي لغرفة
الاحوال الشخصية- العدد الخاص 2001 ص 70.
- 123- المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار رقم 184712 بتاريخ 17-
03-1998- المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية - العدد 2 - سنة
1998 - ص 89.
- 124- المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار رقم 189234 بتاريخ 21-
04-1998 - المجلة القضائية للمحكمة العليا- العدد الخاص لغرفة
الاحوال الشخصية 2001 - ص 175.

- 125- المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار رقم 204821 - بتاريخ 20-10-1998 - الإجتهااد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية- ص 82 .
- 126- المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار رقم 222674 بتاريخ 15-06-1999، المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية، العدد الأول 1999 ص 126.
- 127- المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار رقم 254643 بتاريخ 21-11-2000 - المجلة القضائية للمحكمة العليا - العدد الثاني 2001 ص-292.
- 128- المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار رقم 259422 بتاريخ 21-02-2001 المجلة القضائية للمحكمة العليا - العدد الثاني 2004 ص-337.
- 129- المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار رقم 296020 بتاريخ 25-12-2002 - المجلة القضائية للمحكمة العليا- العدد 01 - 2004 - ص 289.
- 130- المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار رقم 330566 بتاريخ 18-05-2005 المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية - العدد 1 سنة 2005- ص 301.
- 131- المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار رقم 232324 بتاريخ 13-07-2005 نشرة القضاة- العدد 59 - ص 236.

- 132- المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار رقم 355180 بتاريخ 05-03-2006 مجلة المحكمة العليا - العدد الاول 2006 ص 469.
- 133- المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار رقم 357345 بتاريخ 14-06-2006 - المجلة القضائية للمحكمة العليا- العدد الأول 2007، ص461.
- 134- المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار رقم 367977 بتاريخ 11-10-2006 مجلة المحكمة العليا- العدد الأول 2007، ص473.
- 135- المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار رقم 369032 بتاريخ 13-12-2006 - المجلة القضائية للمحكمة العليا- العدد 02 - 2007 - ص 443.
- 136- المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار رقم 457038 بتاريخ 10-09-2008- المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية - العدد 2 - سنة 2008 - ص 313.
- 137- المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار رقم 474897 بتاريخ 14-01-2009 مجلة المحكمة العليا - العدد 01 - 2009، ص 255.
- 138- المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار رقم 605592 بتاريخ 15-10-2009 مجلة المحكمة العليا- العدد الاول 2010 ص 245.
- 139- المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار رقم 564787 بتاريخ 15-07-2010 مجلة المحكمة العليا- العدد الثاني 2010 ص 262.

140- المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار رقم 617374 بتاريخ 12-05-2011 مجلة المحكمة العليا- العدد الاول 2012 ص 294.

141- المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار رقم 620402 بتاريخ 12-05-2011 المجلة القضائية للمحكمة العليا - العدد 02 - 2011 ص 283.

142- المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار رقم 734072 بتاريخ 15-03-2012 - المجلة القضائية للمحكمة العليا- العدد الاول 2013 - ص117.

143- المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار رقم 0942668 بتاريخ 03-02-2016 - غير منشور.

144- المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار رقم 1005800 بتاريخ 13/07/2016 - غير منشور.

145- المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار رقم 1028971 بتاريخ 07/12/2016 - غير منشور.

ب- قرارات المجالس القضائية الجزائرية.

146- مجلس قضاء وهران - غرفة شؤون الاسرة - قرار صادر بتاريخ 01/04/2013 رقم الفهرس 13/01285 - غير منشور.

147- مجلس قضاء تيزي وزو- غرفة شؤون الأسرة - قرار صادر بتاريخ 19/06/2013 فهرس رقم 13/2087 - غير منشور.

148- مجلس قضاء سكيكدة - غرفة شؤون الأسرة - قرار صادر بتاريخ 2014/06/04 فهرس رقم 14/1079 - غير منشور.

ت- احكام المحاكم الجزائرية

149- حكم محكمة وهران- قسم شؤون الأسرة - بتاريخ 2012/11/26 فهرس رقم 12/14237 - غير منشور.

150- حكم محكمة تيزي وزو- قسم شؤون الاسرة - بتاريخ 2012/09/27 فهرس رقم 12/2945 - غير منشور.

ث- حكم اجنبي

151- حكم محكمة شمال القاهرة - جمهورية مصر العربية - قضية رقم 635- 1995 لسنة 1995 منشور بمؤلف الدكتور خليفة علي الكعبي- البصمة الوراثية واثرها على الاحكام لفقهيّة- دراسة فقهية مقارنة- دار النفائس للنشر والتوزيع - الطبعة الاولى- 2006- الاردن - ص483.

النصوص و القوانين:

الاتفاقيات الدولية:

152- الاتفاقية الدولية الخاصة بإزالة جميع اشكال التمييز العنصري التي اقترتها الجمعية العامة للامم المتحدة بتاريخ 31-12-1965 والتي صادقت عليها الجزائر بتاريخ 13-12-1966.

153- اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للامم المتحدة بتاريخ 20-11-1989 والمصادق عليها مع تصريحات تفسيرية من الجزائر بتاريخ 19-12-1992.

154- الاتفاقية العربية لمكافحة الارهاب، الموقعة في القاهرة بتاريخ 22-04-1998 المصادق عليها بالجزائر بتاريخ 07-12-1998.

- 155- اتفاقية منظمة الوحدة الافريقية للوقاية ومكافحة الارهاب المعتمدة بتاريخ 14-07-1999 والمصادق عليها بتاريخ 09-04-2000.
- 156- الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الارهاب المعتمدة من الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 09-12-1999 المصادق عليها بالجزائر بتاريخ 23-12-2000.
- 157- البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الاطفال واستغلال الاطفال في البغاء وفي المواد الاباحية، المعتمد بنيويورك بتاريخ 25-05-2000، والمصادق عليه بالجزائر بتاريخ 03-09-2006.

القوانين:

- 158- الامر رقم 66-155 المؤرخ في 08-06-16-1966 المتضمن قانون الاجراءات الجزائية الجزائري المعدل والمتمم - ج ر رقم 48 بتاريخ 10-06-1966.
- 159- الامر رقم 66-156 المؤرخ في 08-06-1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم - ج ر رقم 49 بتاريخ 11-06-1966.
- 160- القانون 70-20 المؤرخ في 19-02-1970 المتضمن قانون الحالة المدنية المعدل والمتمم - ج ر رقم 21 بتاريخ 27-02-1970.
- 161- الامر 72-3 المؤرخ في 10-02-1972 المتضمن قانون حماية الطفولة والمراهقة، ج ر رقم 15 بتاريخ 22-02-1972.
- 162- الأمر 75-26 المؤرخ في 29-04-1975 المتضمن قمع السكر العمومي وحماية القصر من الكحول، ج ر رقم 37 لسنة 1975 صفحة 498.
- 163- الامر 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم - ج ر رقم 78 بتاريخ 30-09-1975.
- 164- الامر 75-64 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن احداث المؤسسات والمصالح المكلفة بحماية الطفولة والمراهقة - ج ر رقم 81 بتاريخ 10-10-1975.

- 165- القانون 84-11 المؤرخ في 09-06-1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم - ج ر رقم 24 بتاريخ 12-06-1984.
- 166- قوانين المالية منصوص عليها بأحكام القانون 84-17 المؤرخ في 07-07-1984 المتضمن قوانين المالية المعدل والمتمم، ج ر رقم 28 بتاريخ 10-07-1984.
- 167- القانون 90-11 المؤرخ في 21-04-1990 المتضمن علاقات العمل المعدل والمتمم، ج ر العدد 17 لسنة 1990 بتاريخ 25-04-1990.
- 168- القانون 04-18 المؤرخ في 25-12-2004 المتضمن قانون الوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الإستعمال و الإتجار غير المشروعين بهما- ج ر العدد 83 بتاريخ 26-12-2004.
- 169- القانون 08-09 المؤرخ في 25-02-2008 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية - ج ر رقم 21 بتاريخ 23-04-2008 .
- 170- القانون 15-12 المؤرخ في 15-07-2015 المتضمن قانون حماية الطفل - ج ر رقم 39 بتاريخ 19-07-2015.
- 171- القانون 18-11 الصادر بتاريخ 02-07-2018 ج ر رقم 46 لسنة 2018 بتاريخ 29-07-2018 ص 03 المتضمن قانون الصحة - ج ر رقم 46 بتاريخ 29-07-2018.
- المراسيم التنفيذية:**
- 172- المرسوم التنفيذي 12-04 المؤرخ 04-01-2012 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة- 05 بتاريخ 29-01-2012.
- 173- المرسوم التنفيذي رقم 19-70 المؤرخ في 19-02-2019 يحدد الشروط الواجب توافرها في الاشخاص والعائلات الجديرين بالثقة لرعاية الطفل في خطر - ج ر رقم 12، بتاريخ 24-02-2019.

الفهرس

الفهرس

1.....مقدمة

الباب الأول:

9حق الطفل المسعف في النسب من والده

الفصل الأول:

حق الطفل المسعف الناتج

13.....عن العلاقات الشرعية في النسب

16.....المبحث الأول: القواعد الشرعية لإثبات النسب

17.....المطلب الأول: شروط إثبات النسب أثناء قيام الرابطة الزوجية

17.....الفرع الأول: الزواج الصحيح شرط النسب

21.....الفرع الثاني: إمكانية الإتصال بين الطرفين

24.....الفرع الثالث: الولادة بين مدتي الحمل كشرط للنسب

27.....حالة خاصة: التلقيح الإصطناعي كأساس لنسب الولد

أولاً: شروط التلقيح الصناعي الخاصة بالفريق الطبي والمعدات الطبية

28.....والإجراءات المرافقة للعملية

29.....ثانياً: الشروط الخاصة بالزوجين

29.....المطلب الثاني: إثبات النسب بعد انحلال الرابطة الزوجية

30.....فرع أول: إثبات النسب بعد وفاة الزوج

31.....فرع ثاني: إثبات النسب بعد الطلاق

31.....أولاً: النسب حال الطلاق قبل الدخول

32.....ثانياً: الطلاق بعد الدخول

34.....المبحث الثاني: آثار سوء أعمال قواعد إثبات النسب على الطفل

35.....المطلب أول: أثر تداخل النصوص القانونية على النسب والطفل

36.....الفرع الأول: نسب الإبن المولود بعلاقة شرعية مع عدم قيد الزواج

الفرع الثاني: حق الطفل في النسب في حالة الإختلاف بين تاريخ العقد

41.....الشرعي، وتاريخ العقد الإداري

الفرع الثالث: حق الطفل في النسب في حالة الطلاق الرجعي، ورجوع

45.....الزوجة دون عقد إداري

46.....المطلب الثاني: أحكام القضاء وتأثيرها على النسب والطفل

46.....الفرع الأول: بعض نماذج القرارات القضائية المؤثرة على نسب الطفل

55.....الفرع الثاني: رأينا حول الموضوع

الفصل الثاني:

- 61.....حق الطفل المسعف في النسب بعد اللعان
- 62.....المبحث الأول: قواعد إسقاط النسب، وحق الطفل فيه
- 63.....المطلب الأول: اللعان طريق وحيد لنفي النسب
- 66.....الفرع الأول: مشروعية اللعان
- 68.....الفرع الثاني: شروط اللعان
- 73.....الفرع الثالث: إجراءات اللعان
- 77.....المطلب الثاني: آثار اللعان على حق الطفل في النسب بين الشريعة والقانون
- 77.....الفرع الأول: حماية الشريعة لحق الطفل في النسب بالتشدد في تطبيق آثار اللعان
- 80.....الفرع الثاني: تشدد القضاء الجزائري في شروط وإجراءات اللعان لنفي النسب
- 86.....المبحث الثاني: إثبات النسب بعد اللعان بالبصمة الوراثية
- 87.....المطلب الأول: البصمة الوراثية وحالات إستعمالها في قضايا النسب
- 89.....الفرع الأول: مفهوم البصمة الوراثية
- 91.....الفرع الثاني: مرتبة البصمة الوراثية في الإثبات
- 93.....الفرع الثالث: شروط الأخذ بالبصمة الوراثية في مجال النسب
- 100.....المطلب الثاني: إثبات نسب الطفل بعد سقوطه باللعان
- الفرع الأول: طبيعة أحكام إثبات النسب، تعبدية أم تعليلية؟ وأثرها
- 101.....على قواعد البصمة الوراثية
- 103.....الفرع الثاني: الرأي القائل بعدم جواز ثبوت النسب بالبصمة الوراثية بعد اللعان
- 105.....الفرع الثالث: الرأي القائل بجواز ثبوت النسب بالبصمة الوراثية بعد اللعان

الفصل الثالث:

حق الطفل المسعف الناتج عن الأنكحة

- 115.....الفاصلة والباطلة والأنكحة المستحدثة في النسب
- 117.....المبحث الأول: حق النسب في الأنكحة الفاسدة والباطلة والوطء بشبهة
- 118.....المطلب الأول: مفهوم الزواج الباطل والفاصل والوطء بشبهة
- 119.....الفرع الأول: الزواج الباطل والفاصل عند جمهور الفقهاء
- 119.....أ- نكاح الشغار
- 120.....ب- نكاح المتعة
- 123.....ج - الخطبة على خطبة أخيه

- 124.....د- زواج المحلل.
- 125.....الفرع الثاني: الزواج الفاسد والباطل عند الحنفية.
- 126.....الفرع الثالث: الوطء بشبهة.
- 127.....1-شبهة ملك.
- 127.....2-شبهة الفعل.
- 128.....3-شبهة العقد.
- المطلب الثاني: حق الطفل الناتج عن الزواج الباطل والفاسد والوطء
بشبهة في النسب.
- 128.....الفرع الأول: النسب في الزواج الباطل والفاسد عند جمهور الفقهاء.
- 128.....1-آثار الزواج الفاسد أو الباطل عند المالكية.
- 130.....2-آثار الزواج الفاسد أو الباطل عند الشافعية.
- 131.....3-آثار الزواج الفاسد أو الباطل عند الحنابلة.
- 131.....الفرع الثاني: النسب في الزواج الباطل والفاسد عند الحنفية.
- 132.....الفرع الثالث: حق الطفل في النسب بوطء الشبهة.
- 132.....1-النسب في شبهة الملك.
- 133.....2-النسب في شبهة الفعل.
- 134.....3-النسب في شبهة العقد.
- 136.....المبحث الثاني: حق الطفل في النسب في الأنكحة المستحدثة.
- 137.....المطلب الأول: حق الطفل المسعف الناتج عن زواج السر في النسب.
- 139.....المطلب الثاني: حق الطفل المسعف الناتج عن زواج المسيار في النسب.
- 143.....المطلب الثالث: حق الطفل المسعف الناتج عن زواج الميسر في النسب.
- 146.....المطلب الرابع: حق الطفل المسعف الناتج عن عقد الزواج بنية الطلاق في النسب.

الفصل الرابع:

150.....حق ابن الزنى وابن المغتصبة في النسب.

- 152.....المبحث الأول: حق ابن الزنى في النسب.
- 153.....المطلب الأول: تأصيل قاعدة إستلحاق ولد الزنى بالزاني.
- 153.....الفرع الأول: مفهوم قاعدة الولد للفراش.
- 156.....1- أصل القاعدة.
- 157.....2- الأحكام الشرعية المستمدة من القاعدة.
- 158.....الفرع الثاني: مفهوم قاعدة إستلحاق ولد الزنى بالزاني (الإستثناء من قاعدة الولد للفراش).
- 159.....1- تعريف الإستلحاق.

- 2- شروط إستلحاق ولد الزنى.....160
- المطلب الثاني: أسانيد القائلين باستلحاق ولد الزنى، ومعارضتهم.....161
- الفرع الأول: أسباب تحريم الزنى.....161
- الفرع الثاني: أسانيد من قال بعدم جواز إستلحاق ابن الزنى بالزاني ونسبه إليه.....164
- الفرع الثالث: أسانيد من قال بجواز إستلحاق ابن الزنى بالزاني ونسبه إليه.....166
- المبحث الثاني: حق ابن المغتصبة في النسب.....171**
- المطلب الأول: نسب ابن المغتصبة بين قاعدة إستلحاق ولد الزنى
ورفض المغتصب للإستلحاق.....172
- الفرع الأول: تعاريف ومفاهيم.....173
- 1- مفهوم الإغتصاب في القانون الجزائري وعند فقهاء الشريعة الاسلامية.....173
- 2- الإغتصاب في التشريع الجزائري.....175
- الفرع الثاني: نسب ابن المغتصبة إذا إستلحقه المغتصب.....177
- 1- أسانيد القائلين بجواز إستلحاق ابن المغتصبة.....177
- 2- مسألة: رفض المغتصبة الزواج بالمغتصب وأثره على حق الطفل في النسب.....179
- المطلب الثاني: نسب ابن المغتصبة إذا رفض المغتصب الإعتراف بأبوته.....180
- الفرع الأول: البصمة الوراثية بين إثبات الفعل جنائيا، وتحديد حق الطفل في النسب.....181
- 1- إستعمال البصمة الوراثية في إثبات جنائية الإغتصاب.....182
- أ- ضوابط استعمال البصمة الوراثية في اثبات جريمة الاغتصاب في الشريعة الاسلامية.....184
- أ1- أسانيد القائلين بعدم جواز استعمال البصمة الوراثية في إثبات الإغتصاب.....184
- أ2- أسانيد من قال بجواز إثبات الإغتصاب بالبصمة الوراثية.....186
- ب- ضوابط استعمال البصمة الوراثية في إثبات جريمة الإغتصاب في القانون الجزائري.....189
- ب1: تعاريف.....189
- ب2 - شروط وكيفيات إستعمال البصمة الوراثية في مجال إثبات جريمة الاغتصاب.....191
- فرع ثاني: مدى جواز إلحاق نسب الولد الى المغتصب بالبصمة الوراثية.....195
- 1- علة اشتراط الاقرار لاستلحاق ابن الزنى.....195
- 2- الترجيح بين استلحاق الابن في الزنى بالاقرار، وإلحاق
الابن في الاغتصاب بالبصمة الوراثية.....198
- خلاصة الباب الاول.....204

الباب الثاني: حقوق الطفولة المسعفة في مواجهة الدولة والعائلة.....207

الفصل الاول:

حق الطفل المسعف

- 210..... في الاسم واللقب والجنسية
- 211..... المبحث الأول: حق الطفل المسعف في الاسم واللقب
- 212..... المطلب الأول: حق الطفل المسعف في الاسم
- 212..... الفرع الأول: إختيار الاسم وتسجيله
- 214..... 1- حالة الطفل المسعف مجهول الأبوين
- 214..... 2- الطفل المسعف معلوم الأم
- 214..... الفرع الثاني: تصحيح وتغيير الاسم
- 216..... المطلب الثاني: حق الطفل المسعف في اللقب
- 218..... الفرع الأول: حالات اللقب بالنسبة للطفل المسعف
- 218..... 1- حالة الطفل مجهول الأبوين
- 221..... 2- الطفل الذي تُعرف أمه، وتقبل تسجيل هويتها والكشف عنها
- 221..... 3- حالة الأم التي تُقدم بعض بياناتها فقط بالمستشفى
- 222..... الفرع الثاني: تغيير لقب الطفل المسعف المكفول
- 226..... 1- حجج الرأي القائل بعدم جواز تغيير لقب الطفل المسعف بلقب كافله
- 227..... 2- حجج الرأي القائل بجواز تغيير لقب الطفل المسعف بلقب كافله
- 234..... المبحث الثاني: حق الطفل المسعف في الجنسية
- 235..... المطلب الأول: أحكام الجنسية الجزائرية بين الأمر 70/86 والأمر 05/01 المعدل له
- الفرع الأول: الرابطة المعتمدة في الجنسية الجزائرية الأصلية
- 236..... بين القانون القديم والتعديل الجديد
- 236..... 1- مفهوم رابطة الدم بين الأمر 70-86 و الأمر 05-01
- 238..... 2- ضابط الإقليم في منح الجنسية
- 240..... الفرع الثاني: الجنسية المكتسبة
- 241..... 1- إكتساب الجنسية بالزواج
- 243..... 2- إكتساب الجنسية عن طريق التجنس
- 246..... الفرع الثالث: فقد الجنسية والتجريد منها
- 246..... 1- فقد الجنسية

- 246.....2- التجريد من الجنسية.....
- 247.....المطلب الثاني: الإجراءات والمنازعات بالنسبة للطفل المسعف.....
- 247.....الفرع الأول: وضع الطفل المسعف في قانون الجنسية.....
- 247.....1- حق الطفل المسعف في الجنسية الأصلية برابطة الدم ورابطة الإقليم.....
- 249.....2- الإجراءات الإدارية لحصول الطفل المسعف على الجنسية.....
- 249.....أ- جنسية الطفل المولود من أبوين مجهولين.....
- 249.....ب- جنسية الطفل المولود من أب مجهول وأم مذكورة في شهادة ميلاده.....
- 251.....الفرع الثاني: منازعات الجنسية بالنسبة للطفل المسعف.....

الفصل الثاني:

- 258.....حق الطفل المسعف في الحضانة.....
- 259.....المبحث الأول: حق الطفل عامة في الحضانة.....
- 259.....المطلب الأول: مفهوم الحضانة وحكمها.....
- 259.....الفرع الأول: تعريفها.....
- 262.....الفرع الثاني: حكم الحضانة ومشروعيتها.....
- 262.....1- حكم الحضانة.....
- 266.....2- مشروعية الحضانة.....
- 268.....المطلب الثاني: المستحقين للحضانة وآثارها.....
- 668.....الفرع الأول: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة.....
- 271.....الفرع الثاني: شروط المحضون والحاضن (شروط إستحقاق الحضانة).....
- 273.....المبحث الثاني: الحضانة بأجرة والحاضنة الموظفة (حضانة الطفل المسعف).....
- المطلب الأول: مدى جواز إجبار الأم على حضانة الطفل
- 274.....المسعف، والأب على دفع أجرة حضانته.....
- 274.....الفرع الأول: مدى جواز إجبار الأم على حضانة الطفل المسعف.....
- 276.....الفرع الثاني: أجرة الحاضنة.....
- 280.....المطلب الثاني: نظام الحاضنة الموظفة.....
- 281.....الفرع الأول: الإطار القانوني للحاضنة الموظفة.....
- 282.....الفرع الثاني: الموظفون المكلفون بحضانة الطفل وتربيته وتهذيبه.....
- 282.....1- سلك المساعدات الحاضنات.....
- 282.....أ- شروط التوظيف.....
- 283.....ب- المهام.....
- 284.....2- سلك مساعدات الأمومة.....

- أ- شروط التوظيف.....285
 ب- المهام.....285
 3- سلك المساعدين في الحياة اليومية.....287
 أ- شروط التوظيف.....287
 ب- المهام.....288
 4- سلك المربين.....290
 أ- شروط التوظيف.....290
 ب- المهام.....291

الفصل الثالث:

- 294.....**حق الطفل المسعف في النفقة**
- المبحث الأول: أساس نفقة الطفل المسعف.....297
 المطلب الأول: النسب كأساس للنفقة.....296
 الفرع الأول: أثر رابطة النسب في تعريف النفقة وشروطها.....296
 أ- من حيث التعريف.....296
 ب- من حيث شروط النفقة.....298
 الفرع الثاني: إرتباط الأدلة الشرعية على وجوب نفقة الفروع
 على الأصول بالنسب والميراث.....299
 أ- أدلة وجوب النفقة.....299
 ب- أنواع الأصول الذين تجب عليهم النفقة.....301
 المطلب الثاني: الأبوة والمسؤولية التقصيرية كأساس للنفقة.....307
 الفرع الأول: الأبوة البيولوجية كأساس لنفقة الطفل الناتج عن الزنى.....308
 الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية كأساس لنفقة الأب البيولوجي على ابنه.....310
 أ- الأساس الذي اعتمده القضاء للتعويض على الضرر
 الذي لحق الأم بتكفلها بنفقة الإبن لوحدها.....310
 ب- مدى جواز تقدير نفقة الطفل في شكل تعويض باعتباره الضحية الفعلي لجريمة الزنا.....312
 المبحث الثاني: ما قرره المشرع الجزائري للتكفل المالي بالأطفال المسعفين.....314
 المطلب الأول: نفقة الطفل اللقيط على عاتق خزينة الدولة.....315
 الفرع الأول: أن يكون له مال.....315
 الفرع الثاني: ألا يكون له مال.....317
 المطلب الثاني: آليات النفقة لتكفل الدولة بالطفولة المسعفة.....319
 الفرع الأول: نفقة الدولة على الأطفال ضمن مؤسسات الطفولة المسعفة.....320

- 321..... الفرع الثاني: نفقة الدولة على الأطفال ضمن صندوق النفقة.
- 322..... 1- فئة الأطفال المعنية بالصندوق.
- 322..... 2- ملاحظات على القانون.

الفصل الرابع:

حق الطفل المسعف

- 325..... في الإقامة والمنع من التشرد.

المبحث الأول: مؤسسات الطفولة المسعفة لحماية حق الطفل

- 326..... في الإقامة والمنع من التشرد.
- 326..... المطلب الأول: النطاق التشريعي لمؤسسات الطفولة المسعفة.
- 326..... الفرع الأول: لمحة تاريخية.
- 327..... الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لمؤسسات الطفولة المسعفة ومصادر تمويلها.
- 327..... 1- طبيعتها القانونية.
- 328..... 2- مصادر تمويل مؤسسات الطفولة المسعفة.
- 330..... الفرع الثالث: تنظيم مؤسسات الطفولة المسعفة وسيرها.
- 330..... أ- مجلس الإدارة.
- 332..... ب- المدير.
- 333..... ج- المجلس النفسي الطبي التربوي.
- 335..... المطلب الثاني: النظام الداخلي لمؤسسات الطفولة المسعفة وكيفية الإنتماء إليها.
- 335..... الفرع الأول: النظام الداخلي لمؤسسات الطفولة المسعفة.
- 336..... 1- مصلحة الإستقبال والإيواء.
- 336..... 2- مصلحة النشاطات الطبية والنفسية والإجتماعية والتربوية.
- 337..... 3- مصلحة الإدارة والوسائل.
- 338..... الفرع الثاني: الأطفال المنتمون إلى مؤسسات الطفولة المسعفة وآليات إستقبالهم.
- 339..... المبحث الثاني: تقييم مؤسسات الطفولة المسعفة، والإقامة فيها كحق للطفل المسعف.
- 341..... المطلب الأول: تقييم مؤسسات الطفولة المسعفة من الناحية المادية والموارد البشرية.
- 341..... الفرع الأول: من الناحية المادية.
- 343..... الفرع الثاني: من حيث الموارد البشرية.
- 345..... المطلب الثاني: تقييم مؤسسات الطفولة المسعفة من حيث مدى تأهيل الأطفال.
- 345..... الفرع الأول: وضع الأطفال حسب أسباب الطفولة المسعفة و اختلاف جنس الطفل.
- 348..... الفرع الثاني: تأثير التواجد بالمؤسسة على سلوك الطفل.

الفصل الخامس:

حق الطفل المسعف

- 351..... في العيش في وسط عائلي (الكفالة)
- 352..... المبحث الأول: مفهوم الكفالة ومجالاتها وفق قانون الأسرة
- 353..... المطلب الأول: مفهوم كفالة الطفل المسعف
- 353..... الفرع الأول: تعريف عقد كفالة الطفل
- 354..... الفرع الثاني: مميزات عقد الكفالة
- 356..... الفرع الثالث: شروط عقد كفالة الطفل المسعف
- 361..... الفرع الرابع: أركان عقد كفالة الطفل المسعف
- 362..... المطلب الثاني: الأطفال المسعفون موضوع الكفالة وفضل كفالتهم
- 362..... الفرع الأول: نطاق عقد الكفالة
- 363..... 1- كفالة مجهول النسب (اللقيط)
- 365..... 2- كفالة من تخلت عنه والدته وكان أبوه مجهولاً
- 365..... 3- كفالة من وضعه القضاء في مؤسسات الطفولة
- 365..... المسعفة لوجوده في حالة خطر أو لإسقاط الأبوة عن والديه
- 366..... 4- كفالة الأيتام
- 367..... 5- كفالة من تخلى عنه والداه وهما معروفان
- 367..... الفرع الثاني: فضل كافل الطفل المسعف
- 370..... المبحث الثاني: إجراءات كفالة الطفل المسعف وآثارها
- 371..... المطلب الأول: إجراءات إبرام عقد كفالة الطفل المسعف
- 371..... الفرع الأول: الجهة المكلفة بإبرام العقد
- 371..... الفرع الثاني: ثقل الإجراءات وتداخل الصلاحيات وتأثيرهما
- 375..... على حق الطفل المسعف في العيش في وسط عائلي
- 375..... أ- تداخل صلاحيات قاضي الأحداث، وقاضي شؤون الأسرة،
- 376..... ومدير النشاط الاجتماعي وتبعاً له مدير مؤسسة الطفولة المسعفة
- 378..... ب- طبيعة الأمر الصادر عن قاضي الأحداث
- 381..... المطلب الثاني: آثار عقد كفالة الطفل المسعف
- 381..... الفرع الأول: آثار الكفالة من حيث الولاية على نفس القاصر
- 381..... أ- الآثار على إسم ولقب المكفول معلوم النسب
- 382..... ب- الآثار على إسم ولقب المكفول مجهول النسب
- 384..... ج- الكافل هو الولي الشرعي للمكفول
- 384..... الفرع الثاني: آثار الكفالة من حيث الولاية على مال القاصر

- 385.....الفرع الثالث: إنتهاء الكفالة وإنهاؤها والتنازل عنها.
- 386.....أ- إنتهاء الكفالة.
- 388.....ب- إنهاء الكفالة.
- 389.....ج- التنازل عن الكفالة.
- 390.....الفرع الرابع: التبوعات والوصايا من الكافل للمكفول.

الفصل السادس:

394.....حق الطفل المسعف في الحماية الجزائية.

- 396.....المبحث الأول: الحماية الجزائية للطفل المسعف كضحية.
- 396.....المطلب الأول: الحماية الجزائية من الإعتداءات المعنوية على الطفل المسعف.
- 397.....الفرع الأول: الجرائم الماسة بمعنويات الطفل المنصوص عليها في قانون العقوبات.
- 397.....1- جريمة قذف الطفل المسعف.
- 399.....2- جريمة سب الطفل المسعف.
- 400.....3- جريمة تحريض القصر على الفسق والدعارة.
- 401.....4- الجرائم المتعلقة بالحالة المدنية للطفل.
- 402.....1-4- جريمة عدم التصريح بميلاد الطفل.
- 402.....2-4- جريمة عدم تسليم طفل حديث العهد بالولادة.
- 402.....3-4- جريمة الحيلولة دون التحقق من هوية الطفل.
- 403.....5- الجرائم المتعلقة برعاية الطفل.
- 403.....1-5- عدم تسليم طفل موضوع تحت رعاية الغير.
- 404.....2-5- التنازل عن الطفل الى ملجأ او مؤسسة خيرية.
- 405.....3-5- عدم تسليم طفل مخالفة لحكم قضائي.
- 406.....6- جريمة ترك الطفل وتعريضه للخطر.
- 406.....7- جريمة التسول بالطفل.
- 408.....الفرع الثاني: الجرائم الماسة بالطفل المنصوص عليها بقوانين خاصة.
- 408.....1- جريمة بيع الكحول أو عرضه مجاناً على قاصر.
- 410.....2- جريمة بيع التبغ والمواد التبغية للقصر.
- 411.....3- جريمة عرض أو تسليم المخدرات والمؤثرات العقلية على القصر.
- 412.....المطلب الثاني: الحماية الجزائية من الإعتداءات المادية على الطفل المسعف.
- 413.....الفرع الأول: حماية حق الطفل في الحياة والسلامة الجسدية.
- 413.....1- جريمة قتل الطفل.
- 415.....2- جريمة الضرب والجرح على الطفل المسعف أقل من 16 سنة.

	الفرع الثاني: حماية حق الطفل المسعف في الحرية وعدم الترويع
417.....	بالإختطاف و التهجير والمناجزة به أو بأعضائه.....
417.....	1- جريمة الإتجار بالقصر.....
419.....	2- جريمة الإتجار بأعضاء القصر.....
420.....	3- جريمة تهريب المهاجرين القصر.....
422.....	4- جريمة إختطاف الطفل المسعف وتعذيبه وبيعه.....
	الفرع الثالث: حماية حق الطفل المسعف في عدم
423.....	التعرض لحيائه وعرضه وعدم اغتصابه.....
423.....	1- جريمة تصوير القاصر وهو يمارس أنشطة جنسية.....
424.....	2- جريمة الفعل المخل بالحياء على القاصر.....
424.....	3- جريمة اغتصاب الطفل المسعف.....
	الفرع الرابع: حماية حق الطفل المسعف في الراحة واللعب وعدم
425.....	العمل إلا بعد سن 16 سنة.....
428.....	المبحث الثاني: الحماية الجزائية للطفل المسعف كمتهم
429... ..	المطلب الأول: حماية الطفل المسعف الجانح في مرحلة التحقيق الإبتدائي.....
430.....	الفرع الأول: حقوق الطفل المسعف أثناء التوقيف للنظر.....
430.....	1- الحماية المقررة للطفل المسعف من حيث إجراءات التوقيف للنظر.....
432.....	2- الحماية المقررة للطفل المسعف من حيث مكان التوقيف للنظر.....
433.....	الفرع الثاني: حقوق الطفل المسعف أثناء السماع الأولي أمام الضبطية القضائية.....
434.....	المطلب الثاني: حماية الطفل المسعف الجانح في مرحلة التحقيق القضائي.....
434.....	الفرع الأول: القواعد العامة للتحقيق مع الأطفال المسعفين الجانحين.....
436.....	الفرع الثاني: ضمانات الحماية أثناء إجراءات التحقيق مع الطفل المسعف الجانح.....
439.....	المطلب الثالث: حماية الطفل المسعف الجانح في مرحلة المحاكمة والتنفيذ.....
440... ..	الفرع الأول: حماية الطفل المسعف جزائيا بتقرير محاكمته بهيئات تختلف عن البالغين... ..
441.....	الفرع الثاني: حماية الطفل المسعف جزائيا بتقرير إجراءات خاصة لمحاكمته.....
442.....	الفرع الثالث: حماية الطفل المسعف جزائيا بتقرير عقوبات خاصة به.....
444.....	الفرع الرابع: حماية الطفل المسعف جزائيا في إطار تنفيذ الأحكام والقرارات.....
446.....	خلاصة الباب الثاني.....
448.....	خاتمة.....
466.....	الملحق.....
477.....	المراجع.....
498.....	الفهرس.....