# أحكام الطفل اللقيط في النظام القانوني الجزائري

أ. قاشي علال
جامعة سعد دحلب – البليدة-

الطفل يمثل المادة الخام ويرتقي بارتقاء الأسرة، إذ أن التنشئة الأسرية التي يحتاجها الطفل ينشأ فيها أمينا، وعند غياب الأسرة – الوالدين أو أحدهما – للطفل فإما أن يلقى به في الشارع، وإما أن يترك أمام الباب لعله يفتح في لحظة ما ولعله يتم التقاط هذا الطفل، هذا الطفل الضحية لا ذنب له فيما هو عليه بل الذنب على من أنجباه وتركاه وتتعدد أسباب الترك فقد تكون الخوف من العار إذا ارتكبت جريمة الزنا، وقد تكون خوفا من الفقرة أو لأسباب غير إرادية، وسواء كان الطفل ثمرة علاقة مشروعة أو نتيجة علاقة غير مشروعة فبتركه يكون منبوذا من طرف المجتمع ويصبح لقيطا دون معرفة حقيقته إن كان شرعيا أو غير ذلك.

إن وضعية الطفل اللقيط حاليا في تزايد وتتعقد المسألة أكثر عندما يتعلق الأمر بأبناء الإسعاف العمومي فإن الإسلام يحرم الزنا ويعاقب عليها ولكن قانون الصحة يسمح بالأمهات العازبات بوضع أحمالهن في المستشفيات والخروج منها دون إعطاء أي معلومات وبالتالي يحرم هؤلاء الأبناء من النسب.

وعلى الرغم من ذلك فإن القانون الجزائري قد كفل حماية للطفل اللقيط إما صراحة أو ضمنا ومهما كانت نوعية هذه الحماية (قاصرة، كافية) في الأمر 20/70 المؤرخ في 1970/02/19 المتعلق بالحالة المدنية أو في قانون 11/84 المؤرخ في 09 أوت 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل في 2005، أو بموجب المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المؤرخ في 1992/01/13 الذي صدر لمجابهة بعض المشاكل والآفات من أجل حل مشكلة الأبناء غير الشرعيين، كل هذه الجهود تترجم النوايا الحسنة لإيجاد آليات قانونية كفيلة بالطفولة المسعفة ولكن الظاهرة لا تزال معقدة إلى يومنا هذا وهذا يمكن عزوه إلى:

- إما لعدم انسجام النصوص القانونية فيما بينها إجمالا

- إنا لعدم وجود ردع خاص أو عام من النصوص القانونية
- إما لتزايد الجرائم الأخلاقية (الزنا) وخاصة زنا المحارم

وأمام ظاهرة الطفولة المسعفة (الأطفال الضحايا) يجب معالجة الموضوع من كل جوانبه القانونية حرصا على تحقيق أكبر حماية قانونية للطفل اللقيط مبرزين قصور النصوص القانونية في بعض الجوانب وتفعيل الوازع الديني في النفوس لأجل التقليل والقضاء على هذا النوع من الأطفال الذي يشكل فئة كبيرة جديرة بالرعاية والاهتمام.

المداخلة تدور حول قراءة قانونية للطفولة المسعفة في الجزائر وتعالج في النقاط التالية:

**1-** تحديد مفهوم الطفل اللقيط والحماية المقررة له عند العثور عليه
**2-** الحماية المقررة للطفل اللقيط من خلال إثبات نسبه ومنحه الجنسية
**3-** منح الكفالة للطفل من أجل تعزيز حمايته – بين المشروعية والحظر القانوني-

الخاتمة:

- إبراز الآليات القانونية التي أرساها المشرع الجزائري من أجل إعطاء وسيلة لحماية هؤلاء الأطفال.
- إبراز نقائص قانون الأسرة بخصوص هذا الموضوع
- علاقة الكفالة بالتبني

**مقدمة**

إن الإسلام قد كفل حقوقا متعددة للأطفال بصفة عامة بدء من مرحلة ما قبل الولادة، ومنذ الولادة، إلى الوفاة فأثبت لهم الكثير من الحقوق (الاسم، الحق في الحياة، النسب، الميراث..) وكذلك فعلت التشريعات الوضعية وأعطت للأطفال كثيرا من الحقوق بغض النظر عن الجنس والسن، ولكن في بعض الأحيان نكون أمام أطفال ذو وضعية خاصة إما بسبب عدم معرفة الأبوين (مجهول النسب) وإما أن الطفل معلوم النسب وتركه أهله لأي سبب كان ومجهول النسب في الإسلام يعتبر كأي فرد من أفراد الأمة له حق المواطنة والدين والعيش في أمن وسلام ويعطى له اسما من الأسماء الإسلامية ولكن لا يجوز إلحاق اللقيط بنسب شخص معين لأن ذلك يعد تبنيا. وتزوير على الطبيعة إذ يجعل شخصا غريبا عن الأسرة فردا منها وهذا أمر لا يقبله لا المنطق و لا العقل، و قد أبطلت الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي نظام التبني وأجازا نظام الكفالة التي تقوم على قيام شخص بالتكفل بشخص آخر ويسمح ذلك برعاية الأطفال والأيتام وإعطائهم فرصة العيش الكريم كبقية الأطفال.

وقد اهتم القانون الجزائري بالطفولة المسعفة نظرا لتزايد الأطفال اللقطاء وقد أوجد دورا للرعاية لكن التساؤل المطروح في هذا المجال:

ماهي الآليات القانونية التي بموجبها أراد المشرع الجزائري أن يكفل حماية للطفل اللقيط؟ وهل وفق في ذلك؟ وهل القواعد القانونية الحالية تكفل الحماية أم تشجع على الطفولة المسعفة؟

الإجابة عن الإشكالية تكون وفق منهج تحليلي ونقدي ومقارن وفق خطة البحث المرسومة تبعا.

**المبحث الأول: تحديد مفهوم الطفل اللقيط والحماية المقررة له عند العثور عليه**

إن الطفل اللقيط مثله مثل باقي الأطفال، لكن ميزة التقاطه تجعله في وضع حساس يتفرد به، إن الأطفال عامة هم سواسية ولكن الاختلاف بينهم يكمن في الشكل أو الوضع الاجتماعي أو المستوى التعليمي، لذا تدخل المشرع وقرر كفالة وحماية للطفل اللقيط عند العثور عليه بإتباع إجراءات محددة.

**المطلب الأول: تعريف الطفل اللقيط**

حتى يمكن تحديد الطفل اللقيط ينبغي أن نعرفه لغويا واصطلاحا من خلال إيراد مجموعة من التعاريف الفقهية والتشريعية.

**الفرع الأول: التعريف اللغوي للقيط**

اللقيط جمعه ألقاط ويقصد به ما نجده ملقى فتلتقطه فهو شيء متروك لا يعرف له مالك، فالطفل اللقيط لا نعرف له أهلا.

**الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للقيط**

لقد تعددت التعاريف الاصطلاحية للقيط ويمكن إبرازها كمايلي:

- اللقيط هو الطفل غير البالغ الذي يوجد في الشارع أو أمام الطريق ولا يعرف نسبه[1].
- اللقيط هو مولود نبذه أهله فرارا من تهمة الزنا أو غير ذلك[2].
- اللقيط هو مولود حديث العهد بالولادة غالبا ما تركه أهله في الطريق أو في مكان عام ككنيسة أو مسجد غالبا بقصد الفرار من تهمة الزنا أو مخافة الفقر أو لسبب غير هذين[3].

1 - السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، دار الفكر، بيروت 1977، ص 240.
2 - الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985، ص 20.
3 - محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مع الإشارة إلى ما يقابلها في الشرائع الأخرى، دار الفكر العربي، 1988، ص 369.

- اللقيط هو مولود تركه أهله – أي ألقوه سرا في الطريق العام – ضد عملية الإنفاق أو فرارا من الريبة (التخلص منه) إن كان ولدا سفاحا من زنا[1].

من خلال بعض التعاريف السابقة يمكن لنا أن نقول بأن الطفل اللقيط هو كل مولود حي طرحه أهله خوفا من الفقر أو هروبا من تهمة الزنا في مكان يغلب فيه هلاكه، وجاءت المادة 67 من الأمر 20/70 المتعلق بالحالة المدنية متماشية صراحة مع ما يخدم مصلحة الولد الذي تم العثور عليه فنصت:«يتعين على كل شخص وجد مولودا حديثا أن يصرح به إلى ضابط الحالة المدنية».

من خلال التعاريف السابقة في مجملها تتفق على أن الطفل اللقيط الذي يتم طرحه يكون نتيجة أسباب متعددة اعترضت من قام بعملية الطرح (الترك) وهذه الأسباب قد تكون اجتماعية، أو اقتصادية أو نفسية... والطرح قد يكون لطفل شرعي أو لطفل غير شرعي وقد تكون الأسباب خلقية وهنا الترك يكون نتيجة الفرار من تهمة الزنا وهنا لا يكون محلا للترك إلا الولد غير الشرعي الذي يمثل وصمة عار لأمه وأهله لكن في الحقيقة أن الولد المتروك هو ضحية بالدرجة الأولى وتواجهه مشاكل جمة في حياته لأنه غير مسؤول عن فعل تم إقترافه من طرفين.

كما أن ترك الولد (طرحه) وبحسب بعض التعاريف فإنها وضحت بأن واقعة الترك تكون في مكان يحتمل فيه العثور على اللقيط كتركه أمام مستشفى أو أمام مسجد وكأن بالشخص التارك يريد أن يضمن بقاء المتروك عن طريق غيره وذلك بوضعه في أماكن يغلب فيها العثور عليه. لكن هذه التعاريف كلها لم تحدد لنا السن التي يكون فيها هذا الطفل اللقيط حتى يكون في هذه الوضعية أولا يكون فيها وهناك بعض الدول التي قضت بأن يكون الطفل حديث العهد بالولادة (لم تمر فترة طويلة على ولادته) وهناك من ذهب إلى القول بأن الطفل مادون ستة (06) أشهر يعتبر لقيطا وبعد بلوغ أكثر من ذلك لا يعتبر لقيطا وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجده لم يحدد لنا سن الطفل اللقيط حتى يعتبر كذلك.

**المطلب الثاني: تمييز الطفل اللقيط غير غيره من الأطفال**

لقد قلنا سابقا بأن الطفل اللقيط قد يكون إبن شرعي تركه أهله نتيجة أسباب معينة، أو قد يكون إبن غير شرعي (علاقة غير مشروعة) تركته أمه وأبوه فرارا من تهمة الزنا، لكن هناك بعض الأطفال قد يتشابهون مع اللقيط أو يختلفون معه يجب إبراز ذلك.

1 - عمر فروخ، الإسلام، المكتبة العصية، صيدا، بيروت 1987، ص 119.

**الفرع الأول: الطفل اللقيط والطفل غير الشرعي**

الطفل غير الشرعي هو الذي يولد من سفاح أو زنا سواء كان هذا الطفل لإمرأة مع زوج إمرأة أخرى أو بين زوجة مع رجل لإمرأة أخرى أو بين المحارم أو بين شخصين غير متزوجين.

أما الطفل اللقيط هو الطفل الحديث العهد بالولادة لا يعرف له أب ولا أم طرحه أهله خوفا من الفقر أو فرارا من تهمة الزنا في مكان يغلب فيه الظن هلاكه وموته.

من خلال التعريفين السابقين يظهر لنا بأن الطفل غير الشرعي كان نتيجة علاقة جنسية غير مشروعة، في حين أن الطفل اللقيط قد يكون غير شرعيا ما لم يتبين العكس، ونجد بأن القانون الجزائري قد قصر أولاد الزنا على الأولاد الناتجين عن علاقة غير شرعية بين امرأة متزوجة مع رجل غير زوجها سواء كان هذا الرجل متزوجا أم لا أو بين رجل متزوج مع إمرة سواء كانت متزوجة أو غير متزوجة في حين نجده قد أغفل ولد الزنا الذي يكون ثمرة علاقة غير شرعية بين رجل وامرأة غير متزوجين وهذا بحسب النص القانوني الذي ينص على جريمة الزنا.

**الفرع الثاني: الطفل اللقيط وأطفال الإسعاف العمومي**

لقد نصت المادة 245 من قانون الصحة رقم 05/85 المؤرخ في 85/02/16 المعدل على أنه:«إذا كانت نزيلة المستشفى تطلب أن تستفيد من سرية قبولها في المستشفى لأجل حفظ السر المتعلق بالحمل أو الولادة وجب تلبية طلبها...» والكل يعلم بأن هذا القانون صدر بموجب أمر دون ميثاق من طرف ممثلي الشعب في المجلس الشعبي الوطني وجاء متناقضا مع مبادئ الشريعة الإسلامية وواضعي النص لم يكن يهمهم هذا التناقض ولم يفكروا مليا بأن هذا النص يعبر عن رأي الشعب الجزائري العربي المسلم بل كانوا يرمون إلى مجابهة أوضاع معينة ومهما يكن من أمر فقد تم صياغة قاعدة قانونية تسمح بحرمان الولد من الانتساب وذلك من خلال السماح للمرأة بالتستر عن الحمل ووضعه سرا في مصلحة الإسعاف التي تعتبر مصلحة اجتماعية يكون مقرها دائما بالمستشفى تحت إشراف الوالي[1] وتحت الإدارة المباشرة لمدير الصحة يساعده عدد من الموظفات، ومن أهدافها رعاية وتربية الأولاد المولودين من أبوين مجهولين والموضوعين سرا أو علنا في هذه المصحة والأولاد المتروكين أو اللقطاء، والأولاد الذين تريد أمهاتهم ولادتهم سرا في

1 - عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 121.

المستشفى دون مطالبة الأمهات بتقديم أية وثيقة للهوية ودون أي تحقيق إذ عمل المصلحة يقتصر على استقبال النزيلة ومساعدتها في وضع حملها محافظة على حياة هذا الجنين، وعليه فإن الطفولة المسعفة يكون تركهم بين أيدي آمنة ترعاهم ودليل كل ذلك هو التسهيلات التي تتلقاها النزيلة في المستشفى.

أما الطفل اللقيط فيترك في مكان يغلب الظن فيه هلاكه مع أنه في بعض الأحيان قد يوجد هذا الطفل اللقيط في مكان لا يغلب هلاكه فيه وبذلك يظهر الاختلاف بين الطفلين (اللقيط، المسعف) مع أنهما من الأطفال المسعفة.

**الفرع الثالث: الطفل اللقيط والطفل الضال**

الطفل الضال يتعرض إلى حوادث تكون خارجة عن إرادة أهله، كالسرقة، الحرب، الفيضانات...أما الطفل اللقيط يتخلى عنه أهله بقصد، الطفل الضال نسبه إلى أبيه ثابت بغض النظر عن ثبوت العلم أو عدم العلم بهذا النسب، أما الطفل اللقيط مجهول الأبوين أو مجهول النسب سواء كان نتيجة علاقة مشروعة أو غير مشروعة، الطفل اللقيط حديث العهد بالولادة أما الطفل الضال لا يشترط فيه هذا الوصف.

وهنا نشير إلى أن الوصفين (طفل لقيط، طفل ضال) ينطبقان على الطفل الذي يتم العثور عليه في الأشهر الأولى من ولادته وهنا يصعب تصنيفه إن كان لقيطا أو ضالا إذ هناك صعوبة في تحديد المدة الزمنية التي تفصل بين الصنفين من أجل تحديد وصف الطفل الذي يعثر عليه إن كان طفلا لقيطا أو طفلا ضالا.

**المطلب الثالث: الآليات القانونية المقررة لحماية الطفل اللقيط عند العثور عليه**

إنه بمجرد العثور على طفل لقيط فذلك يستوجب حتما جملة من الإجراءات يجب احترامها من طرف كل ملتقط وهذه الإجراءات تختلف من قانون إلى آخر بحسب ما يقرره كل تشريع من أهمية لهذه الظاهرة وحتى فقهاء الشريعة الإسلامية أكدوا هذه المسألة.

**الفرع الأول: الإجراءات المتبعة في القانون الجزائري عند العثور على طفل لقيط**

إن كل شخص يعثر على طفل لقيط عليه أن يتبع الإجراءات التالية:

- على كل ملتقط أن يسلم الطفل اللقيط إلى رجال الشرطة
- على رجال الشرطة أن يسلموا هذا الطفل إلى إحدى دور الرعاية الاجتماعية المعدة لاستقبال اللقطاء من أجل رعايته وتربيته وهذا ما نصت عليه المادة 67 من الأمر رقم 20/70 زيادة على ذلك أن عدم التبليغ على طفل حديث العهد

بالولادة لمن يجده ولا يسلمه يعاقب عليه جزائيا بالحبس من 10 (عشرة) أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر.

كما يتوجب على ضابط الحالة المدنية أن يعطي اسما للطفل اللقيط والطفل المجهول الأبوين والذين لم ينسب لهم المصرح أي اسم يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي، وعليه يجب تبيان تاريخ وساعة ومكان وظروف التقاطه والسن الظاهري وجنس الطفل وكل علامة يمكن أن تسهل معرفته وكذا سلطة أو الشخص الذي عهد به إليه.

ويسجل هذا المحضر بهذا التاريخ في سجلات الحالة المدنية وبعدها يتم إعداد عقد منفصل بمثابة ميلاد لاحق من طرف الحالة المدنية.

أما بالنسبة للقانون المصري فعلى كل من يعثر على طفل حديث الولادة أن يسلمه بالحالة التي عثر عليه بها إلى إحدى المؤسسات أو الملاجئ المعدة لاستقبال الأطفال حديثي الولادة أو إلى أقرب جهة شرطة التي تقوم بإرساله إلى الجهات المعينة.

أما لو تم العثور عليه في القرى فيسلم الطفل إلى العمدة أو الشيخ ويقوم هؤلاء بتسليمه فورا إلى المؤسسة أو الشرطة الأقرب إليه.

وتقوم الشرطة في كل الأحوال بتحرير محضر يتضمن ما تنص عليه اللائحة التنفيذية للقانون من بيانات خاصة بالطفل ومن عثر عليه إلا إذا رفض الملتقط ذلك، كما أن الشرطة تخبر طبيب الجهة التي عثر في دائرتها على الطفل حتى يتم فحصه من طرف الطبيب ويقدر سنه ويسميه تسمية ثلاثية وتثبت بياناته في دفتر المواليد وترسل الجهة الصحية نسخة من المحضر إلى مكتب السجل المدني المختص خلال سبعة (07) أيام وعلى أمين السجل المدني أن يقيد الطفل في سجل المواليد طبقا للإجراءات القانونية.إلا أن بعض الفقه المصري انتقد هذه الإجراءات التي جاءت عامة وغير واضحة فمثلا:

- تسليم الطفل وفقا لحالته التي تم العثور عليه بها، فلو كان جريحا أو مريضا هل يفضل إسعافه أو تسليمه؟

- وجود طبيب الجهة الصحية بعد إخطاره لتسمية الطفل – المسألة تتطلب أمرين:

**أ-** ملتقط الطفل أو المبلغ عن عثوره على طفل لم يتقيد بطلب قيده بالاسم الذي يفضله.

**ب-** وضع تاريخ افتراضي لميلاد الطفل يكون على أساس تقدير من العمدة لذا يتوجب على العمدة تكليفه بذلك إزالة للغموض واللبس.

**الفرع الثاني: الإجراءات المقررة للقيط عند العثور عليه لدى فقهاء الشريعة الإسلامية**

إن الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر القانون الجزائري وتأتي في المرتبة الثانية فإنها تؤكد على وجوب التقاط الطفل اللقيط لأن التقاطه فرض وندب فيكون فرض إذا كان اللقيط في محل يغلب عليه فيه الهلاك ويكون مندوبا إذا كان اللقيط في محل لا يغلب عليه فيه الهلاك فالشريعة الإسلامية تؤكد على وجوب التقاطه وتاركه يعتبر آثما إثم من ترك واجبا لأنه ضيع نفسا محترمة[1].

**المبحث الثاني: الحماية المقررة للطفل اللقيط من خلال إثبات نسبه ومنحه الجنسية**

**المطلب الأول: ثبوت نسب الطفل اللقيط**

لكل طفل الحق في أن ينسب إلى والديه ولا يجوز أن ينسب إلى غيرهما لكن الطفل اللقيط مجهول النسب لا يعرف إن كان ابنا شرعيا أو غير شرعي، وعليه فإن إثبات النسب للطفل اللقيط هو إثبات لواقعة اللقاء الجنسي بين ذكر وأنثى الذي أدى إلى إنتاج هذا الطفل، وتبرز أهمية النسب بالنسبة للطفل اللقيط في رفع العار الذي يلحق هذا الطفل البريء ولأن الجهر بهذا الطفل هل هو ابن شرعي أم لا ومن مصلحته أن يثبت نسبه.

**الفرع الأول: تعريف النسب**

النسب لغة هو القرابة فيقال بينهما قرابة، أما اصطلاحا فهناك من يعتبره إلحاق الولد بأبيه قانونا ودينا واعتباره الأصل الذي تفرع عنه ذلك الأصل، وهناك من يعتبر النسب بأنه: القرابة بالرحم وهي الأبوة والأمومة والبنوة والأخوة والعمومة[2]. وما يهمنا هو نسب الولد لأبيه.

1 - أنور الخطيب، الأحوال الشخصية، خصائص الشخص الطبيعي، (النسب، الاسم، الجنسية، المقام) إثبات الأحوال الشخصية، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت، 1993، ص49.

2 - فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج، الطلاق)، الجزء الأول، 1986.، ص 210.

**الفرع الثاني: أهمية النسب**

للنسب أهميته البالغة والكبيرة في ثبوت النسب الصحيح للطفل بنسبته إلى والديه ويمكن إجمال أهمية النسب فيما يلي:

- **النسب إقرار بنعم الله**: يقول الرسول صلى الله عليه وسلم:( أيما رجل جحد ولد، وهو إليه احتجب الله منه وفضحه على رؤوس الخلائق)[1].

وفي ذلك يقول الله تعالى:( **وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا**)[2].

- **النسب يحفظ الكرامة البشرية:** وبذلك يبعد الطفل والأم عن العار لأن الله شرع نعمة الزواج لمخلوقاته ليحفظوا جنسهم ولا تتحول حياتهم إلى حرج وبهذا الصدد نجد مريم إبنة عمران تفضل الموت على أن تلد دون ما هو متعارف عليه قبل أن تعرف حقيقة ما فضلها الله به دون نساء العالمين وفي ذلك يقول الله تعالى:(**فَأَجَاءَهَا الْمَخَاضُ إِلَى جِذْعِ النَّخْلَةِ قَالَتْ يَا لَيْتَنِي مِتُّ قَبْلَ هَذَا وَكُنْتُ نَسْيًا مَنْسِيًّا**)[3].

- **النسب امتداد حضري**: الإنسان مجبول على حب البقاء والرغبة في الخلود وبما أن الموت حق فإن الإنسان يسعى إلى تحقيق رغبته في الحياة عن طريق أبنائه لأنه يدرك أنه ميت لا محالة وبذلك يكون الأولاد امتداد لكل فرد من أفراد المجتمع يواصلون ما بدأه آبائهم وتمتد بذلك الشعوب وتتكاثر وليكون ذلك سليما يتوجب أن يكون بنسب صحيح يثبت لكل فرد لذلك يعد النسب أهم حق للأولاد على أبيهم لأنه ثمرة الزواج المقدس بين أبويهم[4].

**الفرع الثالث: طرق ثبوت نسب الطفل اللقيط**

بداية وقبل الولوج في التفسير والتحليل أشير إلى أن المشرع الجزائري والموريتاني لم يعالجا نسب الطفل الناتج عن علاقة غير شرعية بخلاف المشرع التونسي والليبي والمغربي فماذا يعني موقف المشرع الجزائري[5]؟ بعبارة أخرى هل هذه الطائفة من الأطفال منعدمة وبالتالي نحن نعيش في

1 - إرشاد الساري في شرح صحيح البخاري، للإمام العسقلاني.
2 - سورة الفرقان، الآية 54.
3 - سورة مريم، الآية 23.
4 - الدكتور عبد الرحمن الصابوني، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، دار الفكر المعاصر، بيروت 2001، ص 172.
5 - الدكتور تشوار الجيلالي، تغيير اللقب تجاه الصلاحيات الدستورية للسلطتين التشريعية والتنفيذية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 02، 2004، ص 10 وما بعدها.

مجتمع نقي بعيد عن الرذائل والمفاسد والانحطاط؟ إن الجواب عن تلك بالنفي على اعتبار أن هناك نسبة لا يستهان بها من الأولاد غير الشرعيين وهناك غياب للوازع الديني والأخلاقي وسيطرت النظريات المادية وتعطيل حاكمية الله في الأرض فانحرفت المجتمعات عن الطريق المستقيم.

والواقع يكشف عن تزايد الأبناء غير الشرعيين في الجزائر وموريتانيا إذ في عام 2000 أحصت الجزائر حوالي 3400 أم عازبة أي 3400 طفل غير شرعي بصرف النظر عن تلك التي وضعت حملها خارج المستشفى[1]، وعلى الرغم من سكوت المشرع الجزائري عن المسألة إلا أن المحكمة مجبرة بإخضاع حكمها للنصوص الشرعية وإن أحكام الشرع قد أقرت حماية لمركز الطفل غير الشرعي باعتبارها وسيلة وقائية ووسيلة إثبات النسب بطريقة لا تقبل الشك وقد اتفق الفقه الإسلامي على أن الولد الذي تأتي به المرأة المتزوجة ينسب إلى زوجها لقوله صلى الله عليه وسلم:(الولد للفراش وللعاهر الحجر)[2] بينما إذا جاء الطفل نتيجة علاقة غير شرعية فنسبه يكون خلاف ذلك وبالتالي ينسب إلى أمه وذلك لأن نسب الولد من أمه ثابت في كل حالات الولادة شرعية كانت أم غير شرعية والسر الشرعي هو عدم تغيير الحقائق والحفاظ على حقوق الآباء والأولاد من الضياع وتوفير الوحدة والانسجام في الأسرة[3].

إن إثبات النسب يمكن أن يكون عن طريق الإقرار المنصوص عليه في قانون الأسرة ونعني به الإخبار عن واقعة مادية أو تصرف من شأنهما ترتيب آثار قانونية وهذا الإقرار قد يكون بالبنوة وقد يكون بالبنوة والأمومة وعن طريق الإخبار بوجود القرابة يكون من مصلحة الطفل اللقيط أن يعرف نسبه، لذلك سمح قانون الأسرة للمرأة أو الرجل أو لهما معا إدعاء أمومة أو أبوة الطفل اللقيط ويتقرر ذلك وفقا لدعوى البنوة ودعوى الأمومة والأبوة.

ويعتبر الإقرار الحاصل إحدى طرق إثبات الالتزامات في القواعد العامة ومن طرق إثبات النسب في الأحوال الشخصية، وقد نصت المادة 44 من قانون الأسرة:«يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة» وأكدت المادة 45 من نفس القانون على أنه:«الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه» وما يهمنا هو دراسة نسب الطفل اللقيط

1 - الدكتور حمليل صالح، المركز القانوني للطفل المهمل في المواثيق الدولية والقانون الجزائري، رسالة دكتوراه ، جامعة سيدي بلعباس، 2005، ص 36.
2 - سنن أبو داود، الجزء الأول، المطبعة التجارية، القاهرة، ص 528.
3 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 1، ص 675.

الذي يتم بالإقرار المباشر، ويتم إما بالإقرار بالنبوة أو بالإقرار بالأمومة أو الأبوة.

**1- الإقرار بالبنوة:** هو أن يعلن شخص معين صراحة أن شخصا هو ابنه أو ابنته وسواء كان المقر رجلا أو امرأة ولكن لهذا الإقرار شروط يجب توافرها وهي:

- أن يكون المقر له (الطفل اللقيط) بالنبوة مجهول النسب لا يعلم له أب إن كان من يدعيه رجلا أو مجهول من جهة الأم إن كانت التي تدعي نسبه إمرأة، لأن الولد المعلوم النسب لا يصح له الإقرار بالبنوة وإذا تم ذلك ينقلب الوضع إلى التبني الممنوع قانونا وشرعا.
- أن يكون من المحتمل أن يولد لمثل المقر الولد المقر له بالنبوة لأنه من غير المنطقي أن يكون المقر في سن الخمسين والمقر له بالبنوة في سن الخامسة والأربعون (أي الإقرار لا يكذبه ظاهر الحال) فهذا أمر لا يصدقه العقل.
- يثبت الإقرار في مرض الموت شريطة أن يكون الإقرار يوافق العقل السليم والعادة المعمول بها.
- لا يصح الإقرار من جانب المقر إذا أقر على أن هذا الطفل ولد زنا كأن يقول هذا إبني أو هذه إبنتي من الزنا لأن الزنا جريمة قائمة لا تصلح سببا للنسب.
- القانون لم يشترط تصديق المقر له على الإقرار بالبنوة إذا كان المقر له مميزا أم لا في حين هناك من يشترط مصادقة المقر له بالبنوة على الإقرار إذا كان مميزا إضافة إلى اشتراط حياة المقر له بالبنوة وقت صدور الإقرار وهذا الشرط لا نجده في القانون الجزائري.

**2- الإقرار بالأبوة والأمومة**: في هذه الحالة يكون الإقرار للأب أو للأم مع مراعاة الشروط التالية:

- أن يكون المقر له (الطفل اللقيط) مجهول النسب لا يعلم له أب إذا كان من يدعيه رجلا، أو يكون المقر به مجهول النسب من جهة الأم إن كان من يدعي نسبه إلى امرأة.
- وجود فارق في السن بين المقر والمقر له (الطفل اللقيط) يقبله ويصدقه العقل.
- ألا يصرح المقر بأن هذا الطفل ابن زنا بخلاف الأم أنها أمه من سفاح .

وخلاصة القول بأن ثبوت نسب الطفل اللقيط تناولتها التشريعات الوضعية بشكل مختلف فهناك دول لم تتطرق إلى هذه المسألة وكأنها في منأى عن ذلك (الجزائر، موريتانيا) وهناك دول نظمت هذه المسألة (المغرب، ليبيا، تونس) وتباينت مواقف ومعالجة كل دولة لهذه المسألة، ونشير إلى أن عدم تبيان نسب الطفل غير الشرعي ليس هو العيب الوحيد في التشريع الجزائري

وهذا لا يتماشى مع طبيعة الأمور ولا مع متطلبات العصر، كان على المشرع الجزائري ضبط موضوع النسب والتبني بشكل سليم لتحقيق الانسجام والتوازن في الأسرة والمجتمع، و من جهة أخرى منع كل ما من شأنه أن يزعزع ويفكك الأسرة حتى لا تضطرب الحياة في المجتمع[1].

**المطلب الثاني: منح الجنسية للطفل اللقيط حماية له**

إن مسألة العثور على طفل حديث العهد بالولادة لا تتوقف هنا بل تطرح إشكال مفاده، ما هي الجنسية التي تمنح للطفل اللقيط و ما هي الفطرة التي فطر عليها هذا اللقيط ؟

**الفرع الأول: في القانون الجزائري.**

الجنسية قد تكون أصلية يتم اكتسابها عن طريق رابطة الإقليم لكل من يولد على إقليم الدولة الجزائرية من أبوين مجهولين، أو بحكم رابطة الدم وهذا لا يعني أن المشرع الجزائري يشجع ظاهرة الأطفال اللقطاء بقدر ما هو حكم خاص بالجنسية وبناء على ذلك فإن كل من يعثر عليه في الإقليم الجزائري يفترض أنه لأبوين مجهولين فتمنح له الجنسية الجزائرية لكن هذه ليست قرينه قانونية قاطعة إذ هناك فرق بين المولود في الجزائر من والدين مجهولين وبين اللقيط الموجود فيها إذ أن هذا الأخير قد يكون مولودا في الجزائر وقد يكون مولودا في الخارج ونقل إلى الجزائر وهو حديث العهد بالولادة ويقع عبء إثبات أن هذا المولود قد ولد في الخارج على عاتق الدولة بحكم ما تتوافر عليه من أجهزة في التحقيق والتحري.

والحق في الجنسية معترف به للطفل حتى في اتفاقية حقوق الطفل للجمعية العامة للأمم المتحدة[2].

**الفرع الثاني: في القانون المقارن**

وهنا نشير فقط إلى القانون المصري الذي وضع قاعدة مفادها أن كل طفل لقيط في مصر قد ولد فيها ما لم يثبت العكس وإن كان صحيحا أن كل لقيط هو شخص مجهول الأبوين فمثلا لو وجد طفل يحمل الصفات المعروفة لأبناء

1 - الدكتور بن شويخ الرشيد، الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، دراسة في أحكام الفقه والقانون والقضاء، مجلة العلوم القانونية والإدارية جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 03، 2005، ص 48.

2 - الصادرة في 1989/11/20وصادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 461/92 المؤرخ في 1992/12/19.

الشعب اليباني على الأراضي المصرية، فلا تعتمد الإدارة المصرية على المظاهر الخارجية وحدها لإثبات عكس القرينة[1].

ما يلاحظ على المشرعين الجزائري والمصري أن نصوصهما جاءت مطلقة بخصوص سن الطفل اللقيط حتى يعتبر كذلك أما المشرع الكندي مثلا فنص على تحديد سن الطفل اللقيط:«متى لم يكن قد بلغ سن السابعة» فيا حبذا لو يتضمن قانون الحالة المدنية نصا يحدد فيه سنا معينة للطفل اللقيط حتى يطلق عليه هذا الوصف.

أما بخصوص الفطرة التي فطر عليها هذا اللقيط وبحسب رأي الأئمة الثلاث (مالك، الشافعي، أحمد بن حنبل) فهي الإسلام في كل الأحوال أما رأي أبي حنيفة فيعتبر أن الطفل يكون غير مسلم إذا وجد في مكان لغير المسلمين، وأن يكون من التقطه غير مسلم.

**المبحث الثالث: إعطاء الكفالة للطفل من أجل تعزيز حمايته بين المشروعية والحظر القانوني**

إذا كانت الكفالة نظام قانوني قائم بذاته من أجل القضاء على يتم الأطفال وانحرافهم وتشردهم فقد نص المشرع على شروط الكفالة وسواء كانت هذه الشروط شكلية (إجرائية ) أو موضوعية.

**المطلب الأول: تعريف الكفالة وتمييزها عن غيرها من الأوضاع**

يمكن تحديد معنى الكفالة لغة و اصطلاحا على اعتبار أنها نوع من الرعاية وبالرجوع إلى قانون الأسرة رقم 11/84 المؤرخ في 84/06/09 المعدل بموجب القانون رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 نجده قد نص على أحكام الكفالة في المواد من 116 إلى 125 وتضمنت هذه المواد شروط إبرام الكفالة.

**الفرع الأول: الكفالة لغة**

هي مكافلة يقال كفله أي حالفه وعاهده فالكافل هو الضامن القائم بأمر اليتيم، وكذلك الكافولية ما يلف به الأطفال، كما أن الكفالة جمعها كفالات وهي الضمان[2].

1 - عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الجنسية المصرية، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ لأحكام الجنائية، دار الجامعة الإسكندرية، 1996، ص 128.
2 - المنجد الأبجدي، الطبعة السابعة، دار المشرق بيروت، لبنان 1967، ص 844.

**الفرع الثاني: الكفالة اصطلاحا**

تعتبر وسيلة قانونية تعبر عن ظاهرة التكافل الاجتماعي الذي ينبغي أن يسود المجتمعات المعاصرة الإسلامية خصوصا. إذا الكفالة تعتبر التزاما من نوع التبرع فتقوم الأسرة بالتكفل بولد ليس له من يتكفل به ويقوم برعايته وتربيته والنفقة عليه، وتتم الكفالة بعقد شرعي حماية للطفل المكفول في المستقبل وقد نصت المادة 116 من قانون الأسرة على ما يلي:«الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي».

**الفرع الثالث: علاقة الكفالة بالتبني**

إن نظام التبني محرم شرعا من خلال آيات صريحة نزلت لمنع مثل هذا النظام الذي كان منتشرا في القدم وتبنته الشعوب الأولى. ونظرا لحساسية الموضوع لم تدع الشريعة الإسلامية والقانون مجالا للشك نظرا للفئة المقصودة من التبني وينبغي أن نشير إلى نظرة فقهاء الشريعة الإسلامية إلى موضوع التبني، وموقف القانون الجزائري.

في السنة الخامسة من الهجرة أبطل الله عز وجل التبني وحرمه وقد وردت عدة آيات قرآنية بخصوص هذا الحكم منها قوله تعالى:( **وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ * ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ** ).

هاتين الآيتين نزلتا في شخصية زيد بن حارثة الذي تبناه الرسول صلى الله عليه وسلم قبل النبوة، إن الآيات تنهى عن إدعاء بنوة طفل معلوم الأب لما في ذلك من اغتصاب للأنساب من خلال تجريد طفل من نسب أبيه وإضفاء نسب الغير عليه دون مبرر شرعي، كما أن الآيات تنهى عن إدعاء بنوة طفل مجهول الأب حتى لا يؤدي ذلك إلى خلع النسب على من لا نسب له.

وعليه فإن التبني هو تزوير للوقائع بحيث يجعل شخصا غريبا عن أسرة فردا منها[1] ولذا ألغى الإسلام كل الآثار التي كانت تترتب على نظام التبني من ميراث وتحريم الزواج والتبني يخالف الفطرة الإنسانية وهو كذب وافترا ء على الله وعلى الناس ولذا فإن ألفاظ الأبوة و الأمومة ليست ألفاظا تتردد ولا عقد يعقد بل ارتباط لحم ودم على حد قول الفقهاء ولذلك قرر القرآن أن التبني إلا بنوة بالأفواه لا بالحقيقة والطبع قال الله تعالى:( **ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ**)، سورة الأحزاب الآية 03.

1 - طلبة مالك، التبني والكفالة، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاة، دفعة 2006/2003، الجزائر، ص 09.

والحكمة من تحريم التبني في الشريعة الإسلامية تظهر فيما يلي:
* عدم التوريث للمحافظة على أرزاق الغير
* منع اغتصاب الأطفال وتجريد الطفل من نسبه الأصلي ولذا قال الله تعالى:**(ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ)**.

ولذا قال الإمام أبو زهرة في موضوع الأبوة والأمومة إنها ليست ألفاظا تتردد ولا عقد يعقد ولكنها حنان وشفقة وارتباط لحم ودم[1].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري وباعتبار الجزائر دولة مسلمة وباعتبار الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر القانون ( المصدر الثاني) فإن موقفه من التبني كان واضحا (المنع) وقد نصت المادة 46 من قانون الأسرة:«التبني ممنوع شرعا وقانونا».

وعلى هذا الأساس فإنه لا يثبت النسب بالتبني ولو كان الولد المتبنى مجهول النسب.

**المطلب الثاني: شروط الكفالة في القانون الجزائري**

إذا كانت الكفالة عقد شرعي فينبغي توافر جملة من الشروط سواء كانت شكلية أو موضوعية أو إجرائية والتي ورد النص عليها في قانون الأسرة المواد [116 إلى 125].

**الفرع الأول: الشروط الشكلية:**

حسب المادة 117 من قانون الأسرة فإنه:«يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق...» وأضاف المشرع عبارة أن الكفالة عقد شرعي وهنا نتساءل عن هذا النوع من العقود لأن العقود إما رضائية وإما شكلية (رسمية) وعقد الكفالة عقد رضائي ربما المشرع يريد أن يقول بأن هذا العقد يجب أن يوافق أحكام الشريعة الإسلامية ويتم وجوبا أمام القاضي أو الموثق أي يبرم أمام المحكمة المتواجدة بمقر سكن الأسرة التي ترغب في الكفالة ويتكفل قسم شؤون الأسرة بذلك، وإذا كان الطفل لقيطا أو عديم الأبوين بسبب الوفاة أو كان مجهول النسب فلا بد وأن يبرم عقد الكفالة أمام القاضي.

وإذا كان الطفل المكفول معلوم النسب فيجب موافقة الأبوين بمقتضى تصريح كتابي يمنح التكفل أمام الموثق أو القاضي الموجود بموطن أو إقامة الموافق على الكفالة، من أجل الحصول على الكفالة يجب أن تفرغ في صيغة رسمية وتكون حثيثة مثبتة في المحكمة لضمان الحقوق.

1 - الإمام محمد أبو زهرة، التنظيم الإسلامي للمجتمع، دار الفكر العربي، 1965، ص 139.

**الفرع الثاني: الشروط الموضوعية**

بحسب المادة 118 من قانون الأسرة فإن الشروط الموضوعية هي:

- أن يكون الكافل مسلما (الزوجان)
- يجب أن يكون قد مر على زواجهما ثلاث سنوات على الأقل.
- بلوغ الزوجين الكافلين سن الرشد
- أن يكون الكافل أهلا للقيام بشؤون المكفول
- ألا يكون قد سبق الحكم عليهما معا أو على أحدهما من أجل جريمة ماسة بالأخلاق أو مرتكبة ضد الأطفال .
- يجب أن يكون الزوجان سليمان من أي مرض معد أو مانع من تحمل مسؤوليتهما.
- ألا يكون بين الكافلين والمكفول أو بين الكافلين ووالدي المكفول أي نزاع قضائي يضر بمصلحة المكفول.

أما بالنسبة للمؤسسات والجمعيات ذات المنفعة العامة يشترط فيها أن تتوفر على الوسائل المادية والموارد والقدرات البشرية المؤهلة لرعاية الأطفال وحسن تربيتهم تربية إسلامية.

-إذا تجاوز سن الطفل 16 سنة يشترط موافقته الشخصية على الكفالة إلا إذا كان طالب الكفالة مؤسسة عمومية أو جمعية ذات طابع اجتماعي.

- الكفالة إما أن تكون لطفل معلوم النسب من الأبوين أو أحدهما ففي هذه الحالة يحتفظ الولد المكفول بنسبه حسب المادة 120 من قانون الأسرة:«يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إذا كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية».

وبالرجوع إلى المادة 64 من الأمر 20/70 نجدها تنص على مايلي:«يختار الأسماء الأب أو الأم أو في حالة عدم وجودهما المصرح يجب أن تكون الأسماء جزائرية ويجوز أن يكون غير ذلك بالنسبة للأطفال المولودين من أبوين معتنقين غير الديانة الإسلامية تمنع جميع الأسماء غير المخصصة في الاستعمال أو العادة.

يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذي لم ينسب لهم المصرح أية أسماء يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي».

وعليه فإن الكفالة عقد رضائي لكنها تتم أمام القضاء ففي أول مرحلة يقوم الأبوين بإعلان موافقتهما عن الكفالة ويتم ذلك بموجب تصريح من

الأبوين أمام الموثق أو القاضي الموجود بموطن، أو إقامة الموافق على الكفالة أو أمام مسؤولية البعثات الدبلوماسية الجزائرية في الخارج.

أما في المرحلة الثانية فيتم تثبيت الكفالة من طرف القضاء وهذا بموجب رفع طلب بموجب عريضة افتتاحية من الكافل إلى القاضي مرفقة بنسخة من التصريح الأبوي الذي وافق بموجبه على الكفالة.

ويقتصر دور القاضي بما له من سلطة ولائية (لم يحصل أمامه نقاش ولا مرافعة) على التحقق من توافر الشروط القانونية في عقد الكفالة ويصدر القاضي بناء على أمر غير قابل للطعن ويسلم نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية لكي يتم تسجيل الكفالة على هامش شهادة ميلاد الولد المكفول[1].

وبالرجوع إلى المادة 119 من قانون الأسرة فنجدها تنص على ما يلي:«الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب».

وعليه فإن تكوين ملف الكفالة يختلف بينهما:

**1- بالنسبة للطفل القاصر معلوم النسب**

- طلب خطي
- شهادة ميلاد الكفيل
- تصريح أبوي يمنح التكفل
- شهادة الوضعية العائلية يتم تسليمها من طرف مديرية المساعدة الاجتماعية (D. A. S).
- عقد الكفالة
- طابع جبائي

**2- بالنسبة للقاصر مجهول النسب**

- طلب خطي
- شهادة ميلاد القاصر المكفول
- شهادة ميلاد الكفيل
- حضور شاهدين يثبتان التكفل
- تصريح شرفي بعدم معرفة الأم الطبيعية للطفل إن كانت مجهولة
- عقد الكفالة
- شهادة الوضعية العائلية يتم تسليمها من طرف مديرية المساعدة الاجتماعية (D. A. S).

1 - الدكتور الغوتي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 172.

- طابع جبائي

**الفرع الثالث: ضرورة توفير حماية أكبر للمكفول من خلال النصوص القانونية**

إذا كان المشرع الجزائري قد اعترف بنظام الكفالة وأقره في قانون الأسرة وبالرجوع إل النصوص القانونية التي تحكم الكفالة وبالدراسة المدققة والمتأنية لهذه المواد وتبعا لذلك ومن أجل أن تكون الكفالة وسيلة فعالة تحقق للمكفول استقرارا نفسيا واجتماعيا.

أود أن أركز على الآليات التي بموجبها يحظى المكفول بحماية أكثر وهي:

**أ- المادة 116**:«الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه ويتم بعقد شرعي».

إن هذه المادة أوجبت أن الكفالة عقد تبرعي وهو التزام في ذمة الكفيل فما الحكم لو توفي الكفيل وترك المكفول مع أبنائه الشرعيين فهل النفقة على المكفول تكون دين على الكفيل يأخذه من التركة نظرا للصلة الموجودة بين الكفيل والمكفول ولماذا لا نأخذ بنية التبرع بالنسبة للكفيل وهذا بحسب بعض الأساتذة، على الرغم من أن الاجتهاد القضائي يذهب إلى عكس ذلك ويرى بأنه لا يمكن اعتبار تصرفات الكفيل للمكفول وصية وقد صدر حكم عن المحكمة العليا قضى بنقض قرار معسكر الذي اعتبر تصرف الكفيل بتنزيل المكفولة - منزلة بنت الصلب- إلى وصية مادام نيته في التبرع قائمة[1].

**ب- المادة 118:** تشترط أن يكون الكفيل قادرا على رعاية المكفول والرعاية تشمل الولاية على التربية والتعليم والمحافظة على نفس المكفول وصيانتها ما يلاحظ في هذا الصدد أن التربية تقوم بها النساء خاصة إذا كان المكفول صغير السن وخصوصا البنت فتحتاج إلى أم تتولى رعايتها فلماذا لم يتطرق قانون الأسرة أصلا إلى دور زوجة الكفيل أي اشتراط قدرتها على التربية وموافقتها.

**ج- المادة 123**:« يجوز للكفيل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث...» ونحن نعلم أنه لا توارث بين الكفيل والمكفول وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية فمن الأحسن تشجيع الهبة من الكفيل للمكفول ولا ضرورة من تقييدها بالثلث.

إلا إذا أخذت أحكام الوصية ويكون ذلك في حالة الهبة في مرض الموت أو الهبة مع احتفاظ الواهب بالحيازة طول حياته.

1 - القرار رقم 226254 بتاريخ 1999/09/21، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث

وقد قضت المادة 205 من قانون الأسرة:«يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عينا أو منفعة، أو دينا لدى الغير».

فهذه المادة عامة أما المادة 123 فهي خاصة وكان من الأجدر الإبقاء على المادة 205 فقط على اعتبار أن هبة الشخص لغيره غير مقيدة بمقدار وهبة الكفيل لمكفوله مقيدة بمقدار . وحسب رأينا فإن الرعاية والاستقرار يستوجب هبة أكثر من الثلث.

**المطلب الثالث: المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المؤرخ في 1992/01/13بين الحظر القانوني والمشروعية**

إذا كان قانون الأسرة قد أقر نظام الكفالة التي تهدف إلى رعاية وضم الكفيل ونتيجة لعدة مشاكل متراكمة ومن أجل مواجهة بعض المشاكل العملية حسب بعض الفقه الجزائري بخصوص الطفل المكفول خاصة تمدرسه وعمله وسفره، صدر المرسوم الذي يحمل جملة من التناقضات والنقائص و الخروقات القانونية .

**الفرع الأول: مضمونه**

إن المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المؤرخ في 1992/01/13 تضمنت أحكامه حوالي أربعة مواد وجاء لتعديل المرسوم 157/71 المؤرخ في 03 يونيو 1971 المتعلق بتغيير اللقب.

**المادة الأول**:«...كما يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة ولدا قاصرا مجهول النسب من الأب والأم أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائدته وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي ...» .

**المادة الخامسة مكرر 1**:«يترتب على المرسوم المتضمن تغيير اللقب التسجيل والإشارة على الهامش في سجلات وعقود ومستخرجات عقد الحالة المدنية ضمن الشروط والحالات التي ينص عليها القانون».

وهناك بقية لمواد هذا المرسوم لم أدونها هنا.

**الفرع الثاني: مناقشته**

إن المرسوم الصادر في 1992 قد أثار ضجة كبيرة لدى رجال الإعلام والطبقة المثقفة عموما ورجال القانون خصوصا لكن اختلفت رؤية كل فريق وانقسم الرأي العام إلى فريقين كل واحد منهما يعتمد على حجج وأدلة منطقية بشأن التحليل السليم للمرسوم (1992).

**الفريق الأول**: يعتبر أن صدور هذا المرسوم كانت نتيجة ضرورات أملتها المصلحة الاجتماعية والنفسية على اعتبار أن الولد المكفول عندما يحمل لقب الكفيل يمكنه ذلك من مواجهة عدة مشاكل تتعلق بالدراسة، العمل، السفر، ومن جهة ثانية يكون المكفول في مركز يجعله لا يشعر بالنقص أو الإحباط المعنوي عندما يتعامل مع من حوله سواء التلاميذ في المدرسة أو العمال في المعمل وحسب هذا الفريق فإن المرسوم يشكل إطارا تنظيميا وإجرائيا وليس هناك أي دلائل توحي من خلال هذا المرسوم بإرساء نظام التبني المحظور شرعا وقانونا.

**الفريق الثاني:** ويشكل الأغلبية ويعتبر أن هذا المرسوم وما جاء به من أحكام يعد الخطوة الأولى نحو إرساء نظام التبني ويستندون إلى الحجج التالية:

- إن رئيس الحكومة أصدر قانونا وليس مرسوما وهذا ليس من صلاحياته بل من صلاحيات المجلس الشعبي الوطني لأن المرسوم يتناقض مع النصوص في مخالفته لمسألة تدرج القوانين وهي مسألة دستورية فلا يمكن لمرسوم تنفيذي أن يعدل أو يخالف القانون خاصة وإن المادة 2/115 من دستور 1989 تنص على أن المجلس الشعبي الوطني يشرع في القواعد العامة المتعلقة بقانون الأحوال الشخصية وحق الأسرة لاسيما الزواج والطلاق والبنوة والأهلية والتركات.

- المرسوم يتطلب وضع إشارة مكفول على الهامش في سجلات وعقود ومستخرجات عقد الحالة المدنية وفقا لنص المادة الخامسة مكرر 1 لكن المصطلح الذي يوضع على الهامش قد يزول لأي سبب كان سواء عن طريق التزوير أو قدم الوثيقة وتآكلها زيادة على ذلك قد ينسى أو يتناسى موظف البلدية وضع هذه العلامة لأنه يجهل العواقب الوخيمة التي تترتب على ذلك.

**- أما موقفي من هذه الحج فإنني أميل إلى الفريق الثاني**

وذلك لوجاهة الحجج كما أن المرسوم خالف أحكام المادة 120 من قانون الأسرة التي تحيل إلى أحكام قانون الحالة المدنية، والمرسوم قد خالف المادة 64 من قانون الحالة المدنية التي تخول لضابط الحالة المدنية إعطاء اسم ثلاثي لمجهول النسب على أن يكون الاسم الأخير لقبا عائليا وبالتالي لا حاجة إلى هذا المرسوم مطلقا إلا إذا كان يقصد من ورائه إلحاق ولد الزنا بالرجل

وهو أمر لا تقره الشريعة لأن النسب لا يثبت إلا بالزواج الشرعي والصحيح وفقا لقانون الأسرة وموضوع التبني غير جائز شرعا وقانونا ومن ناحية أخرى فإن التبني كذب وافتراء على الله وعلى الناس ويتخذ كوسيلة للكيد والإضرار بالأقارب وحرمانهم من الميراث وإقرار التبني يؤدي إلى تحميل الأقارب واجبات تترتب على ذلك، وأخيرا نقول بأن هذا المرسوم ما أعطاه للكفيل باليمين أخذه منه بالشمال وسلبياته خطيرة إذ معالجة المشاكل (الأبناء غير الشرعيين) لا يكون بهذه الطريقة.

مع الإشارة إلى أن المادة 46 من قانون الأسرة التي تنص على:«التبني ممنوع قانونا وشرعا» إلا أن المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني المعدل في 2005 إذ أصبح القاضي الجزائري يأذن بالتبني ويبرم عقد التبني لكن بشروط لكونها وردت في الفصل الثاني المتعلق بتنازع القوانين من حيث المكان فهي قاعدة إسناد تبين القانون الواجب التطبيق من طرف القاضي الوطني عندما يكون أحد أطراف النزاع أو طرفي النزاع أجنبيا على الإقليم الجزائري.

وعليه فإذا كان قانون جنسية الأطراف لا يسمح بالتبني فإن القاضي الوطني يرفضه ولكن هذه المادة تطرح عدة افتراضات أمام القاضي الوطني الجزائري.

**1-** حالة كون قانون جنسية طالب التبني والمتبني لا يسمحان بالتبني فإن القاضي الجزائري يرفض الإذن بالتبني.

**2-** حالة كون قانون جنسية طالب التبني يسمح بالتبني، وقانون جنسية المتبني لا يسمح بذلك فإن القاضي الجزائري لا يأذن به.

**3-**حالة كون قانون جنسية المتبني يسمح بالتبني في حين قانون جنسية طالب التبني لا يسمح بذلك فالقاضي الجزائري يرفض الإذن بالتبني.

**4-** حالة كون قانون جنسية الأطراف يسمح بالتبني فالقاضي الجزائري ملزم بإبرام والإذن بالتبني.

خلاصة لما جاء في المادة 13 مكرر من القانون المدني إن المنع ينصب على الجزائريين ولا يمتد إلى غير الجزائريين وفقا لقواعد الإسناد الواردة في المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني.

وبالرجوع إلى المادة 217 من قانون العقوبات الصادر بموجب الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 1966/06/08 المعدل والمتمم نجده قد نص على تجريم التبني ولكن ليس في حد ذاته بل لكونه يحمل في عناصره نوع من التحايل على القانون ويتمثل في الإقرار والإدلاء بتصريحات لدى ضابط الحالة المدنية غير حقيقية بدليل أن الطفل غير شرعي وعليه نصت المادة 34 من قانون الحالة

المدنية كل شخص ورد ذكره في الوثيقة ولم تكن تصريحات حقيقية يتعرض للعقوبة الواردة في المادة 217 من قانون العقوبات وهذه الأخيرة نصت على أن كل شخص ليس طرفا في المحرر وأدلى أمام الموظف العمومي بتصريح يعلم أنه غير مطابق للحقيقة يتعرض للعقوبة الجزائية إذ أن هذا الفعل يشكل جنحة عقوبتها السجن من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 دج إلى 1000 دج.

والعقوبة المقررة لهذا الفعل أن الشخص أضفى نسبه على طفل معلوم النسب أو مجهول النسب أو ابن زنا ويعتبر هذا الفعل تعديا على اللقب العائلي للغير.

وقد كان للقضاء دوره في إبطال التبني في عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا منها القرار الصادر في 1995/05/02 ملف رقم 103232 وكذلك القرار الصادر في 1994/06/28 ملف رقم 122761.

وكذلك القرار الصادر في 2000/11/21 ملف رقم 246924[1].

وهناك الكثير من القرارات بخصوص إبطال التبني متى توفرت وسائل إثباته وفي نفس الوقت إبطال عقود الميلاد المزورة، وإخراج الطفل المتبني من الميراث.

**الخاتمة**

على الرغم من أن الأمة المحمدية هي خير الأمم وفقا لقوله تعالى:( **كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ** ) إلا أنها لم تسلم من الرذائل والفواحش والمحرمات التي نهى الله عنها (القتل، الزنا، السرقة...) و هذا بسبب هيمنة النظريات المادية، وغياب الفكر الديني والأخلاقي عن دنيا الناس والابتعاد عن شريعة الرحمان. إذ أصبحنا نتحدث في يومنا هذا عن أطفال الشوارع، وعن الأمهات العازبات، والأطفال مجهولي النسب، وأطفال معلومي النسب تخلص منهم أولياؤهم لأي سبب كان. و تعقدت المسألة في معرفة نسب الكم الهائل من الأطفال والمصير المجهول الذي ينتظرهم على مستوى الدراسة، السفر، العمل... وتدخلت الدولة بموجب مالها من صلاحيات وامتيازات حيث أوجدت دور الرعاية والمصالح الاجتماعية لتوفر راحة للطفولة المسعفة وأرست نصوصا قانونية بدء من 1970 (الحالة المدنية) وقانون 11/84 (الأسرة) ومرسوم 24/92 لمجابهة هذه الأوضاع المتفشية وعلى الرغم من هذه الآليات القانونية إلا أنها لم تستطيع الحد من ظاهرة الطفولة المسعفة التي أصبحت تشكل ظاهرة إجتماعية نظرا لتناقض

1 - المجلة القضائية، العدد الخاص، 2001، ص 5، 6.

النصوص القانونية فيما بينها، ومخالفة هذه النصوص لأحكام الشريعة الإسلامية في بعض الحالات وخاصة موضوع التبني الذي تم النص عليه في شكل كفالة وكأن المشرع يريد أن يلحق ولد الزنا بالرجل وهو أمر لا تقره الشريعة الإسلامية لأن النسب لا يثبت إلا بالزواج الشرعي والصحيح وفقا لما جاء في قانون الأسرة.

وما ورد النص عليه أيضا في القانون رقم 05/85 المؤرخ في 1985/02/16 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل أيضا من شأنه أن يساهم في إنتشار الأطفال اللقطاء لأنه يسمح للمرأة الحامل بوضع حملها في سرية وهذه المرأة قد تكون غير متزوجة (الأمهات العازبات).

فمن المفروض التضييق على مثل هذه الأفعال السلبية وعدم التكتم والتستر بل يجب المطالبة بالدفتر العائلي بمجرد حضور المرأة للوضع وتأكيد كل المعلومات، وكذلك تشديد عقوبة جريمة الزنا واعتبارها كذلك حتى ولو كان الطرفان غير متزوجين أما أن تقتصر على الطرفين المتزوجين أو أن أحدهما متزوجا فهذا أمر غير مقبول، وأن يكون تقرير العقوبة حقا للمجتمع نظرا للمآسي التي تنتج عن ذلك ولا يقتصر على الزوج المتضرر ويجب مباشرة الدعوى العمومية دون التقيد بشكوى الزوج المتضرر على الرغم من أن جريمة الزنا من جرائم الحدود فهي حق من حقوق الله إذ تطبق العقوبة بمجرد توافر أركان الجريمة، فيجب على المشرع تشديد عقوبة جريمة الزنا ومن جملة النقائص التي اعترت هذا الموضوع أن المشرع في قانون الأسرة لم يعالج أحكام اللقيط والتبني بخصوص النسب بالصورة المطلوبة بل أشار إلى ذلك في مواطن متفرقة في المادة 44 (النسب)، والكفالة المادة 119 والمادة 64 من الأمر 20/70 بالإضافة إلى قانون العقوبات (المادة 217) فمن المفروض أن قانون الأسرة في ثوبه الجديد (تعديل 2005) أن يتضمن أحكاما كاملة وشاملة تنظم أحكام الطفل اللقيط، أما التبني ففيه قاعدة آمرة تحرم ذلك، لكن المشرع لم يحدد لنا ما معنى التبني حتى لا يختلط مفهومه مع الإقرار بالنسب.

إلا أن المشرع نص على أحكام الكفالة وهذا من أجل حماية الطفل اللقيط ويجب أن تبقى الكفالة بعيدة عن التبني لأنها تحمل معنى الضمان والرعاية وسواء كان المكفول معلوم النسب أو مجهول النسب والنوع الثاني هو الذي يطرح إشكالات عدة. لكن كان من المفروض أن يتوسع في أحكام الكفالة سواء من حيث هبة الكفيل كل أمواله للمكفول أو أن الكفيل قصد التبرع فلو مات الكفيل يصبح المكفول له دين في التركة لأن الكفيل قصد التبرع من عمله.

ومن جهة أخرى وبحسب وجهة نظري فإن أسباب انتشار الأطفال غير الشرعيين تتمثل فيما يلي:

- الاختلاط في الجامعات والمدارس... الإفراط في استعمال وسائل التكنولوجيا الحديثة
- الزواج العرفي والعلاقات المحرمة
- الفقر والحاجة وتختلف من فئة إلى أخرى

لذا ينبغي معالجة ظاهرة الزنا بوصفها داء خطير له أضرار اجتماعية وخلقية ونفسية عن طريق الزواج المبكر، صوم النفل، الرفقة الصالحة، ملء الفراغ بما ينفع، قراءة القرآن.

ويمكن أن نوصي بما يلي:

**1-** الاهتمام بظاهرة الطفولة المسعفة من قبل الكافة ومحاولة إيجاد حلول تنقص من حدتها من خلال القضاء على الجرائم الأخلاقية.

**2-** سن قوانين رادعة بخصوص الجرائم الأخلاقية (الزنا)

**3-** التفكير مليا في مصير المكفول وعدم منحه لقب المتكفل به

**4-** ضرورة تكاتف جهود الجميع من أجل إيجاد حلول لهذه الظاهرة عن طريق دور المسجد والمدرسة والإعلام والمجتمع المدني

**5-** ضرورة تشجيع الزواج المبكر لأنه كفيل بالقضاء على بعض الجرائم

**6-** ضرورة التعامل بشدة على كل من يقدم على الزواج العرفي

**7-** ضرورة الإصغاء من قبل الكافة لهاته الشريحة من المجتمع (الطفولة المسعفة) لأنها واقع فرض نفسه وتسهيل من لا ذنب لهم في جرائم غيرهم من خلال المدرسة، العمل، السفر...