



جامعة ألكي محند اولحاج - البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

حقوق اليتيم في القانون والشرية الإسلامية

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون
تخصص: قانون الأسرة

إشراف الأستاذ:
قاسم حكيم

إعداد الطالبة:
• صالحى لىلى

لجنة المناقشة

الدكتور: خلىفى سمير.....رئىسلاً
الأستاذ: قاسم حكيم.....شرفاً ومقرراً
الدكتور: غجاتى فؤاد.....ممتحناً

تارىخ المناقشة

2016/03/18

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

كلمة شكر

أشكر الله عزّ وجلّ على ما هداني إلي إتمام هذا العمل

أقدم بالشكر و التقدير

إلى الأستاذ المشرف قاسم حكيم

على التوجيهات و النصائح لإثراء هذا العمل المتواضع

إلى كل من ساهم في إنجاز هذا العمل من قريب أو بعيد.

اهداء

إلى

حادي الأرواح إلى بلاد الأفراح

إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله

إلى الأخوة الأخوات

إلى أيتام المسلمين في كل مكان.

قائمة أهم المختصرات.

ق.أ.ج	قانون الأسرة الجزائري.....
ق.م.ج	قانون المدني الجزائري.....
ق.إ.م.إ	قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.....
ق.ع.ج	قانون العقوبات الجزائري.....
ق.ج.ج	قانون الجنسية الجزائري.....
ص	الصفحة.....
ج	الجزء.....

مقدمة

قرر الإسلام حقوق الإنسان منذ أكثر من خمسة عشرة قرناً من الزمان فقد أرسل الله سبحانه وتعالى رسوله صلى الله عليه وسلم لتحرير الناس ورحمتهم أجمعين برسالة قدر لها أن تكون عامة خالدة على مر الزمان لقوله تعالي ﴿يَتَأَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا﴾⁽¹⁾ إِنََّّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا⁽¹⁾.

فالأسرة نواة المجتمع وأساسه، وباعتبار أن الأطفال ثمار هذه الأخيرة أين فرضت قضاياهم حيزاً مهماً في الساحة الوطنية و الدولية، فعقدت حولهم الكثير من الندوات، ونشرت العديد من الدراسات وسن لأجلهم القوانين والتشريعات التي تحميهم وتحفظ حقوقهم ذلك أنهم أطفال اليوم ورجال الغد⁽²⁾، فاليتيم طفل حدث وأن فقد أباه وبقي بلا عائل يحتاج إلى من يرعاه، بالاهتمام به وكفالاته مادياً ومعنوياً لقوله تعالي ﴿أَلَمْ تَجِدْكَ يَتِيماً فَآوَىٰ وَوَجَدَكَ ضَالًّا فَهَدَىٰ وَوَجَدَكَ عَائِلًا﴾⁽³⁾ فذكر الله عز وجل نبيه محمد فجعل له مأوى في يئمه و هداه في ضلاله، و أغناه في فقره⁽⁴⁾.

فاليتيم في اللغة من الفعل يَتَمُّ أو يَتَمُّ، يَتِمُّ أو يَتِمُّ يَتِمُّ ويَتِمُّ بمعنى انفرد عن غيره، فاليتيم معناه الانفراد⁽⁵⁾، أما في الاصطلاح فاليتيم في الناس يعني فقدان الصبي أو الصبية

¹ - سورة الحجرات، الآية 13.

² - محمد بن أحمد الصالح، الطفل في الشريعة الإسلامية (تنشأته، حياته، حقوقه التي كفلها الإسلام)، مطبعة الفرزدق للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية، السعودية، 1981، ص 189-190.

³ - سورة الضحى، الآية 6-8.

⁴ - محمد بن جبير بن كثير الطبري، تحقيق عبد الله بن محسن التركي، تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ج7، مؤسسة الرسالة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، 1994، ص 537.

⁵ - أبي الفضل جمال الدين بن مكرم ابن منظور الإفرقي، لسان العرب، ج12، تنسيق و تعليق علي الشيري، دار إحياء التراث العربي للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، دون سنة نشر، ص 645.

أبهما قبل البلوغ وقد يتم الصبي فهو يتيم و الأنثى يتيمة وجمعها أيتام ويتامى وقد يجمع اليتيم على يتامى وإذا بلغا زال عنهما اسم اليتيم حقيقة⁽¹⁾.

حيث تحدث الله عز وجل في كتابه العزيز عن اليتيم في ثلاثة وعشرين موضعا تدعو كلها إلى السهر على مصالحه والحفاظ على أمواله⁽²⁾، فهو يتمتع بكافة حقوق الطفل في الإسلام والقانون سواء كانت حقوق مالية أو أسرية أو غيرها من الحقوق وينالها منذ تكوينه جنينا في بطن أمه سواء كان ذكرا أو أنثى فحرم بذلك سفك دم الإنسان بغير حق أو حرمانه بحق من حقوقه الشخصية كالنسب و الحضانة إلى غيرها، ونفس الشيء بالنسبة لحقوقه المالية حيث حثّ على الحفاظ على أموال الأيتام وشرّع ما يجب على الأولياء التصرف بها وحفظها وارجاعها لهم عند الكبر⁽³⁾.

فإذا كانت هذه الحماية مقررة للأطفال ذوي الآباء، فالطفل اليتيم أولى بهذه الرعاية لذلك نجد التشريع الجزائري قد نظم حقوق الطفل في قوانين مختلفة كقانون حماية الطفل حيث نصت المادة 2/2 منه تعتبر من بين حالات التي تعرض الطفل للخطر " فقدان الطفل لوالديه وبقاءه دون سند عائلي⁽⁴⁾، وأكثر من ذلك فقد فتح ق.أ.ج المجال للشريعة الإسلامية بتنظيم كل ما لم يرد فيه نص من خلال ما أورده المادة 222 بنصها : « كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية»⁽⁵⁾.

¹ - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم، ج10، مؤسسة الرسالة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، 1993، ص10.

² - عز الدين بحر العلوم، اليتيم في القرآن والسنة، دار الزهراء للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، العراق، 1985، ص20-21.

³ - محمد بن أحمد الصّالح، المرجع السابق، ص190-191.

⁴ - قانون رقم 15-12 المؤرخ في 28 رمضان عام 1436هـ الموافق لـ 15 يوليو 2015، المتضمن قانون حماية الطفل، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 39 المؤرخة 15/07/2015.

⁵ - قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، صادر بجريدة الرسمية عدد 15، المؤرخة بتاريخ 27/02/2005.

1- أهمية اختيار الموضوع:

إن حقوق اليتيم ليست مواكبة للنداءات العالمية الحالية والتي تنادي بحماية الطفولة، إنما هي صدّ للمشككين بأحكام الشارع الحكيم وصلاحيته لكل زمان ومكان في ضم اليتيم وجعله عنصراً في المجتمع له ثقله ودوره.

فاليتيم طفل يجب على المشرع أن يراعيه من باب النظر إلى إحداث التوازنات في المجتمع وتماسكه لضمان الاستقرار والتكافل الاجتماعي.

2- إشكالية الموضوع: إن لبلوغ أهداف هذه الدراسة يكون بالإجابة على هذه الإشكالية:

إذا كانت الشريعة الإسلامية قد احاطت بحقوق اليتيم، فما الآليات والضمانات القانونية التي نظمها المشرع الجزائري لتكريسها ؟

3- الدراسة السابقة للموضوع :

- تسنيم محمد جمال حسن استيني، حقوق اليتيم في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الفقه و التشريع، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007 .
- عمر بن نافع حماد الجهني، حقوق اليتيم في الشريعة الإسلامية (دراسة تأصيلية مقارنة بالمواثيق الدولية)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، السعودية، 2007 .

4- أهداف اختيار الموضوع:

- بيان موقف الشريعة الإسلامية الواضح والصريح في الحقوق التي قررها لليتيم.
- التوعية الدينية بأهمية الكفالة في الحال والمآل، وأهمية ذلك في استقرار المجتمع.
- تعزيز حماية الطفل اليتيم هي بمثابة حماية للمجتمع المدني من الأخطار وأهمها تقليص معدل الجريمة، بالمكافحة على ظاهرة أطفال الشوارع وعمالة الأطفال والطفولة الجانحة و غيرها من الجرائم.

5- أسباب اختيار الموضوع : لقد اختير هذا الموضوع للأسباب الآتية :

- لفت انتباه المشرع الجزائري في قانون الأسرة إلى العراقيل التي تواجه واقع الأيتام في الحياة اليومية، ابتداء من أبسط الحقوق المشروعة لأي طفل إلى غاية حماية ذمته المالية .
- منح اليتيم الرعاية الكافية و الاهتمام بأموره ، من خلال إحاطته بالحماية القانونية.

وتكون الإجابة عن هذه الإشكالية من خلال الخطة الآتية، التي قسمناها إلى فصلين حيث تعرضنا في الفصل الأول إلى الحقوق الأسرية لليتيم باعتبار أن لكل طفل الحق في أسرة تضمه وتتكفل بحقوقه، وانقسم بدوره إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول الحق في النيابة الشرعية وفي المبحث الثاني الحقوق الشخصية .

أما في الفصل الثاني فقد تناولنا الحقوق المالية لليتيم باعتبار انه عنصر في المجتمع يثبت له حق الاكتساب، وانقسم بدوره إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول مصادر أموال اليتيم وفي المبحث الثاني التصرفات التي يسمح للنائب الشرعي القيام بها.

الفصل الأول

الحقوق الأسرية لليتيم

إن الحقوق الأسرية تقوم على أساس القرابة بين أفرادها، لذلك كل ما ينتج عن قيامها من حقوق تثبت للطفل باعتباره عنصرا مهما فيها، وتعرض في هذا الفصل إلى الحقوق الأسرية من خلال مبحثين، حيث نعرض إلى النيابة الشرعية (المبحث الأول)، ثم الحقوق الشخصية للطفل (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الحق في النيابة الشرعية

لقد اهتمت الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الجزائري بحماية حقوق الطفل الأسرية والمالية لانعدام أهليته أو نقصانها في تولي شؤون نفسه و أمواله، وبما أن اليتيم أولى بهذه الحماية من غيره، فقد جاءت النيابة الشرعية ضمانا لحفظ حقوقه ورعايتها والعناية به، حتى يصبح عنصرا إيجابيا في المجتمع المسلم⁽¹⁾.

تستند النيابة الشرعية في إلي النصوص القانونية الآتية المادة 5/2 من قانون حماية الطفل "الممثل الشرعي للطفل": وليه أو وصيه أو كافله أو المقدم أو الحاضن"⁽²⁾، وكذا المادة 81 من ق.أ. ج "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو الجنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون".

المطلب الأول

النيابة الشرعية باعتبار المحل

تنقسم النيابة الشرعية إلى ولاية على النفس وولاية على المال.

¹ - محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 5-8.

² - قانون رقم 15-12 المتضمن قانون حماية الطفل السالف الذكر.

الفرع الأول: الولاية على النفس.

يقصد بها سلطة الإشراف على الشؤون المتعلقة بنفس المولى عليه من صيانتة وحفظه وتأديبه وتعليمه وتزويجه، فتثبت للصغير حتى يبلغ عاقلاً مأموناً على نفسه وعلى الصغيرة حتى تتزوج.

أولاً: أصحاب الحق في الولاية على النفس.

تثبت الولاية على النفس لأقارب المولى عليه من العصابات الذكور وهم أصوله من الأب أو الجد، وتثبت لهم حسب ترتيبهم في الميراث، أما الولاية على الأنثى لا تكون إلا للعاصب المحرم⁽¹⁾.

ثانياً: إنتهاء الولاية على النفس.

تنتهي الولاية على النفس بالنسبة للفتى بالبلوغ خمسة عشر سنة عند جمهور الفقهاء أما الفتاة فلا تنتهي بل تستمر إلى أن تتزوج أو يتقدم بها السن أو تصبح مأمونة على نفسها.⁽²⁾

الفرع الثاني: الولاية على المال.

سلطة تثبت للشخص على أموال شخص آخر بالإشراف والحفظ والتصرف والقيام عليها في المجال المشروع بما يحقق المصلحة.⁽³⁾

أولاً: أصحاب الحق في الولاية على المال.

- يرى الماكية والحنابلة أن الولاية تكون للأب ثم لوصيه، فإن لم يكن قد أوصى فولايته تكون للقاضي أو من يوليه القاضي.

- يرى الشافعية أن الولاية تكون للأب ثم الجد ثم لوصي الأب ثم لوصي الجد ثم القاضي.

¹ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي للنشر و التوزيع ، الطبعة الثانية، مصر، دون سنة نشر، ص459-460-464.

² - مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 789-792

³ - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، سوريا، 2004، ص845-847، ج 2.

- يرى الحنفية أن الولاية تثبت للأب ابتداءً، ثم لوصيه ثم لوصي وصيه (الوصي المختار) ثم الجد من الأب و إن علا ثم وصيه ثم وصيا وصيه ثم القاضي ثم وصيه⁽¹⁾

ثانياً: إنتهاء الولاية على المال .

تنتهي الولاية المالية على الغلام بظهور علامة من العلامات البلوغ الطبيعية وأصبح عاقلاً مأموناً على نفسه.

أما سن البلوغ فقد حدده كل من الشافعية والحنابلة ببلوغ الصغير ذكراً أو أنثى خمسة عشرة سنة، واستفرد الحنفية هذا السن على الذكر دون الأنثى، وأخيراً حدده المالكية باتمام الصغير ثمانية عشرة سنة وقيل بمجرد الدخول في هذه السنة، وبالنسبة للأنثى فاتفق كل من المالكية و الحنفية بزواجها⁽²⁾، وحدده المشرع الجزائري ب19 سنة كاملة⁽³⁾.

المطلب الثاني

النيابة الشرعية باعتبار المصدر

لقد حدد كل من الفقه الاسلامي و المشرع الجزائري أصحاب الحق في النيابة الشرعية، فتكون أصلية اوغير أصلية .

¹ - محمد بكر اسماعيل، الفقه الواضح من الكتاب والسنة ، ، دار المنار للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية، مصر، 1997، ص171، ج1.

² - عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية، لبنان، 2003، ص315، ج2.

³ - تنص المادة 2/40 "وسن الرشد تسعة عشر(19) سنة كاملة "

الفرع الأول: النيابة الأصلية.

هي الولاية التي تثبت للشخص كولاية الأب أو الجد أو وصيهما⁽¹⁾ حيث عرفها وهبة الزحيلي أنها "سلطة شرعية يملك بها صاحبها التصرف في شؤون غيره"⁽²⁾ و عرفها مصطفى الزرقا أنها : "تسيير الكبير الراشد شؤون القاصر الشخصية والمالية"⁽³⁾.

أما المشرع الجزائري لم يعرف الولاية بل اكتفى ببيان أحكامها في قانون الأسرة الجزائري، وبقراءة المادة 81 من ق.أ.ج يتبين أن الولاية سلطة تقرر لشخص معين لمباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر غير كامل الأهلية، وعليه فالولاية ثابتة للأب في المرتبة الأولى وفي حالة وفاته تحل محله الأم بقوة القانون وهذا ما نصت عليه المادة 1/87 من ق.أ.ج "يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا"⁽⁴⁾.

أولا- شروط الولاية:

لقد وضع الفقه الإسلامي مجموعة من الشروط الواجب توفرها في الولي والمولى عليه سواء كان وليا على النفس أو المال، وهذا ما لم نجده منصوص في ق.أ.ج في حين نص على الشروط الواجب توفرها في الوصي، مما يجعلها تعود إلى أحكام الفقه الإسلامي عملا بنص المادة 222 من ق.أ.ج.

أ- شروط الولي: لا تتحقق الولاية إلا بتوافر توافر الشروط الآتية:

- أن يكون كامل الأهلية (بالغا عاقلا)، فلا ولاية لصغير أو مجنون لأنهم بحاجة إلى من يتولى شؤونهم.

¹- د وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، سوريا، 1984، ص187، ج7 .

²- د محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، الدار الشامية، دار القلم للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سوريا، لبنان، 1993، ص159-160.

³- مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص842.

⁴- بلقاسم شلوان، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، مطبعة منار للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2011، ص260-261.

- أن يكون حرا فلا ولاية للعبد لكونه فاقدا لأهلية الأداء.
 - أن يكون مسلما فلا ولاية لغير المسلم على المسلم لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾⁽¹⁾ صدق الله العظيم.
 - القدرة على تربية الولد والأمانة على أخلاقه، فلا ولاية لفاسق ماجن لا يبالي بما يفعل لأنه يضر بأخلاق القاصر وبماله.
 - أن لا يكون سفيها، لأنه لا يتولى أموره بنفسه فالأولى أن لا يتولى أمور غيره.
 - العدالة لأن الهدف من الولاية تحقيق المصلحة للمولى عليه⁽²⁾.
- وتنتهي وظيفة الولي حسب المادة 91 من ق.أ.ج بعجزه، بموته، بالحجر عليه وأخيرا بإسقاط الولاية عنه⁽³⁾.

الفرع الثاني: النيابة غير أصلية

هي التي تثبت للشخص بإنابة شخص آخر أو تكليف منه وهي على ثلاثة أنواع:

أولا: النيابة الثابتة من الأب أو الجد ويسمى النائب وصيا:⁽⁴⁾

إذا اختار الأب شخصا ليكون خليفة عنه في الولاية على أولاده القصر بعد وفاته تكون له الوصاية، ونفس الشيء بالنسبة للجد فيمكن له أن يوصي قبل وفاته بوصي لأحفاده، حيث يتولى هذا الأخير شؤون القاصر المالية.

¹- سورة النساء، الآية141.

²- عبد الخياط العزيز، المدخل إلى الفقه الإسلامي، دار الفكر للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سوريا، 1991، ص161.

- انظر وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص747-748-751، ج7.

³- تنص المادة 91 " تنتهي وظيفة الولي: بعجزه، بموته، بالحجر عليه، بإسقاط الولاية عنه. "

⁴- مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص845.

أما قانون الأسرة الجزائري فقد منح لكل من الأب والجد سلطة اختيار الوصي الذي يكون خلفا على أولاده أو أحفاده يدير شؤونهم المالية بعد موته بشرط عدم وجود الأم لتتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية، بنص المادة 92 من ق.أ.ج، وفي المقابل لم يمنح المشرع للأمم سلطة اختيار الوصي بالرغم من إعطائها حق الولاية على ابنها.

1- تعريف الوصي:

الوصي هو من يختاره الأب أو الجد ليكون خليفة له في الولاية على أولاده القصر بعد وفاته في أموالهم⁽¹⁾.

2- الشروط الواجب توافرها في الوصي:

اشترط الفقهاء في الوصي ما يلي:

- أن يكون الوصي مسلما لأن الوصاية ولاية فلا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾⁽²⁾ صدق الله العظيم.

- أن يكون عاقلا بالغا مكلفا، فلا يصح الإيصاء إلى مجنون أو طفل فلا يليان أنفسهما ولا غيرهما.

- أن يكون عدلا، أمينا، فلا يصح أن يكون الوصي فاسقا لأن الوصاية ولاية وأنتمان

¹- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام (دراسة مقارنة)، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، لبنان، 1983، ص820-821.

²- سورة النساء، الآية 141.

- تنص المادة 92 " يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك..... "

معروف بحسن الرأي والتدبير، فالإشراف على مصالح الغير يتطلب الاستقامة والنزاهة⁽¹⁾.

و قد أكد المشرع الجزائري على نفس الشروط السابقة الواجب توافرها في الوصي وذلك في المادة 93 من ق.أ.ج " يشترط في الوصي أن يكون مسلماً عاقلاً بالغاً، قادراً أميناً حسن التصرف وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة"

3- انتهاء الوصاية:

تنتهي مهمة حسب المادة 96 من ق.أ.ج الوصي بموت القاصر أو زوال أهلية الوصي أو موته، وكذا ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه، أو بانتهاء المهمة التي أقيم الوصي من أجلها، أو بقبول عذره بالتخلي عن مهمته، أو بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر⁽²⁾.

ثانيا : النيابة الثابتة من القاضي ويسمى النائب مقدما.

المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقضها بناء على طلب أحد أقاربه أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة حسبما جاء في المادة 99 من ق.أ.ج، ويقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس أحكامه حسب المادة 100 من ق.أ.ج.

كما ذكر المشرع القوامة في القانون المدني في المادة 44 التي يخضع لها فاقدو الأهلية و ناقصوها ويدخل في مضمونها القاصر و المحجور عليهم البالغين.⁽³⁾

¹ - محمد بن عزيز النني، المرجع السابق ص 124-125.

² - العربي بختي، المرجع السابق، ص 209.

- انظر المادة 96 ق.أ.ج .

³ - تنص المادة 44 من ق.م.ج " يخضع فاقدو الأهلية ، و ناقصوها ، بحسب الأحوال لأحكام الولاية، أو الوصاية، أو

القوامة، ضمن الشروط و وفقا للقواعد المقررة في القانون".

*كفالة لغة:الضم يقال فلان كفل فلان أي ضمه

- ابن منظور، لسان العرب، ص 702، ج 11.

الفرع الثالث: النيابة الثابتة من شخص آخر ويسمى الكفيل.

لقد احتاطت كل من الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري حاجة الأطفال الضعفاء المحتاجين للرعاية والحماية وأعطت فرصة لذوي البرّ والإحسان أن يتكفوا بهم كلما توفرت فيهم الشروط ، بذلك تماشى ق.أ.ج مع الشريعة الإسلامية في منع باب التبني نظرا للمشاكل التي يخلقها و قابله بفتح باب الكفالة ، عملا بنص المادة 1/4 قانون حماية الطفل التي تنص " تعد الأسرة الوسط الطبيعي لنمو الطفل" إلا أن ما يهمننا في دراستنا هو الطفل المعلوم النسب الفاقد لأبيه وهو اليتيم، حيث نعرض إلى مفهوم الكفالة، شروطها ولجرائها القانونية.

أولاً: مفهوم الكفالة*:

1-التعريف الاصطلاحي للكفالة:

أ- شرعا: هي تولي أمور اليتيم بأمانة و صدق، بالتأكيد على رعايته والحفاظة على نفسه وماله⁽¹⁾، وقد شجع الإسلام على كفالة اليتيم، ويشمل من كان يتيما ذا قرابة ومن كان يتيما لا قرابة له لأنها التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر. وجاء في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم " أنا وكافل اليتيم في الجنة ، هكذا وقال بإصبعه السبابة والوسطى"⁽²⁾.

ب- قانونا: المشرع الجزائري قد عرف الكفالة في القانون المدني في المادة 644 "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين

¹ محمد بن أحمد الصّالح، المرجع السابق، ص192-460.

² البخاري، صحيح البخاري، المرجع السابق، باب الأدب، حديث رقم 6005، ص1507.

بنفسه⁽¹⁾، و عرفها ق.أ.ج أنها القيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه، وتتم بعقد شرعي⁽²⁾.

2- تمييز الكفالة عن الحضانة والتبني:

أ- تمييز الكفالة عن الحضانة: تتداخل الكفالة مع الحضانة لذلك أوجب معرفة الفرق بينهما⁽³⁾.

- الكفالة التزام، وعلى وجه الدقة عقد يتم بدون مقابل حيث لا يأخذ الراغب في التكفل أي عوض⁽⁴⁾ على خلاف في الحضانة التي يجوز فيها أخذ أجره الحضانة.

- الحضانة تكون بموجب حكم قضائي مع مراعاة مصلحة المحضون⁽⁵⁾، أما الكفالة تكون أمام المحكمة أو الموثق⁽⁶⁾.

- الحضانة تطلق على الطفل الذي يكون حضانة أمه أو أبيه مع مراعاة الترتيب الشرعي لمن تسند له الحضانة⁽⁷⁾.

¹- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق ل26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ بالجريدة الرسمية رقم 31 مؤرخة بتاريخ 2007/05/13.

²- تنص المادة 116 من ق.أ.ج "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي "

³- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص717، ج7.

⁴- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية للنشر والتوزيع ، دون طبعة، مصر، 2009، ص197.

⁵- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة للنشر والتوزيع، دون طبعة، الجزائر، 2007، ص142.

⁶- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الاسلامي و قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية للنشر و التوزيع، دون طبعة، الجزائر، 2013 ص214.

⁷- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص140.

بينما الكفالة لا يراعى هذا الترتيب⁽¹⁾.

ب- تمييز الكفالة عن التبني:

لقد منع قانون الأسرة الجزائري التبني تماشياً مع أحكام الشريعة الإسلامية لقوله تعالى: ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ﴾⁽²⁾، وقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ ط وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ﴾⁽³⁾، ومعناه أن الله تعالى يقول دعاؤكم إياهم لأبائهم هو أصدق وأصوب من دعائكم إياهم و نسبتكموهم إلي من تبناهم و أتعاهم و ليس له بنين⁽⁴⁾.

يقول الإمام أبو زهرة في هذا الصدد "إن الأبوة والأمومة ليست ألفاظ تردد ولا عقد يعقد ولكنها حنان، وشفقة وارتباط لحم ودم"⁽⁵⁾.

فالتبني هو أن يدعى شخص بنوة ولد معلوم النسب أو مجهول النسب مع علمه بعدم وجود أية قرابة تربطه به، ومع ذلك يتخذه ولداً له ويعطيه اسمه، أو هو اتخاذ الإنسان ابن غيره المعروف نسبه ابناً له.

فالسبب في تحريم الشريعة الإسلامية للتبني هو لمنع الاختلاط في الأنساب وتداخل الحقوق، لأن نظام التبني يعني إعطاء كل الحقوق التي هي للابن الحقيقي من نسب وعلاقة حرمة ونفقة واجبة وميراث وهذا أمر باطل لا تقره الشريعة الإسلامية⁽⁶⁾.

¹ - العربي بختي، المرجع السابق، ص214.

² - سورة الأحزاب، الآية 5.

³ - سورة الأحزاب، الآية 4.

⁴ - الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، المرجع السابق، ج6، ص158-159.

⁵ - الإمام أبو زهرة، التنظيم الإسلامي للمجتمع، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، دون طبعة، مصر، دون سنة نشر، ص139.

⁶ - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (أحكام الزواج)، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 6، الجزائر الجزائر 2010، ج 1، ص418-419.

وتطبيقاً لهذا المعنى نصت المادة 46 من ق.أ.ج "يحرم التبني شرعاً وقانوناً".

3- خصائص الكفالة: تتميز الكفالة بعدة خصائص مجملها ما يلي:

- الكفالة هي عبارة عن نظام بديل، وضعه المشرع لغاية اجتماعية لتولي أمر الولد الذي عجز أبواه عن تنشئته ورعايته.

- الكفالة هي عبارة عن عقد يشمل الكافل، المكفول تحت الإطار القانوني الذي يبرم هذا العقد مع الكفيل (الموثق أو المحكمة).

- الكفالة التزام تبرعي من طرف الكفيل بدون مقابل.

- الكفالة تحمي الحقوق الميراثية وتمنع التعدي على حقوق التركة⁽¹⁾.

ثانياً: شروط وإجراءات الكفالة:

لقد أحاط المشرع بحسب قانون حماية الطفل في مادته 1/7 التي تنص "يجب أن تكون المصلحة الفضلى للطفل الغاية من كل إجراء أو تدبير أو حكم أو قرار قضائي أو إداري يتخذ من شأنه " فكفالة الطفل اليتيم باعتباره عقد تبرعي مبدأه الإحسان، يلزم عند إجرائها إبراز المصلحة الفضلى للمكفول من خلال مايلي:⁽²⁾

1- شروط الكفالة: حددت كل من الشريعة الإسلامية و القانون الشروط الواجب توفرها.

أ- الشروط الخاصة بالكافل: تتلخص هذه الشروط في أنه يكون الكافل عاقلاً مسلماً حرّاً عدلاً بالإجماع ولا تصح إلى مجنون ولا إلى كافر بغير خلاف، ويشترط أن يكون رشيداً قوياً أميناً له خبرة في حفظ اليتيم في بدنه وماله.⁽³⁾

¹- أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص197.

²- قانون رقم 15-12 المتضمن قانون حماية الطفل السالف الذكر.

³- محمد بن أحمد الصالح، المرجع السابق، ص193.

- شرط الإسلام: أوجب ق. أ.ج أن يكون الكافل مسلماً أي يدين بدين الإسلام حتى يستطيع أن يتكفل بالطفل القاصر وهذا حسب نص المادة 118 من ق.أ.ج، كون الصفات الحميدة تجعل المكفول في مأمن من كل ضرر مادي أو معنوي ما دام أن الكفالة ترتكز أساساً على رعاية المكفول⁽¹⁾.

- شرط العقل: على اعتبار أن الكفالة عقداً فإن مباشرة هذا العقد يتطلب أن يتمتع الكافل بأهلية أداء انطلاقاً من المادة 40 من ق.م.ج.

- شرط القدرة: وتعني بالقدرة الحالة المالية والاقتصادية لطالب الكفالة⁽²⁾ للملاحظة فإن المشرع الجزائري ق.أ.ج لم يعرض إلا بعض النقاط كجنس الكافل هل يكون ذكراً أم أنثى، وكذا شرط السن بين الكافل والمكفول، وشرط قبول أحد الزوجين للكفالة، إلا أن الأستاذ الغوثي بن ملحمة يرى أنه لا بد من أن يتجاوز سن الكافل سن المكفول وأن يكون ذا مال للإفاق عليه، ولم يفرق بين جنس الكافل سواء ذكراً أو أنثى، أما بالنسبة لموافقة أحد الزوجين للكفالة يتعين على الزوج الآخر القبول.

ب- الشروط الخاصة بالمكفول: لم يرد في قانون الأسرة أي شروط بالنسبة للمكفول ويمكن تحديدها وفقاً للمادتين 116 والمادة 119 من ق.أ.ج

- شرط السن: لم يحدد القانون سن المكفول بين أذناها وأقصاها فالمادة 116 نصت فقط على الولد القاصر⁽³⁾، ما أكدته المادة 2/40 من ق.م.ج فالولد القاصر هو الذي لم يبلغ سن الرشد وهي تسعة عشر سنة (19)⁽⁴⁾، بخلاف ما نصت عليه المادة 1/2 من قانون حماية الطفل.

¹- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 422 .

²- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 140.

³- انظر للمادة 116 السالف ذكرها .

⁴- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ بالجريدة الرسمية رقم 31 مؤرخة بتاريخ 13/05/2007

يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي: - "الطفل": كل شخص لم يبلغ الثامنة عشر (18) سنة كاملة.⁽¹⁾

- المكفول إما يكون معلوم النسب أو مجهول النسب: وقد ورد هذا الشرط في المادة 119 من ق.أ.ج، و بما أن اليتيم هو طفل معلوم النسب معروف والديه، فيكون على الباقي قيد الحياة أي الأم إبداء رأيها والتعبير عن إرادتها في شأن الكفالة.⁽²⁾

2- إجراءات انعقاد الكفالة:

يمر طلب الكفالة بمرحلتين وهما:

أ- المرحلة الأولية للإجراءات: يعد ق.أ.ج القاعدة العامة في تنظيم أحكام الكفالة ومن جهة أخرى نجد المادة 13 مكرر 1 من ق.م.ج التي ترشد القاضي الوطني إلى القانون الواجب التطبيق عندما يكون أحد الطرفين أجنبياً.

تنص المادة 117 من ق.أ.ج أن المحاكم هي المختصة بإبرام عقد الكفالة لأنها صاحبة الولاية العامة للنظر ، وذلك بتقديم طلب الكفالة بعريضة أمام قاضي شؤون الأسرة لمحكمة مقر موطن طالب الكفالة ولا يتم ذلك إلا أمام الموثق أو أمام القاضي⁽³⁾.

بذلك فإن قيام الكفالة لا يكون إلا بورقة رسمية حسب المادة 116 من ق.أ.ج و يكون لهذا العقد الشرعي القوة التنفيذية سواء المحرر من طرف الموثق أو الحكم القضائي الصادر من المحكمة.

3- قانون رقم 15-12 المتضمن قانون حماية الطفل، الساف الذكر.

2- الغوثي بن ملحمة ، المرجع السابق، 170.

1- الغوثي بن ملحمة، المرجع السابق، ص171.

ب- مرحلة تثبيت الكفالة من القضاء:

يتأكد القاضي في هذه المرحلة من توفر الكافل على الشروط الشرعية المطلوبة وعند الاقتضاء يأمر بإجراء تحقيق أو أي تدبير يراه مفيداً للتأكد من قدرة الكافل على رعاية المكفول وتربيته والإنفاق عليه، ولا يتم التثبيت إلا بعد إجراء مناقشة في غرفة المشورة والأخذ برأي النيابة العامة باعتبارها طرفاً أصلياً في جميع قضايا الأسرة حسب المادة 3 مكرر من ق.أ.ج⁽¹⁾،

ثالثاً: إنتهاء الكفالة.

إذا ظهرت الرغبة في التخلي عن الكفالة، فيجب حسب المادة 125 من ق.أ.ج أن يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة، وأن يكون بعلم النيابة العامة، وفي حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلي الورثة إن التزموا بذلك، وإلا فعلي القاضي أن يسند أمر القاصر إلي جهة المختصة بالرعاية كدور الأيتام⁽²⁾.

رابعاً: دور قاضي الأحداث لحماية الطفل تحت خطر في ظل قانون حماية الطفل.

جاء قانون حماية الطفل بالإضافة من حيث إستحداث المراكز المتخصصة في حماية الأطفال في خطر بنص المادة 116 منه والتي يدخل في ضمنها فقدان الطفل لوالديه و بقاءه ون سند عائلي، و التي تدخل كنوع من كفالة الدولة للأطفال الأيتام بما تضمنه من حقوق أين صرحت المادة 120 على مجموعة منها وأهمها تلقي الطفل ببرامج التعليم و التكوين و التربية .

لقد أعطى قانون حماية الطفل لقاضي الأحداث سلطات وفق المواد الآتية: 32،35،36،42،44 لمتابعة الأطفال في حالة الخطر أو مسكنه أو محل إقامته أو مسكن ممثله الشرعي بالتدخل عن طريق اتخاذ تدابير كتسليم الطفل إلى أحد أقاربه أو تسليمه إلى

¹- الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص172.

²- العربي بختي، المرجع السابق، ص.215.

شخص أو عائلة جديرين بالثقة، أو أوامر بوضعه بمركز متخصص في حماية الأطفال في خطر.

تكون هذه التدابير المقررة لمدة سنتين قابلة للتجديد و لايمكن بكل الأحوال أن تتجاوز سن الرشد الجزائي، غير أنه يمكن لقاضي الأحداث عند الضرورة أن يمدد الحماية المنصوصة سابقا إلى غاية 21 سنة بناء على طلب من سلم إليه الطفل أو من قبل المعني أو من تلقاء نفسه .

يستفيد الطفل المسلم للغير أو احدى المراكز التي وضع فيها بالاضافة الى النفقة الملزم بها ما لم يثبت فقره بمبلغ شهري يحدده القاضي وفق التنظيم، كما أعطي لقاضي الأحداث زيارة المركز في أي وقت حسب نص المادة 119 قصد متابعة وضعية الطفل الذي قضى بوضعهم داخل هذا المركز⁽¹⁾.

1- قانون رقم 15- 12 المتضمن قانون حماية الطفل،السالف الذكر .

المبحث الثاني

الحقوق الشخصية لليتيم

تثبت لكل طفل حقوق شخصيه وباعتبار اليتيم طفل من هؤلاء فهو الأولى باكتساب هذه الحقوق وضمانها له ، حيث نتعرض في هذا المبحث إلى الحق في الحياة الذي هو أساس كل الحقوق ثم إلى الحق في الهوية، الحق في النسب إضافة إلى الحق الحضانة و أخيرا الحق في تزويج اليتيمة .

المطلب الأول

الحق في الحياة

إن كل فرد في المجتمع الإنساني يبدأ كجنين، لذلك منحت الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي لهذه الكينونة حق التكريم والحماية منذ لحظة وجوده في بطن أمه، لذلك سطرت أحكام وقواعد من أجل ضمان حياة الجنين وسلامة تطوره⁽¹⁾.

الفرع الأول: عناية الشريعة الإسلامية والقانون بحماية حق الحياة.

يظهر اهتمام الشريعة الإسلامية بحق الحياة بتحريم الاعتداء على النفس دون سبب قصاص أو سبب مباح، وفرضت بذلك عقوبات⁽²⁾ لقوله تعالى: ﴿مَنْ أَجَلَ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ

¹- د نيكل محمود سلوم جبوري، التفرير بالنفس في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة تكوين للعلوم القانونية والسياسية، العدد 13، العراق، 2014، ص155-156.

²- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج1، دار الكتاب العربي، دون طبعة، بيروت، دون سنة نشر، ص67-69.

النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا⁽¹⁾، ولم يكتفي القرآن الكريم بتغليب العقاب بل شدد العقوبة لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَأْتُوايَ الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾⁽²⁾.

أما المشرع الجزائري فقد أولى الاهتمام برعاية الأسرة باعتبارها نواة المجتمع وخصها بحماية قانونية، من خلال مصادقته على اتفاقية حقوق الطفل حيث نصت المادة 1/6 منه "تعترف الدول الأطراف بأن لكل طفل حقا أصيلا في الحياة"⁽³⁾، كما نص الدستور في المادة 58 منه على ما يلي: "تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع"⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: تجريم الإجهاض كحق في الحياة في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري.

تعتبر جريمة الإجهاض* من أخطر الجرائم التي تهدد حياة الجنين باعتبارها تهدد أهداف الزواج و النظام في المجتمع، لذلك نتطرق إلي جريمة الإجهاض في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري .

¹ - سورة المائدة، الآية 32.

² - سورة البقرة، الآية 179.

* الإجهاض: لغة: أجهضت الناقة إجهاضا: ألفت ولدها بغير تمام.

- ابن منظور، لسان العرب، ص31، ج7.

- اصطلاحا: هو إلقاء المرأة جنينها ميتا أو حيا دون أن يعيش وقد استبان بعض خلقه بفعل منها أو من غيرها.

- ابراهيم محمد القاسم بن محمد رحيم، أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي للنشر و التوزيع ، سلسلة إصدارات الحكمة، الطبعة الأولى، السعودية، 2002، ص87-88.

³ - المرسوم الرئاسي 92-461 المؤرخ في 24 جمادي الثانية عام 1413هـ الموافق ل19 ديسمبر 1992 يتضمن

المصادقة مع التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل المصادقة عليها من الأمم المتحدة في 19 نوفمبر 1989 .

⁴ - القانون رقم 08 - 19 المؤرخ في 17 ذي القعدة 1429 الموافق ل 15 نوفمبر 2008 المتضمن الدستور الجزائري صادر بالجريدة الرسمية عدد 63 المؤرخة في 2008/11/16.

أولاً: أحكام جريمة الإجهاض في الفقه الإسلامي.

تباينت أقوال العلماء في الفقه الإسلامي في حكم الإجهاض لأنه لم يرد نص شرعية مباشر في دلالة في القرآن والسنة، وإنما جاء في القرآن ذكر القتل عموماً، أما السنة فقد وردت أحاديث ذات صلة بالإجهاض.

لذلك اجتهد العلماء في استنباط الأحكام الشرعية لجريمة الإجهاض من خلال مرحلة قبل نفخ الروح و بعدها.

أ- مرحلة قبل نفخ الروح:

اختلف الفقهاء في حكم الإجهاض قبل نفخ الروح بين الإباحة والتحريم والكرهية⁽¹⁾.

الرأي الأول: جواز الإجهاض قبل نفخ الروح

هو قول عند بعض الحنفية والمالكية والشافعية، فقد جاء في حاشية ابن عابدين: "وقالوا بباح إسقاط الولد قبل أربعة أشهر ولو بلا إذن الزوج"⁽²⁾، وجاء في بدائع الصنائع للكاساني "وإن لم يستبين شيء من خلقه فلا شيء فيه لأنه ليس بجنين، وإنما هو مضغة وسواء كان ذكراً أو أنثى لما قلنا، ولأن عدم استواء الخليقة يتعذر الفصل بين الذكر والأنثى فسقط اعتبار الأنوثة والذكورة فيه"⁽³⁾، أما ابن قدامة: "وإن ألفت مضغة لا صورة فيها، لم يجب ضمانها له لأنه لا يعلم أنها جنين"⁽⁴⁾.

¹ - إبراهيم محمد القاسم بن محمد رحيم، المرجع السابق، ص 263.

² - ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق عادل احمد الموجود وعلي محمد المعوض، دار عالم للنشر و التوزيع، دون طبعة، السعودية، 2003، ص 255، ج 10.

³ - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق عادل احمد الموجود وعلي محمد المعوض، دار الكتب العلمية للنشر و التوزيع ، الطبعة الثانية، لبنان، 1986، ص 449، ج 7 .

⁴ - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي الجماعلي الدمشقي، الكافي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، هجر للطباعة و النشر ، الطبعة الأولى، مصر، 1997، ج 5.

الرأي الثاني: جواز الإجهاض في مرحلتي النطفة والعلقة هو قول عند بعض الحنابلة والشافعية فقد جاء في كشاف القناع للبهوتي "لو أُلقت نطفة أو دما أو علقة، فلا يتعلق به شيء من الأحكام لأنه لم يثبت أنه ولد بالمشاهدة"⁽¹⁾.

أما الشافعية فقد جاء في بداية المجتهد "واختلفوا ففي هذا الباب في الخلقة التي توجب الغرة، فقال مالك كل ما طرحته من مضغة أو علقة مما يعلم أنه ولد ففيه الغرة، وقال الشافعي لاشيء فيه حتى تستبين الخلقة"⁽²⁾.

الرأي الثالث: جواز الإجهاض خلال الأربعين يوما الأولى من الإجهاض وهو قول عند أكثر الحنابلة فجاء في جامع العلوم لابن رجب "صرح أصحابنا بأنه إذا صار الولد علقة لم يجز للمرأة إسقاطه لأنه ولد انعقد، بخلاف النطفة فإنها لم تتعقد بعد، وقد لا تتعقد ولدا"⁽³⁾.

الرأي الرابع: تحريم الإجهاض مطلقا ذهب إليه أكثر المالكية وبعض الحنفية، الشافعية والحنابلة فعند المالكية جاء في حاشية الدسوقي "لا يجوز إخراج المنى المتكون في الرحم ولو قبل الأربعين يوما"⁽⁴⁾.

الرأي الراجح عند الفقهاء في حكم إجهاض الجنين قبل نفخ الروح:

بعد نقل آراء الفقهاء المتعلقة بحكم الإجهاض في مرحلة ما قبل نفخ الروح، فالعلماء رجحوا الرأي القائل بحرمة الإجهاض مطلقا ذلك للأسباب الآتية:

¹ - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، تحقيق هلال مصيلحي ومصطفى هلال، دار الفكر للنشر و التوزيع، دون طبعة، لبنان، 1982، ص220، ج5.

² - ابن احمد بن رشد القرطبي الأندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق عبد الله العبادي، دار السلام للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مصر، 1995، ص410، 411، ج4.

³ - زين الدين أبو الفرج عبد الرحمان بن شهاب التين، جامع العلوم والحكم، تحقيق ماهر ياسين، دار ابن كثير للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سوريا- لبنان، 2008، ص135، ج1.

⁴ - محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية للنشر و التوزيع ، دون طبعة، دون سنة نشر، ص267، ج4.

الإجهاض قبل نفخ الروح اعتراض على إرادة الله، فالشريعة الإسلامية تثبت للجنين الحق في الإرث والوصية⁽¹⁾، فكيف تثبت له هذه الحقوق وتتجاهل أهم الحقوق جميعاً ألا وهو حق الحياة، فمبدأ التخلق هي النطفة الأمشاج لقوله تعالى: ﴿إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا إِنَّا هَدَيْنَاهُ السَّبِيلَ إِمَّا شَاكِرًا وَإِمَّا كَفُورًا﴾⁽²⁾، فإباحة إسقاط الجنين في مرحلة ما قبل نفخ الروح بلا ضوابط أو قيود شرعية التي تقتضيها الضرورة يؤدي إلى مفسدة عظيمة، فيهدم بذلك قاعدة مهمة من الكليات الخمس وهي حفظ النسل⁽³⁾.

ب- مرحلة بعد نفخ الروح.

لقد أجمع فقهاء المسلمين على تحريم إسقاط الجنين بعد نفخ الروح دون أن يخالف في ذلك أحد من الفقهاء، ونفخ الروح هو الذي يتميز به الإنسان عن غيره لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا سَوَّيْتُهُ وَنَفَخْتُ فِيهِ مِنْ رُوحِي﴾⁽⁴⁾، فالروح هي جوهر مجرد ليس داخل البدن ولا منفصلاً عنه⁽⁵⁾.

ج- بعض صور جريمة الإجهاض في الشريعة الإسلامية.

نجل فيه بعض الصور التي قد يتعرض فيه الجنين للإجهاض والعقوبة التي توقع على الفاعل سواء كان من الأم الحامل أو الغير.

¹ - إبراهيم بن محمد قاسم بن محمد رحيم، المرجع السابق، ص 132-135.

² - سورة الإنسان، الآية 3.

³ - مصطفى عبد الفتاح لبنة، جريمة الإجهاض الحوامل (دراسة في موقف الشرائع السماوية والقوانين المعاصرة)، دار أولى النهي، الطبعة الأولى، لبنان، 1996، ص 275-278.

⁴ - سورة الحجر، الآية 29.

⁵ - مصطفى عبد الفتاح لبنة، المرجع السابق، ص 272-274.

1- إذا سقط ميتا في حياة الأم:

أجمع جمهور الفقهاء على أن الجنين إذا سقط ميتا في حياة الأم⁽¹⁾، وأوجب الغرة* قال ابن المنذر في الإجماع: "وأجمع كل من نحفظ لهم العلم على أن على الضارب بطن الأم، فتطرح جنيها ميتا لوقته غرة"⁽²⁾، أما ابن قدامة في الكافي: فقد قال "ودية الجنين الحر المسلم غرة، وأن ضرب بطن امرأة فألقت جنينين فعليه غرتان..."⁽³⁾، أما ابن عبد البر في الكافي "وإن ألقته ميتا لم يستهل، ففيه غرة عبد أو أمة"⁽⁴⁾، أما في كتاب الأم "إذا جنا رجل على امرأة عمدا أو خطأ فألقت جنينا ميتا فعلى عاقلته غرة عبد أو أمة"⁽⁵⁾، وجاء في المحيط البرهاني لأبو المعالي "إذا ضرب الرجل بطن امرأة فألقت جنينا ميتا، فعلى الضارب غرة، وهي عبد أو أمة"⁽⁶⁾.

2- إذا ألفت الأم أكثر من جنين:

اتفق الفقهاء على أن الدية* أو الغرة تتعدد بتعدد المجني عليهم وإن كان ذلك بجناية واحدة، حيث جاء في بدائع الصنائع: "فأما إذا ألفت جنينين فإذا كانا ميتين، ففي كل واحد

¹- محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، الإجهاض أحكامه و حدوده في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، مطبعة العبيكان للنشر و التوزيع،السعودية ،2011، ص135.

* الغرة اصطلاحاً: تطلق على ما يجب في الجناية على الجنين وهو أمة أو عبد.

²- أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، الإجماع، تحقيق أبو حماد صغير احمد بن محمد حنيف، (الفرقان، مكة الثقافية) للنشر و التوزيع ، الطبعة الثانية، الإمارات العربية المتحدة، 1995، ص 173، ج1.

³-موفق الدين أبي محمد عبد الله أحمد بن احمد بن قدامة المقدسي الجماعلي الدمشقي، الكافي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مصر، 1997، ص224-226، ج5.

⁴- أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تحقيق محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى، السعودية، 1978، ص1123، ج2 .

⁵- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مصر، 2001، ص269، ج7.

⁶- محمود بن صدر الشريعة ابن مازة البخاري برهان الدين أبو المعالي، المحيط البرهاني، تحقيق نعيم اشرف نور احمد، مكتبة الرشد للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى، السعودية، 2004، ص423، ج20.

منها غرة، وإن كان جنين ثم ماتا ففي كل واحد منهما دية لوجود سبب وجود كل منهما وهو الإلتلاف، إلا أنه أتلّفها بضربة واحدة، ومن أتلّف شخصين بضربة واحدة، يجب عليه ضمان كل واحد منهما⁽¹⁾، أما في التاج في الإكليل لمختصر خليل: "من ضربت فطرحت جنينين لم يستهلا ففیهما غرتان، ولو استهلا ففیهما ديتان".

و نفس المبدأ الذي جاء الشافعية في الأم إذا أُلقت المرأة أجنة موتى قبل موتها وبعده، فذلك كله سواء، وفي كل جنين منهم غرة⁽²⁾، وكذا جاء في المغنى "إذا ضرب بطن امرأة فأُلقت جنينين فعليه غرتان لأن في كل جنين غرة..."⁽³⁾

3- إذا سقط بعض أعضاء الجنين:

إذا اعتدي شخص على امرأة بضرب أو غيره، فأسقطت المضروبة يدا أو رجلا أو رأسا أو غيره، فالعقوبة حسب الفقهاء⁽⁴⁾ تكون كالاتي:

جاء في الروضة للنووي: " إذا أُلقت المضروبة يدا أو رجلا وماتت، ولم ينفصل الجنين

* الدية اصطلاحا: عرفها الفقهاء هي المال الواجب بالجناية من النقود والإبل والذهب والفضة، وسائر الأموال التي يجيز الشارع اعتبارها دية وتكون واجبة على الجنين بعد نفخ الروح، ويختلف مقدارها باختلاف جنس الجنين بمعنى أن دية الجنين الأنثى هي دية المرأة أي نصف دية الرجل، ودية الرجل مئة من الإبل، أو ألف دينار من الذهب، أو عشرة آلاف درهم من الفضة أو مائتان من البقر أو ألفان من الغنم.

- عائشة احمد سالم حسن، المرجع السابق، ص 417-418.

1- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ص 326، ج 7 .

2- الشافعي، الأم، المرجع السابق، ص 267، ج 7.

3- ابن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ص 226، ج 5.

4- محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، المرجع السابق، ص 195.

بتمامه فالصحيح وجوب الغرة...⁽¹⁾، أما المغني لابن قدامة: "إذا ضربها وألقت يدا... أو أوري في القوابل هاهنا، فإن قلنا: إنها يد من لم تخلق فيه الحياة ففيه نصف غرة، وإن قلن إنها يد من خلقت فيه الحياة ففيه نصف الدية"⁽²⁾.

4- إذا اعتدى على الجنين قبل انفصاله:

إذا جنا الإنسان على حامل بالضرب أو غيره، وأسقطت جنينا واعتدى عليه قبل سقوطه كله بأن ضربه أو غمه قبل انفصاله كله، فإن لم يستهل ولم يسمع له ما يدل على الحياة، فالواجب على الجاني غرة عبد أو أمة، أما إذا خرج رأسه وصاح أو تميز ما يدل منه ما يدل على الحياة فانقسم العلماء في ذلك إلى رأيين:⁽³⁾

- ذهب الحنفية والمالكية إلى وجوب الغرة ذلك ما جاء في الفتاوى الهندية "وإذا خرج رأس الولد وصاح فجاء رجل وذبحه، فعليه الغرة، لأنه جنين"⁽⁴⁾، أما في المالكية في حاشية الدسوقي "إذا تعمد الجاني بضرب بطن أو ظهر أو رأس أمه فنزل مستهلا ثم مات ففيه القصاص أو دية"⁽⁵⁾.

- ذهب الشافعية والحنابلة: أن على من حزر رأس الجنين قبل انفصاله⁽⁶⁾ القصاص* لتيقن حياته، جاء في المغني لابن قدامة "وإن ألقته حيا وجاء آخر وقتله وكان فيه حياة

¹- يحي بن شرف النووي دمشقي، روضة الطالبين، تحقيق عادل عبد الموجود، دار عالم الكتب للطباعة والنشر، طبعة خاصة، السعودية، 2003، ص277، ج7.

²- ابن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ص226، ج5.

³- محمد بن يحي حسن النجيمي، المرجع السابق، ص179.

⁴- علماء الهند، الفتاوى الهندية، تحقيق عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، دار الكتب العلمية للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، 2000، ص42، ج6.

⁵- الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ص270، ج4.

⁶- إبراهيم بن محمد قاسم بن محمد رحيم، المرجع السابق، ص420.

*القصاص اصطلاحاً: معاقبة الجاني على جريمة القتل أو القطع أو الجرح عمداً التي يمثلها.

مستقرة فعلى الثاني القصاص إن كان عمدا أو الدية الكاملة⁽¹⁾، أما النووي: "ولو خرج رأسه وصاح فحزّ رجل رقبته، فعلى الأصح يجب القصاص والدية"⁽²⁾.

و يرى الدكتور محمد بن يحيى بن الحسن النجيمي أن الشافعية والحنابلة هو القول الراجح لقوة أدلته وصراحتها خاصة في هذا العصر الذي كثرت فيه الجرائم، ولأن ذلك من باب لسد الذرائع وهو أصل عظيم في الفقه الإسلامي⁽³⁾.

الفرع الثالث: أحكام جريمة الإجهاض في القانون.

لقد كفل المشرع الجزائري حماية حق الجنين الذي في الحياة مما جعله يعتبر الإجهاض جريمة يعاقب عليها بنص المادة 304 من قانون العقوبات وما يليها، نتناول أركان هذه الجريمة، صورها، عقوبتها والاستثناء الوارد عليها.

أ- أركان الإجهاض

إن ركن جريمة الإجهاض هو ما لا تقوم الجريمة إلا به كالركن المادي والمعنوي، وكذا الركن المفترض في جريمة الإجهاض.

-الركن الشرعي: لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، فالإجهاض المعاقب عليه القانون هي الجريمة التي تنطبق عليه إحدى المواد المنصوص عليها في الفصل الثاني تحت عنوان "الجنايات والجنح ضد الأسرة و الآداب العامة"، من القسم الأول تحت عنوان "الإجهاض"، في المواد 304، 306، 308، 309، 310⁽⁴⁾.

وانطلاقا من دراسة المواد، فإن المشرع الجزائري قد حدد أركان جريمة الإجهاض كما يلي:

¹- ابن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ص75، ج5.

²- النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ص216، ج7.

³- محمد بن يحيى حسن النجيمي، المرجع السابق، ص256.

⁴- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 818 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم بالقانون رقم 14-01 المؤرخ في 04 فبراير 2014، صادر بالجريدة الرسمية عدد07 المؤرخة 2014/02/16.

حالة حمل أو افتراض حمل المرأة، فعل الإجهاض ووسائله، النية الإجرامية.

فجريمة الإجهاض لا تقوم إلا على امرأة حامل، أي وجود جنين حقيقي يسكن بطن الأم وسواء وقع الفعل في بداية الحمل أو وسطه أو في نهايته.

2-الركن المادي: يضم الركن المادي في جريمة الإجهاض صدور نشاط من الجاني يؤدي إلى هلاك الجنين بإسقاطه وخروجه من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته ولما بإنهاء نموه وتطوره داخل الرحم، باستعمال وسائل صناعية أو أفعال بدنية تؤدي للقضاء على الجنين، ويتضح بذلك أن عناصر الركن المادي لجريمة الإجهاض تتكون من ثلاثة عناصر:

- سلوك يأتيه الجاني: هو عبارة عن النشاط الذي يقوم به الجاني ويختلف هذا السلوك الإجرامي من جريمة لأخرى ويقوم على عنصرى الإرادة وحركة عضوية للقيام به.

- النتيجة الإجرامية: هي الأثر المترتب على السلوك الإجرامي للجاني وتتمثل في جريمة الإجهاض في خروج الجنين من الرحم وقطع الصلة التي تربطه بجسم أمه.

- العلاقة السببية: وهي رباط يربط بين قطبين أحدهما السلوك الإجرامي الذي يمثل السبب والآخر النتيجة الإجرامية التي تمثل دور الأثر المترتب على هذا السبب، وكذا إذا استعملت وسائل للإجهاض إلا أن الإجهاض لم يتم فهذا يعد شروعا يعاقب عليه القانون الجزائري وكما يمكن أن يكون من خلال مساهمة مجموعة من الفاعلين⁽¹⁾.

3-الركن المعنوي: هو اتجاه النية إلى الفعل أي القصد في الوصول إلى النتيجة المرغوب فيها، فوفقا للقواعد العامة في مرتكب جريمة الإجهاض هو وجود القصد الجنائي لدى الجاني و إرادته بتوجيه فعله إلى امرأة حامل و علمه بخطورة أفعاله على الجنين بتنفيذه فعل الإجهاض⁽²⁾

¹- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2014، ص61-62.

²- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص (جرائم ضد الأشخاص، جرائم ضد الأحوال)، دار هومه للنشر والتوزيع، الطبعة 4، الجزائر، 2010، ص36-37، ج1.

ب- صور جريمة الإجهاض في قانون العقوبات الجزائري

1- **إجهاض المرأة لنفسها:** نصت المادة 309 من قانون ع.ج: "تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 250 إلى 1000 دج المرأة التي أجهضت نفسها عمدا أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض"، بذلك فالمشرع الجزائري أورد حكما خاصا بالحامل مفاده أنها تعتبر فاعلة لجريمة الإجهاض في حالتين إذا ارتكبت هي الجريمة أو شرعت في ذلك أو إذا وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها، ففي هذه الحالة يعتبر من قدم تلك الإرشادات شريكا لها في جريمة الإجهاض وذلك حسب نص المادة 42 من ق.ع.ج، أما إذا كان من الأشخاص ذوي الصفة الخاصة، فإن فعل الإرشاد يدخل ضمن الأفعال المكونة لجريمة الإجهاض الشخص ذي الصفة الخاصة للحامل وتطبق عليه المادة 306 من ق.ع.ج.

2- **إجهاض الغير للحامل:** يكون الفاعل شخص غير الحامل، وقد يكون شخصا عاديا أو ذو صفة أي صاحب اختصاص كالطبيب والصيدلي ومن هم في حكمه⁽¹⁾.

3- **إجهاض الغير العادي للحامل:** نصت عليها المادة 304 من ق.ع.ج "كل من أجهض امرأة حامل أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أم لم توافق أو شرع في ذلك..."، ومن خلال النص فإن المشرع لم يشترط في الغير أي صفة، فقد يكون من أقرباء الحامل أو ليست له أي صلة قرابة تربطه بها، فالجاني يرتبط بدائرة التجريم ما دام قد استنفذ سلوكه الإجرامي المتمثل في فعل الإجهاض سواء ثبت الحمل أو لم يثبت، لأن العبرة بوجود القصد الجنائي لديه واتجاه إرادته إلى القضاء على الجنين.

فالمشرع لم يحدد الوسائل المؤدية للإجهاض، حيث أنه وسع في هذه الوسائل ولم يحصرها بعدد معين حتى لا يتمكن الجاني من الإفلات في العقاب ولم يقتصر الأمر على الغير بل نجده يساوي في العقوبة سواء رضيت الحامل أم لم ترضى.

¹ - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 35 .

4- إجهاض الغير ذي الصفة: في هذه الجريمة يوجد ظرف مشدد كون المجهض طبيبا أو صيدليا أو قابلة أو جراح أسنان، أو من طلبة الطب أو الصيدلة أو جراحة الأسنان وغيرهم الذين نكرتهم المادة 306 من ق.ع.ج، حيث نجد المشرع الجزائري ذكرهم على سبيل الحصر لعلاقة مهنتهم بما من شأنه إحداث الإجهاض أو تسهيله، والمرجع في تحديد الصفة هي القوانين التي تحدد اكتساب هذه الصفة وفقدانها.

5- الإجهاض بفعل المحرض: قد يتحقق الإجهاض مباشرة بعد تحريض المحرض للحامل وقد لا يتحقق في الوقت ذاته بل مستقبلا، فالتحريض يعد صورة من صور المساهمة الأصلية، فإذا تحقق في هذه الجريمة حسب المادة 310 من ق.ع.ج أفعال تحريضية من المحرض كالقاء خطب في أماكن أو اجتماعات عمومية، أو الدعاية في العيادات الطبية الحقيقية أو المزعومة أو باع أو طرح للبيع أو وزع كتب ورسومات أو صور رمزية كل ما يعد تحريض للإجهاض، وكل هذه الأفعال تثبت في نفس الحامل وتدعمها في التصميم على ارتكاب هذه الجريمة⁽¹⁾.

ج- إثبات جريمة الإجهاض

الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجه واقعة قانونية ترتبت أثارها، أما إثبات جريمة الإجهاض فهو من المسائل التي يحتاج إلى خبرة طبية، فالقاضي الجزائري بحكم تكوينه يلجأ إلى الطبيب الشرعي بهدف الوصول إلى المعلومات الضرورية من أجل البت في هذه المسائل الفنية⁽²⁾.

يتم تكليف الطبيب الشرعي إما بأمر قضائي أو بناء على حكم أو قرار صادر عن أي جهة قضائية كانت، ويقوم الخبير بأداء مهمة تحت مراقبة قاض التحقيق ويحيطه بكل التطورات التي يقوم بها وذلك حسب المادة 3/143 والمادة 1/148 من ق.ع.ج.

¹- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 35-45.

²- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 70-71.

تكتسب الخبرة الطبية في المادة الجزائية دورا مهما، حيث تتوقف عليه أحيانا إدانة المتهم أو تبرئته، فالقاضي يصعب عليه في بعض القضايا الفصل فيها فجريمة الإجهاض صعبة الإثبات وتكمن الصعوبة في التمييز بين الإجهاض الجنائي والإجهاض العفوي الطبيعي، لذلك فإن الطب الشرعي هو الفاصل في إعطاء النتائج الدقيقة والوصول إلى الحقيقة.

د- عقوبة جريمة الإجهاض

تختلف عقوبة الإجهاض بين التحقيق والتشديد كما تتنوع جرائم الإجهاض تبعا للوسائل المستعملة في ارتكاب جريمة الإجهاض أو صفة الجاني في جريمة الإجهاض.

1- عقوبة جريمة الإجهاض بوصفها جنحة:

جنح الإجهاض نصت عليها المواد (1/304، 305، 306، 307، 308، 309، 310) من ق.ع.ج، حيث يقرر كل نص فيها جنحة مستقلة عن الأخرى.

المادة 1/304 ق.ع.ج تنص على: "كل من أجهض امرأة حاملا ومفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات... يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة مالية من 500 إلى 10.000 دج"، ولكي تقوم هذه الجريمة توافر أركانها⁽¹⁾.

2- عقوبة جريمة الإجهاض بوصفها جنائية:

طبقا لقانون العقوبات الجزائري اعتبرت المادة 2/304 فعل الإجهاض جنائية إذا أدى إلى وفاة الحامل ويعاقب عليها بالسجن المؤقت من 10 سنوات إلى 20 سنة.

بذلك فالمشرع شدد العقوبة برفع العقوبة إذا أفضى فعل الإجهاض إلى الموت، ولم يعتد المشرع بالوسيلة المستعملة سواء بإعطاء مشروبات أو مأكولات أو أدوية وبصفة الفاعل.

¹- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص38، 39.

3- عقوبة التحريض على جريمة الإجهاض:

يعاقب المحرض على جريمة الإجهاض طبقاً لنص المادة 310 من ق.ع.ج بالحبس من شهرين إلى ثلاثة سنوات وبغرامة مالية من 500 إلى 10.000 أو بإحدى العقوبتين، إذا قام بالتحريض على الإجهاض بإحدى الطرق التي ذكرت في المادة 310 ق.ع.ج.

4- الظروف المشددة لعقوبة الإجهاض:

الظروف المشددة للعقوبة هي تلك الظروف الموضوعية للصيقة بالجريمة والتي تؤدي إلى تغيير صفتها، حيث ينتج عنها تشديد العقوبة، إما نظراً لصفة الشخص الذي قام بها أو للظروف الموضوعية التي لصقت بالجريمة فغيرت من وصفها.

لقد نصت المادة 305 من ق.ع.ج على الظروف المشددة: "إذا ثبت أن الجاني يمارس عادة الأفعال المشار إليها في المادة (304) فتضاعف عقوبة الحبس في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى وترفع عقوبة السجن المؤقت إلى الحد الأقصى"، وتكون على من تتوفر له إحدى الصفات الذي ذكرها النص بسبب الممارسة والاعتقاد وخبرته الفنية دون أن يترك أثراً للجريمة.

هـ - استثناءات تنفيذ عقوبات الإجهاض

تكمن هذه الاستثناءات بأسباب الإباحة التي وضعها المشرع في حالات خاصة الذي يسقط بمقتضاها وصف التجريم عن الفعل ولا يعتبر جريمة.

تنص المادة 308 من ق.ع.ج "لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبته إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجازها طبيب أو جراح في غير خفاء، وبعد إبلاغه السلطة الإدارية"، ومن خلال المادة يتبين أن أسباب الإباحة تكون في حالة الضرورة الموازنة لحياة الأم⁽¹⁾.

¹ - الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات، السالف الذكر.

المطلب الثاني

الحق في الهوية

نتناول في هذا المطلب حق اليتيم في الهوية والتي تتكون من الاسم، اللقب العائلي، الجنسية، ويكون من خلال التنظيم الشرعي والقانوني لهذه الحقوق.

الفرع الأول: الحق في الاسم واللقب العائلي شرعا.

لقد حرصت الشريعة الإسلامية في اختيار الاسم الحسن للإبن لما في ذلك من تأثير على شخصية الطفل، فكان واجبا على الوالد وحقا للولد⁽¹⁾، فاتفق الفقهاء على استحباب اسم المولود بحيث يكون الاسم حسنا في اللفظ والمعنى في قالب النظر الشرعي واللسان العربي خاليا مما دلت الشريعة الإسلامية على تحريمه أو كراهته⁽²⁾، وفي هذا الصدد قال ابن القيم "لما كانت الأسماء قوالب للمعاني ودالة عليها.....اقتضت الحكمة أن يكون بينهما ارتباط وتناسب فلأسماء تأثير على المسميات"⁽³⁾.

أما اللقب العائلي فقد قال تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾⁽⁴⁾، ولا يكون ذلك إلا بالزواج

¹- الشيخ حسين الخشن، حقوق الطفل في الإسلام، دار الملاك للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، لبنان، 2009، ص208-209.

²- أسماء بنت محمد إبراهيم آل طالب، أحكام المولود في الفقه الإسلامي، دار الصمعي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، السعودية، 2012، ص339.

³- ابن القيم الجوزية، زاد المعارف هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، لبنان، 1998، ص307، ج2.

⁴- سورة الأحزاب، الآية5.

الصحيح أي المكتمل لكل أركانه الشرعية لأن من مقتضيات العدل انساب الولد لأبيه، حيث قال الرسول صلى الله عليه وسلم "الولد للفرش وللعاشر الحجر"⁽¹⁾.

الجنسية في الشريعة الإسلامية تقوم على أساس الدين، فالمسلم رعية إسلامية أينما كان موطنه، وذلك لأن ولاية المسلم لا تكون لغير المسلم وإذا انتمى إلى دولة غير إسلامية فلا يعني انتفاء سيادة الدولة الإسلامية أيا كان موطنه، بذلك ينقسم المجتمع الإسلامي إلى دارين:

دار الإسلام: وهي الدولة التي تحكم بسطان المسلمين وتكون المنعة والقوة للمسلمين، ودار الحرب وهي الدار التي لا يكون فيها للمسلمين السلطان والمنعة للحاكم المسلم ويعني عدم امتداد الولاية للمسلمين⁽²⁾، وبهذا فإن القاعدة العامة التي تقوم عليها الجنسية في الشريعة الإسلامية بالنسبة للصغار ومن في حكمهم هي جنسية أبويه إذا أسلما الزوجان بعدما دخلا في الذمة، أما إذا أسلم الأب وحده أو دخل تبعه الأولاد غير المميزين، وإذا أسلمت الأم وحدها أو دخلت في الذمة تبعها الأولاد غير المميزين في رأي أبي حنيفة والشافعية وأحمد، وتبعوا الأب في رأي المالكية⁽³⁾.

الفرع الثاني: الحق في الإسم و اللقب العائلي قانونا

تماشيا مع المادة 1/3 من قانون حماية الطفل التي تنص " يتمتع كل طفل، دون تمييز يرجع إلى اللون أو الجنس أو اللغة أو الرأي أو العجز أو غيرها من أشكال التمييز بجميع الحقوق التي تنص عليها اتفاقية حقوق الطفل وغيرها من الاتفاقيات الدولية ذات الصلة المصدق عليها و تلك المنصوص عليها في التشريع الجزائري لاسيما الحق في

¹ - مسلم، صحيح مسلم، المرجع السابق، كتاب الرضاع، حديث رقم 1457، ص 1080.

² - محمد أبو زهرة، العلاقات الدولية في الإسلام، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، دون طبعة، مصر، 1995، ص 58-61.

³ - عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، دون طبعة، لبنان، دون نشر، ص 308-309، ج 1.

الحياة، وفي الاسم.....¹ و أضافت المادة 28 / 1 من ق.م التي تنص "يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده"⁽²⁾، فالاسم هو الوسيلة التي يتميز بها الشخص والمعنى الثاني للقب⁽³⁾، يعرف بأنه اسم وقع الاختيار عليه ليضاف إلى الشخص ليدل على انتسابه وانتمائه إلى مجموعة معينة من ذوي القرى المنحدر من أصل واحد⁽⁴⁾، ويتم اكتساب الاسم الشخصي من طرف الشخص الذي يصرح أمام ضابط الحالة المدنية أو من طرف الأب أو الأم أو في حال عدم وجودهما المصريح حسب المادة 64 / 1 من قانون الحالة المدنية⁽⁵⁾، واشترط المشرع في المادة 28 / 2 من ق.م "يجب أن تكون الأسماء جزائرية وقد يكون خلاف ذلك بالنسبة للأطفال المولودين من أبوين غير مسلمين"، ونفس المضمون الذي حملته المادة 64 / 2 من قانون الحالة المدنية، أما بالنسبة للولد المكفول فقد أورد المشرع الجزائري في قانون الأسرة أنه يحتفظ بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وهذا بمقتضى المادة 120 من ق.أ.ج.

أما الجنسية في التشريع الجزائري يقصد به انتماء الفرد إلى دولة معينة⁽⁶⁾، ويحدد القانون الشروط الواجب لاكتسابها فقد نصت المادة 30 من الدستور الجزائرية لتعديل 2008 "الجنسية الجزائرية، معرفة بالقانون"، وتثبت الجنسية لكل فرد أو شخص قانوني مهما كانت حالته الاجتماعية، والأصل أن تثبت للفرد منذ ولادته ولا تسقط عنه إلا بالوفاة و المعيار الذي تقوم عليه الجنسية في القانون الجزائري، فتكون أصلية على أساس حق الدم تمنح للطفل على أساس رابطة النسب الموجودة بينه ووالديه بحيث يصبح الأصل العائلي الذي

¹ - قانون رقم 15-12 المتضمن قانون حماية الطفل، السالف الذكر.

² - الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

³ - محمد فريدة زاوي، المرجع السابق، ص 65-66.

⁴ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 144.

⁵ - الأمر رقم 20-70 المؤرخ في 19 فيفري 1970 الموافق ل 13 ذي الحجة 1389 المتضمن الحالة المدنية المعدل

بالقانون رقم 14-08 الصادر في الجريدة الرسمية عدد 49 المؤرخة في 09-08-2014 .

⁶ - عكاشة محمد عبد العال، الوسيط في أحكام الجنسية (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى،

لبنان، 2002، ص 19.

ينحدر منه المولود والنسب الذي ينقل الجنسية للابن الشرعي الناتج عن زواج قائم، إذ تنص المادة 06 من قانون الجنسية "يعتبر جزائرياً الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية".

يعتبر رجال القانون بأن علاقة منح الجنسية الأصلية على أساس حق الدم للطفل من أمه هو حفظ حقوق أبناء الجزائريات المتزوجات بأجانب، واللاتي يعشن مع أطفالهن في الجزائر وأهمها الحق في التعليم المجاني والحق في التأمين الصحي⁽¹⁾.

كما تقوم الجنسية الأصلية على أساس حق الإقليم، والتي بمقتضاها يمنح القانون الجنسية للطفل المولود في الإقليم الجزائري بغض النظر عن أصله أو دم أبيه أو أمه، وهذا ما أكدته المادة 07 من قانون الجنسية الذي ذكر على سبيل الحصر حالات منح الجنسية الجزائرية حيث تنص "يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر: الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين، الولد المولود من أب مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاده دون بيانات أخرى تمكن من إثبات جنسيته".

هناك أيضاً إمكانية اكتساب الجنسية الجزائرية بعد الميلاد⁽²⁾، حيث نصت المادة 3/11 من قانون الجنسية "إذا توفي أجنبي عن زوجته وأولاده وكان بإمكانه أثناء حياته أن يدخل في الصنف المذكور في الفقرة الأولى أعلاه، فيمكن هؤلاء أن يطلبوا تجنسه بعد الوفاة في نفس الوقت الذي يطلبون فيه تجنسهم"، وعليه منح المشرع الجزائري للزوجة والأولاد بعد وفاة الأجنبي الذي كان يستفيد من حكم التجنس، حق طلب تجنسه بعد الوفاة قصد استفادتهم هم أيضاً، ولم يميز هذا النص بين الأولاد القصر والأولاد الراشدين لعمومه، ويرجح شراح القانون أنه يشمل الفتيتين مع فارق مفاده أن الأولاد الراشدين يطلبون التجنس بصفة فردية في حين ينوب من الأولاد القصر وليهم الشرعي.

¹ - الطيب زروتي، الوسط في الجنسية الجزائرية، مطبعة الكاهنة للنشر و التوزيع ، دون طبعة، الجزائر، 2002، ص282-283.

² - بن عبدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، دار هومه للنشر و التوزيع ، الطبعة الثانية، الجزائر، 2007، ص115.

فالآثار الجماعية لاكتساب الجنسية حسب المادة 17 الذي جاء فيها "يصبح الأولاد القصر لشخص اكتسب الجنسية الجزائرية بموجب المادة 10 من هذا القانون جزائريين في نفس الوقت كوالدهم، على أن لهم حرية التنازل عن الجنسية الجزائرية خلال سنتين ابتداء من بلوغهم سن الرشد" (1) فتبعية الأولاد القصر جعلها المشرع الجزائري في جانب الأب دون الأم وأساس التجنس هو الإرادة وبلوغ سن الرشد (2).

قانون الأسرة أخذ على عاتقه توضيح ديانة الطفل، حيث نصت المادة 62 من ق.أ.ج. على تربية الطفل على دين أبيه (3).

المطلب الثالث

الحق في النسب

النسب أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة ويرتبط بها أفرادها برباط دائم الصلة التي تقوم على أساس وحدة الدم، فهو نعمة عظيمة أنعمها الله على الإنسان إذ لولاها لتفككت أواصر الأسرة وذابت الصلة بينهم (4)، لقوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾ (5)، كما أن الشريعة الإسلامية منعت إنكار نسب الأولاد لقول الرسول صلى الله عليه وسلم "أيما امرأة ألحقت بقوم من ليس منهم فليست من الله في شيء، ولن يدخلها الله جنته، و أيما رجل أنكر ولده ، وقد عرفه ، احتجب الله منه يوم القيامة ، وفضحه على رؤوس الأشهاد" (6) ، فرعاية النسب وحمايته من كل شبهة أو

1 - الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 7 شوال 1390 الموافق ل15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-01 المؤرخ في الجريدة الرسمية عدد 15 المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

2- الطيب زروقي، المرجع السابق، ص424-425.

3- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص139.

4- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ص673، ج7.

5- سورة الفرقان، الآية 54.

6- أبي عبد الله بن يزيد القزويني ابن ماجة ، سنن ابن ماجة، دار إحياء الكتب العربية للنشر و التوزيع، دون طبعة، دون سنة النشر، كتاب الفرائض، حديث رقم 2743، ص916، ج1.

ادعاء أو تزيف هي حماية ووقاية للروابط الأسرية من أي تصدع أو تفكك⁽¹⁾، وهذا ما تبناه المشرع الجزائري في ق.أ.ج في الفصل الخامس من المواد 40 إلى 46 منه⁽²⁾.

الفرع الأول: أسباب ثبوت النسب.

يثبت نسب الابن من أبيه عن طريق الزواج الصحيح أو الفاسد أو الوطء بشبهة أو الإقرار بالنسب أما المادة 1/40 من قانون رقم 11/84 المتضمن قانون أ.ج المعدل والمتمم حيث تنص "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون".

أولاً: ثبوت النسب بالزواج الصحيح

يثبت نسب الولد إلى والده متى كان الزواج صحيحاً، فإذا جاءت الزوجة بولد حال قيام الزوجية الصحيحة بينها وبين زوجها، يثبت بالفراش نسب ولدها منه إذا توافرت شروط ثبوت النسب بالفراش بدون حاجة إلى بينة ولا إقرار الزوج بالبينة⁽³⁾ لقول الرسول صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش وللعاهر الحجر"⁽⁴⁾.

فإثبات النسب بالزواج الصحيح يتطلب الشروط الآتية:

- حصول الزواج أي وجود العقد الشرعي الصحيح وهو السبب في ثبوت لمن يولد حيال قيام الزوجية.

¹- بلخير سديد، الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري (دراسة مقارنة)، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2009، ص71.

²- قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، السالف الذكر.

³- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، 1992، ص318-320، ج9.

⁴- أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيساموري، صحيح مسلم، دار الكتب العلمية للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، الأولى، لبنان، 1991، كتاب الرضاع، حديث رقم 1457، ص1080.

- إمكان حدوث الولادة بسبب الزوج بأن يكون الزوج بالغا.

- احتمال حدوث الحمل أثناء قيام الزوجية وذلك بأن تلد المرأة لستة أشهر فأكثر منذ أمكن الاتصال⁽¹⁾، وقد ذكرت آيات من القرآن الكريم مدة الحمل في قوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا ۖ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا ۖ وَحَمَلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾⁽²⁾، وكذلك قوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصْلُهُ فِي عَامَيْنِ﴾⁽³⁾، فدللت الآية الأولى على مدة الحمل والفصال معا، ودلت الآية الثانية على مدة الفصال وحده، وبإسقاط مدة الفصال التي هي أربعة وعشرون شهرا من ثلاثين شهرا (مدة الحمل والفصال معا) تكون مدة أقل الحمل ستة أشهر، أما أكثر الحمل فلم يرد نص لا في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وللفقهاء المسلمين فيها آراء وأقوال متعددة⁽⁴⁾.

أما في حالة حدوث وفاة فإن المادة 43 من نفس القانون نصت على "ينسب الولد لأبيه إذا وقع الحمل خلال (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة"⁽⁵⁾.

ثانيا: ثبوت النسب بالزواج الفاسد.

جاء في نص المادة 40 من ق.أ.ج يثبت النسب بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 فبالرجوع إلى أحكام هذه المواد فإنه إذا تزوج الرجل بامرأة وقد فقد الزواج شرطا من شروطه أو ركنا من أركانه أو أكثر من ركن، أو شرط مما يؤثر هذا

¹- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 681-683، ج7.

²- سورة الأحقاف، الآية 15.

³- سورة لقمان، الآية 14.

⁴- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية للنشر و التوزيع، مصر، 2002، ص 279.

⁵- العربي بختي، المرجع السابق، ص 74-75.

- رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص 381-382.

الاختلال على صحة النكاح، فإن هذا النكاح يحكم بفسخه ولو بعد الدخول عند الفقهاء أو تبين أن المرأة من محارم الرجل بعد الدخول، فإذا نتج عن هذا الزواج حمل فإن المولود ينسب لأبيه الحقيقي وهو الزوج، ويأخذ هذا الأخير جميع حقوق الأبوة وأحكامها⁽¹⁾.

ثالثاً: ثبوت النسب بنكاح الشبهة.

فالوطء بشبهة هو الاتصال الجنسي بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد، فهو دخول على المرأة دون رؤية سابقة لها، فالحمل الناتج ينسب إلى الرجل ويسمى نكاحه بنكاح الشبهة، وهذا ما نصت عليه المادة 40 من ق.أ.ج من حيث إثبات نسب الولد⁽²⁾.

الفرع الثاني: طرق إثبات النسب.

طبقاً للمادة 40 من قانون الأسرة المعدل بالأمر رقم 02/05 فإن طرق إثبات النسب تتمثل في الإقرار أو البيينة أو كما يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.

أولاً: إثبات النسب بالإقرار (الإستحاق).

الإقرار هو تحميل النسب على غير المقر ابتداء ثم يتعدى إلى نفس المقر، وقد نصت عليه المادتين (44 و 45) ولالإقرار أنواع⁽³⁾:

النوع الأول: الإقرار بأصل النسب وهو البنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب⁽⁴⁾، حيث تنص المادة 44 من ق.أ "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة"، وبالتالي تكمن شروط الإقرار كم يلي:

¹- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 686-687.

²- محمد علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، الأردن، 2010، ص 352.

³- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 383-384.

⁴- رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص 375.

- أن يكون المقر بينوته لمجهول النسب لأنه لو كان معلوم وثابت النسب لا يقبل الفسخ.
- أن يكون ممن يولد لمثل المقر لأنه إن كان المقر له لا يولد مثله لمثل المقر كان الظاهر مكذبا هذا الإقرار فلا يصح.
- أن لا يقول المقر أنه من سفاه.
- أن يصدقه المقر على إقراره إذا كان أهلا للتصديق بأن كان في سن التمييز⁽¹⁾.

النوع الثاني: وهو الذي يحمل النسب على غير المقر ابتداء ثم يتعداه إلي نفسه كالإقرار بالأخوة أو العمومة ولا يتعداه إلى الغير لأنه حجة قاصرة إلى المقر وتنص المادة 45 من ق.أ.ج " الإقرار بالنسب في غير البنوة، والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه"⁽²⁾.

ثانيا: إثبات النسب بالبينة.

البينة حسب المادة 40 من ق.أ.ج هي كل حجة أو دليل، و يثبت النسب بالبينة بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين عند أبي حنيفة وشهادة رجلين عند المالكية وجميع الورثة عند الشافعية والحنابلة وأبي يوسف.

كما يمكن إثبات واقعة الولادة بشهادة امرأة واحدة حرة مسلمة معروفة بالعدالة فقد ثبت عن الرسول صلى الله عليه وسلم إجازته شهادة القابلة.

إضافة إلى جواز الشهادة بالتسامع الذي هو استفاضة الخبر بين الناس وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على جواز إثبات النسب بشهادة السماع كما هو الشأن في الزواج

¹- عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص397-398، ج9.

²- رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص375.

- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص104.

والدخول بالزوجة والرضاع والولادة والوفاة⁽¹⁾.

ثالثاً: إثبات النسب بالطرق العلمية

لقد أضاف التعديل الأخير لقانون الأسرة في المادة 40 الطرق العلمية لإثبات النسب مواكبة للتطورات العلمية وهذا وفق تعديل قانون رقم 84-11 بالأمر رقم 05-02، حيث تنص المادة 2/40 "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، ومن هنا أشارت هذه المادة إلى الطرق العلمية، وأوردتها بصيغة التخيير ما يجعل للقاضي السلطة التقديرية في إحالة أطراف الخصومة إلى إجراء التحاليل اللازمة.

رابعاً: إثبات النسب عن طريق التلقيح الاصطناعي

إن من بين أهداف الزواج إنجاب الذرية، فإذا عجز الزوجان عن الإنجاب بالطريقة الطبيعية جاز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، وهذا ما أكدته المادة 45 مكرر من ق.أ.ج بنصها "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي"، وقد اشترطت نفس المادة بعض الشروط⁽²⁾ الواجب توفرها وهي كالتالي:

- أن يكون الزواج شرعياً.
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.
- أن يتم بمنى الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها.
- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.

¹- أحمد محمد علي داوود، الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2009، ص278-279.

- رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص386-387.

²- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص391.

المطلب الثالث

الحق في الحضانة

إن من أهم الآثار القانونية لانحلال عقد الزواج بوفاة الأب هو وضع الطفل اليتيم عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه، لذلك اعتبرت الحضانة الكفيلة برعاية الطفل، فكانت من المسائل التي اهتمت بها الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري، و أولتها اطار من الحماية لأنها تختص بالصغير باعتباره اللبنة الأولى التي تتكون منها الأسرة⁽¹⁾

الفرع الأول: مفهوم الحضانة

أولاً: تعريف الحضانة

اختلفت تعاريف حسب المذاهب الفقهية الأربعة فنجد المذهب المالكي عرفها أنها "حفظ الولد والقيام بمصالحه"⁽²⁾، وعرّفها المذهب الشافعي "حفظ من لا يستقل بأموره عن نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل وكبير، ومجنون وتربيته"⁽³⁾، أما الحنابلة عرفوها⁽⁴⁾ "حفظ الصغير ومجنون ومعتوه عما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم"، أخيراً عرفها الحنفية "تربية الولد لمن له حق الحضانة"⁽⁵⁾، كما عرفها وهبة الزحيلي "هي تربية وحفظ من لا يستقل بأموره بنفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل وكبير ومجنون وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونموه، وتنظيفه وغسله ثيابه في سن معينة ونحوها"⁽⁶⁾، وقد عرفها المشرع الجزائري في

¹ - بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2008، ص253.

² - الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ص526، ج2.

³ - الشريبي، مغني المحتاج، المرجع السابق، ص452، ج3.

⁴ - البهوتي، كشف الإقناع على متن الإقناع، المرجع السابق، ص576، ج5.

⁵ - ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، ص179، ج4.

⁶ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص717-718، ج7.

المادة 62 أنها "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"⁽¹⁾.

ثانيا: شروط الحضانة:

لقد فصلت الشريعة الإسلامية الشروط الواجب توافرها في الحاضن عكس المشرع الجزائري الذي اشترط الأهلية⁽²⁾، ولم ينص على بعض الشروط التي نصت عليها الشريعة الإسلامية، وبما أن المادة 222 من ق.أ.ج تحيلنا إليها، فهناك شروط عامة وشروط خاصة لحضانة الطفل وهي كالآتي:

أولا: الشروط العامة للحضانة.

تثبت الحضانة للمرأة والرجل ولو أن الحضانة قدمت للنساء على الرجال بحكم القدرة والتكوين على رعاية الصغير وتتمثل هذه الشروط الآتية:

- الأهلية: يشترط في الحاضن أن يكون بالغا يخول له القيام بشؤون الصغير والمحافظة على مصالحه.

- العقل: فلا حضانة لمجنون أو معتوه لأنهما ليسا من أهل الولاية والحضانة من باب الولاية.

- الأمانة: لا تثبت للفاسق حضانة الصغير لاحتمال أن لا يقوم بواجبه في رعاية المحضون⁽³⁾.

- إتحاد الدين: فالمرتد لا تثبت له الحضانة سواء كان ذكرا أو أنثى.

- الحرية: فلا تثبت للعبد حتى وإن أذن له سيده لأن منفعته لسيده وهو مشغول به.

¹- قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، السالف الذكر.

²- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص139

³- تنص المادة 222 من ق.أ.ج " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

- القدرة: يقصد بالقدرة الاستطاعة على صيانة الصغير في خلقه وصحته فيكون الحاضن متمتعاً بصحته الجسدية والخلقية، فلا حضانة للعاجز البالغ من العمر سن الشيخوخة⁽¹⁾.

- الإسلام: اختلف الفقهاء في مسألة الإسلام الحاضنة، فنجد المالكية يرونه ليس شرطاً أما الأحناف فيجيزون حضانة المرتدة إذا نفذت عقوبة الحبس عليها، فإذا تابت عاد لها حق الحضانة، أما الشافعية والحنابلة فيشترطون اتحاد الدين لأنها من باب الولاية فلا ولاية لكافر على مسلم.

ثانياً: الشروط الخاصة في الحاضن: هناك بعض الشروط خاصة بالنساء وشروط خاصة بالرجال.

أ- الشروط الخاصة بالنساء:

- أن لا تتزوج الحاضنة من أجنبي بالنسبة للصغير، فإذا تزوجت بقريب غير محرم سقطت عنها الحضانة⁽²⁾، وقد أشارت المادة 66 من ق.أ.ج إلى هذا الشرط بنصها "يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم".

- أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم للمحزون أي أن تكون من محارم المحزون كأمه أو جدته.

- أن لا تقيم بالمحزون في بيت من يبغضه ويكرهه، لأنه يتضرر ويعرضه للأذى والضياع⁽³⁾.

ب- الشروط الخاصة بالرجال: إضافة إلى الشروط العامة السابقة يشترط أيضاً ما يلي:

¹- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص726، ج7.

²- محمد بن أحمد الصالح، المرجع السابق، ص10.

³- محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق 768-769.

- اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون لأن حق الرجل في الحضانة مبني على الميراث ولا توارث بين المسلم وغير المسلم.

- أن يكون المحضون محرماً للمحضون خاصة إذا كانت أنثى، لأن غير المحرم يجوز له نكاحها فلا يؤتمن عليها⁽¹⁾.

الفرع الثاني: أحكام الحضانة

تخضع أحكام الحضانة إلى قاعدة مهمة وهي "مبدأ مصلحة المحضون" والتي تتكون من عنصرين هما المصلحة المادية والمعنوية، وبذلك نجد أن للقاضي دور مهم في إسناد الحضانة تبعاً لهذه القاعدة، فله سلطة تقديرية واسعة ابتداءً من المادة 62 وما يليها.

أولاً: ترتيب مستحقي الحضانة.

الأصل في الحضانة أن تكون للنساء، لأن المرأة أقدر وأصبر من الرجل على تربية الطفل و أعرف بما يلزمه و أعظم شفقة عليه و أكثر جلدًا وأعظم صبراً على تحمل أعباء الطفل⁽¹⁾، واختلف الفقه الإسلامي في ترتيب الحاضنين على ما يلي:

- الحنفية الأم أحق بحضانة الولد ثم أم الأم ثم أم الأب ثم الأخوات الشقيقات ثم الأخوات لأم ثم الأخت لأب أو الخالة ثم بنت الأخت الشقيقة ثم بنت الأخت لأم ثم بنت الأخت لأب ثم الخالة ثم بنت الأخ ثم العمات و هكذا.

- الشافعية: عند اجتماع النساء وحدهن فأولى النساء بالحضانة الأم ثم أمهات لها يدلين بإناث وراثت لمشاركتهن الام في الارث و الولادة، يقدم أقربهن فأقربهن ثم أم الأب ثم أمهاتها المدليات بإناث وراثت ثم أم أبي الأب ثم أم أبي الجد و هكذا و تقدم الأخت من أي جهة على الخالة ثم تقدم الخالة على بنت أخت و هكذا⁽²⁾.

1- محمد بن أحمد الصالح، المرجع السابق، 116-117.

2- عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ج10، ص16-21.

عند اجتماع الرجال وحدهم تثبت الحضانة لكل ذكر محرم وارث على ترتيب الإرث كالإبن و الجد وإن علا، و الأخ لأبوين أو الأب، و العم كذلك لقوة قرابتهن بالمحرمية الأثر والولاية على ترتيب الإرث عند الاجتماع فيقدم أب ثم الجد وإن علا ثم أخ شقيق ثم لأب وإن علا عند اجتماع الرجال و النساء إذا اجتمعوا والجميع أهل استحقاق الحضانة فالأم

مقدمة على الجميع ثم لأمهات الأم المدليات بإنات وإن علون كأم الأم لأنهن في معنى الأمثم تكون الحضانة للأب لأنه الأشفق عليه ثم أمهاته وإن علون و هكذا.

- المالكية: الأم أحق بحضانة الولد سواء مات زوجها أو مطلقة فإن لم توجد فأم الأم فجدة الأم و إن علت فخالتها فعمة الأم، فجدته لأبيه فأبوه فأخته فعمته فعمته لأبيه فخاله أبيه، فبنت أخ شقيقة أو لأم أو لأب ثم بنت أخته.

- الحنابلة: أحق الناس بحضانة الولد أمه و من بعد الأم إلى أمهاتها، القربى فالقربى لأنهن في معنى الأم و إن لم توجد تثبت الحضانة للأب لأنه أقرب من غيره ثم تثبت لأمهاته القربى فالقربى فإن لم توجد فالحضانة للجد لأنه أب أو بمنزلته ثم من بعده إلى أمهاته⁽¹⁾.

من خلال نص المادة 64 من ق.أ.ج التي رتب أصحاب الحضانة كما يلي: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة ثم العمه، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون"⁽²⁾.

غير أن ترتيب الحضانة السابق يخضع لمبدأ مهم و هو مصلحة المحضون، حيث كرسته المحكمة العليا في قراراتها فعلى سبيل المثال فقد أيد القاضي منح الحضانة للجددة لأم

¹ - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ج10، 16-23.

² - قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، السالف الذكر.

بدل الوالد مخالفاً ذلك الترتيب الوارد في المادة 64 من ق.أ.ج لوجود مصلحة المحضون.⁽¹⁾

ثانياً: مسقطات الحضانة

لقد أورد المشرع الجزائري في ق.أ.ج على أسباب وحالات سقوط حق الحضانة:

- قد يسقط حق الحضانة بتزوج الحاضنة بقريب غير محرم، فإن تزوجت سقط حقها بالحضانة وهذا ما نصت المادة 66 من ق.أ.ج بنصها "يسقط حق الحضانة بالتزوج بقريب محرم"، مما يعني أن الأم الحاضنة لأولادها بمجرد زواجها مع شخص ليس له علاقة قرابة مع المحضون، فإنه يسقط حقها في الحضانة بقوة القانون وينتقل هذا الحق إلى الأشخاص المذكورين في المادة 64 من ق.أ.ج.

- كما يسقط حق الحضانة بالتنازل عنها وفق المادة 66 السابقة في شطرها الثاني بنصها "...وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"، فقد أقر المشرع في نص هذه المادة على أن للحاضنة الحق في التنازل عن الحضانة ويقيد هذا الحق بشرط أساسي وهو أن لا يضر بمصلحة المحضون.

- تسقط أيضاً إذا ثبت لمن أسندت له الحضانة أنه قد أهمل واجبه نحو المحضون، بحيث يكون قد تركه دون رعاية ولا حماية ولا تعليم لا تربية وهذا ما نصت عليه المادة 67 من ق.أ.ج "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه"⁽¹⁾.

- أما بالنسبة لعمل المرأة نظراً لصعوبة الحياة اليومية والظروف الاجتماعية القاسية فقد أدى إلى خروج الحاضنة للعمل للحصول على مكسب رزق، فالمشرع في المادة 2/67 قد أجاز ذلك بشرط مراعاة مصلحة المحضون، حيث تنص "ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سبباً من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة".

¹ - المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، بتاريخ 10/03/2011، ملف رقم 613469، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012.

كما يسقط حق الحضانة بالتقادم حيث جاء في نص المادة 68 من ق.أ.ج "إذا لم يطلب الحضانة مستحقها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها"، فإنه في حالة ما إذا تخلى الحضانة ولم يطلبها في الوقت المناسب حتى مضى على ذلك مدة من الزمن تفوق السنة الكاملة فإن حقه سيسقط بقوة القانون.

فقد أثارت المادة 69 من ق.أ.ج على سبب آخر من أسباب سقوط الحضانة بنصها "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون"، ويعني أن الشخص الذي صدر حكم الحضانة لصالحه وأراد أن يستوطن في بلد أجنبي يسقط حقه في الحضانة إلا إذا رأى القاضي مصلحة المحضون في بقاءه مع الحاضن، أما إذا انتقل المحضون من منطقة إلى منطقة داخل الوطن فلا مجال للحديث عن سقوط الحضانة⁽¹⁾.

الفرع الثالث: مدة الحضانة

تبتدئ مدة الحضانة من وقت ولادة الطفل أما انتهاءها فتختلف تبعاً لاختلاف نوع المحضون بالذكورة والأنوثة، فإذا كان المحضون ذكراً فإن حضانتهم تستمر حتى يستغني عن خدمة النساء، أما إذا كان المحضون أنثى فإنها تبقى تحت إشراف الحاضنة لتعويدها على ما يليق بالمرأة من عادات وأخلاق وحتى الزواج والدخول بها⁽²⁾.

أما قانون الأسرة الجزائري فقد نصت في المادة 65 منه على "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أم لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم

¹ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 143.

- عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 76، ج 10.

² - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 742-743، ج 7.

- محمد بن أحمد الصالح، المرجع السابق، ص 122-123.

- أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 219.

بانتهاؤها مصلحة المحضون"، فالمشرع بذلك حدد مدة حضانة الذكر بـ 10 سنوات ويمكن تمديدها إلى 16 سنة إذا توفرت الشروط الآتية:

- أن يكون تمديد حق الحضانة يخدم مصلحة المحضون.

- أن تكون الحاضنة هي الأم وأن لا تكون قد تزوجت.

أما بالنسبة للأنثى فإن انتهاء الحضانة تكون حسب المادة 07 من ق.أ.ج تمتد إلى غاية سن الزواج وهو 19 سنة⁽¹⁾.

¹- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص141.

الفصل الثاني

الحقوق المالية لليتيم

الفصل الثاني

الحقوق المالية لليتيم

لما كان من حق كل طفل أن يملك المال* ، ولو كان في بطن أمه جنينا فمن حق اليتيم أن يملكه مثله في ذلك مثل كل أقرانه من الأفراد ولكن باعتباره فاقدًا أو ناقصًا للأهلية بالتصرف في أمواله، أحاطت الشريعة الإسلامية والقانون بهذه المرحلة، فشرعت النيابة الشرعية على أموال اليتيم لحفظها وتميمتها بناءً على مبدأ المصلحة الفضلى لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ^ج وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ^ط إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا⁽¹⁾﴾

المبحث الأول

مصادر أموال اليتيم

لليتم أموال كغيره من أفراد المجتمع، تتنوع حسب منشئها فقد يتلقاها كحق وقد تكون تبرعا من الغير، و يمكن أن تختلف طبيعتها من يتيم لآخر .

* المال: عرفه الفقهاء كما يلي:

الحنفية: هو كل ما يمكن حيازته ولحرازه وينتفع به عادة، أما جمهور الفقهاء فهو كل مال له قيمة يلزم متلفه بضمانه.
- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 41، 42، ج 4.

* تشير أن لليتم الحق في اكتساب هذه الحقوق المالية وغيرها في مرحلة ما قبل الولادة وما بعد الولادة، باعتبارها أنها تصرفات نافعة نفعاً محضاً، إلا أننا تخصصنا أكثر بالدراسة في مرحلة الحمل باعتبارها الحلقة الأضعف من مراحل عمره.

¹ - سورة الإسراء، الآية 34

المطلب الأول

الحق في الميراث

لقد تعدت حماية الشريعة الإسلامية للجنين من حرمة الاعتداء على حياته إلى ضمان حقه المادي في الميراث وأحاطته بمجموعة من الأحكام، ونفس المسلك الذي اتبعه المشرع الجزائري في ق.أ.ج حيث أقر بدوره ميراث الحمل.

الفرع الأول: مفهوم ميراث الحمل.

أولاً: تعريف الحمل

الحمل هو كل ما تحمله الأنثى من الأولاد، أو ما يحمل في البطن من ولد وكذا يمكن أن القول أن الحمل هو تخلق الجنين في رحم أمه⁽¹⁾.

ثانياً: مشروعية ميراث الحمل.

لقد ثبت ميراث الحمل بالسنة النبوية بالحديث الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إذا استهل المولود ورث»⁽²⁾، بهذا الحديث استدل الفقهاء على أن الحمل من جملة المستحقين للميراث إذا قام به سبب من أسباب الإرث وانتقت عنه مواعده.

ثالثاً: شروط ميراث الحمل: لا بد لميراث الحمل توفر شرطين وهما:

¹ - عائشة أحمد سالم حسن، الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، 2008، ص 11-12.

- حسن حمد الدليمي، ميراث الحمل في الشريعة الإسلامية، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، العدد 10، العراق، 2007، ص 5.

² - ابن ماجة، سنن ابن ماجة، المرجع السابق، كتاب الفرائض، حديث رقم 2750، ص 919، ج 1.

الشرط الأول: أن يكون الحمل موجودا في بطن أمه عند وفاة مورثه.

لأن الإرث خلافة للمعدوم لا يتصور أن يكون خلفا عن أحد، والجنين وإن لم تكن حياته متحققة وقت وفاة المورث، إلا أنه اعتبر حياته بالمآل لأنه الموجود منه في سبيل أن يتكون منه شخص حي، فيعطي له حكم الحياة⁽¹⁾، وقد نصت المادة 128 من ق.أ.ج على: "يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة"⁽²⁾.

يستدل على وجود الجنين في بطن أمه وفاة المورث إذا ولد خلال مدة يغلب عليها الظن أنه كان موجودا في بطن أمه خلال وقت وفاة مورثه فهذه المدة تختلف في أقلها وأكثرها.

أ- أقل مدة الحمل: اختلف الفقهاء في تحديد أقل مدة الحمل على منهجين:

- ذهب ابن عباس وعلي رضي الله عنها وجمهور الفقهاء إلى أن أقل مدة الحمل (6) أشهر هلالية واستدلوا على ذلك⁽³⁾ لقوله تعالى: ﴿...وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ...﴾⁽⁴⁾، مع قوله تعالى: ﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾⁽⁵⁾، فإن مدة الحمل والفصال ثلاثين شهرا وأن الفصال عامين وبعد إسقاط العامين تكون أقل مدة الحم (6) أشهر.

- ذهب الإمام أحمد بن حنبل وابن تيمية والظاهرية إلى أن أقل مدة الحمل تسعة أشهر⁽⁶⁾، أما المشرع الجزائري في ق.أ.ج فقد أخذ بمذهب جمهور الفقهاء، حيث حدد أقل مدة الحمل

¹ - جمعة محمد براج، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، دار الفكر للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 1981، ص685.

² - الأمر رقم 05-02 المتضمن قانون الأسرة.

³ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص676، ج8.

⁴ - سورة الأحقاف، الآية 15.

⁵ - سورة لقمان، الآية 14.

⁶ - جمعة محمد براج، المرجع السابق، ص687.

ب (6) أشهر وذلك وفق المادة 42، حيث تنص في شطرها الأول "أقل مدة الحمل (6) أشهر"⁽¹⁾.

ب- **أكثر مدة الحمل:** لم يتحدد أقصى مدة الحمل من كتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم لذلك اختلف الفقهاء في تحديدها ويمكن حصر الخلاف في المذاهب الآتية:
 - ذهب المالكية إلى أن أكثر مدة الحمل (5) سنوات⁽²⁾، أما الشافعية فإن أكثر مدة الحمل (4) سنوات وهو أصح الأقوال عند الإمام بن حنبل⁽³⁾، وعن الحنفية فأكثرها سنتان⁽⁴⁾.
 إلا أن الملاحظ أن الولادة تحصل في الأعم والأغلب في تسعة (9) أشهر، وما يعرف من الواقع أن أكثر مدة الحمل تسعة أشهر، وهذا ما ذهب إليه الظاهرية، وقول قريب عند المالكية لمحمد بن الحكم (سنة هلالية)⁽⁵⁾.

أما المشرع الجزائري فقد حدد أقصى مدة الحمل ب (10) أشهر بنص المادة 42 من ق.أ. في شطرها الثاني على "...وأقصاها عشر (10) أشهر"، ونفس الشيء الذي نصت عليه المادة حيث نصت "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشر (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة"⁽⁶⁾.

¹ - الأمر رقم 05 - 02 المتضمن قانون الأسرة.

² - الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ص 474-475، ج2.

³ - شمس الدين بن محمد الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تحقيق علي محمد معوض وعادل احمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية للنشر و التوزيع ، الطبعة الثالثة، لبنان، 2004، ص 217-218، ج2.

- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، تحقيق أحمد عبد الحميد، عالم الكتب للنشر والتوزيع، دون طبعة، السعودية، 2003، ص 2758 .

⁴ - عبد الغنى الغنيمي الدمشقي الميداني، اللباب في شرح الكتاب، ج3، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية للنشر والتوزيع، دون طبعة، لبنان، دون سنة نشر، ص 88، ج3.

⁵ - جمعة محمد محمد براج، المرجع السابق، ص 689.

⁶ - قانون رقم 84 - 11 المتضمن قانون الأسرة المعدل، السالف الذكر.

الشرط الثاني: أن يولد الجنين كله حيا.

وتثبت حياته بولادته حيا كله كما ذهب إليه جمهور الفقهاء خلافا لما ذهب إليه الحنفية فقالوا: إن حياة الجنين تثبت بخروج أكثره حيا، ويستدل على ولايته حيا بأي علامة من علامات الحياة كالصراخ والعطاس أو التثاؤب⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تقسيم التركة حال وجود الحمل ضمن الورثة

اختلف الفقهاء في تقسيم التركة في حالة إصرار الورثة على ذلك إلى أقوال:

أولاً: قول الحنفية: تقسم التركة على اعتبار الحمل أربع بنين أو أربعة بنات ثم يوقف لهم أفضل النصيبين وذلك بما جرت به العادة ونقل عن السابقين عدم وضع المرأة لأكثر من أربعة أولاد⁽²⁾.

ثانياً: قول الحنابلة: تقسم التركة على اعتبار الحمل اثنين من الذكور أو اثنين من الإناث ثم يوقف له أفضل النصيبين ذلك أن الحمل يتعدد إلى اثنين في الولادة الواحدة والعبارة بالغالب لا بالقليل النادر⁽³⁾.

ثالثاً: قول أبي يوسف تقسم التركة على اعتبار الحمل ابن واحد أو بنت واحدة ثم يوقف له أفضل النصيبين⁽⁴⁾.

رابعاً: قول الشافعية: توقف التركة ولا يعطي شيء إلا من كان نصيبه لا يختلف فيدفع نصيبه واستدلوا على ذلك بميلاد أكثر من خمسة أولاد في بطن واحد⁽⁵⁾.

¹ - نصر فريد محمد واصل، فقه المواريث والوصية، المكتبة التوقيفية للنشر و التوزيع ، دون طبعة، مصر، 1995، ص211.

² - الميداني، اللباب في شرح الكتاب، المرجع السابق، ص199، ج4.

³ - البهوتي، كشف القناع من متن الإقناع، المرجع السابق، ص2244-2245 .

⁴ - الميداني، اللباب في شرح الكتاب، المرجع السابق، ص199، ج4.

⁵ - ابي محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي، التهذيب في الفقه الشافعي، تحقيق احمد عبد الموجود وعلي محمد المعوض، دار الكتب العلمية الطبعة الأولى، لبنان، 1997، ص52، ج5.

خامسا: المالكية: خلافا لجمهور الفقهاء فالتركة لا تقسم حال وجود الحمل، فتوقف قسمة التركة حتى الولادة⁽¹⁾.

الفرع الثالث: أحوال الحمل في الميراث

لما كان الحمل يدور في حالة بين الوجود والعدم وتارة أخرى بين الذكورة والأنوثة ومرة أخرى بين الانفراد والتعدد، كان توزيع التركة التي فيها حمل غير نهائي في أغلب الحالات لذلك وضع الفقهاء أحكام لتقسيم التركة التي فيها حمل⁽²⁾.

1- لا يكون وارثا لا باعتباره ذكرا ولا أنثى: ففي هذه الحالة لا يلتفت لوجوده لأنه غير وارث على كل حال وتقسم التركة على الموجودين من الورثة.

مثال: توفيت زوجة عن زوج وبنت وأم حامل وجد لأب، ففي هذا المثال فإن الحمل لا يرث لأنه إما أخ شقيق أو أخت شقيقة⁽³⁾.

حامل	أم	جد لأب	بنت	زوج
↓	↓	↓	↓	↓
م ح ح	$\frac{1}{6}$	$\frac{1}{6}$	$\frac{1}{2}$	$\frac{1}{4}$
↓	↓	↓	↓	↓
/	2	2	6	3

¹- محمد بن أحمد بن عليش، منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار الفكر للطباعة و النشر، لبنان، 1984، ص698، ج9.

²- محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، دون طبعة، مصر، 1963، ص213-214.

³- جمعة محمد محمد براج، المرجع السابق، ص694.

2- أن يكون وارثا علي الاعتبارين ولا يتغير نصيبه فيهما:

يكون ذلك إذا كان من أولاد الأم ومثال ذلك أن يكون الورثة أمًا حاملًا، وأختا شقيقة، وأختا لأب، ففي هذه الحالة يكون ولد الأم يستحق السدس لا فرق بين أن يكون ذكر أو أنثى.

↓ أم	↓ أخت شقيقة	↓ أخت لأب	↓ أخ أو أخت لأم (حمل)
$\frac{1}{6}$	$\frac{1}{2}$	$\frac{1}{6}$	$\frac{1}{6}$

3- أن يكون وارثين و يختلف نصيبهما من أحد الآخر:

الحمل في هذه الحالة يكون وارثا على التقدير ويختلف نصيبها وتقسم هذه التركة على فرض الحمل ذكرا أو أنثى.

مثال 1: توفي رجل عن أب وأم وبنت وزوجة حامل (علي فرض الأنوثة)

أب	أم	زوجة	بنتان
↓	↓	↓	↓
$\frac{1}{6}$	$\frac{1}{6}$	$\frac{1}{8}$	$\frac{2}{3}$
↓	↓	↓	↓
4	4	3	16
↓	↓	↓	↓
4	4	3	16

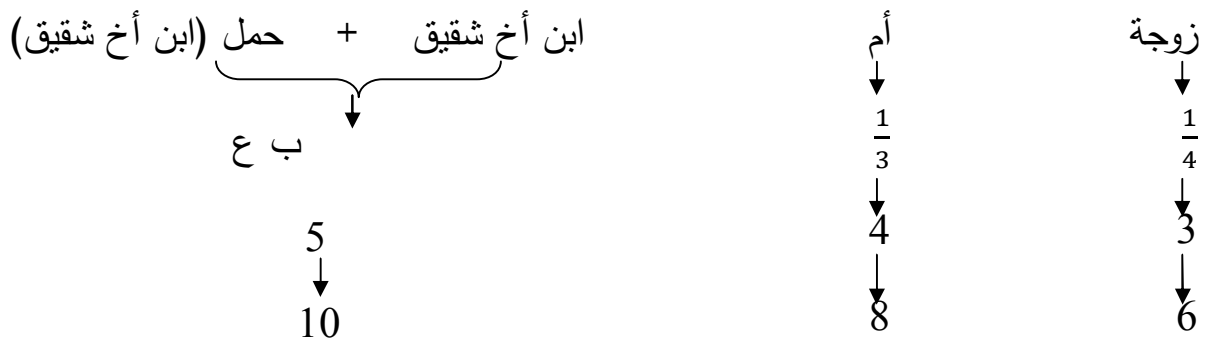
مثال 2: توفي رجل عن أب وأم وبنت وزوجة حامل (علي فرض الذكورة).

أب	أم	زوجة	بنت ابن
↓	↓	↓	↓
$\frac{1}{6}$	$\frac{1}{6}$	$\frac{1}{8}$	ع بالغير
↓	↓	↓	#
4	4	3	13
↓	↓	↓	↓
12	12	9	39

4- أن يكون وارثا على أحد الاعتبار دون الآخر:

يكون بالنظر على أي اعتبار وارثا وتقسم التركة على هذا الأساس ويحتفظ بنصيب الحمل، فإن ولد على اعتبار أنه ورث أخذ ما حجز به وإذا ولد على اعتبار أنه لا يرث رد ما حجز له للورثة الذين تغيرت أنصبتهم بحجز نصيب الحمل.

مثال: توفي رجل عن زوجة وأم وابن أخ شقيق وزوجة أخ شقيق حامل⁽¹⁾.



5- أن يكون وارثا فيها ويحجب من عداه من الورثة:

إذا كان الحمل وارثا على التقديرين فلا تتم التركة بل توقف إلى ولادة الحمل كونه يحجب من معه من الورثة حجب حرمان.

مثال: توفي رجل عن أخ شقيق وزوجه حامل، فالحمل هنا يحجب حجب حرمان الأخ الشقيق، الإخوة لأم لا يرثون مع ولد الابن ذكرا أو أنثى وكذا الإخوة الأشقاء أو مع الأعمام فهو يحجب حجب حرمان⁽¹⁾.

خالف المقنن المذهب المالكي في وقف التركة حتى ولادة الحمل، واختار مذهب الجمهور بتقسيم التركة والاحتفاظ بنصيب الحمل.

¹ - جمعة محمد براج، المرجع السابق، ص 694-699-701.

أما في تقدير عدد الحمل فقد اختار المشرع ما ذهب إليه أبو يوسف من الحنفية إلى وقف أوفر النصيبين على تقدير ذكوره أو أنوثته الأخط منهما، أما بالنسبة لغيره من الورثة إذا كان وارثاً على أحد التقديرين دون الآخر فإنه لا يعطي شيئاً حتى ولادة الحمل، أما من كان نصيبه يتأثر بوجود الحمل وزيادة ونقصاناً فإنه يعطي أقل النصيبين، بينما يوقف للحمل أخط النصيبين من كونه ذكر أو أنثى⁽¹⁾ وهذا ما نصت عليه المادة 173 من ق.أ.ج "بوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها".

المطلب الثاني

الحق في الوصية

تعتبر الوصية* نوعاً من التصرفات الناقلة للملكية، فهي تنشأ وتنتقل بإرادة الموصي نفسه ولا تنتج أثرها إلا بعد وفاته، فالحمل صحت الوصية له وأجازتها الشريعة الإسلامية. **الفرع الأول: مشروعية الوصية للحمل.**

لقد استدل فقهاء الشريعة الإسلامية على مشروعية الوصية بالكتاب لقوله تعالى:

﴿مَنْ بَعَدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دِينَ﴾⁽²⁾، أما بالنسبة للسنة النبوية فقد قال الرسول صلى

¹ - بلحاج العربي، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2010، ص 366 .

* الوصية لغة: من العهد، فنقول أوصى الرجل ووصاه.

- ابن منظور، لسان العرب، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، لبنان، 1990، ص 394، ج 15.

اصطلاحاً: الملكية هي عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعدة، الشافعية تبرع بحق مضاف ولو تقديراً لما بعد الموت، الحنفية تملك مضاف لما بعد الموت، الحنابلة الأمر بالتصرف بعد الموت.

² - سورة النساء، الآية 11.

الله عليه وسلم "إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم"⁽¹⁾، أما الإجماع فقد أجمع الفقهاء على جواز الوصية من زمن البحث إلى يومنا هذا، فيوصون ببعض أموالهم بغير إنكار أحد منهم⁽²⁾.

الفرع الثاني: شروط الوصية للحمل

أولاً: أن يوجد الجنين في بطن أمه وقت الوصية، فإذا لم يكن موجوداً لا تصح الوصية للمعدوم وهو قول جمهور الفقهاء.

فقد حدد المشرع الجزائري أقل مدة الحمل وأكثر حيث نصت المادة 42 من ق.أ.ج الجزائري على "أقل مدة الحمل ستة (6) أشهر وأكثرها عشر (10) أشهر"، أما أكثر الحنفية أن تضعه أمه لأقل من سنتين فإن وضعته لأكثر من ذلك لم تصح الوصية له، أما الشافعية والحنابلة هو أن تضعه أمه لأقل من أربعة سنوات فإن وضعته لأكثر من ذلك لم تصح الوصية له، والمذهب المالكي كان له رأي مخالف بالنسبة لجمهور الفقهاء حيث أنه أطلق الوصية سواء الموجود أو الذي سيوجد مستقبلاً، فلم يقيد بها بأي شرط⁽³⁾.

ثانياً: أن يولد الحمل حياً حياة تامة ويستهل صارخاً أو بعطس، أو بدت له أي علامة ظاهرة تدل على حياته، وفي حالة موته فلا وصية له، ونصت المادة 134 من ق.أ.ج "...ويعتبر حياً إذا استهل صارخاً أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة".

ثالثاً: أن يولد على الصفة أرادها الموصي فإن عينه حين الوصية منسوباً إلى شخص معين فلا يستحق الوصية إلا إذا ثبت نسبه من ذلك الشخص، وفي حالة ما إذا ولدت امرأة أكثر

¹- ابن ماجة، سنن أبي ماجة، المرجع السابق، كتاب الوصايا، حديث رقم 2709، ص 904، ج 1.

²- علي خفيف، أحكام الوصية (بحوث مقارنة)، دار الفكر العربي للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى، مصر، 2010،

ص 11.

³- علي خفيف، المرجع السابق، ص 56-57.

من ولد كان الموصى بينهم بالتساوي ولو اختلف الجنس عملا بنص المادة 187 من ق.أ.ج "...وإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس"⁽¹⁾.

المطلب الثالث

الحق في الوقف

الوقف* نظام عرفته الشريعة الإسلامية، وأثبت للجنين هذا الحق على غرار عقود التبرع الأخرى كالوصية، فهو تصرف يتم بإرادة منفردة من الواقف، وإذا أحاطت الشريعة الإسلامية بأحكامه فما موقف المشرع الجزائري في قانون الأسرة من ذلك.

الفرع الأول: تعريف الوقف: عرفه المشرع الجزائري في ق.أ. في المادة 213 أنه "الوقف حبس المال عن التملك على وجه التأييد والتصدق".

أما في الفقه الإسلامي فقد اختلف تعاريف الفقهاء باختلاف مذاهبهم، فعرفها الحنفية أنها حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة⁽²⁾، أما المالكية فالوقف هو إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاءه في ملك معطيه⁽³⁾، وكذا نجد الشافعية بدورهم عرفوه أنه حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، بقطع التصرف عن رقبتة على مصرف مباح موجود⁽⁴⁾، وأخيرا عرفه الحنابلة أنه تحببب الأصل وتسبيل المنفعة⁽⁵⁾.

¹ - عائشة أحمد سالم حسن، المرجع السابق، ص 99-100.

* الوقف لغة: هو الحبس والمنع، ابن منظور، المرجع السابق، ص 1440، ج 4.

² - زين الدين الشهير بابن نعيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، علاء الدين للطباعة والنشر، ص 202، ج 5.

³ - محمد بن محمد بن عبد الرحمان المالكي المغربي الخطاب أبو عبد الله، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، دار رضوان للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، موريتانيا، 2010، ص 223، ج 6.

⁴ - محمد بن محمد الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع، دار الكتب العلمية للنشر و التوزيع، الطبعة الثالثة، لبنان، 2004، ص 161، ج 2.

⁵ - علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 1955، ص 3، ج 7.

يتضح أن فقهاء الشريعة الإسلامية أقرّوا صحة الوقف وثبوت استحقاق الموقوف وكلاهما يتم بإيجاب الواقف وحده، وبناءً على ذلك يصح الوقف على الأولاد والذرية الموجودة منهم حسب جمهور الفقهاء⁽¹⁾.

الفرع الثاني: حكم الوقف للحمل

لوقف على الحمل حالتان:⁽²⁾

الحالة الأولى: أن يقف عليه أصالة على وجه الاستغلال، كأن يقول وقفت داري هذه على حمل هذه المرأة أو على من سيولد لي، على اعتبار أنه نسل الذرية وذلك على رأيان:

- رأي الحنفية والشافعية والحنابلة الذين يرون عدم صحة الوقف في مثل هذه الحالة، لأن الحمل ليس أهلاً للملك، وقال النووي: "لا يصح الوقف على من لا يملك، كالجنين".
- رأي المالكية حيث أجازوا الوقف على الحمل أو على من سيولد.

الحالة الثانية: أن يوقف الواقف على ولده ثم على الفقراء ولا ولد له، وفي ذلك رأيان:

- رأي الشافعية: لم يجيزوا هذا الوقف لأن الوقف على المعدوم باطل وما بني على باطل فهو باطل.⁽³⁾

- رأي جمهور الفقهاء: ذهبوا إلى إجازة وصحة هذا الوقف، وتصرف الغلة إلى الفقراء، لأنه لما وقف على أولاد ولا ولد له فكأنما وقفها على الفقراء ابتداءً.

¹ - عائشة أحمد سالم، المرجع السابق، ص 102.

² - محمد عبيد الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، مطبعة الإرشاد، دون طبعة، العراق، 1977، ص 460، ج 1.

ملاحظة: لقد أحالتنا المادة 222 من ق.أ.ج إلى أحكام الشريعة الإسلامية نظراً لعدم وجود نص ينظم حق الوقف للحمل، بالرغم من إقرار المشرع للحمل حق الوصية والهبة.

³ - محمد عبيد الكبيسي، المرجع السابق، ص 460-461.

المطلب الرابع

الحق في الهبة

تعد الهبة من التصرفات القانونية التي تنقل للحمل حقوقا، وهذا ما قننه المشرع الجزائري في قانون الأسرة.

الفرع الأول: تعريف الهبة*

عرفها الحنفية أنها تملك بلا عوض⁽¹⁾، أما المالكية تملك لذات بلا عوض لوجه الموهوب له وتسمى هدية⁽²⁾، أما الشافعية يقال لما يعم الصدقة والهدية فهي تملك تطوع في الحياة⁽³⁾، أما الحنابلة فهي تملك في الحياة بغير عوض⁽⁴⁾.

وعرفها المشرع الجزائري في قانون أ.ج 202 أنها "تمليك بلا عوض".

الفرع الثاني: حكم الهبة للحمل.

فمن جمهور الفقهاء فيرون أنه لا تصح الهبة للحمل لأن ملكيته معلقة على خروجه حيا. أما المالكية فقد أجازوا الهبة للحمل ذلك أن الهبة في معنى الوقف، وبما أنه جائز أصالة، وعلى وجه الاستقلال فكذلك للهبة⁽⁵⁾.

* الهبة لغة: هي العطية الخالية من الأعراض والأعراض، ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ص 803، ج 1.

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ص 84، ج 8.

² - الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ص 98، ج 4.

³ - الشرييني، الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع، ص 169-170، ج 2.

⁴ - ابن قدامة، المغنى، المرجع السابق، ص 239، ج 8.

⁵ - خالد محمد صالح، المرجع السابق، ص 222-223.

أما المشرع الجزائري فقد حذا بالفقهاء المالكي في إجازته للهبة للحمل مخالفاً بذلك جمهور الفقهاء حيث نصت المادة 209 من ق.أ.ج "تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حياً".

المطلب الخامس

الحق في النفقة

يثبت لليتيم الحق في النفقة كغير من الأطفال حماية له من الضياع والتشرد.

الفرع الأول: مشروعية النفقة على الأولاد.

نجد نفقة الأولاد لقوله تعالى: (وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)⁽¹⁾، وفي حالة عدم وجود الأب وهو الأصل في هذه الحالة فعلى الجد أو الأم حسب نسبتها في الميراث الإنفاق عليه، ثم الأقرب من الأقارب⁽²⁾، لقوله تعالى: (يَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلْ مَا أَنْفَقْتُمْ مِنْ خَيْرٍ فَلِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ وَالْيَتَامَى وَالْمَسْكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ)⁽³⁾، وتشمل هذه النفقة حسب المادة 78 من ق.أ.ج الغذاء، الكسوة والعلاج والسكن وأجرته وكل ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

أما إذا لم يكفل أحد من الأقارب لينفق عليه فتتكفل الدولة بذلك، وقد أوجب المشرع الجزائري في ق.أ.ج على الأم بالنفقة على الأولاد إذا عجز الأب على ذلك بشرط القدرة.

¹ - سورة البقرة، الآية 233.

² - محمد بن محمد الصاح، المرجع السابق، ص 215.

- أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 218-219.

- سورة البقرة، الآية 215.

³ - أنظر المادة 76 من ق.أ.ج.

الفرع الثاني: شروط وجوب النفقة على الأولاد

يشترط لوجوب النفقة على الأولاد ما يلي:

أولاً: أن يكون الأصل قادراً على الإنفاق بيسار أو له القدرة على الكسب.

ثانياً: أن يكون الولد معسراً لا مال له ولا قدرة على الاكتساب كالصغير في السن.

ثالثاً: كما اشترط الحنابلة على خلاف الجمهور الاتحاد في الدين لاعتبار أنهما غير متوارثين⁽¹⁾.

الفرع الثالث: تقدير قيمة النفقة وتاريخ استحقاقها

يراعي القاضي في تقدير النفقة آخذاً بعين الاعتبار الحالة الاجتماعية والمالية لطرفي الدعوى ولا يجوز مراجعة قيمة هذه النفقة إلا بمرور سنة من الحكم.

إن الأصل في استحقاق النفقة تكون من تاريخ وضع الدعوى، لكن يمكن للقاضي أن يحكم باستحقاقها، بناءً على بينة ولا تتجاوز هذه المدة السنة قبل رفع الدعوى⁽²⁾.

المطلب السادس

الحق في المهر

تولت أحكام الشريعة الإسلامية عنايتها باليتم من كل الجوانب، فأحاطت بحماية حق اليتيمة في مهرها بتحقيق مصالحها بجلب الخير ودفء الأذى عنها.

¹ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 824-825، ج 7.

² - أنظر المادة 79 والمادة 80 من ق.أ.ج.

الفرع الأول: مشروعية المهر لليتيمة.

حمل الإسلام مبدءاً ينظم ويرسي العدل بين اليتيمة وقريناتها من النساء خلافاً لما كان به معمول في الجاهلية تلقياً من وليها الطمع والغبن في مالها ومهرها⁽¹⁾، لذلك أنزل الله عز وجل في القرآن الكريم الحكم الموضح لهذه المسألة لقوله تعالى: ﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ ۗ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتِمَى النِّسَاءِ الَّتِي لَا تُوْتُوهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنْكِحُوهُنَّ وَالْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الْوِلْدَانِ وَأَن تَقُومُوا لِلْيَتَمَىٰ بِالْقِسْطِ ۗ وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِهِ عَلِيمًا﴾⁽²⁾، فعن عروة بن الزبير أنه "سأل عائشة رضي الله عنها قالت له: يأمتاه "وان خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى" إلى قوله "أو ما ملكت أيمانكم"، قالت عائشة: يا بن أخي هذه اليتيمة تكون في حجر وليها فيرغب في جمالها ومالها ويريد أن ينقص من صداقها فنهوا عن نكاحهن إلا أن يقسطوا لهم في إكمال الصداق⁽³⁾، فهو حق من حقوق الزوجة على زوجها وهو المال الواجب على الرجل للمرأة بسبب عقد الزواج عليها ويكون مهر مسمى أو مهر المثل، فهو بذلك واجب على الرجل لقوله تعالى ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ مِحْلَةً ۚ فَإِن طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾⁽⁴⁾، وهذا ما ضمنه المشرع الجزائري في ق.أ.ج في المادة 9

مكرر أين نص على الصداق كشرط في عقد الزواج.

¹ - محمد بن أحمد الصالح، المرجع السابق، ص 201-204.

² - سورة النساء، الآية 127.

³ - البخاري، صحيح البخاري، المرجع السابق، كتاب النكاح، حديث رقم 5140، ص 1310.

⁴ - سورة النساء، الآية 4

الفرع الثاني: مقدار المهر

اتفق الفقهاء على أنه لا حد لأكثر المهر لقوله تعالى ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَسْتَبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ۚ أَتَأْخُذُونَهُ بِهْتِنًا وَإِنَّمَا مُبِينًا﴾⁽¹⁾، وروي أن عمر بن الخطاب أراد أن يجعل حدا للمغلاة في المهور فاعترضته امرأة بهذه الآية فقال أصابت امرأة و أخطأ عمر، و المستحب عدم المغلاة في المهور⁽²⁾ لما روي عن سهل بن سعد " أن النبي(ص) قال لرجل تزوج ولو بخاتم من حديد"⁽³⁾.

اختلف الفقهاء في أقل المهر فذهب الشافعية و الحنابلة إلى أنه لا حد لأقله فكل ما يتمول يصح أن يكون صداقا، أما الحنفية فهو عشرة دراهم و المالكية ربع دينار أو ثلاثة دراهم⁽⁴⁾.

المبحث الثاني

أحكام تصرفات النائب الشرعي في أموال اليتيم

ذكرنا في ما سبق أن اليتيم بسبب أهليته ينوب عنه وليه أو وصيه أو مقدمه أو كفيله في إبرام تصرفات، فالطفل منذ ولادته إلى أن يبلغ سن التمييز ليس له أهلية أداء كاملة فيظل الطفل في هذه المرحلة الزمنية فاقد أو ناقص للأهلية الأداء، التي تؤهله هذه الأخيرة إلى إجراء تصرفات شرعية وقانونية تعتمد التعقل ولهذا تدعوا الحاجة إلى مباشرة العقود والتصرفات من ينوب عنه شرعا من ولي أو وصي وغيرهما.

1 - سورة النساء، الآية 20

2 - محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر للنشر و التوزيع، الطبعة الثالثة، الأردن، 2010، ص100-101.

3 - البخاري، صحيح البخاري، المرجع السابق، كتاب النكاح، حديث رقم 5150، ص 1313.

4 - محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص101.

نصت المادة 82 من ق.أ.ج "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة"، أما حكم تصرف الصبي المميز المالية في قانون الأسرة أخذ المشرع الجزائري مسلكا مخالفا للقانون المدني حيث نص في المادة 83ق.أ.ج " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من ق.م.ج تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى القاضي".⁽¹⁾

المطلب الأول

تصرفات النائب الشرعي بمال اليتيم في عقود المعاوضات المالية.

لما كان النائب الشرعي يقوم في مال اليتيم مقام البالغ الرشيد في مال نفسه، فكان من الواجب أن يحتاط بمال هذا الأخير كما يحتاط لنفسه وأكثر حماية وتنمية لها، وقد نص المشرع الجزائري في ق.إ.م.إ. المادة 468 "تخضع إدارة أموال القاصر في حالة وفاة الوالدين إلى رقابة القاضي" ما يعني أن قاضي شؤون الأسرة يتولى مراقبة أموال القاصر في حالة وفاة والديه.

الفرع الأول: بيع عقار اليتيم

أولا: موقف الفقه الإسلامي.

- قول المالكية: ذهبوا إلى عدم جواز متولي أمر اليتيم من ولي أو وصي أو كافل فهو بمنزلة الوصي أو الحاكم إذا كان اليتيم لا ولي له بيع مال القاصر إلا بتحقق الشروط الآتية ومنها:

¹- أنظر محمد سعيد جعفر، تصرفات ناقص الأهلية في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومه للنشر والتوزيع، دون طبعة، الجزائر، 2010، ص5، 6، 13، 20، 21.

- أن يبيعه بزيادة الثلث على ثمن المثل فأكثر.
- أن تكون له حصة في دار أو أرض فيصبح له أن يبيعها ويستبدل غيرها.
- أن يكون له دار يخاف خرابها وله مال يمكن تعمیرها وبيعها أولى من تعمیرها، أما بالنسبة للحاكم أو وصيه فله أن يبيع مال اليتيم الذي لم يجعل له أبوه وصيا إذا دعت الضرورة التي يبيعه بشروط منها:
- إثبات يتمه و إهماله أي لم يعين له وليه وصيا حال حياته، إثبات ملك اليتيم لما يراد ببيعه.
- قول الحنابلة: ذهبوا إلى عدم جواز لمتولي الصغير بيع عقارهم إلا لضرورة أو غبطة، فأما الضرورة تلبية حاجاتهم من كسوة ونفقة أو قضاء أو دين أو يخاف عليه الهلاك بغرق أو خراب أو نحوه والغبطة ببيعه في ثمن الثلث فصاعدا.
- قول الشافعية: يجوز للذي يلي أمر الصبي من جد أو الأم أو الوصي أو القاضي أو من ينصب القاضي ببيع العقار إذا كانت حاجته في ذلك مثل أن لا يكون له ما يصرف من نفقة أو كسوة وقصرت الغلة عن الوفاء بهما ولم يجد من يقرضه أو وجود مصلحة ببيعه بأكثر من مثله وهو يجد مثله ببعض ذلك الثمن⁽¹⁾.
- قول الحنفية: يجوز للقائم على مال اليتيم شرط أن خير للصغير ويكون ذلك بأن يزيد الثمن بضعف قيمته⁽²⁾، وإذا باع مال اليتيم وأجل قبض الثمن فإن كان التأجيل طويلا بأنه

¹- عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 322-323، ج 2.

- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ص 302-304، ج 3.

-النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، 421-423، ج 3.

²- جماعة علماء الهند، الفتاوى الهندية، ص 180، ج 3.

لا يباع مثل هذه السلعة بهذا الأجل فإن البيع لا يجوز أما إذا كان الأجل قصيرا والتمن مضمون فإنه يجوز ويستثنى في هذه التصرفات القاضي ووصيه⁽¹⁾.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري.

منعت المادة 88 من ق.أ.ج بأن يتصرف الولي في أموال القاصر إلا بإذن القاضي ويتصرف تصرف الرجل الحريص طبقا لمقتضيات القانون العام، فيجوز له حسب الفقرة

الأولى منها بيع عقار القاصر، ونصت المادة 89 من نفس القانون أن يراعي في الإذن حالة الضرورة والمصلحة ويتم بيع العقار بالمزاد العلني⁽²⁾.

كما نصت المادة 783 منق.إ.ج.إ.ج أنه يتم بيع العقارات أو الحقوق العينية العقارية المرخص ببيعها قضائيا بالمزاد العلني لناقص الأهلية ويكون بناء على طلب المقدم أو الوصي أو الولي.

إضافة إلى ما سبق فقد نصت المادة 410 من ق.م.ج "لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية"⁽³⁾.

الفرع الثاني: قسمة العقار.

أولا: موقف الفقه.

إن القسمة جائزة بين الشركاء في جميع الأموال التي تمكن فيها القسمة، لكن هناك من لا تجوز أفعاله مثل الطفل فيخلف من يقوم مقامه، فأجاز الفقه الإسلامي قسمة عقار اليتيم من

¹ - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 324-325، ج 2.

² - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري (عقد البيع والمقايضة)، دار الهدى للنشر والتوزيع، دون طبعة، الجزائر، 2012، ص 115.

³ - الأمر رقم 75-58-1975 المتضمن القانون المدني المعدل، السالف الذكر.

خلال حضور وليه أو وصيه⁽¹⁾.

- ذهب المالكية إجازة قسمة المال الموقوف على الأيتام بشرط عدم الاستبداد والاختصاص بحيث يصير كل واحد يفعل فيها ما شاء، أما إذا أريد بالقسمة مهياًة بمعنى كل واحد من المحبس عليهم بسكن ناحيته فيجوز ذلك⁽²⁾.

- أما الشافعية فيرون أنه إذا كان في القسمة غبطة للطفل الشريك فعلى الولي طلب القسمة إلا إذا ظهر إجحاف في حقه فلا تطلب⁽³⁾.

- كما أخذ بنفس الفكرة كل من المذهب الحنفي و الحنبلي حيث أنه يجوز للوصي على اليتيم إذا كانت هناك منفعة ظاهرة القسمة⁽⁴⁾.

القسمة هي جميع النصيب الشائع من مال مشترك، فإذا طلب أحد الشركاء القسمة كان ذلك حسب سهام كل شريك، ولا تكون في حق الشريك الصغير إلا بحضور من له ولاية عليه⁽⁵⁾.

زيادة على ما نصت المادة 88 من ق.أ.ج فقد ذهب المشرع إلى أبعد من ذلك بنص المادة 181 ق.أ.ج في حالة قسمة التركة و وجود القاصر فيها كأحد الورثة، وسواء كانت عقارات أو منقولات فقد أكدت على ضرورة أن تكون القسمة عن طريق القضاء حماية أكبر لأملك القاصر لما يمكن أن ينجر عن القسمة الاتفاقية من استغلال لضعفه⁽⁶⁾.

¹- القسمة أصول الأرضيين، أبي العباس أحمد بن بكر الفرستائي النفوسي، تحقيق بكير بن محمد الشيخ ومحمد بن صالح ناصر، المطبعة العربية للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 1997، ص76.

²- الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر الخليل، المرجع السابق، ص81-82، ج6.

³- النووي، روضة الطالبين عمدة المفتين، المرجع السابق، ص203، ج14.

⁴- السرسخي، المبسوط، المرجع السابق، ص105-106، ج22.

⁵- علي خفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة مع الشرائع الوضعية، دار الفكر العربي للنشر و التوزيع، دون طبعة، مصر، 1996، ص181-189.

⁶-قوادري وسام، حماية أموال القاصر على ضوء التقنين المدني وتقنين الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، البويرة، الجزائر، 2013، ص42.

الفرع الثالث: رهن مال الولي لمال اليتيم

أولاً: موقف الفقه الإسلامي

اتفق فقهاء المسلمين على أن الولي رهن مال اليتيم لأمر يتعلق بحاجته أو مصلحة كأن يقرض له أو لنفقاته أو توفير ما لزمه⁽¹⁾، واختلفوا فيما إذا رهن الولي مال اليتيم بدين لغير حاجته أو مصلحة سواء كان هذا الرهن للولي أو لغيره و في ذلك قولان:

- القول الأول: ذهب إلى عدم إجازة رهن مال اليتيم بدين لغير مصلحة اليتيم وهو قول عند جمهور الفقهاء من الحنابلة والشافعية والمالكية لارتباط تصرف الولي بمال اليتيم بالمصلحة⁽²⁾ لقوله تعالى: (وَأَنْ تَقُومُوا لِلْيَتَامَى بِالْقِسْطِ).

- القول الثاني ذهب إلى إجازة رهن مال اليتيم على سبيل الاستحسان ذلك أن للولي أو الوصي إيداع مال موليه، والرهن أولى من الإيداع، فالوديعة أمين لا يضمن بالتعدي أو التقصير والمرتهن يضمن الرهن إن هلك⁽³⁾.

ثانياً: موقف المشرع الجزائري.

أوجب المشرع الجزائري في ق.أ.ج على حصول النائب الشرعي على الإذن من القاضي لرهن عقار القاصر، إضافة إلى تقييده بوجود الضرورة والمصلحة⁽⁴⁾.

¹-جماعة علماء الهند، الفتاوى الهندية، ص438، ج5.

الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ص232، ج3، المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرجع السابق، ص243-244، ج5، الشريبي، مغنى المحتاج، المرجع السابق، ص122، ج2.

²- الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ص232، ج3، البهوتي كشف القناع على متن الإقناع، المرجع السابق، ص450، ج3، الشريبي، مغنى المحتاج، المرجع السابق، ص122، ج2.

سورة النساء، الآية 127.

³-جماعة علماء الهند، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ص438، ج5.

⁴-أنظر المادة 88 من ق.أ.ج.

مضيفة في نفس القانون أنه في حالة عدم جواز ولي أو وصي يجوز لمن له مصلحة أو النيابة العامة باعتبارها طرفاً أصلياً في جميع قضايا الأسرة أن يتقدم إلى المحكمة بطلب تصفية التركة وبتعيين مقدم⁽¹⁾

الفرع الرابع: إجراء المصالحة

أولاً: الفقه الإسلامي

لقد أجاز الصلح بين المسلمين لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً"⁽²⁾، لذلك نجد أن جمهور الفقهاء أجازوا الصلح لولي اليتيم أو الوصي لكن بشروط أهمها:

- إذا كان في العين منفعة لا يحصل عليها بقيمته.
- أن تتم المصالحة بمقابل المثل أو أقل بما يتغابن عليه الناس فيه فلا يجوز في حالته الغبن الفاحش لأنه تنتفي نية الصلح.
- أن لا يقترن الصلح بشرط كأن يكون بمقابل فهو أكل مال الغير بالباطل وهضم للحق⁽³⁾.

ثانياً: موقف المشرع الجزائري

أوجب المشرع الجزائري للنائب الشرعي للقاصر حصوله على الإذن في المادة 88 من ق.أ.ج نظراً إلى خطورة هذا التصرف الذي قد يلحق بعقار هذا الأخير حيث عرفته المادة

¹-أنظر المواد 181 و3 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

²- ابن ماجة، سنن ابن ماجة، المرجع السابق، كتاب الأحكام، رقم الحديث 2353، ج1، ص788.

³-السرسخي، المبسوط، المرجع السابق، ج20، ص187.

- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ص470-471، ج7، الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ص310-311، ج3.

459 من ق.م.ج " الصلح عقد ينهى به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه"⁽¹⁾.

الفرع الخامس: بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة

المشرع الجزائري في نص المادة 2/88 لم يحدد معياراً لتقدير أهمية المنقول ما يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي لتحديد أهمية المنقول.

الفرع السادس: استثمار مال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة.

أولاً: موقف الفقه الإسلامي

لقد أجاز الفقه الإسلامي الاستثمار للمتولي مال اليتيم ، غير أنهم اختلفوا في الشروط ومنها:

نجد المالكية والحنفية وبعض الشافعية⁽²⁾ يجيزون لمتولي اليتيم أن يستثمر في مال اليتيم بناء على مصلحة فعن ابن عربي أنه روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه حثّ على التجارة في أموال الصبيان أولياءهم، لئلا تأكلها الصدقة⁽³⁾.

1- بعض صور استثمار مال اليتيم:

أ- إقراض مال اليتيم:

يرى جمهور العلماء من الحنفية، المالكية، الشافعية والحنابلة⁽⁴⁾ إلى جواز إقراض مال اليتيم للمصلحة كأن يخاف النائب الشرعي على المال من الهلاك، واستدلوا برأيهم هذا بقوله

¹-قواري وسام، المرجع السابق، ص43.

²-السرسخي، المبسوط، المرجع السابق، ص81، ج21 ، ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، المرجع السابق، ص1033، ج2، النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ص124، ج5.

³-ابن عربي، المقبس ضمن كتاب موسوعة شرح الموطأ، ص310-311، ج8.

⁴-الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص153، ج5، النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ص215، ج2.

تعالى: (وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ^ج وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ^ط إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا)⁽¹⁾، كما جاء في المغنى لابن قدامة "إن عمر إستقرض مال اليتيم، قال: إستقرض نظرا لليتم واحتياطا إن أصابه بشيء غرمه"⁽²⁾، والمقصود هو حفظ ماله من الهلاك والنهب، واشتروا لهذا الإقراض شروطا فيها:

- أن لا يقرض المال بقصد نفع الغير.

- إشهاد الولي على إقراض مال اليتيم.

أما المشرع الجزائري فقد نصت المادة 3/88 على أن يستأذن النائب القاصر في استثمار أموال القاصر بالإقراض والإقتراض.

ب- المساهمة في الشركة:

نصت المادة 3/88 من ق.أ.ج على أن يستأذن النائب القاضي في المساهمة في شركة دون أن يحدد أهي شركة أموال أم شركة أشخاص أم شركة مختلطة.

الفرع السابع: تأجير الولي مال اليتيم: اتفق الفقهاء على أن للولي أن يؤجر مال اليتيم بأجر المثل أو أكثر منه إذا كانت لليتم مصلحة، إذ هو من باب القيام لليتامى بالقسط⁽³⁾، واختلفوا إذا ما أجر للولي مال اليتيم ولم تنقضي مدة الإيجار بعد وفي ذلك قولان:

¹-سورة الإسراء، الآية34.

²-ابن قدامة، المغنى، المرجع السابق، ص344، ج6.

³-ابن عابدين، حاشية رد المحتار، المرجع السابق ص722، ج6، ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، المرجع السابق، ص1034، ج2، الشريبي، مغنى المحتاج، المرجع السابق، ص175، ج2.

- أولاً القول الأول: ذهب إليه الحنفية إلى قولهم أن لا خيار لليتم في فسخ عقد الإجارة، فالولي هو الذي أنشأه⁽¹⁾ واستدلوا بقوله تعالى: (يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)⁽²⁾.

- ثانياً القول الثاني: وهو قول عند جمهور الفقهاء فإذا أجز الولي هذا المال في مدة يعلم بلوغ اليتيم فيها، فالإجارة تنفسخ بمجرد بلوغ الصبي، أما إذا أجزه في مدة لا يعلم بلوغ الصبي فيها فهنا لا ينفسخ، واستدلوا أنه إذا كان الولي يعلم بلوغ اليتيم أثناء ومدة الإجارة ثم أجز هذا المكان فإنه يكون في هذه الحالة قد تصرف في غير زمن ولايته، وبالتالي فلليتم البالغ حق الفسخ⁽³⁾.

أما المشرع الجزائري ق.أ.ج حسب المادة 4/88 فإنه للنائب الشرعي القيام بتأجير القاصر لمدة تزيد عن 3 سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد مع مراعاة المصلحة والضرورة ولا يكون ذلك كله إلا بإذن من القاضي⁽⁴⁾.

المطلب الثاني

تصرفات نائب الشرعي في مال اليتيم فيما عدا عقود المعاوضات

لا تتعدى حالة اليتيم المادية الفقر فإما لم يترك له أبوه شيئاً، ففي هذه الحالة فتكون النفقة على أهله وأقاربه أو من يكفله من باب الإحسان.

¹-السرسخي، المبسوط، المرجع السابق، ص141، ج25.

²-سورة المائدة، الآية1.

³-ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، المرجع السابق، ص1034، ج2، الشريبي مغنى المحتاج المرجع السابق،

ص175، ج2، ابن قدامة، المغنى، المرجع السابق، ص51، ج6.

⁴-محمد فريدة زاوي، المرجع السابق، ص84.

-قوادي وسام، المرجع السابق، ص41.

لقوله تعالى: (وَأَعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا^ط وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ)⁽¹⁾، أو يكون غنيا يكفي حاجاته في الحياة فيصب الاهتمام على حفظ ماله حتى يبلغ ويدفع له.

الفرع الأول: حكم أكل النائب الشرعي من مال اليتيم

لقد أورد القرآن الكريم أحكاما لحماية أموال اليتيم من جهة وفي نفس الوقت مراعيًا من جهة أخرى حالة النائب الشرعي.

- أولاً: حالة الغنى

فإذا كان المتولي غنيا يترك أموال اليتيم وعدم أكلها لا قليلا ولا كثيرا⁽²⁾ لقوله تعالى: (وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ^ط وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ)⁽³⁾، والاستعفاف هو عن الشيء والإمساك عنه، ولا يكون ذلك إلا ابتغاء وجه الله تعالى فلربما يكون في المستقبل محتاجا إلى مثل هذه الرعاية لو اختطفه الموت وخلف أيتاما مثل هؤلاء الذين تولى أمرهم لقوله تعالى: (وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكَوْا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَفًا خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ وَلْيَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا)⁽⁴⁾.

¹-سورة النساء، الآية36.

²-عز الدين بحر العلوم، المرجع السابق، ص71.

³-سورة النساء، الآية6.

⁴-سورة النساء، الآية9.

- ثانيا: حالة الفقر

لقد رعى القرآن الكريم حالة المكلف بالولاية على اليتيم فالاشتغال بهذه الرعاية المالية يوجب انشغال الفقير بكسبه لذا سمح له بالأكل بالمعروف⁽¹⁾ لقوله تعالى: (وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ)⁽²⁾، كالأخذ ما يسد حاجته من جوع مثلا، أما إذا تعدى عن المقدار اللازم في الأخذ من مال اليتيم ظلما فهو مهدد بعقوبة كما ذكرها الله تعالى بقوله: (إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا^ط وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا)⁽³⁾.

رأي جمهور الفقهاء: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى جواز أكل الولي إن كان محتاجا أن يأخذ مقدار كفايته بشرط ألا يكون هذا الولي سلطان أو مقدمه لأن لهما أجرا من بيت المال⁽⁴⁾، واستدلوا بقوله تعالى: (وَلَا تَأْكُلُوهَُا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبُرُوا^ج وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ^ط وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ^ج)⁽⁵⁾، وكذا الرسول صلى الله عليه وسلم أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: إني فقير ليس لي شيء ولي يتيم فقال "كل من مال يتيمك غير مسرف ولا متأنل مالا"⁽⁶⁾.

أما المشرع الجزائري فقد أجاز في المادة 77 على نفقة الفروع على الأصول وضبطها بالقدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث، وهم الآباء والأجداد والأمهات والجدات، وإن علو لأن الأب يطلق على الجد وكل من كان سببا في الولادة ويشترط للإنفاق على الأصول الفقر أو

¹- عز الدين بحر العلوم، المرجع السابق، ص72.

²-سورة النساء، الآية6.

³-سورة النساء، الآية10.

⁴- الرملي، نهاية المحتاج إلي شرح المنهاج، المرجع السابق، ص380، ج4، البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، المرجع السابق، ص455، ج3، ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، المرجع السابق، ص1034، ج2.

⁵-سورة النساء، الآية6.

⁶- ابن ماجة، سنن ابن ماجة، المرجع السابق، كتاب الوصايا، حديث رقم 2718، ص907.

العجز على الكسب، أن يكون القريب مستحقاً للإرث من قريبه⁽¹⁾، أما الكافل فهو التزم على وجه التبرع في الإنفاق على اليتيم ورعايته رعاية الأب، أما بخصوص الكافل فهو التزم على وجه التبرع من نفقة ورعاية قام الأب بابنه، وبالنسبة للوصي المعين من طرف الجد أو الأب وكذا المقدم فهم يأخذون نفس الأحكام وقد تضمنت المادة 98 من ق.أ عن مسؤولية الوصي أو المقدم عما يلحق من أموال القاصر من ضرر من تقصيرها، ونظراً للفراغ الملاحظ في التشريع⁽²⁾، فهل يعد أكل الوصي والقيم من مال اليتيم من التصرفات التي تنتج مسؤولية عليهما.

الفرع الثاني: حكم تبرع النائب الشرعي بمال اليتيم

- أولاً: موقف الفقه الإسلامي

اتفق الفقه الإسلامي على عدم جواز التبرع بمال اليتيم دون مقابل⁽³⁾، ويدخل في ذلك الهبة، الوقف، الوصية ونحوها لأن ذلك إزالة لملكة فهو يعتبر تصرف ضار ضراراً محضاً. واختلفوا إذا كانت بعوض معلوم على قولين.

القول الأول: ذهب الحنفية والمالكية إلى عدم إجازته مطلقاً مهما كان العوض⁽⁴⁾.

القول الثاني: ذهب الشافعية والحنابلة إلى إجازة التبرع بمال اليتيم بعوض بشرط أن يظهر غبطة لليتم بمعنى أن يزداد على ثمن المثل في مال اليتيم و هو منوط بالمصلحة فالهبة

¹ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 831-833، ج 7.

² - الغوثي من ملحة، المرجع السابق، ص 210-211.

³ - جماعة علماء الهند، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ص 148، ج 6، الخطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ص 654، ج 6، البهوتي، شرح منتهى لإرادات، المرجع السابق، ص 180، ج 2.

⁴ - الخطاب مواهب الجليل، المرجع السابق، ص 654، ج 6، جماعة علماء الهند، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ص 149، ج 6.

بعوض هي بمعنى البيع والتجارة⁽¹⁾.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

تعتبر التبرعات من أخطر التصرفات التي يقوم بها الشخص كونها تتقل حقوقا، فقد وقد نصت كل من المواد 186، 203، 215 ق.أ.ج، فيستخلص من خلال هذه النصوص أنه لإجراء أي تبرع من هبة أو وصية أو وقف توفر شرط سلامة العقل وبلوغ 19 سنة كاملة وأن لا يكون محجورا كونها قصر بهذا منع المشرع أن يتبرع القاصر بماله لأنه من التصرفات الضارة ضررا محضا.

المطلب الثالث

أحكام إرجاع النائب الشرعي مال اليتيم

الفرع الأول: شروط تسليم مال اليتيم.

لقد أوجبت الشريعة الإسلامية شروطا لتسليم أموال اليتيم⁽²⁾ لقوله تعالى: (وَأَبْتَلُوا أَلْيَتَمَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنَّ آنَسْتُمْ مِّنْهُمْ رُّشْدًا فَآدْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ)⁽³⁾، فالآية الكريمة تضمنت ثلاثة أمور فسرهما الطبري:

- ابتلاء اليتامى يعني اختبروا عقول يتماكم في أفهامهم و صلاحهم في أديانهم و أموالهم.
- بلوغهم النكاح .

¹- الشريبي، مغنى المحتاج لمعرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ص175، ج2، الكاساني، بدائع الضائع في

ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ص153، ج5.

²- محمد بن عبد العزيز النّمي، المرجع السابق، ص205.

³- سورة النساء، الآية6.

- إيناس رشدهم واجب تسليم ماله إليه إذا كان عاقلاً، بالغاً، مصلحاً لماله⁽¹⁾، واختلف الفقهاء على ثلاثة أقوال حول معنى الرشد فالقول الأول يراه انه صلاح في المال بان يكون حافظاً على ماله من التبذير فلا ينفق في محرم ولا يغبن غبناً فاحشاً في تصرفاته، أما القول الثاني يراه الصلاح في المال و الدين، بان يكون حافظاً لماله غير مبذر، و مصلحاً لدينه فلا يرتكب محرماً يسقط العدالة²، لقوله تعالى: (وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ) (3).

أما المشرع الجزائري فقد نص في ق.أ.ج أن النيابة الشرعية قد تسقط ببلوغ سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر وفق ما جاءت به المادة 2/98، كما نصت المادة 86 بقولها: "من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقاً لأحكام المادة 40 من القانون المدني"

و قد نصت المادة 1/2 من قانون حماية الطفل " الطفل :كل شخص لم يبلغ الثامنة عشر (18) سنة كاملة"، أما المادة 40 من ق.م.ج فحددت السن بـ 19 عشرة سنة لكل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون له كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

الفرع الثاني: الإشهاد علي تسليم مال اليتيم

إن مرحلة تسليم أموال اليتيم بعد وصولهم إلى سن الرشد والنضج العقلي ليس إلا وضع حدّ لسلطة النائب الشرعي، وبدء مرحلة السلطة لأصحاب الأموال أنفسهم بإدارتها والتصرف فيها، لذلك قال الله تعالى: (وَأَبْتَلُوا أَلْيَتَمَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنَّ آنَسْتُمْ

1 - الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، المرجع السابق، ص 395-396، ج2.

2 - محمد عبد العزيز النّبي، المرجع السابق، ص257 .

3- سورة النساء، الآية5.

مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ⁽¹⁾، لما فيه مصلحة لكلا الطرفين فيتحلل به النائب من مسؤوليته ويحصل اليتيم على حقه.

كما أورد المشرع الجزائري على أن الوصي الذي انتهت مهمته تسليم الأموال التي في عهده وتقديم حساب بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رشّد أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء المهمة كما نصت المادة 97 من ق.أ.ج بتقديم صورة عن الحساب إلى القضاء، وفي حالة وفاته أو فقده فعلى ورثته تسليم أموال القاصر بواسطة القضاء إلى المعني بالأمر.

كما ألزم المقدم في المادة 471 من ق.إ.م.إ في نصها "يجب على المقدم أن يقدم دوريا وطبقا لما يحدده القاضي، عرضا عن إدارة أموال القاصر وعن أي إشكال أو طارئ له علاقة بهذه الإدارة".

ويكون الوصي مسؤولا كما يلحق أموال القاصر من تضرر بسبب تقصيره وذلك حسب ما جاء في نص المادة 98 من ق.أ.ج " يكون الوصي مسؤولا عما يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره "

كما نشير أن المشرع الجزائري لم ينص على الأحكام التي وقع على الولي والكفيل مشيرا في المادة 88 على وجوب تصرف الولي في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص⁽²⁾

¹ - سورة النساء، الآية 6.

² - قوادري وسام، المرجع السابق، ص 49-50.

- انظر الغوثي بن ملحّة، المرجع السابق، ص 210.

الخاتمة

الخاتمة :

تبين من خلال الدراسة التي كانت بعنوان "حقوق اليتيم في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري أن أحكام الشارع الحكيم قد استطاعت احتواء كل حقوق اليتيم النفسية والمالية في حدود دراستنا من خلال نصوص القرآن الكريم وشرح السنة النبوية الشريفة، تاركا للفقهاء الإسلامي الاجتهاد في المسائل المتجددة على أساس مصلحة اليتيم مبيّنة بذلك أهمية الاهتمام في إصلاح شؤون اليتيم علي ذاته وعلي المجتمع مبرزاً في ذات الوقت على عظم هذا الدين وعلوه و صلاحيته لكل زمان ومكان.

أما بخصوص المشرع الجزائري فقد منح الحقوق للطفل الناتج عن الزواج الشرعي كأثر ولم يستقّل ولا يباب في قانون الأسرة يتضمن هذه الأخيرة بالرغم من تعديل 05- 02 الذي مسّ قانون الأسرة واكتفي المشرع بمجرد تلميحات بسيطة الأمر الذي استدركه في قانون حماية الطفل الذي يعتبر مكسب للطفولة الجزائرية بالرغم من عدم ذكر اليتيم و الأحكام المتعلقة به الذي يعتبر من صميم دراستنا ما جعلنا نسقط الأحكام العامة التي جاء بها لعدم وجود نصوص صريحة تضمن حقوقه على غرار أحكام الشريعة الإسلامية التي أسهبت و فصلت فيها .

بذلك فان حقوق اليتيم قد تجسدت من خلال الحقوق الأسرية و الحقوق المالية، محاولين في كل مرة بما يفيد اختصاصنا ببيان حكم الشريعة الإسلامية وموقف قانون المشرع الجزائري في ذلك.

من خلال كل ما سبق استطعنا أن نخرج بمجموعة من النتائج خلال بحثنا هذا:

أولاً: النتائج

إن أول ما يلفت النظر أن المشرع الجزائري لم يتناول ويذكر اليتيم لفظاً لا في النصوص العامة ولا في نصوص قانون الأسرة باعتبارها المنظمة لشؤونها، علاوة على ذلك نجد المشرع لم يوحد سن الرشد للطفل.

النيابة الشرعية تكون أصلية تثبت بقوة الشرع والقانون فتثبت للأب و في حالة عدم وجوده يحل محله الجد أو وصيهما أو أقارب المولى من العصابات، أما المشرع فقد قدم ولاية الأم في تولي شؤونه على الجد مخالفاً بذلك الشريعة الإسلامية، فكان على المشرع أن يتخذ موقف حاسم حول تأرجحه بين سلطة الأم و الجد ولا يتأتى ذلك إلا بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية .

أما ما يخص نيابة المقدم الذي يعينه القاضي في حالة عدم وجود ولي أو وصي يتولى أمور القاصر فقد خالف المشرع الشريعة الإسلامية حيث تعتبر هذا الأخيرة نظام يهدف إلى الحماية المالية للبالغين.

لقد فرض المشرع في ق.ع.ج الجزء على المساس بسلامة حق الجنين في الحياة غير أنه لم يفصل على نفس السياق الذي تناوله الفقه الاسلامي .

اكتفى المشرع في تنظيم ميراث الحمل في مادتين فلا يرقى إلى الأحكام التي وضعتها الشريعة الإسلامية حيث أحاطت بالكثير من التفاصيل، فلم يتعرض إلى حالة تعدد الحمل وما يرافقها من التأثير على أنصبة الورثة سواء بالزيادة أو النقصان.

فتح المشرع الباب واسعاً لاكتساب الحمل حقوقاً مالية عن طريق التبرع بأخذه بالمذهب المالكي .

إن المشرع في تنظيمه لتصرفات النائب الشرعي في أموال القاصر قد أغفل التفصيل في الأحكام من حيث آليات حماية أموال القاصر والتفصيل في سلطة و حدود النائب في تصرفاته ويتجلى ذلك من خلال منح القاضي الإذن ووجوب وجود المصلحة والضرورة، فهل بهاتين القاعدتين تستقيم الحماية القانونية لأموال القاصر.

قائمة المراجع

قائمة المراجع:

I. القرآن الكريم برواية حفص.

II. كتب السنة:

1- أبي عبد الله محمد إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، 2002.

2- أبي الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق فؤاد عبد الباقي، دار الكتب العلمية لنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، 2001.

3- أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة، سنن ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة إحياء الكتب العربية للنشر والتوزيع، دون طبعة، مصر، دون سنة نشر.

4- أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، السنن الكبرى، تحقيق حسن عبد المنعم الشلبي، مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، 2001

III. كتب التفسير :

1- تفسير الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى، لبنان، 1994.

IV. كتب الفقه الإسلامي:

أ- كتب الفقه المالكي:

1- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي أحمد الدردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية للنشر والتوزيع، دون طبعة، مصر، دون سنة نشر.

2- أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1987.

3- ابن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق عبد الله العبادي، دار السلام للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مصر، 1995.

4- محمد بن محمد بن عبد الرحمان المالكي المغربي الحطاب أبو عبد الله، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، تحقيق محمد الأمين الشنقيطي، دار رضوان للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، موريتانيا، دون سنة نشر.

5- محمد بن أحمد عيش، منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار الفكر للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، لبنان، 1984.

ب- كتب الفقه الحنفي:

1- أبو بكر بن مسعود الكاساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود علي محمد معوض، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، لبنان، 2003.

2- محمود بن صدر الشريعة ابن مازه البخاري برهان الدين أبو المعالي، المحيط البرهاني، تحقيق نعيم أشرف نور أحمد، مؤسسة دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، 2004.

3- ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تحقيق زكرياء عميرات، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، 1997.

4- ابن عابدين، رد المحتار على در المختار، شرح تنوير الأبصار، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم، دون طبعة، السعودية، 2003.

5- عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني، اللباب في شرح الكتاب، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية للنشر والتوزيع، دون طبعة، لبنان، دون سنة نشر.

6- علماء الهند، الفتاوى الهندية، تحقيق عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، لبنان، 2000

ج- كتب الفقه الشافعي:

1- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مصر، 2001.

- 2- أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، الإجماع، تحقيق أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف، مكتبة الفرقان للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الإمارات العربية المتحدة، 1995.
- 3- أبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي، التهذيب في الفقه الشافعي، تحقيق عادل أحمد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، 1997.
- 4- يحيى بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين، تحقيق عادل عبد الموجود، دار عالم الكتب للنشر والتوزيع، طبعة خاصة، السعودية، 2003.
- 5- محمد بن محمد الخطيب الشربيني شمس الدين، الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد الموجود، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، لبنان، 2004.
- 6- شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر للنشر والتوزيع، دون طبعة، لبنان، 1984.

د - كتب الفقه الحنبلي

- 1- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعلي الدمشقي، الكافي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن لتركلي، هجر للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، مصر، 1997.
- 2- زين الدين أبو الفرج عبد الرحمان بن شهاب الدين الشهير بابن رجب، جامع العلوم والحكم، تحقيق ماهر ياسين الفحل، دار ابن كثير للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سوريا، لبنان، 2008.
- 3- تقي الدين محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي الشهير بابن نجار، منتهى الإيرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، 2000.

4- منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، تحقيق إبراهيم أحمد عبد الحميد، دار عالم الكتب للنشر والتوزيع، دون طبعة، السعودية، 2003.

V. القواميس والمراجع:

1- أبي الفضل جمال الدين بن مكرم ابن منظور الإفريقي، لسان العرب، تنسيق و تعليق علي الشيربي، دار إحياء التراث العربي للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، دون سنة نشر.

VI. الكتب:

أ- كتب عامة:

1- إبراهيم بن محمد بن قاسم بن محمد رحيم، أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي، إصدارات الحكمة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، السعودية، 2002.

2- أبي العباس احمد بن بكر الفرستائي، القسمة أصول الأرضيين، تحقيق صالح ناصر وبكير محمد الشيخ، المطبعة العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 1997.

3- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص (جرائم ضد الأشخاص، جرائم ضد الأموال)، دار هومه للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2010.

4- أحمد محمد علي داوود، الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى الأردن، 2009.

5- احمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية للنشر والتوزيع، دون طبعة، مصر، 2009.

6- الطيب زروتي، الوسيط في الجنسية الجزائرية ، مطبعة الكاهنة للنشر والتوزيع ،دون طبعة ،الجزائر، 2004.

7- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية للنشر والتوزيع، دون طبعة، الجزائر، 2013.

8- الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2005

- 9- بلحاج العربي ،أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري الجديد وفق آخر التعديلات، ديوان المطبوعات الجامعية للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة ، الجزائر 2010.
- 10- بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(الزواج و الطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية للنشر والتوزيع، الطبعة السادسة، الجزائر، 2010.
- 11- بلخير سديد، الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري (دراسة مقارنة)، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2009.
- 12- بلقاسم شلوان، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية و القوانين العربية، مطبعة منار للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى ،الجزائر، 2011.
- 13- بن شويخ رشيد، قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2008.
- 14- بن عبيدة عبد الحفيظ ، الجنسية و مركز الأجنب في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري ، دار هومه للنشر والتوزيع ،الطبعة الثانية ،الجزائر، 2007.
- 15- جمعة محمد محمد براج، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، دار الفكر للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 1981.
- 16- حمدي باشا، عقود التبرعات، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، دون طبعة، الجزائر 2014.
- 17- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية للنشر والتوزيع، دون طبعة، مصر، 2002.
- 18- سائح سنقوسة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى للنشر والتوزيع، دون طبعة، الجزائر، 2011.
- 19- شرح قانون الأحوال الشخصية، محمد علي السرطاوي، دار الفكر للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، الأردن، 2010.
- 20- عائشة احمد سالم حسن، أحكام الحمل في الإسلام، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، 2008.

- 21- عبد الخياط عبد العزيز، المدخل إلى الفقه الإسلامي، دار الفكر للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سوريا، 1991 .
- 22- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة علي نظام الأسرة، دار هومه للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2014.
- 23- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 24- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، دون طبعة، بيروت، دون سنة نشر.
- 25- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم، مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، 1993.
- 26- عكاشة محمد عبد العال، الوسيط في أحكام الجنسية (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، 2002.
- 27- علي خفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة مع الشرائع الوضعية، دار الفكر العربي، للنشر والتوزيع، دون طبعة، مصر، 1996.
- 28- علي خفيف، أحكام الوصية (بحوث مقارنة)، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مص، 2010.
- 29- محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، دون طبعة، مصر، 1963.
- 30- محمد أبو زهرة، العلاقات الدولية في الإسلام، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، دون طبعة، مصر، 1995 .
- 31- محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، الدار الشامية، دار القلم، للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى سوريا- لبنان، 1993.
- 32- محمد الصبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري(عقد البيع والمقايضة) دار الهدى للنشر والتوزيع، دون طبعة ،الجزائر ،2012.

- 33- محمد بكر اسماعيل، الفقه الواضح من الكتاب و السنة، دار المنار للنشر و التوزيع، مصر، 1997.
- 34- محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومه للنشر والتوزيع، دون طبعة، الجزائر، 2010.
- 35- محمد عبد العزيز النّمي، الولاية على المال، مكتبة الملك فهد الوطنية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، السعودية، 2012 .
- 36- محمد عبيد الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، مطبعة الإرشاد للنشر والتوزيع، دون طبعة، العراق، 1977.
- 37- محمد فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية للنشر والتوزيع، دون طبعة، الجزائر، 2000.
- 38- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر للنشر و التوزيع، الطبعة الثالثة، الأردن، 2010.
- 39- مصطفى عبد الفتاح لبنة، جريمة إجهاض الحوامل (دراسة في موقف الشرائع السماوية والقوانين المعاصرة)، دار أولى النهي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، 1996.
- 40- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامية وأدلته، دار الفكر للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، سوريا 1984.

ب- الكتب المتخصصة:

- 1- الشيخ حسن الخشن، حقوق الطفل في الإسلام، دار الملاك للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، لبنان، 2009 .
- 2- حمد بن احمد الصالح، الطفل في الشريعة الإسلامية (نشأته ، حياته ، حقوقه التي كفلها الإسلام)، مطبعة الفرزدق للنشر و التوزيع ، الطبعة الثانية ،السعودية ، 1981.
- 3- عز الدين بحر العلوم، اليتيم في القران و السنة، دار الزهراء للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية، العراق، 1985.

4- أسماء بنت محمد إبراهيم آل الخطيب، أحكام المولود في الفقه الإسلامي، دار الصمعي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، السعودية، 2012 .

VII. المذكرات:

1- قوادري وسام، حماية أموال القاصر على ضوء التقنين المدني وتقنين الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، البويرة، الجزائر، 2013.

VIII. المجلات القانونية:

1- نيكل سلوم الجبوري، التفرير بالنفس في الشريعة الإسلامية والقانون ، مجلة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد 13، العراق، 2014 .

2- حسن حمد الدليمي، ميراث الحمل في الشريعة الإسلامية، مجلة تكريت للعلوم الإنسانية، العدد 10، العراق، 2007 .

- الاجتهادات القضائية:

1- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، بتاريخ 10/03/2011 ، ملف رقم 613469، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012 .

IX. النصوص القانونية

1- المرسوم الرئاسي 92-461 المؤرخ في 24 جمادي الثانية عام 1413هـ الموافق ل 19 ديسمبر 1992 يتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل المصادقة عليها من الأمم المتحدة في 19 نوفمبر 1989 .

2- القانون رقم 08 - 19 المؤرخ يفي 17 ذي القعدة 1429 الموافق ل 15 نوفمبر 2008 المتضمن الدستور الجزائري صادر بالجريدة الرسمية عدد 63 المؤرخة في 16/11/2008.

3- الأمر رقم 66 - 15 المؤرخ في 18 صفر 1383 الموافق ل 25 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم بالقانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009 صادر بالجريدة الرسمية عدد 15 المؤرخة في 08/03/2009.

- 4- الأمر رقم 20-70 المؤرخ في 19 فيفري 1970 الموافق ل 13 ذي الحجة 1389 المتضمن الحالة المدنية المعدل بالقانون رقم 14-08 الصادر في الجريدة الرسمية عدد 49 المؤرخة في 09-08-2014 .
- 5- الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 17 شوال 1390 الموافق ل 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
- 6- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 صادر بجريدة الرسمية رقم 31 مؤرخة بتاريخ 13/05/2007
- 7- قانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق ل 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 15 المؤرخ في 27/02/2005 .
- 8- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .
- 9- قانون رقم 15-12 المؤرخ في 28 رمضان عام 1436 الموافق 15 يوليو 2015 المتضمن قانون حماية الطفل، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 39 المؤرخة 15/07/2015.

الفهرس

أ.....	مقدمة.....
الفصل الأول: الحقوق الأسرية لليتيم	
7.....	المبحث الأول: الحق في النيابة الشرعية.....
8.....	المطلب الأول: النيابة الشرعية باعتبار المحل.....
8.....	الفرع الأول: الولاية على النفس.....
8.....	الفرع الثاني: الولاية على المال.....
10.....	المطلب الثاني: النيابة الشرعية باعتبار المصدر.....
10.....	الفرع الأول: النيابة الأصلية.....
12.....	الفرع الثاني: النيابة غير الأصلية.....
14.....	الفرع الثالث : النيابة الثابتة من القاضي (مقدم).....
14.....	الفرع الرابع: النيابة الثابتة من شخص آخر (الكفيل).....
22.....	المبحث الثاني: الحقوق الشخصية لليتيم.....
22.....	المطلب الأول: الحق في الحياة.....
22.....	الفرع الأول: عناية الشريعة الإسلامية والقانون بحماية حق الحياة.....
23.....	الفرع الثاني: أحكام جريمة الإجهاض في الشريعة الإسلامية.....
30.....	الفرع الثالث: أحكام جريمة الإجهاض في القانون.....

36.....	المطلب الثاني: الحق في الهوية.....
36.....	الفرع الأول: الحق في الاسم و اللقب العائلي و الجنسية شرعا.....
37.....	الفرع الثاني: الحق في الاسم و اللقب العائلي و الجنسية قانونا.....
40.....	المطلب الثالث: الحق في النسب.....
41.....	الفرع الأول: أسباب ثبوت النسب.....
43.....	الفرع الثاني: طرق إثبات النسب.....
46.....	المطلب الرابع: الحق في الحضانة.....
46.....	الفرع الأول: مفهوم الحضانة.....
49.....	الفرع الثاني: أحكام الحضانة.....
52.....	الفرع الثالث: مدة الحضانة.....
55.....	الفصل الثاني: حقوق المالية لليتيم.....
55.....	المبحث الأول: مصادر أموال اليتيم.....
56.....	المطلب الأول: الحق في الميراث.....
56.....	الفرع الأول: مفهوم ميراث الحمل.....
59.....	الفرع الثاني: تقسيم التركة حال وجود الحمل ضمن الورثة.....
60.....	الفرع الثالث: أحوال الحمل في الميراث.....
63.....	المطلب الثاني: الحق في الوصية.....

- 63.....الفرع الأول: مشروعية الوصية للحمل
- 64.....الفرع الثاني: شروط الوصية للحمل
- 65.....المطلب الثالث: الحق في الوقف
- 65.....الفرع الأول: تعريف الوقف
- 66.....الفرع الثاني: حكم الوقف للحمل
- 67.....المطلب الرابع: الحق في الهبة
- 67.....الفرع الأول: تعريف الهبة
- 67.....الفرع الثاني: حكم الهبة للحمل
- 68.....المطلب الخامس: الحق في النفقة
- 68.....الفرع الأول: مشروعية النفقة على الأولاد
- 69.....الفرع الثاني: شروط وجوب النفقة على الأولاد
- 69.....الفرع الثالث: تقدير قيمة النفقة وتاريخ استحقاقها
- 69.....المطلب السادس: الحق في المهر
- 70.....الفرع الأول: مشروعية المهر لليتيمة
- 71.....الفرع الثاني: مقدار المهر
- 72.....المبحث الثاني: أحكام تصرفات النائب الشرعي في أموال اليتيم
- 72.....المطلب الأول: تصرفات النائب الشرعي في مال اليتيم في عقود المعوضات المالية

73.....	الفرع الأول: بيع عقار اليتيم.....
75.....	الفرع الثاني: قسمة عقار اليتيم.....
76.....	الفرع الثالث: رهن عقار اليتيم.....
77.....	الفرع الرابع: إجراء المصالحة لفائدة اليتيم.....
78.....	الفرع الخامس: بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.....
78.....	الفرع السادس: استثمار مال اليتيم بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة.....
80.....	الفرع السابع: تأجير عقار اليتيم:.....
81.....	المطلب الثاني: تصرفات النائب الشرعي في مال اليتيم فيما عدا عقود المعوضات.....
81.....	الفرع الأول: حكم أكل النائب الشرعي من مال اليتيم.....
83.....	الفرع الثاني: حكم تبرع النائب الشرعي بمال اليتيم.....
85.....	المطلب الثالث: أحكام إرجاع النائب الشرعي مال اليتيم.....
85.....	الفرع الأول: شروط تسليم مال اليتيم.....
86	الفرع الثاني: الإشهاد على تسليم مال اليتيم.....
89.....	الخاتمة.....
92.....	قائمة المراجع.....
102.....	فهرس المحتويات.....