جامعـــة دمشـــق
كليـة الحقـوق
قسم القانون الخاص

المركز القانوني لمجهول النّسب في التشريع السُّوري

﴿رسالة أعدت لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص﴾

إعداد الطالب
تميم حسيب الغفري

إشراف الدكتور
محمد يوسف

٢٠٢٠م

لجنة الحكم على الرسالة

تألَّفت لجنة الحكم على الرِّسالة من السَّادة الأساتذة:

استناداً إلى قرار المجلس البحث العلمي والدراسات العليا رقم/ ٣٥٢١ /م ب د تاريخ ٢٠٢٠/٩/٢١ القاضي بتشكيل لجنة الحكم لمناقشة رسالة الماجستير في قسم القانون الخاص للطالب: تميم حسيب الغفري

بعنوان "**المركز القانوني لمجهول النسب في التشريع السوري**"

والمؤلفة من السادة الأساتذة:

الدكتورة أمل شربا الأستاذ في قسم القانون الخاص بكلية الحقوق– جامعة دمشق

عضواً

الدكتور زهير حرح الأستاذ في قسم القانون الخاص بكلية الحقوق – جامعة دمشق

عضواً

الدكتور محمد يوسف المدرس فسي قسم القانون الخاص بكلية الحقوق – جامعة دمشق

عضواً مشرفاً

وتمت المناقشة يوم الأربعاء الواقع في ٢٠٢٠/١٠/٢٨م

شكر وتقدير

الحمد الله حتى يبلغ الحمد منتهاه لما تكرم وأنعم عليَّ بكتابة هذه الرسالة، لتكون تطويراً لبنيان القانون السوري.

عرفتها منذ أن التحقت بالدراسات العليا في قسم القانون الخاص، كانت وما زالت من النوع المحبب إلى جميع العقول والقلوب.

الأستاذة الدكتور أمل شربا مع أقصى التقدير والاحترام.

على الرغم من علمه الوافر، ومنصبه الرفيع، فهو كان وما يزال المعلم والقدوة في القول والعمل.

الأستاذ الدكتور زهير حرح مع الشكر الدائم.

بابتسامة ساحرة تشحذ همتي ومصافحة حارّة تبعث أملاً متجدداً في كل لقاء كان يحتفيني معلمي الدكتور محمد يوسف، فأفوز منه بالنصائح السديدة والإرشادات الجليلة التي أنارت بحثي وصوَّبت أخطائي وعثراتي.

الدكتور محمد يوسف مع بالغ الشكر وعظيم الامتنان.

الإهداء

إلى من كان عوناً لي بذكراه الطيبة، فكان خير سند وخير نسب.

أبي

إلى حصني المنيع وملاذي الآمن الذي وفَّر لي أسباب السعادة بالدعاء والحنان.

أمي

إلى من كانوا لي عوناً وسنداً في نائبات الدهر وحالكات الليالي...

إخوتي

إلى الذي لم أعرف كيف أشكره وأجازيه الخير بالمثل فجزاه الله بالشهادة.

أخي الشهيد منخل الغفري رحمه الله

إلى صديقي الذي لا يملُّ ولا يتعبُ من كثرة سؤالي....

المحامي عبد الله موسان

إلى كل أصدقائي وزملائي وكل مَن ساعدني في إنجاز هذا البحث لهم مني كل الشكر والتقدير....

المركز القانوني لمجهول النّسب في التشريع السُّوري

المقدمة:

قال فيكتور هيجو: "يأتي الطِّفل فتأتي البهجة ويهل النور"، فالفرحة والسَّعادة الذي تصيبُ العائلة بنبأ قدوم مولود لا تضاهيها فرحة، فيبتدِئ مشروع استقبال هذا الطِّفل وتهيئة البيئة المناسبة لنموه، بل إنَّ البعض يضع الخطط لرعاية حياته ومستقبله...

إنَّ هذا الوضع يبعث الأمان في النُّفوس لوجود هذه الحاضنة المُتمثلة بالعائلة التي تأخذ على عاتقها حماية هذا الكائن الضعيف والاهتمام بشؤونه.

ولكن ماذا لو لم تكن هذه العائلة، لم يكن هذا الدرع الذي يحمي الأطفال، ماذا لو وجد الطِّفل نفسه مرمياً على قارعة الطريق أو على أبواب المساجد والكنائس من دون اسم أو عائلة أو راعٍ يتولاه؟

كما أن الظُّروف الاجتماعيَّة كالحروب والكوارث قد تؤدي إلى نزع الطِّفل من عائلته، فينفصل عنها، ويصبح مُشرَّداً مقطوع العرى بعائلته، وقد قاست البلاد وما تزال من ويلات الحرب التي مرَّت عليها، كان فيها الطِّفل هو الحلقة الأضعف والمتضرر الأكبر، سواء أكان من خلال الأطفال الذين قُتل ذووهم في الحرب أم الذين أبُعدوا عن أهلهم بسبب العمليات الحربية وحالات النّزوح وتقطع السُّبل.

إنَّ هذه الحالات وأشباهها أدَّت إلى انقطاع صلة هؤلاء الأطفال عن عائلاتهم، وبرزت جهالة النّسب كمعضلة وتحدٍ للمشرع تستلزم منه معالجة هذه الظّاهرة بقوانين فعالة.

وقد حاول المشرّع معالجة وضع مجهول النّسب، حتى قبيل الحرب من خلال قانون رعاية اللقطاء وبعض النُّصوص المتعلقة بتسجيله في قانون الأحوال المدنية، كما سعى إلى بلورة الوضع القانوني لمجهول النّسب من خلال سن قانون جديد لرعايته.

وقد اختلفت الأنظمة القانونيّة لتعويض هذا الطِّفل عن حرمانه من وسطه العائلي من خلال نظامي الكفالة والتبني، أو عن طريق وضعه في دور لرعاية مجهولي النّسب، يعيش فيها مع عدد كبير من أمثاله تحت إشراف مربيات بديلات عن الأمهات.

وكان اختلاف هذه المؤسّسات القانونيّة في سعيها لخلق بيئة صحية يعيش فيها مجهول النّسب يُنبئ عن الأهمية الاجتماعيَّة والقانونيّة في رعاية هذا الطِّفل والتي نبرزها في الآتي:

يشكلُ النّسب بالغ الأهمية في تحديد المركز القانوني للفرد، حيث يعدُّ محوراً لتمتعه بالحقوق في ظل الأسرة، ولا شك أنَّ حرمان الشَّخص من نسبه يشكل خللاً لابد من التصدي له، فإذا كان مجهول النّسب مقطوع النّسبة لأسرته إلا أنَّه منسوب بالضرورة للمجتمع أياً كان السَّبب في جهالة نسبه، حيث إنَّه تقع على المجتمع مسؤوليته، فالحاكم هو ولي مَن لا ولي له، وصيانة مجهول النّسب وبيان مركزه القانوني من أولى المهام التي تقع على عاتق المجتمع.

فهذه الدّراسة لها أهمية مزدوجة، فهي أولاً دراسة تخدم المجتمع كون مجهول النّسب من فئاتها المهمة، فبناء هذا المجتمع بناءً صحيحاً معافى

يبتدئ ببناء أفراده الذين إما أن يكونوا معولاً لبناء هذا المجتمع وإما أن يكونوا أداة لهدمه.

كما أنها ثانياً، دراسة قانونية تبين حقوق هذا الفرد والأنظمة الكفيلة برعايته والنُّصوص التَّشريعية والقانونيّة التي تتناوله.

هذه الأهمية هي ما دفعت المشرّع إلى إعداد مشروع قانون لرعاية مجهول النّسب؛ سعياً لتطوير النُّصوص التَّشريعية القديمة.

وقد رافقت هذه الدّراسة عدة صعوبات، منها:

– ندرة المراجع والأبحاث التي بحثت الوضع القانوني لمجهول النّسب، اللهم إلا الدّراسات التراثية في الفقه الإسلامي التي بحثت موضوعه تحت مسمى: "اللقيط"، حيث إن هذه الدّراسات تحتاج إلى كثير من الشرح والملائمة لمفاهيم عصرنا.

– تشعُّب النُّصوص التَّشريعية والفقهية التي تشكل المصادر الرئيسة لمعرفة حقوق مجهول النّسب والواجبات تجاهه ووضعه القانوني.

– القصور التَّشريعي الحاصل وعدم وجود بلورة كاملة لمفهوم مجهول النّسب.

أما الهدف من هذا البحث، فكان:

– إنصافاً لهذا الفرد كونه قد وجد في وضع لا يد له فيه، بل إنَّ هذا الوضع قد حرمه كثيراً من حقوقه.

– حث المشرّع على الإسراع لتطوير النُّصوص القانونيّة بما يدعم المركز القانوني لمجهول النّسب ويبين حقوقه والواجبات الملقاة على المجتمع تجاهه.

– تلبية متطلبات نيل درجة الماجستير في قسم القانون الخاص.

ويثير هذا البحث العديد من الإشكاليات التي تشكل مداراً للدراسة بداية من الغموض الذي يعتري مفهوم مجهول النّسب سواء أكان من حيث تعريف مجهول النّسب أم من اقترابه من بعض المصطلحات ذات الصلة، وما الفئة التي يتناولها؟ وما الصور التي يظهر بها؟ وما الأسباب الداعية لجهالة النّسب؟

وإذا كان مجهول النّسب يتمتع بالحقوق العامة التي تنطبق على أي فرد أو طفل كحق التعليم وحق التَّعبير عن الرَّأي وحق الحياة وغيرها من الحقوق التي لا يثير تطبيقها مشكلة ولا يكون لها ارتباط بجهالة النّسب، فيخرج بذلك عن مدار دراستنا، فتنحصر دراستنا بالحقوق التي تثير إشكالاً بتطبيقها كـ: حقه في النفقة والنّسب، وبقية الحقوق التي تشكل تعريفاً بهويته، وكيفية ومدى تمتعه بها مقارنة بغيره من معلومي النّسب، وكيف عالج المشرّع السُّوري مسألة جهالة النّسب، وهل ضمن المشرّع السُّوري حقوقه؟

وما النظم القانونيّة التي توفر الحماية والرّعاية لمجهول النّسب؟ وأي هذه الأنظمة التي أخذ بها المشرّع السُّوري؟

وهل ميز المشرّع بين أبناء الطوائف في هذا الصدد؟ وكيف تنتهي هذه الرّعاية؟ ومدى نجاعة هذه الأنظمة في توفير بديلٍ عن الرّعاية الأسرية؟

كل هذه الإشكاليات وغيرها التي تشكل استفهاماً عن **المركز القانوني لمجهول النّسب في التشريع السُّوري**.

وقد سِرْنا في هذه الدّراسة معتمدين على المنهج الاستقرائي للوقوف على النُّصوص التَّشريعية والفقهية التي تناولت مسألة اللقيط ومجهول النّسب، كما اتبعنا المنهج التحليلي في تحليل هذه النُّصوص للوصول إلى الغاية منها، ولأنَّ الضد بالضد يُعرف، كان لِزاماً علينا قدر الإمكان مقارنة هذه النُّصوص

والدّراسات مع التَّشريعات العربيّة والأجنبية بعضها ببعض؛ لمعرفة أيهما أكثر فائدة وتحصيناً لحقوق مجهول النّسب. ومن ثم نقد هذه الأنظمة لبيان أوجه القصور ومعالجتها من حيث النتيجة، وذلك وفق **المخطط الآتي:**

المقدمة.

المبحث التمهيدي: النّسب في التشريع السُّوري.

الفصل الأول: هوية مجهول النّسب.

المبحث الأول: الحماية القانونيّة لمجهول النّسب في التشريع السُّوري.

المبحث الثَّاني: الحقوق التي يتمتع بها مجهول النّسب في التشريع السُّوري.

الفصل الثَّاني: النظم البديلة لرعاية مجهولي النّسب.

المبحث الأول: التبني.

المبحث الثَّاني: الكفالة.

الخاتمة.

المبحث التمهيدي: أسباب النّسب.

يحتل النّسب أهمية كبيرة لدى الشعوب العربيّة، سواء أكان في حياة الأفراد أم الجماعات، حتى أن العرب كانوا في المعارك لا يرتضون المنازلة إلا ممن يكافئهم نسباً، بل إن النّسب كان من الدوافع لاختيار الزَّوجة، حيث ورد في الحديث الشريف، (تُنكح المرأة لأربع: لمالها، ولحسبها، ولجمالها، ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك).

وقد عُني المشرّع السُّوري بتنظيم النّسب، فنصَّ على أحكامه في قانون الأحوال الشَّخصية، كونه الحلقة التي تربط الولد بأبيه وجده، لذلك كان الداعي إلى إدراك مفهوم النّسب، وما الأسباب التي يثبت بها النّسب كي تكون الصورة جلية في معرفة مجهول النّسب؟

تعريف النّسب:

ذهبت المراجع اللغوية في تعريف النّسب بأنه القرابة، وقيل: هو في الآباء خاصة، وقيل: النّسبة مصدر الانتساب .[١]، فقال الله تعالى في سورة الأحزاب: **((ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله))**[٢].

ونسبة الشَّخص لعائلةٍ ما أو لأبيه لا تأتي دونما سبب، بل إن هناك نظاماً للقرابة وأسباباً ينشأ منها النّسب، وإذا كان المشرّع قد اكتفى بالولادة كطريق لنسبة الولد لأمه، فمتى جاءت المرأة بولد ثبت نسبه منها دون التوقف على أي شيء آخر من فراش أو إقرار أو بينة، وسواء أكانت هذه الولادة من عقد زواج صحيح أم فاسد أم شبهة أم حتى من سفاح[٣].

---

(١) ابن المنظور، لسان العرب، لبنان، دار صادر، تاريخ النشر (غير معروف) ط١،ج١، ص٧٥٥.

(٢) سورة الأحزاب، الآية ٤.

(٣) محمد سعيد المجاهد، الأحوال الشَّخصية، لبنان، دار الرّسالة العالمية،٢٠١٦م، ط١، ص٢٣٩.

فإذا كانت الولادة تعد من الظواهر المحسوسة لارتباط المولود بوالدته، فهذا الارتباط يغشاه الغموض بالنّسبة للأب، الأمر الذي حدا بالمشرّع لوضع أسباب محددة لنسبة الولد إلى أبيه، وهذا ما سوف نفصله من خلال شرح أسباب النّسب في مطلبين: نخصص الأول منهما لبحث الأسباب المُنشِئة للنسب، بينما يبحث الثَّاني عن الأسباب الكاشفة له.

المطلب الأول: الأسباب المنشئة للنسب:

أولاً: نسب الولد الناتج عن العلاقة الزَّوجية الصّحيحة (الولد للفراش):

إنَّ الأصل الشَّرعي في ثبوت النّسب قاعدة الولد للفراش وهي مشتقة من قول النبي صلى الله عليه وسلم: (الولد للفراش وللعاهر الحجر)[١]، ومعنى هذا الحديث: إنَّ الولد الناتج عن علاقة شرعية المتمثلة بالزّواج بين الأم والأب يُنسب بالضرورة للأب، فلا يجوز لأحد أن يدعي بنوَّته بحجة أنه جاء من مسافحة لوالدة الطِّفل، فهذا الزنا مهدور وغير معتبر في النّسب، وقد كان العرب قبل الإسلام ينسبون الولد للزاني، فجاء الإسلام وأبطل ذلك[٢].

إن قاعدة الولد للفراش هي من القواعد المقررة في قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري، ذلك أنَّ السَّبب في اتصال الزَّوجين ببعضهما واختصاص

---

(١) إن الحادثة التي كانت سبباً لورود هذا الحديث (عن عائشة أنها قالت: اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم، فقال سعد: يا رسول الله، ابن أخي عتبة بن أبي وقاص عهد إلي أنه ابنه، انظر إلى شبهه، وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله ولد على فراش أبي، فنظر رسول الله صلى الله عليه و سلم إلى شبهه، فرأى شبهاً بيناً بعتبة، فقال: هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر، واحتجبي منه يا سودة ابنة زمعة، قالت فلم ير سودة قط)، مسند الإمام أحمد، مصر، الناشر: مؤسسة قرطبة – القاهرة.

(٢) خالد خليفة السعد ويوسف القرضاوي، الاستلحاق والتبني، مصر، مكتبة وهبة للطباعة والنشر، ٢٠٠٠م، ص ٢٢/٢١.

كل منهما بالآخر هو عقد الزّواج، فإذا نتج عن هذا الاتصال والاختصاص فالاحتمال أنه منهما لا من غيرهما؛ لأنَّ الأصل حمل النَّاس على الصلاح، حتى يثبت العكس ويترتب على ذلك أن يلحق الولد بوالديه بالاعتماد على عقد الزّواج دون الحاجة إلى إقرارهما أو أي دليل آخر، لذلك كان النّسب يثبت من الرجل من صفة هذا الفراش الصّحيح وما لحق به[١].

ويعرف الزّواج في اللغة: بأنه الاقتران والاختلاط،[٢] أمَّا في الاصطلاح، فهو عقد يفيد حل استمتاع الزَّوجين بعضهما ببعض على الوجه المشروع، ويجعل لكل منهما حقوقاً وواجبات تجاه الآخر[٣].

وقد عرفته المادّة (١) من قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري (الزَّواج: هو عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنّسب)، كما عرفته المادّة (٢٠) من قانون الأحوال الشَّخصية للمحاكم الإنجيلية في سورية ولبنان: (الزّواج: هو عقد يجري بين ذكر وأنثى يقصد به الاقتران الجنسي الطبيعي والاشتراك في المعيشة العائلية مدى العمر).

وقد وضع الفقهاء لعقد الزّواج بعض الشروط والأركان؛ لكي ينشأ الزّواج صحيحاً أشارت إليها المادّة (٤٧) من قانون الأحوال الشَّخصية السورية بقولها:

---

(١) محمد أوشو الولد غير الشَّرعي في القانون المغربي (القصور والحماية) رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، المغرب، مكناس ٢٠١٣م، ص١٥ أيضاً، أحمد فرج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، جامعة بيروت العربيّة، لبنان، بيروت، الدار الجامعية ١٩٩٨م، ص ٢٤٧.

(٢) المنجد في اللغة العربيّة المعاصرة، دار الشرق، بيروت ، ٢٠٠٨ ط٣، ص ٢٤٥.

(٣) عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري، منشورات جامعة دمشق، كلية الشريعة، ١٩٩٣م/١٩٩٤م، ط٦، ج ١، ص٧٨.

(إذا توافرت في عقد الزَواج أركانه وشرائط التعاقد كافة كان صحيحاً)، وترتبت على هذا الزّواج جميع آثاره من: التوارث، والنّسب، وحرمة المصاهرة ...[١]

لذلك، فإن عقد الزّواج يقسم بحسب توافر هذه الأركان والشروط أو تخلفها إلى:

١-**عقد الزّواج الصّحيح النافذ اللازم:** وهو العقد المستجمع لجميع أركانه وشروط انعقاده وصحته، ومن ثم يسمى بعقد نكاح صحيح لازم، أي: لا يجوز الاعتراض عليه بفسخه، فهو نافذ في مواجهة ولي النكاح الذي له حق الاعتراض عليه في العقد الموقوف، **وترتب على هذا العقد ثبوت النّسب وغيره من آثار عقد الزّواج**[٢].

٢-**عقد الزّواج الصّحيح النافذ غير اللازم:** وهو عقد الزّواج الذي فقد شرط اللزوم، أي: يمكن فسخه أو الاعتراض عليه كأن يكون الزَّوج غير كفء[٣].

٣-**عقد الزّواج الموقوف:** وهو الزّواج الذي تتراخى فيه أحكامه الشَّرعية، ويتوقف على الإجازة، ومثاله: عقد الزّواج الفضولي الذي يتوقف على إجازة الغائب، وعقد زواج الصغير الذي يتوقف على إجازة الولي.[٤]

---

(١) نصت المادّة (٤٩) من قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري على (الزَواج الصّحيح النافذ تترتب عليه جميع آثاره من الحقوق الزَّوجية كـ: المهر، ونفقة الزَّوجة، ووجوب المتابعة، وتوارث الزَّوجين، ومن حقوق الأسرة كـ: نسب الأولاد، وحرمة المصاهرة).

(٢) نصت المادّة (٤٩) من قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري ((الزّواج الصّحيح النافذ تترتب عليه جميع آثاره من الحقوق الزَّوجية كـ: المهر، ونفقة الزَّوجة، ووجوب المتابعة، وتوارث الزَّوجين في حقوق كـ: نسب الأولاد، وحرمة المصاهرة)).

(٣) الاختيار لتعليل المختار، للموصلي، الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٨٠م، ج٣٠، ص٣٥، عبد المجيد المطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، مصر، القاهرة، مؤسسة المختار، عام ٢٠٠٤م، ط، ص٧٢.

(٤) المبسوط، السرخسي، ج٢، ص١٢٥بتصرف ج٥، ص٢١٠، دار المعرفة، بيروت، أيضاً الاختيار لتعليل المختار، مرجع سابق، ج٣، ص٣٢.

٤-عقد الزّواج الفاسد: وهو وما عرفته المادّة (٤٨) من قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري ((كل زواج تم ركنه بالإيجاب والقبول واختلت بعض شرائطه فهو فاسد))، مثاله: الزّواج بغير شهود، وهذا الزّواج لا يرتب شيئاً من الأحكام قبل الدّخول، أما بعد الدّخول، فيثبت به النّسب والعدة وغيرها[١]، وإلى ذلك أشار السرخسي في المبسوط بقوله: ((وأما النكاح الفاسد، فلا حكم له قبل الدّخول، أما بعد الدّخول، فيتعلق به أحكام منها ثبوت النّسب، ووجوب العدة، وهو حكم الدّخول في الحقيقة ...))[٢].

ويترتب على هذا الزّواج بأقسامه ثبوت النّسب، إلا أن هذا الثبوت قيَّده المشرّع الإسلامي بشروط لازمة، وهي:

أ-**أن يكون الزَّوج ممن يتصور الحمل منه،** بأن يكون بالغاً أو مراهقاً على الأقل، فإذا كان صغيراً لا يتصور الحمل منه، لا يثبت النّسب؛ لأنَّ هذه القرينة قاطعة على أن الحمل ليس منه، وهذا شرط كان محل اتفاق بين جميع الفقهاء[٣].

ب-إمكانية التلاقي بين الزَّوجين:

اختلف الفقهاء حول تحقق هذا الشرط لثبوت النّسب، فذهب الحنفية إلى أن مجرد العقد وحده كافٍ لإلحاق النّسب بالزَّوج صاحب الفراش، فالحنفية لا

---

(١) نصت الفقرة ب من المادّة (٥٠) من قانون الأحوال الشَّخصية بقولها: ((الزّواج الفاسد قبل الدّخول في حكم الباطل وتترتب على الوطء فيه النتائج الآتية:

أ.....

ب نسب الأولاد بنتائجه المبينة في المادّة (١٣٣) من هذا القانون))

(٢) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق،ج٢، ص٣٣٥.

(٣) أبو زهرة، محاضرات في عقد الزّواج وآثاره، مكان النشر (غير معروف)، دار الفكر العربي تاريخ الطبعة (غير معروف)، ص ٨١، أيضاً أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص ٢٥١.

يشترطون دخول الزَّوج بالزَّوجة لكي يُلْحِقوا ما تأتيه به الزَّوجة من أولاد، بل هم يكتفون بمجرد العقد[١].

د-**أن تأتي الزَّوجة بالولد خلال ستة أشهر فأكثر من تاريخ الزّواج ولا تزيد عن مرور سنة من تاريخ الطَّلاق،** فقد اتفق الفقهاء على أن أقل مدة الحمل التي يثبت بها النّسب هي ستة أشهر من تاريخ الزّواج[٢]، وبهذا أخذ قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري بنص ٣/١٨٢ على أن (أقل مدة الحمل مائة وثمانون يوماً وأكثرها ثلاثمائة وخمس وستون يوماً).

٥-عقد الزّواج الباطل:

وهو العقد الذي اختل فيه ركن من أركانه أو شرط من شروط انعقاده، فقد نصت المادّة (٥٠) من قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري على أن ((الزّواج الباطل لا يرتب شيئاً من آثار الزّواج الصّحيح ولو حصل فيه دخول)).

والحقيقة أن المحققين من فقهاء الحنفية لا يفرقون بين الزّواج الباطل والفاسد، وفي ذلك يقول الفقيه كمال الدين بن همام: (إن العقد الباطل والفاسد في النكاح سواء)، فالحكم واحد سواء أكان الخلل قد وقع في ركن العقد وهو ما يعبر عنه بالباطل أم كان الخلل في وصفه وهو ما يعبر عنه بالفاسد، فليس للنكاح إلا وجود قسمين: صحيح، وغير صحيح.

أثر عقد الزّواج الباطل:

إن عقد الزّواج الباطل لا يترتب عليه أي أثر؛ لأن أصل العلاقة بين الرجل والمرأة التحريم، حتى يوجد سبب شرعي ينقلها إلى الحل وهو عقد الزّواج

---

(١) أبو زهرة، محاضرات في عقد الزّواج وآثاره، المرجع السَّابق، ص ٨١.

(٢) محمد أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، دار الفكر، دمشق، ط٢، ص٤٥١.

الصّحيح، فإذا لم يوجد هذا العقد أو وجد غير مستوفٍ الأركان والشرائط فهو غير معترف فيه من قِبل المشرع ولا يترتب عليه أي أثر[١]، وفي ذلك نصت المادّة (٥٠) من قانون الأحوال الشَّخصية (الزّواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار الزّواج الصّحيح ولو حصل فيه دخول)، إلا أن الدخول قد رتب عليه المشرّع آثاراً، منها: النّسب، وهذا ما أكدته الفقرة الثَّانية من المادّة(٥١) سالفة الذكر بقولها: (....٢- وتترتب على الوطء فيه النتائج الآتية: أ . ..... ب . نسب الأولاد بنتائجه المبينة في المادّة (١٣٣) من هذا القانون...):

فهذه الواقعة المتمثلة بالدّخول هي السَّبب الحقيقي في ثبوت النّسب، فإذا حصل دخول حقيقي وجاء الولد بعد ستة أشهر فأكثر من تاريخ الدّخول يثبت النّسب من الزَّوج ولا يقبل النفي بعده، وهذه المدة تبتدئ من تاريخ الدّخول لا من تاريخ العقد، أما إن كانت الزَّوجة معتدة، فإن هذه المدة تمتد إلى سنة شمسية من تاريخ المتاركة أو التفريق، فيثبت نسب الولد الذي يأتي خلال هذه المدة،[٢] وقد نص على ذلك قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري في المادّة (١٣٢) بقولها:

(١- المولود من زواج فاسد بعد الدّخول إذا ولد لمئة وثمانين يوماً فأكثر من تاريخ الدخول ثبت نسبه من الزَّوج.

٢- إذا كانت ولادته بعد متاركة أو تفريق لا يثبت نسبه إلا إذا جاءت به خلال سنة من تاريخ المتاركة أو التفريق).

---

(١) محمد أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ص١٤٩.

(٢) محمد أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، المرجع سابق، ص٣٨٧.

ثانياً- شبهة الفراش:

الشبهة: ((هي ما يُشابه الشيء الثابت وليس بثابت في نفس الأمر))[١].

فالموطوءة بشبهة هي التي زُفت إلى غير زوجها والموجودة ليلاً على فراشه إذا ادعى الاشتباه، فالرجل يمكن أن يطأ غير زوجته لحدوث خطأ في ذلك، وقد أوضح بعض المحدثين ذلك بقوله: (وقد يدخل الرجل بامرأة معتقداً أنها فراش صحيح له، ثم يظهر له أنه اشتبه عليه، وأنها ليست حلالاً له، فيكون ذلك وقاعاً منه بشبهة، وهذا له أثر وحكمة في ثبوت النّسب)[٢].

وقد قسم الإمام ابن عابدين شبهة الفراش إلى ثلاثة أنواع: وهي:

١- **شبهة في المحل:** كمن وطأ جارية ابنه ظناً منه أنها ملكه لحديث أنت ومالك لأبيك.

٢- **شبه اشتباه في الفعل:** مثال ذلك كمن يطأ امرأة زُفت إليه، ويقال له: إنها زوجتك، فهذا شبهة في الفعل الوطء.

٣- **شبهة في العقد:** أي أن يوجد العقد صورة لا حقيقة، كمن يعقد على أخته من الرضاع ويطأها دون علم منه.

وأن النّسب المتولد من كل هذه الشبهات ثابت إذا كان هناك دخول بالمرأة وكان الولد قد جاء بين أقل مدة الحمل وأكثرها، فيثبت نسبه من الواطئ وفق ما نصت عليه المادّة (١٣٣) من قانون الأحوال الشّخصية بقولها:(الموطوءة بشبهة إذا جاءت بولد ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها يثبت

---

(١) حاشية رد المختار على الدر المختار، ابن عابدين، بيروت، دار الكتب العلمية، ج٤، ص١٨.

(٢) محمد يوسف موسى، النّسب وآثاره، معهد البحوث والدّراسات العربيّة، ط٢، ١٩٦٧م، ص١٢.

نسبه من الواطىء. ٢- متى ثبت النسب ولو بنكاح فاسد أو شبهة ترتب جميع نتائج القرابة، فيمنع النكاح في الدرجات الممنوعة وتستحق به النفقة من القرابة والإرث)

ولابد من الإشارة إلى أن المحكمة العليا في الجزائر ذهبت إلى عد الاغتصاب الثابت بحكم قضائي بأنه وطء بإكراه يكيف على أنه شبهة يثبت بها النّسب[1].

أن المشرع أعترف بنسب الطفل المتولد عن علاقة شرعية بين الرجل والمرأة، يستدل عليها بوجود الفراش الصحيح المتمثل بعقد الزواج أو شبهه، وأن وجود دلائل تكشف على نسب الطفل من الرجل، فهي لا تعدو أن تكون وسائل كاشفة على وجود النسب الصحيح جاءت هذه القرائن والأدلة لتكشف وجوده لذلك سوف ندرس هذه الأدلة في المطلب الثاني.

(١) المحكمة العليا في الجزائر في القرار رقم (٦١٧٣٧٤) الصادر بتاريخ ١٩٩٣/١٢/١٥م، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد (١) لعام ٢٠١٢م، ص٢٩٧، نقلاً عن عريبي حسيبة ومحرز حنان، الحماية القانونيّة للطفل في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، الجزائر، جامعة الجيلالي بو نعامة خميس مليانة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة ٢٠١٤م/ ٢٠١٥م، ص١١.

المطلب الثاني: الأسباب الكاشفة للنسب:

ذكر المشرّع طرقاً محددة للكشف عن النّسب، وهذه الطرق المتمثلة بـ: الإقرار، والشَّهادة، والبصمة الوراثية، وتعتبر هذه الأسباب أدلة كاشفة على وجود النسب الصحيح.

أولاً–الإقرار بالنّسب:

عرَّفت المادّة (٩٣) من قانون الإثبات المصري الإقرار بأنه: (هو إخبار الخصم أمام المحكمة بحقٍ عليه للآخر)[١].

أما الإقرار بالنّسب، فيعرف أنه إخبار الشَّخص بوجود القرابة بينه وبين شخص آخر[٢]، ويأتي الإقرار بالنّسب في المرتبة الثَّانية في إثبات النّسب بعد الفراش الصّحيح، ويعد من الطرق الكاشفة لوجود النّسب، ذاك أن المقر لا ينشأ هذا الحق إنما يخبر ويكشف عن وجوده.

والإقرار بهذه القرابة يأتي على نوعين:

١–الإقرار على النفس (الإقرار المباشر): وهو إقرار ليس فيه تحميل على الغير، ومثاله: أن يقر الأب بنسب الولد منه أو يقر الابن بالوالد.

---

(١) كما أشارت المادّة (٩٤) من ذات القانون إلى الإقرار القضائي (اعتراف الخصم أو من ينوب عنه نيابة خاصة، بواقعة قانونية مدعى بها، وذلك أمام القضاء أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة).

(٢) بومجان سولاف، إثبات النّسب ونفيه وفق تعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، دار شروقي، ٢٠٠٥م، ص٢٥. نقلاً عن محمد نبيل سعد الشاذلي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، والقرابة إما أن تكون قرابة مباشرة: وهي الصلة بين الأصول والفروع لدرجة واحدة كـ: البنوة، والأبوة، والأمومة، أو غير مباشرة: وهي قرابة الحواشي الذين يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهما فرعاً من الآخر كالأخوة والعمومة.

٢-الإقرار بالنّسب على الغير كالإقرار بالإخوة[١].

١-الإقرار على النفس:

يُشترط لصحة الإقرار بالنّسب على النفس شروط محددة، وهي:

أ- **مصادقة الواقع بأن يولد للمقر ولد في مثل المقر له،** فقد نصت المادّة ١/١٣٤ من قانون الأحوال الشَّخصية على: (الإقرار بالبنوّة ولو في مرض الموت لمجهول النّسب يثبت به النّسب من المقر إذا كان فارق السن بينهما يحتمل هذه البنوة)، بحيث يكون فارق السن بينهما يحتمل ذلك، أما إذا كان المقر له في سن مساوياً لسن المقر له، فلا يثبت النّسب من هذا الإقرار، وهذا الشرط ضروري لعدم معارضة الإقرار للواقع، فلو خالف الواقع، لكان الإقرار كاذباً كما لو أقر شخص عمره ثلاثون ببنوة شخص عمره أربعون، فهذا الإقرار لا يصح لمخالفته الواقع[٢].

فإذا أقر أكثر من شخص ببنوة الطفل لا يثبت الإقرار؛ لأنه إذا تعارضت الإقرارات لم يكن إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر[٣]، فإذا تعارض الإقرار مع إقرار آخر أو دليل آخر لثبوت النّسب، فلا يثبت الإقرار، ولا يقبل لوحده لثبوت النّسب دون دليل يرجحه.

---

(١) وهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط٢، ١٨٩٥م،ج٧، ص ٦٩٠، أيضاً، عبد الرحمن الصابوني، شرح الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ج٢، ص١٧٥.

(٢) عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص ١٧٥.

(٣) أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ص ٣٩٧ أيضاً وهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج٧، ص ٦٩١.

ب- **أن يكون المقر له مجهول النّسب:** إنَّ الإقرار بالنّسب لا يكون إلا لمجهول النّسب، ومجهول النّسب عند الحنفية هو الذي لا يُعْلَم له أبٌ في البلد الذي وُلِد فيه، فإذا كان المقر له معروف النّسب، فإن هذا الإقرار لا يصح.

وقد استثنى الفقهاء الولد الملاعن، فهذا لا يصح ادعاء نسبه أو إلحاقه بغير الأب الملاعن، لاحتمال رجوع أبيه الملاعن، وتكذيب نفسه فيما ادعاه، بأن الولد ليس منه[١].

ج: **مصادقة المقر له على الإقرار:** لا بد أن يصادق مجهول النّسب على الإقرار، فقد اشترطت المادّة (١٣٥) من قانون الأحوال الشَّخصية بنصها: (إقرار مجهول النّسب بالأبوة أو بالأمومة يثبت به النسب إذا صادقه المقر...) إذا كان أهلاً للمصادقة، أي: إذا كان بالغاً عاقلاً عند الجمهور، ومميزاً عند الحنفية؛ وذلك لأن الإقرار حجة قاصرة، فلا تتعدى إلى غير المقر إلا بدليل أو بمصادقة الغير، أما إذا كان المقر له لا يتمتع بالأهلية اللازمة للإقرار كما لو كان صغيراً أو مجنوناً فلا تشترط المصادقة[٢].

د: **ألا يكون في الإقرار حمل النّسب على الغير سواء أكذبه المقر له أم صدقه:** فالإقرار حجة قاصرة على المقر لا تتعدى على غيره، فالإقرار على الغير إما شهادة أو دعوى، وشهادة الفرد فيما لا يطلع عليه الرجال غير مقبولة، وهذا الادعاء المقر به ليس بدليل [٣].

---

(١) وهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج٧، ص ٦٩١، أيضاً أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ص ٣٩٧.

(٢) أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، المرجع سابق، ص٤٠١، أيضاً، وهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج٧، ص ٦٩١.

(٣) وهبة الزُّحيلي ، الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج٧، ص ٦٩١.

هـ: **ألا يذكر أنه ولد من زنا:** لأنَّ الزنا لا يصلح أن يكون سبباً لثبوت النّسب لتعارضه مع قول النبي صلى الله عليه وسلم: (الولد للفراش وللزاني الحجر).

لا بد من الإشارة أنَّ فقهاء الحنفية قالوا بأن الإقرار بالنّسب يصح دونما الحاجة إلى بيان سببه، فلو سكت المقر دون أن يبين سبب العلاقة بينه وبين ولده، فيحمل على أن السَّبب شرعي صحيح، كأن يكون الرجل قد تزوج سراً بأم الولد وأخفى زواجه لأمرٍ ما، بل إنَّهم ذهبوا أكثر من ذلك، وقالوا بثبوت النّسب بالإقرار ودون الحاجة لبيان السَّبب الذي يقوم عليه النّسب حتى وإن كان الظّاهر يكذب هذا الادعاء، فهم مدفوعون لهذا الرَّأي بمبررات عدة منها: حمل النَّاس على الصلاح، وإنقاذ لنسب الطِّفل[١].

بينما لم يوافق المالكية على هذا الرَّأي، فلم يكتفوا لثبوت النّسب بالإقرار المجرد، بل إنهم اشترطوا لصحة الإقرار ألا يكذبه الظّاهر، كأن يكون الولد لقيطاً لم يبين المقر بنسبه سبباً معقولاً لهذا النّسب، أو أن يكون الطِّفل قد وجد في بلاد لم يدخلها المقر بحياته[٢].

ويترتب على الإقرار الصّحيح جميع آثار النّسب، فتكون للولد جميع الحقوق، وتترتب عليه جميع الواجبات، كما أن هذا النّسب الناتج عن الإقرار لا يقبل الانفكاك، فإذا أقرَّ شخص لطفل غير مميز بالنّسب وثبت نسبه بذلك، فلا يصح تكذيبه من قِبل الصغير إذا بلغ سن الرشد؛ لأن النّسب متى ثبت لا يقبل الإبطال[٣].

---

(١) عبد الرحمن الصابوني ، شرح قانون الأحوال، مرجع سابق، ج٢، ص١٧٦.

(٢) عبد الرحمن الصابوني، المرجع سابق، ص١٧٦، وأيضاً أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ص٤٥٤.

(٣) عبد الرحمن الصابوني المرجع السابق، ص١٧٧.

وبقي أن نشير أنه كما يثبت نسب الولد من الرجل الذي يقر ببنوته، كذلك يثبت نسب الولد من المرأة التي تقر بأمومته في تحقق الشروط التي سبق ذكرها.

٢: الإقرار بالنّسب على الغير:

أ- إقرار الزَّوجة

إن إقرار المرأة ببنوة شخص يصح إذا استوفت الشروط اللازمة للإقرار على النفس، فإذا كانت متزوجة، فلا يثبت نسب الولد من هذا الزَّوج إلا إذا أقرَّ وصادقَ على هذا الإقرار، فقد نصت المادّة ٢/١٣٤ من قانون الأحوال الشَّخصية على: (إذا كان المقر امرأة متزوجة أو معتدة لا يثبت نسب الولد من زوجها إلا بمصادقته أو بالبينة) فإذا أنكر الأب هذا الولد، فلا يكفي إقرار الزَّوجة لثبوت نسب الولد منها ومنه، بل لابد لها من إقامة الدليل لإثبات الزَّوجية بينهما، ثم لإثبات نسب الولد[١].

ب- إقرار الحواشي:

قد يكون الإقرار بالنوع الثَّاني من القرابة، وهي قرابة الحواشي، كـ: الإقرار بالإخوة والعمومة، فإذا قال شخص: هذا أخي، كان ذلك إقراراً بالنّسب على أبيه؛ لأن معناه هذا ابن أبي، وإذا قال: هذا عمي، كان هذا إقراراً بالنّسب على جده؛ لأن معناه هذا ابن جدي، وقد أشار المشرّع السُّوري إلى هذا الإقرار في المادّة (١٣٦) من قانون الأحوال الشَّخصية بقوله: (الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه).

---

(١) عبد الرحمن الصابوني، مرجع سابق، ج٢، ص١٧٩.

وقد اشترط القانون السُّوري لِعَدِّ هذا الإقرار سارياً في حق الغير تصديقه، فهذا الإقرار غير المباشر لا يصلح وحده لثبوت النّسب في حق الغير، بل يجب مصادقة الغير فضلاً عن شروط الإقرار السَّابقة، وعند ذلك لا يكون لإقرار المقر أي أثر في ثبوت النّسب، إنما النّسب يثبت بمصادقة الغير على هذا الإقرار الذي يعده بدوره إقراراً مبتدئاً[١].

ويترتب على الإقرار غير المباشر نوعان من الآثار:

١-النّسب: وهذا لا يترتب إلا بالمصادقة أو البينة.

٢-الآثار المالية: فإذا مات الأب في المثال السَّابق، فإن المقر له يشارك المقر في حصته من التركة، أما بقية الورثة، فتبقى حصصهم كاملة ما دام أنهم لم يصادقوا على إقرار المقر، ولم يصادق أبوهم على هذا الإقرار.

كما أنه يستحق النفقة من مال المقر في حال احتاج إليها وتوافرت شروطها، وإذا مات المقر دون وراث استحق المقر له كامل تركته في حال توافرت الشروط الآتية:

أ- عدم ثبوت نسب المقر له بالنّسب من الغير المقر عليه.

ب-عدم رجوع المقر له عن الإقرار.

ج-ألا يتوافر في المقر له مانع من موانع الإرث.

د-حياة المقر له عند وفاة موت المقر أو عدّه ميتاً.

وهذه الشروط نصَّ عليها قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري في المادّة (٢٩٨): (إذا أقر شخص بالنسب على غيره لمجهول النسب استحق المُقِر له التركة بالشرائط الآتية:

---

(١) بومجان سولاف، مرجع سابق، ص ٢٧.

١- ألا يثبت نسب المقر له من المقر عليه.

٢- ألا يرجع المقر عن إقراره.

٣- ألا يقوم به مانع من موانع الإرث.

٤- أن يكون المقر له حياً وقت وفاة المقر أو وقت الحكم بِعدّه ميتا).

ثانياً: إثبات النّسب بالبينة:

تعد البينة إحدى طرق إثبات النّسب القانونيّة، وقد نصت المادّة (١٢٨) من قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري على: (يثبت النّسب بالزّواج أو الإقرار أو البينة)، ولابد من أن نوضح أنَّ للبينة مدلولين:

المدلول العام للبينة: ويقصد به الحجة والبرهان[١]، وقد أكد المشرّع المصري هذا المعنى للبينة في المادّة (١) من قانون الإثبات الذي عُرّفت فيه البينة بأنها: (هي أي وسيلة يتم بها إثبات أو نفي أي تصرف أو واقعة بدعوى أمام المحكمة....).

المدلول الخاص للبينة (الشَّهادة): التي تعرف بأنها قيام شخص من غير خصوم الدعوى بالإخبار أمام القضاء عما أدركه بحاسة من حواسه، كـ: السمع أو البصر بشأن الواقعة المتنازع عليها، وقد أكد صياغة المادّة (١٢٨) من قانون الأحوال الشَّخصية السَّابقة الذكر هذا المعنى الخاص للبينة، فهذه المادّة عددت الطرق التي يثبت بها النّسب، وأشارت إلى البينة بمعنى الشَّهادة كطريق مستقل لإثبات النّسب؛ لأن البينة بالمدلول العام تستغرق جميع طرق الإثبات، وعلى هذا فلو ادعى أحدهم النّسب من شخص كما لو ادعى البنوة أو الأبوة وأنكر المُدَّعى عليه دعواه فلجأ لإثبات دعواه بالشَّهادة، لقبلت منه.

---

(١) بومجان سولاف، مرجع سابق، ص٣٣.

ويعد إثبات النّسب بالشَّهادة أقوى من ثبوت النّسب بالإقرار، فالإقرار هو حجة قاصرة على المقر بينما الشَّهادة هي حجة متعدية لا يقتصر أثرها على المُدَّعَى عليه، كذلك أن النّسب الذي ظهر بالإقرار غير مؤكد؛ لأنَّه يحتمل البطلان بالبينة[١].

نصاب الشَّهادة: يختلف نصاب الشهادة فيما إذا كان النزاع يدور حول واقعة الولادة أم يتعلق بتعيين المولود:

إذا اختلف الزَّوج مع زوجته في وقت الولادة كأن تدعي الزَّوجة بأن الولادة قد تمت في وقت محدد وأنكر الزَّوج حدوثها، أو قد يكون الخلاف في تعيين المولود كما لو ادعت أن المولود هو ذلك الولد وأنكر الزَّوج فما هو النصاب المعتبر من الشهود اللازم لإثبات الدعوى؟

ذهب أبو حنيفة وأصحابه وأحمد بن حنبل بأنه يكفي لإثبات الولادة أو المولود شهادة القابلة؛ لأن النّسب ثابت بوجود الفراش والولادة، واكتُفي بشهادة القابلة (الطبيب) من غير اشتراط العدد،

وبذلك أشارت المادّة (٣٤٨) من مجلة الأحكام إلى ذلك: ((إذا ادعت الزوجة المنكوحة الولادة وجحدها الزوج تثبت بشهادة امرأة مسلمة حرة عادلة، كما لو أنكر تعيين الولد، فإنه يثبت بتعيينه بشهادة القابلة المتصفة بما ذكر))[٢].

---

(١) وهبه الزُّحيلي، الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج٧، ص٦٩٥.

(٢) محمد قدري باشا، الفوائد العلية في الأحوال الشَّخصية، المحامي محمد مهر الشقفة، مجموعة قوانين الأحوال الشَّخصية، دمشق، مؤسسة النوري،١٩٩٦م، ط (لا يوجد)، ص١٥٩.

بينما اشترط الإمام مالك شهادة امرأتين واشترط الشافعي شهادة أربعة إذا كان الخلاف حال قيام الزَّوجية[١].

أما بعد انقضاء الزَّوجية سواء أكان بوفاة الزَّوج أم بالطَّلاق، وقد أنكر الزَّوج أو الورثة الولادة أو اختلفوا في تعيين المولود (إذا لم يقر الورثة أو الزَّوج بالحمل أو لم يكن هذا الحمل ظاهراً)، فلابد من ثبوت الشَّهادة النصاب الكامل للشهادة عند أبي حنيفة، وهي شهادة رجلين أو لرجل وامرأتين، وحجته في ذلك أن الرابطة الزَّوجية انقضت بالعدة وانقضت معها جميع علائقها وأصبحت الزَّوجة أجنبية، ودعوى ثبوت النّسب من أجنبي لابد لها من النصاب الكامل[٢]، فنصت بذلك المادّة (٣٤٩) كم مجلة الأحكام الشَّرعية على: ((إذا ادعت معتدة الطلاق الرجعي أو البائن أو معتدة الوفاة، الولادة لأقل من سنتين من وقت الفرقة وجحدها الزَّوج، أو الورثة، فلا تثبت إلا بحجة تامة ما لم يكن الزَّوج أو الورثة قد أقروا بالحبل أو كان الحبل ظاهراً غير خافٍ ...))[٣]

بينما ذهب الصاحبان بأن الولادة تبقى ثابتة بشهادة القابلة؛ لأن الزّواج وآثاره باقية في عدة الطَّلاق أو الوفاة، والزَّوجة عند الولادة لم تكن أجنبية، بل هي قد ولدت، وهي ما تزال على فراش الزَّوجية، فيُكتفى بشهادة القابلة، أما إن سبق الولادة إقرار بالحمل أو كان الحمل ظاهراً، فيُكتفي أبي حنيفة بيمين الزَّوجة دون الحاجة لشهادة القابلة بينما اكتفى بالإخبار عند الصاحبين.

---

(١) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية مرجع سابق، ص٤٦١.

(٢) محمد أبو زهرة، المرجع السابق،٤٦٢

(٣) محمد قدري باشا، المرجع السَّابق، ص١٥٩.

أما إن كان الخلاف في المولود لا في الولادة وحدوثها، فقد أتفق الصاحبان والإمام أبي حنيفة على الاكتفاء بشهادة القابلة وبذلك أخذت مجلة الأحكام العدلية في المادة السابقة الذكر[١].

ثالثاً: البصمة الوراثية:

تعد البصمة الوراثية من المستجدات العلمية الحديثة، وقد اختلفت الاتجاهات الفقهية الحديثة حول الاعتماد والاستفادة منها في مجال إثبات النّسب، وكانت الدول الأوربية في مقدمة الدول التي اعتمدت على نظام البصمة الوراثية، وتلتها في ذلك الدول العربيّة، ومن ضمنها القانون السُّوري في تعديله الأخير لقانون الأحوال الشَّخصية، لذلك كان من المستوجب بدايةً التعرف على نظام البصمة، ومن ثم التطرق إلى حجيتها كدليل من أدلة الإثبات.

١: المفهوم العلمي للبصمة الوراثية:

– تعرف البصمة في اللغة بأنها العلامة، وهو مأخوذ من البصم، وهي البصمة أثر الختم بالإصبع[٢].

والوراثة: هو علم يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل إلى آخر، وتفسير الظواهر المتعلقة بذلك.[٣]

والبصمة الوراثية في معناها الاصطلاحي: هي العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الأصول إلى الفروع، أي: إنها المادّة الحاملة للعوامل الوراثية

---

(١) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص٤٦٣.

(٢) المعجم الوسيط ـ معجم الوسيط، إبراهيم مصفى وأحمد الزيات وآخرون، دار الدعوى، تحقيق مجمع اللغة العربيّة، ج٢، ص٦٠.

(٣) إثبات النّسب بالطرق العلمية البيولوجية الحديثة، ص ٤١، http://droit٧.blogspot.com

والجينات في الكائنات الحية،[١] وتعد النواة الموجودة في كل خلية في جسم الإنسان ما عدا كريات الدم الحمراء مستودع المادّة الوراثية التي توجد على الكروموزمات أو الصبغيات التي تختلف من كائن إلى آخر، وعددها عند الإنسان (٤٦) كروموزم خلافاً للكروموزمات الجنسية[٢]، وبذلك كل كروموزوم من سلسلة من المادّة الوراثية ADN يعرف الحامض النووي الريبِوزي اللاأوكسجيني ويتركب من قواعد: الأدنتين(A)، والتاميين (T)، والجوانتين (G)، والسانتوزين (C)، فضلاً عن السكر الخماسي والفوسفور، وبعد اتصال هذه القواعد مع بعضها تتكون ADN تلتف على شكل سلاسل حلزونية [٣] مُشكِّلةً سلسلتين ملتويتين، تمثل إحدى السلسلتين الصفات الوراثية للأب، أما الثَّانية، فهي تشكل الصفات الوراثية من الأم، ومن مجموع هذه السلسلتين يتميز الإنسان بصفات تميزه عن غيره، وهو ما يسمى بـ: "الشيفرة الوراثية".

أما عن كيفية استخدام الهندسة الوراثية في مجال إثبات النّسب ونفيه، فإن المادّة الوراثية للطفل تتكون من الأبوين مناصفة، فالعدد الصبغي والكروموزمات الموجودة في كل خلية من خلايا الطِّفل هي ستة وأربعون، ثلاثة عشرون من نطفة الأب وثلاثة وعشرون من بويضة الأم، ولإثبات نسب طفل من أب محدد أو أم محددة يدعي أحدهما أو كلاهما نفي أو إثبات نسبه منه،

---

(١) سعد الدين الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشَّرعية، الكويت، مكتبة الكويت الوطنية، ٢٠٠١م، ط١، ص٢٥.

(٢) إبراهيم بن ناصر الحمود، مقال حول البصمة الوراثية على الموقع www.islamtoday.net.

(٣) إثبات النّسب بالطرق العلمية البيولوجية الحديثة، مرجع سابق، ص ٤١، نقلاً عن عصام أحمد البهيجي، تعويض الأضرار الناتجة عن تطبيقات الهندسة الوراثية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية، دار الجامعة الجديدة للنشر طبعة ٢٠٠٦م، ص٣٣.

فنأخذ عينات كل من الأب والأم المزعومين والطِّفل لإجراء المطابقة فيما بينهما، فإذا كان أحد هذه الوالدين والداً لهذا الطِّفل فإن نصف الADN الطِّفل سوف تكون متطابقة مع الـADN الأب، كذلك الأمر بالنّسبة للأم، أما عندما يختلف الـADN للطفل مع الـADN الأبوين، فإنهما قطعاَ ليسا والدي الطِّفل، وبهذا يمكن نفي نسب الطِّفل من هذين الأبوين[١].

٢:الحجية القانونيّة للبصمة الوراثية:

يحتل إثبات النسب بواسطة البصمة الوراثية مكانة مهمة في التشريع الفرنسي حيث سمح المشرع الفرنسي إجراء البحث عن الأبوة عن طريق اختبار الحمض النووي بالنسبة للأب الذي لم يكن له مع الأم رابطة زواج والذي لم يعترف على الطفل عند الولادة [٢]، وكذلك فعل المشرع التونسي عندما جاء بالفصل الأوّل من قانون ٢٨ أكتوبر ١٩٩٨ المتعلّق بإسناد اللّقب العائلي للأطفال

---

(١) إبراهيم بن ناصر الحمود، المرجع السَّابق، ص٤٨.

(٢) ولابد أولاً أن تتم الاختبارات في مختبرات وافقت عليها المحكمة وثانياً موافقة الطرف المعني بإجراء الخبرة عليه حيث لا يمكن القيام هذا الاختبار قبل موافقة الطرف المستهدف الصريحة بناء على استدعاء المحكمة، حيث يمكنه رفض إجراء هذه الخبرة ولا يمكن إجباره على القيام بالاختبار إلا أن رفضه يمكن يعتبر بمثابة اعتراف بالأبوة ما لم يتمكن من نفي هذه الأبوة (بإثبات العقم مثلا)، وقد اشتهرت في هذا المجال الحكم الصادر عن القضاء الاسباني الذي قضى بثبوت أبوة المغني خوليو إيغليسياس لأحد الأطفال، بعد أن ادعت أم الطفل أن المغني قد أقام علاقة معها في عام ١٩٧٥ أثناء حفل موسيقي وعلى الرغم من أنكار المغني ورفضه القيام بأي اختبار للحمض النووي ،تمكن أحد المخبرين من الاقتراب من أحد أبناء المغني بينما كان الأخير على الشاطئ واستطاع جمع الحمض النووي الخاص به دون علمه وقد استخدم ذلك لاحقاً دليلاً نتج عنه الحكم بأبوة الطفل، وبعد إثبات البنوة بالبصمة الوراثية، يثبت أبوة الوالد للطفل بأثر رجعي، كما يؤدي إلى تغيير الحالة المدنية للطفل، ويجوز للمحكمة أن تحكم في ممارسة السلطة ألأبوية وإعالة الطفل وتعليمه وتغيير اسمه.

(٢) https//www.dossierfamille.com/famille/administrative-et-etat-civil/test-and-de-paternite-le-pretendu-pere-doit-etre-consentant٣٤٣١٨٣

المهملين ومجهولي النسب حيث نص:" يمكن للأب أو للأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصّة لطلب إسناد لقب الأب للطفل الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أنّ هذا الشخص هو أب ذلك الطفل. "وهذا يقود إلى الاعتراف بالطفل غير الشرعي وهذا ما عارضه المشرع السوري الذي حصر ثبوت النسب بالطرق الشرعية وفق ما نص عليه في المادة ١٢٨ من قانون الأحوال الشخصية (يثبت النّسب بالزواج والإقرار والبينة) حيث جعل المشرع السوري وسائل إثبات النسب المذكور محصور بالنسب الشرعي الناتج على الزواج

ونظرا للتطور العلمي للبصمة الوراثية فقد نص المشرع السوري في تعديله لقانون الأحوال الشَّخصية الصادر بالقانون رقم(٤) في العام ٢٠١٩م في ٢/١٢٨ منه على:

(٢–فيما عدا الزَّوجين عند التنازع بين إثبات نسب الطِّفل أو نفيه تتم الاستفادة من استخدام البصمة الوراثية) ليمهد بذلك قرينة جديدة يمكن الركون إليها في حل مشكلة النسب.

بداية فرق المشرّع السُّوري بين حجية البصمة في مواجهة عقد الزّواج وبين الحجية التي تكون لها في مواجهة الأسباب الأخرى للنسب.

أ- حجية الإثبات بالبصمة الوراثية فيما بين الزَّوجين:

ذهب مجمع الفقهي الإسلامي إلى أن الفراش يعد من أقوى الأدلة في ثبوت النّسب ولا يعلو عليه سوى اللعان، ولا يلجأ إلى البصمة الوراثية إلا عند النّزاع[١]، غير أن المشرّع السُّوري لم يعطِ البصمة الوراثية أي حجية في النّزاع

(١) من قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة عشر.

على النّسب بين الزَّوجين، وقد حصر إمكانية اللجوء إلى البصمة الوراثية في إثبات النّسب أو نفيه خارج العلاقة الزَّوجية، فمنع الزَّوجين من الاعتماد على البصمة الوراثية كدليل يمكن الركون إليه في النّزاع على نسب الطِّفل بين الزَّوجين متبنياً الرَّأي الفقهي الذي لا يجيز اللجوء إلى البصمة الوراثية متى كان النّسب ثابتاً بالاعتماد على فراش الزَّوجية والإقرار والشَّهادة والبينة[١]، إلا أنه إذا كان المشرّع السُّوري قد منع الزَّوجين من اللجوء إلى البصمة الوراثية في حسم النّزاع حول نسب المولود بينهما، فقد حصره بالزّواج الصّحيح، فيُخْرِج بذلك حالة نسب الولد في الوطء بشبهة والنكاح الفاسد كزواج الأرملة أو المطلقة قبل انتهاء العدة والوقوع في الحيرة في نسبة الولد للزوج الأول أو الثَّاني[٢]، ومما يؤكد هذا الرَّأي أنَّ هناك اتجاهاً من الفقه الحنفي يرى بأن مصطلحي الفاسد أو الباطل يُراد بهما الزّواج غير الصّحيح الذي لا تُعطى فيه صفة الزّواج، حيث إن هذا الاتجاه يرى أن النّسب في الزّواج الفاسد أو الباطل ما هو إلا أثر للوطء بشبهة الذي يكون هذا الفساد إحدى حالاته، وهو الحالة التي لا يكون فيها الفراش ثابتاً قطعاً.

كذلك يمكن الاستفادة من البصمة الوراثية في حال النّزاع على تعيين المولود كما في حالة الاختلاط بين المواليد في المستشفيات، فإذا اختلطت المواليد في مستشفيات الولادة يمكن اللجوء إلى البصمة الوراثية لحل هذه المعضلة.

---

(١) خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الاحكام الفقهية، الأردن، دار النفائس٢٠٠٦م، ط١، ص ١٤٨.

(٢) خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، الأردن، دار النفائس الأردن، ط١،٢٠٠٦م، ص٢١٩، نقلاً عن نجم عبد الله عبد الواحد، البصمة الوراثية وأثرها على النّسب نفياً وإثباتاً، بحث مقدم للمجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته (١٥) عام ١٤١٩ هـ، ص ١٣.

ب-الحجية القانونيّة للبصمة الوراثية تجاه أدلة إثبات النّسب الأخرى:

لم يحدد المشرّع السُّوري حجية البصمة الوراثية في مواجهة أدلة إثبات النّسب ونفيه، إنما اكتفى بالإشارة بعبارة لا تخلو من الغموض بأنه يمكن الاستفادة من البصمة الوراثية في إثبات النّسب ونفيه وفق المادّة (١٢٨) من قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري المشار إليها سابقاً، أما الفقه، فقد ذهب إلى إعطاء البصمة الوراثية مركزاً قانونياً متأخراً. فيرى الدكتور وهبة الزُّحيلي: (وتُقدَّم على البصمة الوراثية الطرائق المتبعة في شريعتنا لإثبات النّسب أو نفيه، أما الإثبات، فيكون بالبينة والاستلحاق أو الإقرار بالنّسب والفراش، أي: العلاقة الزَّوجية؛ لأن هذه الطرائق أقوى في تقدير الشَّرع، فلا يلجأ إلى غيرها إلا عند التنازع في الإثبات وعدم الدليل القوي أو عند تعارض الأدلة)[١].

فذهب الفقه أنَّ الشَّهادة تقدم على العمل بالبصمة الوراثية؛ وذلك لأن الشَّهادة وردت بالنص والإجماع، كما أنه لا يجوز تعطيل العمل بالأدلة الشَّرعية من أجل العمل بدليل علمي قد يشوبه الخطأ والتلاعب، وإن كان يأخذ على هذا الرَّأي أن الشَّهادة كدليل يمكن أن يعتريها الخطأ والتلاعب والتزوير، إلا أنه يبقى الفيصل هو رأي القاضي وقناعته، وقد أشار الفقه إلى الحالات التي يمكن اللجوء فيها إلى البصمة مع الشَّهادة، وهي:

حالة التنازع في نسب مجهول النّسب، وكان لكل مدعٍ دليل من شهادة، فتكون البصمة الوراثية هي الدليل الذي يرجح بين هاتين الشهادتين، وكذلك حالة

---

(١) وهبة الزُّحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجمع الفقه الإسلامي، ط١، ص٢٣.

الشَّخص الذي يدعي نسب ولديه بينة نسب طفل عند آخر قد نُسِب إليه بلا بينة[١].

أما حجية البصمة تجاه الإقرار، فقد أجمع الفقهاء على تقديم الإقرار على البصمة الوراثية، وعند توافر شروط الإقرار المعتبرة، فلا مجال للبحث للجوء إلى البصمة الوراثية، كما لو أقر رجل بنسب شخص فصادق المقر له على ادعائه، فلا يجوز اللجوء إلى البصمة،[٢] ومع هذا يذهب جانب من الفقهاء إلى جواز اللجوء إلى البصمة الوراثية عندما يكذب المقر له المقر، فيبقى النّسب حقاً للوالد الذي له أن يثبته بأي دليل شرط أن يرضى المقر له بإجراء البصمة الوراثية[٣].

ومتى توافرت هذه الأدلة سواء أكان من زواج أم إقرار أم شهادة أم البصمة كقرينة على نسبة الطِّفل لأبيه وأسرته، استقر حق الطِّفل في نسبته لأبويه وأسرته، لكن الإشكال يثور عند انعدام الأسباب التي تؤكد النّسب، فنقع هنا في معضلة جهالة النّسب، ومعرفة مفهومها، والحقوق التي تكون لمجهول النّسب، وهذا ما سنتعرف عليه في الفصل الأول من هذه الدّراسة.



(١) وهبة الزُّحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السَّابق، ص١٥.

(٢) بومجان سولاف، مرجع سابق، ص٤٧.

(٣) وهبه الزُّحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مرجع سابق، ص١٥.

الفصل الأول: هوية مجهول النّسب

تمهيد:

كان المشرّع ولا يزال هو المكلف بالإجابة عن كل ظاهرة اجتماعية، ولما كان مجهول النّسب إحدى هذه الظواهر فوجب عليه أمر تنظيم مسألة جهالة النّسب وتقنينها، وهذا ما يشكل المحور الأساسي الذي ينطلق به المشرّع لبيان المركز القانوني الذي يتمتع به مجهول النّسب، هذا المركز لا يوضح إلا من خلال دراسة كاملة لوضعه، تبدأ بتعريفه وبيان هويته، وبيان الحالات التي تدخل تحت مفهوم مجهول النّسب، والبحث بالأسباب التي أدت إلى وجود ظاهرة جهالة النّسب، والتكييف القانوني لمسألة مجهول النّسب، وما هي الأحكام التي تتناوله والسُّبل التي نحاها المشرّع للمعالجة القانونيّة للمركز القانوني لمجهول النّسب، ومعرفة الشَّخصية القانونيّة له، ومدى الأهلية التي يتمتع بها لممارسة الحقوق والواجبات، وهل يستطيع مباشرتها بنفسه، أم أنه يحتاج لمن ينوب عنه في مباشرة هذه الحقوق التي يتمتع بها؟ وهذا ما سوف ندرسه عن طريق المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: الحماية القانونيّة لمجهول النّسب في التشريع السُّوري

المبحث الثَّاني: الحقوق التي يتمتع بها مجهول النّسب في التشريع السُّوري.

المبحث الأول: الحماية القانونيّة لمجهول النّسب في التشريع السُّوري:

إن مفهوم مجهول النّسب يبدأ بتعريفه والاصطلاح القانوني والفقهي الذي يطلق عليه، وبيان الصور التي تشكل حالات متشابهة تجمعها جهالة النّسب، وهذا يكون محور المطلب الأول، تعريف مجهول النّسب. من ثم نستعرض الأسباب الداعية لجهالة النّسب في المطلب الثَّاني.

المطلب الأول: مفهوم مجهول النّسب:

أولاً: تعريف مجهول النّسب:

١- **مجهول النّسب لغة:** مجهول النّسب مركب إضافي مؤلف من كلمتين: مجهول، ونسب.

مجهول: اسم مفعول، من جهل الشيء لم يعرفه، أجهلهُ جعله جاهلاً (جهله) نسبه إلى الجهل(١).

أما النّسب: فإن المراجع اللغوية قد عرفته بأنه القرابةُ وهو انتساب الولد لأبيه وعلاقته به، فالنّسب هو رابطة القرابة على أساس الدم بين الولد وأبيه عامة، وهو الناتج عن طريق الزّواج(٢).

٢- **مجهول النّسب في الاصطلاح:**

عرفته المادّة الأولى في الفصل الأول من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب بأنه: **((الوليد أو الطِّفل الذي لم يتم السابعة من عمره والذي يعثر عليه ولم يثبت نسبه، أو لم يُعرَف والداه))**، وبذلك يكون المشرّع في هذا المشروع قد حقق تقدماً في تعريفه لمجهول النّسب عن قانون رعاية اللقطاء الذي اقتصر على تعريف الصورة الشائعة لجهالة النّسب وهي اللقيط، حيث نصت المادّة (١) من قانون رعاية اللقطاء: **(اللقيط هو الوليد الذي يعثر عليه ولم يُعرف والداه).**

---

(١) المعجم الوسيط، إبراهيم مصفى وأحمد الزيات وآخرون، دار الدعوة، تحقيق مجمع اللغة العربيّة، ج١، ص١٤٣.

(٢) ابن المنظور، لسان العرب، المجلد الرابع، دار الفكر العربي، لبنان ص٣١٢، سبق لنا أن تعرضنا لتعريف النّسب في المبحث التمهيدي، وكان لابد من إعادة التعريف في هذا الموضع لضرورة اتساق التعريف بمجهول النّسب.

ويؤخذ على المشرّع في قانون رعاية اللقطاء بأنه جعل صورة اللقيط هي القاعدة الأم التي طبَّقَ أحكامها على مجهولي النّسب، حيث نصت المادّة (١٨) من قانون رعاية اللقطاء أحكام اللقيط، فقال: ((**يعد بحكم اللقطاء، وتسري عليهم أحكام هذا المرسوم التَّشريعي:**

أ) –الأطفال مجهولو النسب الذين لا يوجد من هو مكلف بإعالتهم شرعا.

ب) –الأطفال الذين يضلون الطريق ولا يملكون المقدرة للإرشاد عن ذويهم لصغر سنهم، أو لضعفهم العقلي، أو لأنهم صم بكم، ولا يحاول أهلهم استردادهم)).

وهكذا نرى بأن المشروع الجديد للقانون قد أعاد الأمور إلى نصابها بتعريفه مجهول النّسب كونه هو المفهوم العام الذي تندرج تحته كثير من صوره، كـ: اللقيط، والأطفال الذين ضاعوا عن ذويهم ....، وغيرهم من صور مجهولي النّسب الذين سيأتي الحديث عنهم لاحقاً.

ونلاحظ أن المشروع في تعريفه مجهول النّسب قد حدد سنه بالسابعة من العمر فما دون، وهي سن التمييز، على عد أن الطِّفل الذي يبلغ هذا العمر سليماً يفترض علمه بذويه، ومن ينتسب إليهم، فلا يكون بذلك مجهول النّسب.

إلا أننا لسنا مع تحديد سن محدد لمجهول النّسب، فسن مجهول النّسب لا يعد العلة في تعريفه، فالفيصل في جهالة النّسب هو عدم معرفة أهل مجهول النّسب وذويه، أما ارتباطه بما دون سن التمييز، فهذه الحالة تنطبق فيها على اللقيط فقط، كما أن جهالة النّسب صفة قد ترافق الشَّخص لما بعد بلوغه سن التمييز، فلا يجوز ربط جهالة النّسب بسن محدد.

ثانياً: صور مجهول النّسب:

تتعدد الصور التي تتجلى بها جهالة النّسب سواء أكان من خلال الأطفال حديثي الولادة الذين يتم تركهم على الطرقات وأبواب المعابد أم من خلال الأطفال الذين يضلون عن أهلهم، أم من خلال الأطفال غير الشَّرعيين الذين تنقطع نسبتهم بوالديهم البيولوجيين.

١- **الطِّفل اللقيط:** يعد اللقيط الصورة الشائعة لجهالة النّسب، حيث عرَّفته المراجع الفقهية بأنه: اسم لحي طرحه أهله خوفاً من العيلة، أو فراراً من تهمة الريبة[١]، أو هو طفل ضائع لا كافل له،[٢] أو الطِّفل المنبوذ[٣]، ومن الملاحظ على هذه التعريفات نجد أنها تعنى بالأطفال الذين لا يُعرف نسبهم وهم بحاجة إلى الرّعاية الذين هم عادة ما يكونون دون سن التمييز، وقد ساير المشرّع السُّوري هذا النهج في تعريف اللقيط، فعرَّفه بالمادّة (١) من قانون اللقطاء[٤] (اللقيط هو الوليد الذي يُعثر عليه ولم يُعرف والداه).

٢- **الطِّفل الضال:** يعد الطِّفل الذي يتوه عن والديه وأسرته ويفقد الارتباط بهما، من صور مجهول النّسب، وقد أدخل المشرّع السُّوري هذه الصور ضمن الحالات التي تُطبَّق عليها أحكام اللقيط، فقد نصَّ في المادّة ١٨/ب من قانون رعاية اللقطاء على:

((يعد بحكم اللقطاء، وتسري عليهم أحكام هذا المرسوم التَّشريعي..أ...

---

(١) السرخسي، المبسوط، نشر محمد أفندي المغربي، ج٦، ص١٤٦.

(٢) مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، موقع الإسلام، ج١٦، ص٤٩٤.

(٣) ويسمى ملقوطاً بِعَدٍّ أنه يلقط، ومنبوذاً بِعَدٍّ أنه ينبذ إذا ألقي في الطريق ونحوه) مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، محمد الخطيب الشربيني، بيروت، دار الفكر، ج٢، ص٤١٧.

(٤) قانون اللقطاء السُّوري الصادر بالمرسوم ١٠٧ في العام ١٩٩٧م.

ب) – الأطفال الذين يضلون الطريق ولا يملكون المقدرة للإرشاد عن ذويهم لصغر سنهم، أو لضعفهم العقلي، أو لأنهم صم بكم، ولا يحاول أهلهم استردادهم)):

وغالبا ما يكون الأطفال الضائعين لا يقدرون على الإرشاد إلى أهلهم إما لصغر سنهم، وإما لإصابتهم بإحدى العاهات، وإما التخلف العقلي، وما إلى ذلك من أسباب، فضلاً عن أن الأهل نفسهم قد يقصرون في البحث عن هذا الطِّفل، أو قد تمنعهم الظُّروف من الاستهداء إليهم، ولا شك أن ظروف الحرب وما أدت إليه من: نزوح العائلات وتشتتها، كان له الدور الأبرز في زيادة هؤلاء أطفال.

٣- طفل العلاقة غير الشَّرعية: نصت المادّة (٦٥) من قانون الأحوال الشَّخصية للمحاكم المذهبية الإنجيلية في سورية ولبنان على تعريف هذا الطِّفل بأنه: ((البنوة غير الشَّرعية هي البنوة الحاصلة من اقتران غير شرعي))

هذه الحالة بِعَدّها من حالات جهالة النّسب قد نص عليها المشرّع صراحة في مشروع القانون الجيد، وذلك بنص المادّة ٣/ج بقوله:

(يعد بحكم مجهولي النّسب، وتسري عليهم أحكام هذا القانون: أ...ب...ج- المولود من علاقة غير شرعيّة).

تعد الزَّوجية هي السَّبب الرئيس لثبوت النّسب لقوله صلى الله عليه وسلم: (الولد للفراش وللعاهر الحجر) ، فيتطلب لثبوت النّسب وجود عقد زواج صحيح بين الرجل والمرأة الذي يعد أساس العلاقة الشَّرعية بينهما، وكان المشرّع السُّوري قد نصَّ في قانون الأحوال الشَّخصية في المادّة ١/١٢٩ على

((-ولد كل زوجة في النكاح الصحيح ينسب إلى زوجها بالشرطين الآتيين ....٢....)

كما عرف القانون (١٠٣) من نظام سر الزّواج للكنيسة الشرقية الولد الشَّرعي بقوله: **((الأولاد الشَّرعيون هم الذين حبل بهم أو ولدوا من زواج صحيح أو موهم))**[١]، وعلى ذلك، فإن توافر العلاقة الشَّرعية المتمثلة بعقد الزّواج الصّحيح يعد من الأسس الثابتة لثبوت النّسب، حيث إن المشرّع السُّوري خاصةً والفقه الإسلامي عموماً لا يبني على العلاقة الجنسية غير الشَّرعية أي أثر، فالزنا لا يصلح أساساً لثبوت النّسب، فلابن المولود من علاقة غير شرعية، وإن كانت بنوّته تمثل النتيجة الطبيعية للاتصال الجنسي بين المرأة والرجل، فهذه البنوة وإن تحققت فعلاً فإنها تكون مجرد علاقة بيولوجية لا شرعية؛ لأن المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً،[٢] فهي بنوة غير شرعية غير معترف بها في إطار القانون السُّوري والفقه الإسلامي.

وقد تتعدد الحالات التي يكون فيها الطِّفل غير شرعي إما لكونه قد ولد نتيجة علاقة سفاح محضة بين رجل وامرأة، وهو ما جرى شرحه، أو قد يوجد مانع يعرقل تأسيس النّسب على عقد الزّواج رغم وجوده، وتتمثل هذه الحالات في الآتي:

---

(١) وهو معمول به لدى الطوائف الكاثوليكية الشرقية (الروم الكاثوليك، والسريان الكاثوليك، والأرمن الكاثوليك، والموارنة، والكلدان، والاتين) عن نسخة رسمية مودعة في مكتبة وزارة العدل.

(٢) محمد أوشو، الولد غير الشَّرعي في القانون الغربي، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، مكناس، ٢٠١٣م، ص١١. نقلاً عن عبد الله السوسي التناني، شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلتها دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة، الدار البيضاء، مطبعة النجاح،٢٠١٠م، ج٣، ص١٦.

أ –نفي النّسب لعدم تحقق شرط التلاقي.

ب –نفي النّسب لعدم تحقق شرط أقل مدة الحمل.

ج –نفي النّسب لوجود الملاعنة.

أ– نفي النّسب لعدم تحقق شرط التلاقي:

لكي يثبت النّسب بالاعتماد على عقد الزّواج لابد من أن تتحقق إمكانية التلاقي بين الزَّوجين، فلو كانت هذه الإمكانية غير متوافرة، كأن يكون الزَّوج مسجوناً أو مسافراً، فإن عقد الزّواج هذا لا يكون سبباً صالحاً لثبوت النّسب، وهذه الإمكانية اشترطها المشرّع السُّوري بنص المادّة ١٢٩/ب من قانون الأحوال الشَّخصية: **(ولد كل زوجة من النكاح الصّحيح ينسب إلى زوجها بالشرطين الآتيين:١.....٢– ألا يثبت عدم التلاقي بين الزَّوجين بصورة محسوسة كما لو كان أحد الزَّوجين سجيناً أو غائباً في بلدٍ بعيد أكثر من مدة الحمل)**[١].

إلا أن الفقهاء كانوا قد اختلفوا حول توافر هذا الشرط لثبوت النّسب من عقد الزّواج، فذهب الحنفية أنَّ مجرد العقد وحده كافٍ لإلحاق النّسب بالزَّوج صاحب الفراش[٢]، فقال أبو حنيفة: (إنَّ العقد الصّحيح كافٍ في ثبوت النّسب متى كانت الولادة حال قيام الزَّوجية، وكانت لستة أشهر من وقت الزّواج، وكان الزَّوج يتصور الحمل منه، فيثبت النّسب في هذه الحالة ولو لم يلتقِ الزَّوجان فعلاً على جواز التلاقي بينهما عقلاً).

---

(١) كذلك نصت المادّة (٥٨) من قانون المحاكم الإنجيلية في سورية ولبنان على: ((إذا ثبت أن الحمل قد وقع أثناء انفصال الزوجين الفعلي أو أن الولادة قد حصلت قبل مرور مائة وثمانين يوما على عقد الزواج، لا يكون الزوج مكلفا بإقامة أي دليل آخر يثبت عدم شرعية البنوة)).

(٢) أبو زهرة، محاضرات في عقد الزّواج وآثاره، مرجع سابق، ص ٨١.

فإذا تزوج مشرقي من مغربية عن طريق المراسلة أو الوكالة، وأتت بولد لستة أشهر فأكثر من وقت الزّواج، وكان الزَّوج بالغاً أو مراهقاً ثبت نسبه من الزَّوج، ولو لم يتلاق الزَّوجان بعد العقد بالفعل[١]، أمَّا جمهور الفقهاء، فقد اشترطوا لثبوت النّسب من الزّواج إمكانية التلاقي بين الزَّوجين، وفائدة الخلاف بين الجمهور والحنفية هو أن النّسب ينتفي عند الجمهور دون الحاجة إلى اللعان، أمَّا عند الحنفية، فإنَّ النّسب ثابت في العقد لا يمكن نفيه إلا باللعان[٢].

ولا بد من الإشارة إلى أن المحاكم المصرية كانت تعمل بما ذهب إليه الحنفية في أن العقد كافٍ لثبوت النّسب حال قيام الزَّوجية، لكن المشرّع المصري قد عدل عن هذا الرَّأي بالقانون رقم (٢٥) في العام ١٩٢٩م الذي نصَّ فيه على: **(لا يسمع عند الإنكار دعوى النّسب لولد الزَّوجة يثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد، ولا لزوجة أتت بعد سنة من غيبة الزوج عنها، ولا لولد المطلقة المتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطَّلاق أو الوفاة)**[٣].

فالفرق بين القانون السُّوري والقانون المصري هو أن القانون السُّوري قد أخذ بشكل صريح بمذهب الجمهور في اشتراط إمكانية التلاقي بصورة محسوسة، أما القانون المصري في المادّة الآنفة الذكر، فهو إن كان قد اتفق

---

(١) أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص ٢٥١.

(٢) وهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق، دار الفكر، ١٩٨٥، ط٢، ج٧، ص٦٨٣.

(٣) جاء في المذكرة التفسيرية لهذا القانون (٢٥) في العام ١٩٢٩ (بما أنه يجوز لولي الأمر أن يمنع قضائه من سماع بعض الدعاوى التي يشاع فيها التزوير والاحتيال، ودعوى نسب ولد من زوج لم يتلاق مع زوجته في وقتٍ ما ظاهر فيها الاحتيال والتزوير، ولذلك وضعت هذه المادة في هذا القانون) محمد أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، دار الفكر العربي، مصر، ط٣، ص ٣٩٥.

في اشتراط التلاقي إلا أنه لم يجعله شرطاً لثبوت النّسب كما فعل القانون السُّوري، وإنما جعله شرطاً في سماع الدعوى بنسب الولد، ورتب على ثبوت عدم التلاقي عدم جواز سماع الدعوى، فالمشرّع المصري بذلك وبهذا النص ترك نسب الولد محل الاحتمال بأن يدعيه الزَّوج ويقر به، وأبعد عن الزَّوجة تهمة الزنا.[١]

وحبذا لو عمد المشرّع السُّوري إلى الأخذ بما أخذ به المشرّع المصري في جعل إمكانية التلاقي شرطاً لسماع دعوى النّسب، كون الفقه الإسلامي متشوقاً لإثبات النّسب وإبعاداً للطفل عن خطر جهالة النّسب، كما أن الزَّوجة قد يصعب عليها أحياناً إثبات التلاقي، وخاصة بالنّسبة للأزواج الذين يعبرون الحدود بطريقة غير شرعية.

ويلحق بنفي النّسب لعلة عدم التلاقي بين الزَّوجين، نفي النّسب لعلة عدم الإنجاب، كما لو كان الزَّوج صغيراً ليس أهلاً لتحمل الزَّوجة منه، أو كونه عقيماً أو مصاباً بمرض يمنعه من الإنجاب، فهذه قرينة قاطعة على أنَّ الحمل ليس من الزَّوج، وهذا محل اتفاق بين جميع الفقهاء في الشريعة الإسلامية[٢].

أما في القانون، فإمكانية الحمل هذه مأخوذة من مفهوم المادّة ٢/١٢٩ من قانون الأحوال الشَّخصية التي نصَّت على: (...ألا يثبت عدم التلاقي بين الزَّوجين بصورة محسوسة كما لو كان أحد الزَّوجين سجيناً أو غائباً في بلدٍ بعيد أكثر من مدة الحمل)، وقد بيَّن هذا الشرط صراحة المشرّع الموريتاني في المادّة (٦٢) من قانون الأحوال الشَّخصية، فقال: (لا يثبت النّسب إذا لم يثبت اجتماع

---

(١) أحمد فراج الحسين، مرجع سابق، ص ٢٥٢.

(٢) أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ص٤٥٦.

الزَّوجين، أو كان الزوج حين الدّخول صبياً أو مصاباً بعلة تمنع الوطء، وصرح بهذا الشرط أيضاً المشرع الكويتي في المادّة (١٨٦) من قانون الأحوال الشَّخصية لديه بقوله: (تستعين بأهل الخبرة من لا يثبت النّسب من الرجل إذا ثبت أنه غير مخصب، أو لا يمكن أن يأتي من الولد لمانع حقيقي أو مرض)، وكان يفضل من المشرّع السُّوري أن يعمد إلى توضيح هذه الحالة وإدراجه بشكل واضح كما فعل غيره من المشرّعين العرب، ولا سيما المشرّع الكويتي.

ب- نفي نسب الولد لعدم تحقق شرط أقل مدة الحمل:

إنَّ المرأة تلد في مدة تسعة أشهر، وقد تنقص هذه المدة ونادراً ما تزيد، وإذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية قد اختلفوا في أقصى مدة الحمل، فإنهم قد اتفقوا في حدها الأدنى التي يثبت بها النّسب وهي ستة أشهر من تاريخ الزّواج[١]، وقد نص على ذلك في قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري وشابهه في ذلك الكثير من القوانين العربيّة[٢]، فذكرت المادّة ٢/١٢٨ ذلك: **(أقل مدة الحمل مائة وثمانون يوماً وأكثرها ثلاثمائة وخمس وستون يوماً)**[٣].

---

(١) محمد أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ص٤٥١.

(٢) نصت المشرّع الموريتاني على ذلك في المادّة (٦٠) والمادّة (٦١) فقال: (النسب الشرعي يثبت للولد الذي يأتي بعد ستة أشهر من تاريخ العقد أو ولد في مدة لا تتجاوز أقصى مدة الحمل من يوم الطَّلاق أو الوفاة، أما (أقصى مدة الحمل فحدده بسنة قمرية) كذلك نص المشرّع الكويتي في المادّة (١٦٦) من قانون الأحوال الشَّخصية الكويتي على (أقل مدة الحمل ستة أشهر قمرية وأكثرها خمسة وستون وثلاثمائة يوم)، ونص المشرّع المغربي في المادّة (١٣٥) على أقصى مدة الحمل سنة من تاريخ الطَّلاق أو الوفاة).

(٣) حدد قانون المحاكم الإنجيلية في سورية ولبنان الحد الأقصى للحمل بثلاثمائة يوم، فنص في المادّة (٥٤) منه على ((الولد الذي يولد أثناء الزواج أو الذي يولد بعد انفصال الزَّوجين بأي سبب كان بمدة لا تتجاوز ثلاثمائة يوم من انفصال الزَّوجين يعد ولداً شرعياً ما لم يقم دليل على أنه غير شرعي)) .والمادّة (٥٥) منه التي نصت: ((الولد الذي يولد بعد ثلاثمائة يوم من انفصال الزَّوجين بأي مسبب كان لا يعد شرعياً لذينك الوالدين ما لم يعترف الزَّوج ببنوته))

أما الحد الأدنى للحمل، فقد حدده هذا القانون بمائة وثمانين يوماً، وهذا من مفهوم المادّة (٥٨) والمادّة (٥٩) اللتين نصتا على:

وتبدأ هذه المدة عند الحنفية من تاريخ عقد الزّواج، وعند الجمهور من تاريخ عقد الزّواج مع إمكانية التلاقي، أما عند الجعفرية، فتبدأ من تاريخ الدّخول الحقيقي لا من وقت العقد[١]، فإذا جاءت الزَّوجة بالولد بعد أن يكون قد مضى ستة أشهر من تاريخ الدّخول على رأي الحنفية أو من تاريخ العقد مع إمكانية الدّخول على رأي الجمهور أو من تاريخ الدّخول الحقيقي على رأي الجعفرية، فإن الولد ينتسب لوالديه تأسيساً على فراش الزَّوجية الصّحيح، أما إذا جاءت الزَّوجة بالولد لأقل من ستة أشهر من تاريخ عقد الزّواج، فهذا الولد لا ينتسب لأبيه إلا أذا أقرَّ به، وهذا الإقرار قد يكون صراحة أو ضمناً وعلى شرط ألا يقول الزَّوج: إن هذا ابني من زنا.

فلو عقد شخص على امرأة وكانت حاملاً وحملها ظاهر، فهذا دليل على أن الحمل منه، ويكون الزّواج الرسمي الحاصل بينهما ما هو إلا دليل على قيام زوجية سابقة بينهما، فيثبت النّسب في هذه الحالة[٢]، كما أن معرفة الزَّوج بولادة زوجته ومرور فترة زمنية، تجعل دعوى نفي النّسب منه غير مسموعة، حيث نصت محكمة النقض السُّورية على أن (ادعاء الزَّوج بنفي نسب المولود بعد مرور أكثر من سنة على معرفة الزَّوج بالولادة يجعل دعوى نفي النّسب

= المادّة (٥٨) (لا يحق للزوج إنكار بنوة الولد الشَّرعية إذا ولد ذلك الولد على الأقل بعد مرور مائة وثمانين يوماً على عقد الزّواج الشّرعي ما لم يبرهن أنه ليس أباً لذلك الولد)
المادّة(٥٩): ((إذا ثبت أن الحمل قد وقع أثناء انفصال الزَّوجين الفعلي أو أن الولادة قد حصلت قبل مرور مائة وثمانين يوماً على عقد الزّواج لا يكون الزَّوج مكلفاً بإقامة أي دليل آخر يثبت عدم شرعية البنوة)).

(١) أحمد فراج الحسين، مرجع سابق، ص ٢٤٩.

(٢) كاعو ليندة وإقدلان كهينة، نفي النّسب في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، الجزائر، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، في العام ٢٠١٣م/٢٠١٤م، ص٢٥.

غير مسموعة)، فيمكن عد مرور المدة الزمنية مع سكوت الزَّوج إقراراً ضمنياً منه بنسب الطِّفل.[١]

كذلك إذا أقرت المطلقة أو الأرملة بانقضاء عدتها، فإنه يلزم حتى يثبت نسب الطِّفل بالاعتماد على عقد الزّواج أن يولد الطِّفل لأقل من (١٨٠) يوماً من تاريخ الإقرار، أو أقل من سنة من تاريخ الوفاة أو الطَّلاق، وفق ما نصَّ عليه المشرّع السُّوري في المادة١٣١ من قانون الأحوال الشخصية بقولها: (المطلقة أو المتوفى عنها زوجها المقرتان بانقضاء العدة يثبت نسب ولدهما إذا ولد لأقل من (١٨٠) يوماً من وقت الإقرار وأقل من سنة من وقت الطَّلاق أو الموت).

هذا إذا كانت العلاقة الزَّوجية ما زالت مستمرة، أما إذا انتهت هذه العلاقة بالطَّلاق أو الوفاة وكانت الزَّوجة لم تقر بانقضاء عدتها، فلا بد ليُحلق الولد بنسبة أبيه، أن تأتي به أمه خلال سنة من تاريخ الطَّلاق أو الوفاة، وهي الحد الأقصى الذي حدده القانون السُّوري في المادّة (١٢٨) من قانون الأحوال الشَّخصية، فإذا مرت مدة السنة، فلا بد أن يثبت نسبه من والديه من إقرار الزَّوج أو الورثة، إلا أننا في هذه الحالة لا يكون ثبوت النّسب من آثار عقد الزّواج، وإنما يعد من آثار الإقرار بالنّسب وفق نص المادّة (١٣٠)من قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري بقولها (إذا لم تقر المطلقة أو المتوفى عنها زوجها بانقضاء عدتها يثبت نسب ولدها إذا ولدته خلال سنة من تاريخ الطَّلاق أو الوفاة، ولا يثبت لأكثر من ذلك إلا إذا ادعاه الزوج أو الورثة).

---

(١) قرار ٢٢٠٩ أساس ٢٣٣٥، تاريخ ١٩٩٧/١٠/٢٧م، مجموعة أحكام النقض في قضايا الأحوال الشَّخصية من العام ١٩٨٨م-٢٠٠٤م، إعداد عبد القادر الآلوسي، المكتبة القانونيّة، ص٩٩٩.

قد يكون الزّواج صحيحاً، وتتحقق جمع أسباب النّسب إلا أنه قد يرى الزَّوج زوجته في حالة زنا، كما قد يشك الزَّوج في نسبة الطِّفل منه، ولا يكون له أي دليل على ذلك من أجل نفي نسب هذا الطِّفل منه، فلا يكون أمامه سوى طريق اللعان كونه السبيل الذي حدده المشرّع الإسلامي والقانون السُّوري لنفي نسب هذا الطِّفل منه.

ج- طفل الملاعنة:

بعد ثبوت النّسب من الزّواج الصّحيح وتحقق شروطه، فلا سبيل لفك عُرى النّسب إلا بطريق وحيد نصَّت عليه الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشَّخصية السُّوري في المادّة (١٢٩) من قانون الأحوال الشَّخصية: (... لا ينتفي نسب المولود إلا باللعان)، وهذا ما استقرت عليه محكمة النقض السُّورية، حيث نصت بأنه: (الولد للفراش ولا ينتفي النّسب إلا باللعان....)[١].

وقد عرّف فقهاء المذاهب الإسلامية اللعان، وحددوا له شروطاً لسلوكها كالآتي:

١- **تعريف اللعان:** في اللغة: لعنه، كمنعه، أي: طرده وأبعده، فهو لعين وملعون، وجمعه: ملاعين[٢].أما في الاصطلاح الفقهي: فقد اختلفت التعريفات الفقهية للعان، فهو عند الحنفية والحنابلة شهادات مؤكدات بالأيمان موثقات باللعن والغضب[٣]، أما عند المالكية، فيعرف اللعان بأنه حلف الزَّوج على زنا

---

(١) قرار ١٩٢٨م، أساس ١٢١٨، تاريخ ١٩٩٤/١١/٢٩م، مجموعة أحكام النقض في قضايا الأحوال الشَّخصية مرجع سابق، ص٩٩٣.

(٢) القاموس المحيط، الفيروزآبادي، ج١، ص١٥٨٨.

(٣) الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير، أبو عبد الله حسن الشيباني، بيروت، عالم الكتب، ١٤٠٦ هجري، ج١، ص ٢٤٢، أيضاً كشف القناع، البهوتي، بيروت، دار الفكر، طبعة عام ١٤٠٣ هجري، ج٥، ص٣٨٩.

زوجته أو نفيه حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم قاض[١]، أما الشافعية، فقد عرَّفوه بأنه كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه وألحق العار به، أو إلى نفي ولد[٢].

وقد نصَّ القانون السُّوري على اللعان عند حديثه عن أسباب ثبوت النّسب، فنص في المادّة (١٢٩) على:

(١- ولد كل زوجة في النكاح الصّحيح ينسب إلى زوجها بالشرطين الآتيين:

أ . أن يمضي على عقد الزّواج أقل مدة الحمل.

ب . ألا يثبت عدم التلاقي بين الزَّوجين بصورة محسوسة كما لو كان أحد الزوجين سجيناً أو غائباً في بلد بعيد أكثر من مدة الحمل.

٢- إذا انتفى أحد هذين الشرطين لا يثبت نسب الولد من الزَّوج إلا إذا أقر به أو ادَّعاه.

٣- إذا توافر هذان الشرطان لا ينفى نسب المولود عن الزَّوج إلا باللعان))[٣].

٢- **كيفية اللعان:** إن اللعان لا يكون إلا لأمرين:

الأول: هو إتهام الزَّوجة بالزنا من قِبل الزَّوج، **والثَّاني:** هو نفي نسب الولد، فإذا أصر الزَّوج على إتهام زوجته بالزنا أو على نفي نسب الولد منه

---

(١) البهجة في شرح التحفة، أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨م، ط١،ج١، ص٥٢٥.

(٢) الاقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، محمد الخطيب الشربيني، بيروت، دار الفكر، ج٢، ص٤٥٩.

(٣) نص على اللعان كذلك المشرّع الجزائري في المادّة (١٣٨) من قانون الأسرة ((يمنع من الإرث اللعان وآلة اللعان)) بينما نص المشرّع الكويتي عليه في المادّة (١٧٦) من قانون الأحوال الشَّخصية في باب نفي النّسب (اللعان)، فنص على: (يجوز للرجل أن ينفي عنه نسب الولد خلال سبعة أيام من وقت الولادة أو العلم بها، بشرط ألا يكون قد اعترف بالنسب صراحة أو ضمناً))، كما نصت المادّة (١٧٧) من ذات القانون على: (يجب أن تتخذ إجراءات دعوى اللعان خلال خمسة عشر يوماً من وقت الولادة أو العلم بها)).

حلَّفه القاضي أربع مرات بأنه من الصادقين فيما رمى به زوجته من الزنا أو من نفي نسب الولد منه، وفي المرة الخامسة يقول: إن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، وبعد ذلك ينتقل القاضي إلى الزَّوجة لتدافع عن نفسها وتحلف أنه من الكاذبين فيما رماها به من تهمة الزنا أو من نفي نسب الولد، تكرر ذلك أربع مرات، وفي المرة الخامسة تقول: إن لعنة الله عليها أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين، وهذه الكيفية قد حددها القرآن الكريم بقوله: **((وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (٦) وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (٧) وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ (٨) وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ (٩) وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ وَأَنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ حَكِيمٌ (١٠))**[1]، وبهذا اللعان تقع الفرقة بين الزَّوجين، كما يتم نفي نسب الولد بشروط حددها الفقهاء.

٣- شروط نفي النّسب باللعان:

ذهب الحنفية أنه يشترط لنفي نسب الولد عدة شروط، هي:

أ- صدور قرار القاضي بالتفريق؛ لأن الزّواج قائم قبل التفريق، فلا يجب نفي النّسب.

ب- أن يكون نفي النّسب بعد الولادة مباشرة أو بعدها بيوم أو يومين إلى سبعة أيام، مدة التهنئة بالمولود عادةً، بينما حدد الصاحبان هذه المدة بأربعين يوماً، وهي مدة النفاس.

---

(١) سورة النور، الآيات (٦-٧-٨-٩-١٠).

ج- ألا يتقدم إقرار بالمولود ولو دلالة أو ضمناً، كقبول هدايا التهنئة مع عدم الرد.

د- توافر حياة الولد وقت التفريق القضائي باللعان.

هـ- ألا تلد الزَّوجة بعد التفريق ولداً آخر من بطن واحد، فإن ولدت الزَّوجة ولداً فنفاه عنه، وفرق بين الزَّوجين، ثم ولدت الزَّوجة ولداً آخر من الغد لزمه الولدان جميعاً لثبوت نسب الولد الثَّاني الذي لم يشمله اللعان؛ لأن حكم اللعان قد بطل بالتفريق، فيثبت نسب الولد الثَّاني، ثم ثبت نسب الولد الأول.

و- ألا يكون محكوماً بثبوت نسب الولد شرعاً، كأن تلد الزَّوجة ولداً يتسبب بموت رضيع آخر بأن ينقلب عليه، فيقضى بالدية على الأب، فيقوم الأب بنفي نسب الولد منه، فيلاعن القاضي بينهما، ولا يقطع نسب الولد؛ لأن القضاء بالدية يكون على عاتقة الأب كون الولد منه، ولا ينقطع النّسب بعده.[١]

وبهذا اللعان ينتفي نسب الولد من أبيه، ويلحق بأمه، فتحققت لدينا جهالة النّسب من جهة الأب، وينقطع من جهة الأب، ويترتب على نفي النّسب منه، عدم التوارث بينهما، وعدم الإلزام بالنفقة، سواء أكان نفقة الآباء على الأبناء أم نفقة الأبناء على الآباء، بينما تبقى بعض الأحكام بالنّسبة للولد منها عدم جواز شهادة الولد لأصله الملاعن أو الأصل لفرعه، وعدم صحة إلحاق نسب هذا الولد بالغير لاحتمال رجوع الرجل عن اللعان وتكذيب نفسه، وبقاء المحرمية، فلا يجوز للرجل أن يزوج ابنته ممن نفى نسبه منه؛ لأنه يُحتمل أن يكون من أبنائه.

---

(١) وهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص٥٦٧.

الخلاصة: قد تتعدد الحالات والصور التي يكون بها مجهول النّسب، وتتعدد على أثر ذلك التسميات، فقد سُمي منبوذاً بِعَدِّ أنه يُنبذ، وسُمي لقيطاً؛ لأنه يُلقط من قارعة الطريق، كما أنه ينطبق على الطِّفل المتولد عن علاقة غير شرعية، أو هو الطِّفل ينفى نسب الأب عنه، أو طفل طرحه أهله خوفاً من تهمة الزنا، فيكون مجهول النّسب كل مَن لا يُعرف نسبه سواء أكان لقيطاً أم ضالاً، أم منفي النّسب عنه.

أن وجود هذه الصور هي دراسة لما هو كائن، ويفترض من أجل دراسة قانونية سليمة معرفة الأسباب التي أدت إلى جهالة النسب، ليصار إلى معالجتها، معرفة الحلول القانونية التي خطها المشرع في القانون السوري لتقنين هذه الأسباب والحالات التي دعت لجهالة النسب.

المطلب الثَّاني: الأسباب الداعية لجهالة النّسب:

إنَّ مجهول النّسب لم يأتِ من العدم، وإنما هو مخلوق من أب وأم طبيعيين (بيولوجيين)، وقد أبعدته أسباب محددة عنهما سواء أكانت هذه الأسباب متعلقة بالوالدين أم بأحدهما كما في حالة اللقيط، أو خارج عن هذه الإرادة كما في حالة الكوارث والحروب أو غيرها من الأسباب التي يكون فيها الطِّفل هو الضحية الأولى؛ لذلك سوف نتناول بالدّراسة هذه الأسباب التي أدت إلى جهالة النّسب.

أولاً- **الحروب والكوارث:**

إنَّ الحروب والكوارث لا تترك ورائها إلا الدمار والخراب، وإنَّ ما شهدته سورية من: ويلات الحرب، ونزوح، وتشرد للعائلات داخل الوطن وخارجه بيَّنَ أنَّ الأطفال هم الضحية الأولى لهذه الأزمة.

فهذه الكوارث والحروب تُخرِج النَّاس من بيوتهم وتشردهم في مغارب الأرض ومشارقها؛ قهراً وعنوةٍ بفعل القتل والتدمير، فيموت الأبوان ويتركان ورائهم أطفالاً تمتنع معرفة نسبهم، فيتم التعامل معهم على أنهم مجهولو النّسب[١].

ثانياً- خطف الأولاد أو سرقتهم أو تبديلهم:

قد يُسرَق الطِّفل وهو في المهد من أهله بقصد الإيذاء، أو بقصد طلب الفدية، أو بقصد الإتجار بالأطفال وبيعهم لأسرة لا تستطيع الإنجاب، أو قد يكون الخطف والسرقة بقصد استغلال الأطفال بالتسول، وقد يندم الفاعل

---

(١) صفية الوناس الحسين، مجهول النّسب بين رحمة الإسلام والقانون الوضعي، المؤتمر الدولي عن الرحمة في الإسلام، الجزائر، قسم الدّراسات كلية التَّربية، ص٤٢٢.

ويخشى أن يُكشف أمره، فيلقي الطِّفل في مكانٍ ما؛ تخلصاً منه، ولا شك في أنَّ هذه الأفعال تؤدي إلى ضياع نسب الطِّفل ووجود ظاهرة جهالة النّسب، وهذه الأفعال عاقب عليها القانون السُّوري، فنصَّ في المادّة (٤٧٨) من قانون العقوبات السُّوري على:

((١- مَن خطف أو خبأ ولداً دون السابعة من عمره، أو بدل ولداً بآخر، أو نسب إلى امرأة ولداً لم تلده، عوقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات.

٢ـ ولا تنقص العقوبة عن سنة إذا كان الغرض من الجريمة، أو كانت نتيجتها، إزالة أو تحريف البينة المتعلقة بأحوال الولد الشَّخصية أو تدوين أحوال شخصية صورية في السجلات الرسمية.))

وكثيراً ما توجد هذه الجرائم مترافقة مع ولادة الطِّفل، حيث يقوم المجرم بخطف الرضيع أو إبداله بغيره أو نسبته لغير والديه، وقد شدد المشرّع العقوبة على هذه الجريمة إذا كان الدافع إليها تغيير في البيانات المتعلقة بالطِّفل أو إذا أدت إلى ذلك، كتدوين معلومات مغايرة للحقيقة في شهادة ولادة الطِّفل، سواء أتعلقت بجنسه أم نسبته إلى والديه أم تاريخ ولادته أم غيرها من الأمور التي تؤدي إلى جهالة نسبه.

كما دعا المشروع الجديد لرعاية مجهول النّسب أوجب تشديد عقوبة خطف وسرقة الأولاد الوارد في قانون العقوبات العام[١].

---

(١) المادّة ٢٨/ي من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

ثالثاً- تسييب الطِّفل:

تتمثل هذه الحالة بكل مَن ترك طفلاً غير قادر على العودة إلى أهله، سواء أكان لنقص في تمييزه أم كونه من ذوي الإعاقة، وغيرهم ممن لا يستطيعون حماية أنفسهم، وقد عاقب المشرّع السُّوري على هذه الجريمة بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة، وإذا كان هذا الترك في مكان خالٍ من النَّاس مما يشكل خطراً على الطِّفل، فقد رفع الحد الأقصى للعقوبة لتصل بالسجن من سنة إلى ثلاث سنوات، وفق ما نصت عليه المادّة (٤٨٤) من قانون العقوبات السُّوري:

((١- مَن طرح أو سيّب ولداً دون السابعة من عمره أو أي شخص آخر عاجز عن حماية نفسه بسبب حالة جسدية أو نفسية عوقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة.

٢-إذا طرح الولد أو العاجز أو سيب في مكان قفرٍ كان العقاب من سنة إلى ثلاث سنوات)).

وقد شدد المشرّع العقوبة في حال نتج عن الفعل مرض أو أذى، أو أفضت الجريمة إلى الموت، حيث نصت المادّة (٤٨٥) من قانون العقوبات السُّوري على: ((إذا سببت الجريمة للمجني عليه مرضاً أو أذى أو أفضت به إلى الموت أو أخذ بها المجرم وفق أحكام المادّة (١٩٠)[1] في حالة الطرح والتسييب في مكان غير مقفر إذا لم يكن قد توقع تلك النتيجة أو اعتقد أن

---

(١) نصت المادة ١٩٠ من قانون العقوبات على (تكون الجريمة غير مقصودة سواء لم يتوقع الفاعل نتيجة فعله أو عدم فعله المخطئين وكان في استطاعته أو من واجبه أن يتوقعها فحسب أن بإمكانه اجتنابها).

بإمكانه اجتنابها، وأخذ بها وفق أحكام المادّة (١٨٨)[١] في حالة الطرح أو التسييب في مكان مقفر كلما توقع النتيجة وقَبِل بالمخاطر))

كما شدد المشرّع العقوبة في حال كان الفاعل أحد أصول الطِّفل أو أحد الأشخاص المعهودة إليهم مهمة معالجة، أو تربية، أو حراسة، أو مراقبة الطِّفل، إلا إذا كان الفاعل أو المشترك في الفعل الأم التي عمدت إلى تسييب ابنها أو تركه صيانة لشرفها، فقد منع المشرّع تفعيل هذا النص بحقها، فنصت المادة نصت المادّة (٤٨٦) من قانون العقوبات على (إذا كان المجرم أحد أصول الولد، أو العاجز، أو أحد الأشخاص المولين حراسته، أو مراقبته، أو معالجته، أو تربيته، شددت العقوبة على نحو ما نصت عليه المادّة (٢٤٧)[٢]،٢- لا يطبق هذا النص على الوالدة التي أقدمت محرضة أو فاعلة أو متدخلة على طرح مولودها أو تسييبه صيانه لشرفها).

ويبدو من الأفضل لو يعمل المشرّع السُّوري على استيعاب هذه الحالات بأن ينص على استقبال الأطفال في مراكز رعاية الطفولة والجمعيات أو هيئات متخصصة في ذلك من قِبل أمهاتهم كي لا يتم اللجوء إلى تركهم في الأماكن العامة.

---

(١) نصت المادة ١٨٨ من قانون العقوبات على(تعد الجريمة مقصودة وإن تجاوزت النتيجة الجرمية الناشئة عن الفعل أو عدم الفعل قصد الفاعل إذا كان قد توقع حصولها فقبل بالمخاطرة).

(٢) نصت المادة ٢٤٧من قانون العقوبات على (إذا لم يعين القانون مفعول سبب مشدد، أوجب السبب المذكور تشديد العقوبة على الوجه التالي:

يبدل الإعدام من الأشغال الشاقة المؤبدة وتزداد كل عقوبة موقتة من الثلث إلى النصف وتضاعف الغرامة).

رابعاً- تزوير سجلات الأحوال المدنية:

قد تقع بعض الجرائم على سجلات الدَّولة بغية تحريفها أو إزالتها، كجرائم التزوير التي تقع على الوثائق الصادرة عن الأحوال المدنية، أو السجلات الرسمية التي تُدوَّن فيها الواقعات المتعلقة بالأشخاص، ولا شك أنَّ مثل هذه الجريمة تؤدي إلى الخلل بتلك الوثائق والسجلات التي تضمن نسب الأفراد، وقد لحظ المشرّع هذه الجريمة، وعاقب الفاعل الذي يقصد من وراء جريمته تحريف هذه البيانات بنص المادّة (٤٧٨) من قانون العقوبات التي تنص (١-....٢-**ولا تنقص العقوبة عن سنة إذا كان الغرض من الجريمة، أو كانت نتيجتها، إزالة أو تحريف البينة المتعلقة بأحوال الولد الشَّخصية أو تدوين أحوال شخصية صورية في السجلات الرسمية**))، بل إن المشرّع عاقب على كل فعل يرمي فاعله إلى تحرف البيانات المتعلقة ببيانات الأفراد أو إزالتها بعقوبة الحبس، حيث نص بالمادّة (٤٨٠) من قانون العقوبات على: (كل عمل غير الأعمال التي ذكرت في المواد السَّابقة يرمي إلى إزالة وتحريف البينة المتعلقة بأحوال أحد النَّاس الشَّخصية يعاقب عليه بالحبس).

وحبذا لو رفع المشرّع السُّوري العقوبة المنصوص عليها في المادّة (٤٨٠) من قانون العقوبات، ولم يكتفِ بالحبس لما لهذه الجريمة من آثار سيئة في جهالة نسب الأطفال وضياعهم.

خامساً-كتم الهوية:

إن الطِّفل قد يكون غير قادر على الإفصاح عن هويته، فمَن يعثر على طفل، فإنه يجب عليه إعادته إلى أسرته أو تسليمه لأقرب قسم للشرطة، إلا أن البعض قد يعمد إلى إيداع طفل في أحد دور اللقطاء موثقاً نسبه في السجلات

الرسمية، ويتعمد كتم هويته سواء أكان هذا الطِّفل شرعياً أم غير شرعي، وقد عاقب المشرّع السُّوري على هذه الجريمة في قانون العقوبات، فنصَّ في المادّة (٤٧٩) على: ((**مَن أودع ولداً مأوى اللقطاء، وكتم هويته حال كونه مقيداً في سجلات النفوس ولداً شرعياً أو غير شرعي معترف به عُوقب بالحبس من شهرين إلى سنتين**))، وكان من المفترض تشديد العقوبة على هذه الجريمة لما لها من آثار سلبية بضياع نسب طفل وإبعاده عن أهله.

كما أن مشروع القانون لرعاية مجهول النّسب قد نص في المادّة ٢٨/ج على: (يُعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين والغرامة من: (٥٠٠٠٠) خمسين إلى (٢٠٠٠٠٠) مائتي ألف ليرة سورية مَن أقدم قصداً على إخفاء هوية الطِّفل أو نسبه الحقيقي أو أي معلومات تتعلق به).

وقد شدد المشروع الجديد العقوبة عندما يكون كتم أو إخفاء المعلومات المتعلقة بهوية الطِّفل؛ بقصد عدم التعرف على والدي الطِّفل أو أحدهما أو أصوله قد ارتكب من قِبل أحد العاملين في الوزارة أو في الدار، حيث أوجب المشرّع أن تكون عقوبة الفاعل الاعتقال المؤقت من ثلاث سنوات إلى ست سنوات، والغرامة (٤٠٠٠٠٠) أربعمائة ألف ليرة سورية[١].

وحَسَنٌ ما ذهب إليه المشروع الجديد من تشديد عقوبة الفاعل في هذه الجرائم لما لها من آثار سيئة على الطِّفل من ضياع نسبه وجهالته.

يتفرع عن هذه الجريمة وهي كتم معلومات تتعلق بهوية الطِّفل جريمة كتم ولادة الطِّفل.

---

(١) المادّة ٢٨/ح من مشروع قانون مجهول النّسب.

جريمة كتم الولادة:

لا شك في أنَّ عدم التصريح بالولادة يعد من أهم الأسباب التي تؤدي إلى جهالة النّسب، فالولادة كواقعة طبيعية وقانونية تعد من الركائز الأساسية لنظام النّسب،[١] وهذا ما دعا المشرّع السُّوري إلى الاهتمام البالغ بواجب التبليغ عن الولادات، وحدد الأشخاص الذين يجب عليهم هذا الإبلاغ عن الولادات في: الوالد، والوالدة، وأقارب المولود البالغين في حال غياب الوالد، كما ألزم مديري المشافي والسجون والمحاجر والمؤسّسات المعنية كافة بمسك سجلات لتدوين واقعة الولادة الحاصلة لديهم، فقد نص المشرّع في المادّة (٢٣) من قانون الأحوال المدنية السُّوري على: ((**يقع واجب التبليغ عن واقعات الولادة على الفئات التالية حسب الترتيب الآتي:**

أ . الوالد وفي حال غيابه يعود هذا الواجب على: الوالدة، أو أقرباء المولود البالغين.

ب . مديري المؤسّسات المعنية كـ: المشافي العامة والخاصة، والسجون، والمحاجر، وتلزم هذه المؤسّسات بمسك سجلات خاصة لتدوين هذه الواقعة)).[٢]

---

(١) صرصار محمد ومغربي نوال، الحماية الجنائية الموضوعية للطفل في التَّشريع الجزائري مذكرة مقدمة الاستكمال متطلبات نيل شهادة الماجستير في الحقوق، الجزائر، جامعة مصطفى إسطمولي – معسكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية ٢٠١٦م/٢٠١٧م، ص٥٨.

(٢) (نصت التعليمات التنفيذية للمادة (٢٨) من قانون الأحوال المدنية على مديري المؤسّسات المشار إليهم بالفقرة /ب/ من هذه المادّة أن يقوموا بتنظيم الشهادات الواجب عليهم تقديمها إلى أمين السجل المدني في منطقتهم استناداً إلى الوثائق التي بحوزة صاحب العلاقة ضمن المدة القانونيّة وإرسالها بالبريد الرسمي أو بوساطة دفتر الذمة دون حاجة إلى تصديقها من المختار وعليهم أن يمسكوا سجلات خاصة لتدوين الواقعات فيها).

بل إن المشرّع وزيادة في حرصه على تسجيل الولادات الحاصلة كان قد سمح لغير الأشخاص المكلفين بالتصريح بالولادات وتقديم شهادات ولادة أصولية وإن كانوا غير مكلفين بالتصريح، فقد نصت التعليمات التنفيذية الخاصة بالمادّة (٢٣) من قانون الأحوال المدنية على: **((حددت هذه المادّة الأشخاص الذين يجب عليهم تقديم شهادة الولادة أينما وقعت، وعينت تسلسل إلقاء هذا الواجب على عاتقهم، وهؤلاء الأشخاص مسؤولون عن عدم قيامهم بهذا الواجب ولا يعني ذلك عدم قبول الشَّهادة التي نُظِّمت بصورة أصولية وقُدِّمت من قِبل شخص غير واجب عليه تقديمها))**[١] وحبذا لو اتبع المشرّع السُّوري منهج نظيره الجزائري الذي عدَّ عدم التصريح بالولادة جريمة يعاقب عليها القانون، كما حدد للقيام بالتصريح بمهل محددة تحت طائلة العقوبة القانونيّة[٢].

---

(١) كان المشرّع الجزائري قد سار على نهج القانون السُّوري، حيث نص في المادّة (٦٢) من الأمر المؤرخ (١٩) شباط الخاص بالحالة المدنية نص على: (يصرح بولادة الطِّفل الأب أو الأم، وإلا فالأطباء والقابلات أو أي شخص آخر حضر الولادة، وعندما تكون الأم ولدت خارج مسكنها فالشَّخص الذي ولدت عنده)).

(٢) فقد نص المشرّع الجزائري في المادّة (٦١) من قانون الحالة المدنية على أنه يجب أن يكون التصريح خلال (٥) أيام من تاريخ الولادة (باستثناء ولايتي الساورة والواحات، وكذلك الولادات في البلاد الأجنبية، فالمدة هي (١٠) أيام قابلة للتجديد) لدى ضابط الحالة المدنية للمكان، وإلا فرضت العقوبات القانونيّة المنصوص عليها في المادّة (٤٢٢) من قانون العقوبات الجزائري، وهي الحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر، وبغرامة من (٨٠٠٠) دينار جزائري إلى (١٦٠٠٠٠) أو إحدى هاتين العقوبتين.

سادساً- العجز عن إثبات نسب الطِّفل:

قد يكون الولد ثمرة لزواج عجز أطرافه عن إثباته إما لعدم وجود مستندات أو أدلة تثبته، أو قد يكون هذا الزّواج باطلاً لم يرتب أي أثر[1]، وقد عالج المشرّع السُّوري هذه الحالة التي يعجز فيها الأم أو الأب عن إثبات نسبة طفلهما؛ بسبب تعذر إثبات عقد الزّواج، فنص في المادّة (٢٨) من قانون الأحوال المدنية السُّوري على: (أ ....ب . إذا كان المولود غير شرعي لا يذكر اسم الأب أو الأم أو كليهما معاً في سجل الولادة إلا بناء على **طلب صريح منهما أو بحكم قضائي.**

حيث إن المشرّع قد حدد طريقين لتسجيل الطِّفل غير الشَّرعي:

١-**الطريق الإداري:** حيث يقدم كلا الوالدين أو أحدهما الذين تعذر تسجيل زواجهما بطلب خطي يُقدم لأمين السجل المدني الذي يتحقق من هذا الطلب، فإذا استوثق من صحته عمد إلى تنظيم ضبط بذلك يجري تصديقه من قِبل المديرية العامة للأحوال المدنية، ويجري بعد ذلك ذكر البيانات المتعلقة بذلك في سجل واقعات التصحيح، ومن ثم في السجل المدني.

٢-**الطريق القضائي:** حيث أجاز المشرّع السُّوري لكل الوالدين أو أحدهما رفع دعوى قضائية يطلب فيها المدعي بالإقرار بنسبه على الطِّفل، والحصول على حكم يثبت نسبة الطِّفل من المقر بمعزل عن تثبيت عقد الزّواج، وذلك سند لأحكام المادّة (١٣٤) من قانون الأحوال الشَّخصية التي تنص على: ((**-الإقرار بالبنوة ولو في مرض الموت لمجهول النّسب يثبت به النّسب من المقر إذا كان فرق السن بينهما يحتمل هذه البنوة**))، كما أنَّ محكمة النقض

---

(١) انظر الزّواج غير الصّحيح في الصفحة (٢٩).

السُّورية كانت قد ذهبت إلى أن الإقرار بالنّسب لا يُشترط فيه سوى أن يكون المقر له مجهول النّسب، وأن يكون بينه وبين المقر فارق في السن يحتمل ذلك،[١] حيث إن المشرّع لم يجعل الإقرار معلقاً على سبق الزَّوجية من والدة المقر له، وبمجرد الحصول على حكم قضائي يجري تسجيل هذا الحكم في الأحوال المدنية، لكن المشرّع وبكل الأحوال سواء أتم تسجيل هذا الطِّفل قضائياً أم إدارياً قد منع تسجيل البيانات المتعلقة بالوالد أو الوالدة في حالات نصَّت عليها التعليمات التنفيذية لقانون الأحوال المدنية، وهي:

أ ـ إذا كان الوالدان من المحارم المنصوص عنها في المادتين (٣٣) و(٣٤) من قانون الأحوال الشَّخصية ممن لا يجوز زواجهما من بعضهما كالشقيقين مثلاً، ففي هذه الحالة يذكر اسم أحدهما.

ب . إذا كانت متزوجة وكان المولود من غير زوجها إلا إذا كانت الولادة حاصلة قبل تاريخ الزّواج.

ج- إذا كان الوالد متزوجاً ووُلِد له ولد من غير زوجته الشَّرعية إلا إذا كانت الولادة قبل الزّواج أو بعد فسخه، ويستثنى من ذلك الأشخاص الذين يعتنقون ديناً يجيز تعدد الزَّوجات.

ويستثنى مما ذكر في الفقرات السَّابقة: (أ ـ ب ـ ج ـ) الولد الذي يثبت نسبه لوالديه[٢].

---

(١) نقض شرعي أساس (٣٠٢) قرار (٢٩٩) تاريخ ١٩٧٠/٦/١٦م، مجلة المحامون، العدد ١٢/١٠/ في العام ١٩٧٥م، ص٧٦٢.

(٢) التعليمات التنفيذية للمادة (٢٨) من قانون الأحوال المدنية السُّوري.

ويبدو أنَّ المشرّع عندما نصَّ على تسجيل الطِّفل في هذه الحالات بالرغم من عدم وجود عقد زواج قد غلّب مصلحة الطِّفل من هذا التسجيل، سيما أن المشرّع قد جعل من الإقرار وحده سبباً كافياً لتثبيت نسب الطِّفل من المقر دون التوقف على أي سبب آخر سوى، ألا يصرح المقر بأن هذا الطِّفل وليدٌ من زنا.[١]

إنَّ المعرفة الكاملة لمصطلح مجهول النّسب، ومعرفة الصور التي تنطبق عليها، والأسباب الداعية لهذه الجهالة تشكل، الدعامة الأولى لتقرير الحماية القانونيّة له، هذه الحماية التي تتطلب معرفة الوضع القانوني لمجهول النسب من خلال بيان أهليته القانونية وصلاحيته لممارسة الحقوق التي له، ومعرفة الحقوق التي تحتاج إلى مزيد من الدراسة لبيان مركزه القانوني، وهذا ما سوف نتناوله في المبحث الثاني من هذا الفصل وتفصيل الحقوق التي تثير إشكالاً في تطبيقها عليه.

---

(١) انظر الصفحة (١٦) الإقرار بالنّسب، وهذا يقودنا إلى البحث عن نسبة ولد الزنا من الزاني وشرعية الطِّفل الطبيعي، وهذا يخرج عن نطاق دراستنا..

المبحث الثَّاني: الحماية المقررة لمجهول النّسب في التشريع السُّوري

تبدأ حماية مجهول النّسب من الناحية القانونيّة بالاعتراف له بالشَّخصية القانونيّة كونه أحد أفراد المجتمع، فجهالة نسب الشَّخص لا تجعله بحال من الأحوال غير متمتع بالشَّخصية القانونيّة، فهي تثبت له بمجرد ثبوت أهليته كغيره من معلومي النّسب، فتشكل هذه الأهلية الأرضية القانونيّة للحقوق التي تثبت له التي تثير في تطبيقها إشكالاً يرتبط بجهالة نسبه، دون غيرها من الحقوق التي لا تثير مشكلة في انطباقها وتطبيقها على مجهول النّسب.

وهذا وفق مبحثين نخصصهما وفق الآتي:

المطلب الأول: الشخصية القانونية لمجهول النّسب.

المطلب الثَّاني: الحقوق المقررة لمجهول النّسب.

المطلب الأول: الشخصية القانونيّة لمجهول النّسب:

تُعدُّ الأهلية من أهم الخصائص التي تُبنى عليها الشَّخصية القانونيّة، وقد عدَّها البعض (ولا سيما أهلية الوجوب) بأنها أحد وجهي هذه الشَّخصية القانونيّة[١]، وتُعرَّف الأهلية: بأنها صلاحية الشَّخص لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات (أهلية وجوب)، وإجراء التصرفات القانونيّة بنفسه (أهلية الأداء)،

أولاً: الأهلية القانونية لمجهول النسب:

استمدت أحكام الأهلية في سورية من الشريعة الإسلامية، وهي منظمة بقانون الأحوال الشَّخصية كما نظم القانون المدني السُّوري بعض أحكامها، ويذهب فقهاء الشريعة والقانون إلى تقسيمها إلى: أهلية أداء، وأهلية الوجوب[٢].

١- أهلية الوجوب:

٢- أهلية الأداء:

١- أهلية الوجوب:

هي صلاحية الشَّخص لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات، أي: صلاحية الشَّخص لثبوت الحق له وعليه، فقدرة الشَّخص على اكتساب الحقوق تعني أن يكون صاحب حق محدد، كأن يكون دائناً أو مالكاً، أما قدرة الشَّخص على الالتزام بالواجبات، فتعني أن يكون مكلفاً بالقيام بالتزام محدد، كأن يكون

---

(١) يرى فريق من الفقه وفي مقدمتهم الدكتور عبد الرزاق السنهوري: (فإذا انعدمت أهلية الوجوب انعدمت الشَّخصية معها، وذلك كالجنين يولد ميتاً، وكالميت بعد سداد ديونه، وكجماعة من النَّاس ليس لهم شخصية قانونية معنوية...)، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، القاهرة، دار النهضة العربيّة، ط٢، تاريخ الطبعة ١٩٦٨م، ج١، ص٢٨٤.

(٢) عبد الرحمن الصابوني، المدخل لدراسة التَّشريع الإسلامي، دمشق مطبعة الداودي،١٩٩٩م/٢٠٠٠م، ط٦، ص٢٤.

مديناً أو ملتزماً بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل، ومناط هذه الأهلية الصفة الإنسانية من غير النظر إلى السن أو العقل، وهي تثبت لكل إنسان إلا أنها تكون ناقصة بالنّسبة للجنين، حيث يكون له بموجبها بعض الحقوق التي يقررها القانون كحقه في الانتساب لوالده، وحقه في احتسابه عند توزيع التركة بين الورثة مع تعليق ثبوت هذه الحقوق على ولادته حياً، وتكمل هذه الأهلية عند ولادة الجنين حياً وترافقه طوال حياته مهما حصل له من موانع وعوارض، وعليه، فإن كل شخص يتمتع بأهلية وجوب كاملة تخوله القدرة على أن يكون صاحب حق محدد أو يكون مكلفاً بالتزام(١).

٢-أهلية الأداء:

عرَّفها علماء الأصول في الشريعة الإسلامية: بأنها صلاحية المكلف لصدور الأفعال على وجه يعتد به شرعاً،(٢) بينما عرفها فقهاء القانون: بأنها صلاحية الشَّخص أو قدرته على القيام بالأعمال والتصرفات القانونيّة بنفسه وعلى وجه يعتد به قانوناً، ومناط هذه الأهلية العقل والإدراك، فمن كمل عقله كملت أهلية الأداء لديه، ومن نقص عقله وإدراكه نقصت لديه، ومن انعدم إدراكه وعقله انعدمت أهلية أدائه تبعاً لذلك(٣)، وعليه، فإن أهلية الأداء تتدرج بحسب سن الإنسان وتبعاً لمراحل تطوره ونموه واكتمال ملكاته العقلية.

---

(١)عمر العبد الله، المدخل الى علم القانون، كلية العلوم السياسية، منشورات جامعة دمشق ٢٠٠٩م/٢٠١٠م، ط٤، ص٢٠٣.

(٢) عبد الرحمن الصابوني، المدخل لدراسة التَّشريع الإسلامي، المرجع السَّابق، ص٣٠، نقلاً عن شرح المنار لابن مالك، ص٣٣٣.

(٣) عبد الرحمن الصابوني، المرجع السَّابق، ص٣١.

إن وجود أهلية الأداء يفترض وجود أهلية الوجوب وليس العكس، فأهلية الأداء لا تتوافر في شخص لا تثبت له أهلية الوجوب[١].

وبما أن أهلية الأداء هي صلاحية الشَّخص للقيام بالتصرفات القانونيّة، فينحصر دور هذه الأهلية بالتصرفات القانونيّة دون الوقائع التي ليست سوى أعمال مادية تترتب آثارها بحكم القانون وبصرف النظر عن اتجاه الشَّخص أو عدمه لإحداث أثر قانوني[٢]، وأهلية الأداء تتدرج بتدرج السن، وتتفاوت بمدى قدرة الشَّخص على التمييز والقيام بالتصرفات القانونيّة.

أ- نطاق أهلية الأداء:

يتحدد نطاق أهلية الأداء سواء أكانت تلك التصرفات تتم بإرادة واحد أم إرادتين، وهذه التصرفات القانونيّة تندرج ضمن ثلاثة أنواع:

١-أعمال الاغتناء: وهذه التصرفات نافعة نفعاً محضاً، وهي التي يترتب عليه اغتناء الشَّخص دون مقابل، كقبول الهبات والهدايا.

٢-أعمال التبرع: وهذه التصرفات ضارة ضرراً محضاً، وهي التصرفات التي تؤدي إلى افتقار الشَّخص دون مقابل كـ: الإبراء، والهبة.

٣-التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع: وهذه التصرفات تحتمل الكسب، كما تحتمل الخسارة، وتقسم إلى قسمين:

أ-**أعمال إدارة:** وهي تهدف إلى المحافظة على الشيء أو استغلاله دون التصرف فيه، كـ: التأجير من أجل الاستثمار أو الانتفاع.

---

(١) الصابوني، المرجع السَّابق، ص٢٤.

(٢) عمر العبد الله، المرجع السَّابق، ص٢٠٥.

ب-**أعمال التصرف:** وهي التي تهدف إلى التصرف بالشيء، كـ: بيع العقار، ورهنه، ودرجة صلاحية الشَّخص للقيام بهذه التصرفات تختلف باختلاف درجة التمييز والإدراك لديه[١].

ب- مراحل تطور أهلية الأداء:

١- مرحلة الصبي عديم التمييز:

وهي المرحلة التي يغلب حال مجهول النّسب أن يكون فيها، وتمتد هذه المرحلة منذ ولادة الإنسان حياً حتى بلوغه سن السابعة، فكل مَن لم يبلغ السابعة يسمى بـ: "الصبي غير المميز"، تكون أهلية الأداء عنده معدومة، حيث إن الصبي غير المميز يفترض انعدام العقل والإدراك لديه، فتنعدم أهليه الأداء لديه، وقد نصت على ذلك المادّة (٤٧) من القانون المدني السُّوري بقولها:

(١- لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية مَن كان فاقداً للتمييز لصغر في السن.

٢- وكل مَن لم يبلغ السابعة يعد فاقداً للتمييز).

ولهذا، فإن الصبي غير المميز لا يكون صالحاً لمباشرة أي تصرف من التصرفات القانونيّة، سواء أكانت نافعة نفعاً محضاً أم ضارة ضرراً محضاً، أم دائرة بين النفع والضرر، فلا يستطيع أن يبيع، أو يشتري، أو يؤجر، أو يستأجر، أو يهب مالاً له، أو يقبل هبة من أحدهم، وإذا قام بتصرف من هذه التصرفات، فإن تصرفه يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً، ولا تترتب عليه الآثار القانونيّة، وقد أشارت إلى ذلك المادّة (١١١) من القانون المدني السُّوري

---

(١) عمر العبد الله، المرجع السَّابق، ص٢٠٥.

بقولها: **(ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله، وتكون جميع تصرفاته باطلة)**، فالصبي غير المميز لا يستطيع مباشرة أي تصرف؛ لأنه فاقد التمييز، فلا يكون لإرادته أثر[١].

٢-مرحلة نقص الأهلية (التمييز):

تمتد هذه المرحلة من سن السابعة حتى الثامنة عشر من العمر، فالشَّخص في هذه المرحلة يسمى بـ: "الصبي المميز"، حيث يكون التمييز عنده وسطاً بين الانعدام والكمال، فهو غير متمتع بالتمييز الكامل رغم توافر بعض أسباب التمييز لديه، وذلك يعد ناقص الأهلية؛ لأنه لايزال ناقص العقل والإدراك، وهذا ما قضت به المادّة (٤٨) من القانون المدني بقولها: **(كل مَن بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد يكون ناقص الأهلية وفق ما يقرره القانون)**.

أما التصرفات التي يقوم بها ناقص التمييز، فحكمها يتوقف على نوعها، حيث أوضحت المادّة (١١٢) من القانون المدني السُّوري التي نصت على:

(١- إذا كان الصبي مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً، وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضاً.

٢- أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأصول وفق القانون).

---

(١) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص٢٠٩.

وعليه، فإن تصرفات الصبي المميز النافعة نفعاً محضاً تكون صحيحة، ويعد هذا الشَّخص كامل الأهلية بالنسبة لهذه التصرفات، أما التصرفات الضارة ضرراً محضاً، فتعد باطلة بطلانا مطلقاً، ويعد هذا الشَّخص عديم الأهلية بالنسبة لها، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فإنها تكون حسب القاعدة العامة باطلة بطلانا نسبياً، أي: قابلة للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية، حيث يجوز للنائب القانوني عنه حق إبطالها، كما يجوز له هو أيضاً أن يطلب إبطالها أو إجازة تلك التصرفات من قِبل نائبه، أو من قِبل المحكمة، أو من قِبل ناقص الأهلية نفسه خلال مدة سنة من بلوغه سن الرشد، وإلا سقط حقه في ذلك[١].

---

(١) وقد خرج المشرّع عن هذه القاعدة العامة في تصرفات ناقص الأهلية في حالات حصرية أهمها: ما نصت عليه المادّة (١١٣) من القانون المدني والمادّة (١٦) من قانون الأحوال الشَّخصية التي تنص على: (إذا بلغ الصبي المميز الخامسة عشرة من عمره، وأذن له في تسلم أمواله لإدارتها، أو تسلمها بحكم القانون، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون). وهذه المادّة مطابقة لنص المادّة (١٦٤) من قانون الأحوال الشَّخصية: (١-ليس للقاصر أن يتسلم أمواله قبل بلوغه سن الرشد. ٢-للقاضي أن يأذن له بعد بلوغه الخامسة عشرة وسماع أقوال الوصي بتسلم جانب من هذه الأموال لإدارتها).

حيث منح المشرّع في هاتين المادتين للصبي المميز البالغ الخامس عشرة من العمر الحق في إدارة أمواله أياً كان منشؤها متى أذن له القاضي بذلك، حيث يعد ذلك الصبي كامل الأهلية فيما أذن له.

كما منحت المادّة ١٦٥/د من قانون الأحوال الشَّخصية للصبي البالغ الخامسة عشر الحق في مزاولة التجارة بموافقة القاضي، فنصت على:

(١- للقاصر المأذون مباشرة أعمال الإدارة وما يتفرع عنها كـ: بيع الحاصلات، وشراء الأدوات)، وبدوها المادّة (١٦٩) أجازت للصبي البالغ الثالثة عشرة من العمر الحق في أن يتولى إدارة ماله الذي كسبه من عمله الخاص، فتكون تصرفاته بهذا الشأن كتصرفات كامل الأهلية، لكنه لا يكون ضامناً للديون الناشئة عن هذه الإدارة إلا بقدر المال الذي كسبه من عمله الخاص[١] فكان نص المادّة: (١-للقاصر متى بلغ الثالثة عشر الحق في أن يتولى إدارة ماله الذي كسبه من عمله الخاص. ٢-لا يكون القاصر ضامناً لديونه الناشئة عن هذه الإدارة إلا بقدر ذلك المال).

٣- مرحلة كمال الأهلية (الرشد):

تمتد هذه المرحلة من بلوغ الشَّخص سن الثامنة عشر، وتستمر طوال حياته، فقد نصت المادّة (٤٦) من القانون المدني على:

(١- إن كل شخص بلغ سن الرشد يتمتع بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ٢-وسن الرشد ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة).

فإذا بلغ الشَّخص سن الرشد أصبح كامل الأهلية بقوة القانون، شرط أن يكون قد بلغ هذا السن متمتعاً بقواه العقلية ولم يحكم عليه قبل بلوغها باستمرار الولاية أو الوصاية عليه، وتعد جميع التصرفات الصادرة عنه صحيحة بهذه الحالة سواء أكانت نافعة أم ضارة أم دائرة بين الضرر والنفع، أمَّا إذا حكم عليه قبل بلوغه سن الرشد باستمرار الوصاية أو الولاية عليه بسبب أحد عوارض الأهلية، فإنه يضل فاقد الأهلية أو ناقصها بحسب نوع العارض، وكذلك تنعدم أو تنقص هذه الأهلية إذا حدث العارض بعد بلوغه سن الرشد.

وهذه العوارض منها ما يطرأ على العقل، ومنها ما يطرأ على التدبير والتقدير، فالتي تصيب العقل هي: الجنون والعته، أما التي تصيب التقدير والتدبير، فهي السفه والغفلة[١]، فإذا طرأ على الشَّخص أحد عوارض الأهلية، فإنه قد يصبح غير صالح للقيام بالتصرفات القانونيّة أو بعضها، وهذا ما يستدعي أن ينوب شخصٌ عنه يتولى القيام بتلك التصرفات، وهذا ما أشار المشرّع السُّوري إليه في أحكام النيابة عن الغير، والتي سوف ندرسها في ما يلي.

---

(١) عبد الرحمن الصابوني، المدخل لدراسة التَّشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص٣٦.

ثانياً: النيابة عن مجهول النّسب:

يغلب على مجهول النّسب أن يكون دون سن التميز، بل إنه الصورة الأكثر عموماً، وهذا ما دعا المشرّع في مشروع رعاية مجهول النّسب بتحديد عمره دون السابعة، حيث عرَّفه في المادّة (١) منه: بأنه هو **(الوليد أو الطِّفل الذي لم يتم السابعة من عمره، والذي يُعثر عليه ولم يثبت نسبه، أو لم يُعرَف والداه)**.

ولا جدال بأن مجهول النّسب في هذا العمر يعد فاقداً للتمييز، لا يستطيع مباشرة الأعمال بنفسه، بل يحتاج لمن ينوب عنه في القيام بتلك الأعمال، ولأهمية هذه النيابة سوف ندرس النيابة عن مجهول النّسب سواء أكان ما تعلق بالولاية على نفسه أم ما يتعلق بالوصاية على أمواله وفق الآتي:

١: الولاية على مجهول النّسب:

٢: الوصاية على أموال مجهول النّسب:

١: الولاية على مجهول النّسب:

أ- تعريف الولاية:

في اللغة: بأنها مأخوذة من الولي وهو القرب، يقال: وليه ولياً، أي: دنا منه، وأوليته إياه أدنيته منه، وولي اليتيم: الذي يلي أمره ويقوم بكفايته، وولي المرأة الذي يلي عقد النكاح عليها ولا يدعها تستبد بعقد النكاح دونه[١].

أما اصطلاحاً: فتعني السلطة التي يتمتع بها الشَّخص في إلزام الغير وتنفيذ القول عليه شاء أم أبى.

---

(١) المعجم الوسيط، مرجع سابق، ج٢، ص ١٠٥٨.

وهي تشمل بهذا المفهوم معنيين: أولهما: الإمامة العظمى، وثانيهما: (وهو المعنى المراد بهذا البحث) قيام شخص كبير راشد بتدبير شؤون قاصر الشَّخصية والمعنوية[١].

وقد نص قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري إلى هذه الولاية في حديثه عن النيابة الشَّرعية في المادّة (١٦٣) منه حيث نصَّ على:

((١- النيابة الشَّرعية عن الغير تكون إما ولاية، وإما وصاية، وإما قوامة، وإما وكالة قضائية.

٢- الولاية للأقارب من أب أو غيره، والوصاية على الأيتام والقوامة على: المجانين، والمعتوهين، والمغفلين، والسفهاء، والوكالة القضائية عن المفقودين)).

وقد أعطى مشروع قانون الرّعاية الجديد لمجهول النّسب حكم اليتيم، وطبق عليه أحكام الوصاية الواردة في قانون الأحوال الشَّخصية، وذلك عندما أسند أمر الوصاية عليه لوزارة الشؤون الاجتماعيَّة والعمل بقوة القانون، حيث يكون لها الإشراف على رعايته وكفالته وتعليمه؛ حتى يستطيع الاعتماد على نفسه، حيث تستمر حتى بلوغه الثامنة عشرة من العمر[٢]، فيكون لها سلطة تسوغ تدبير شؤون مجهول النّسب الشَّخصية والمالية، فيقوم بتربيته ورعايته وتعليمه والاهتمام بسائر أموره الشَّخصية، والوصاية على ماله على أن تطبق في ذلك الأحكام الواردة في قانون الأحوال الشَّخصية، وعند انتقال مجهول

---

(١) سعيدي زيدان أحكام اللقيط، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، الجزائر، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، ٢٠٠٥م/٢٠٠٦م، ص٢٢.

(٢) المادّة (٩) من مشروع قانون مجهول النّسب.

النّسب إلى رعاية الكافل، فإن القانون لم يمنع من تعيين الكافل وصياً على مجهول النّسب عند تحقق الشروط المطلوبة، وعلى أن يتقيد الوصي سواء أكان جمعية أم شخصاً طبيعياً بالصلاحيات والواجبات المفروضة عليه بقانون الأحوال الشَّخصية التي سوف نشير إلى أبرز أحكامها وفق الآتي:

ب: نطاق الولاية

تشمل الولاية على النفس القيام بكل ما يتعلق بشخص الصغير من: صيانة، وحفظ، ورعاية، وعلاج، وتأديب، وتعليم، وتوجيه، وتزويج، وسائر الأمور الخاصة بالعناية بشخص القاصر، وهذه الولاية تكون للأقارب العصبات وفق الترتيب الآتي: الأبناء، وأبناء الأبناء، والآباء، ثم آباء الآباء، الإخوة، ثم أبناء الإخوة، الأعمام، ثم أبناء الأعمام، ويكون ثبوت هذه الولاية للأقارب لما لهم من صلة وقُربى بالقاصر والحرص على مصلحته(١).

ولما كان مجهول النّسب القاصر مقطوع الصلة والقربى، ولا يتصور أن يعيش بلا ولاية الإشراف على شؤونه وإلا كان عرضة للهلاك، فالولاية عليه تعود إلى الدَّولة بموجب ولايتها العامة على جميع رعاياها، فالدَّولة بموجب ولايتها العامة مسؤولة عن الجميع، ووظيفتها توفير الحماية لمحتاجيها إما بإلزام أصحاب الولايات من الأقارب والعصبات بالقيام بواجبهم، وإما بالتزامها الولاية على مَن لا يوجد له أقارب كمجهولي النّسب والأيتام(٢)، وقد اتفق العلماء على أن الولاية على النفس تثبت كذلك للسلطان أو نائبه كالقاضي ونحوه، وذلك إذا

---

(١)عبد الرحمن الصابوني، المدخل لدراسة التَّشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص٤١.

(٢) سعيدي زيدان، مرجع سابق، ص٢١٤.

انعدم الأولياء[١]، وهذا الرَّأي مأخوذ من قول النبي صلى الله عليه وسلم: ((السلطان ولي من لا ولي له))[٢]، لذلك فقد نص المشرّع السُّوري في قانون رعاية اللقطاء في المادّة (٦) منه على:

١-تقوم وزارة الشؤون الاجتماعيَّة والعمل بالولاية على نفس اللقيط حتى إتمام سن الثامنة عشرة ٢...))

كما أعطت المادّة التاسعة من مشروع القانون الجديد لوزارة الشؤون الاجتماعيَّة.

(أ- الإشراف على رعاية الطِّفل وكفالته وتعليمه حتى يستطيع الاعتماد على نفسه وكسب عيشه.

ب- الوصاية على نفس الطِّفل حتى يتم سن الثامنة عشرة، وتدخل في هذه الوصاية: سلطة التَّربية والتعليم العام والمهني، والرقابة، والعناية: الصحية، والاجتماعيَّة، والقانونيّة، والاقتصادية، والصحية، والتربوية، والثقافية، وسائر أمور العناية بشخصه، وتنتقل هذه الوصاية إلى الدار أو الأسرة حسب الحال).

بينما يرى المذهب المالكي أن الولاية على نفس اللقيط تكون للملتقط الذي تكون له أولوية بسبب سبق التقاطه إن كان جديراً بذلك[٣]، بل إنَّ المذهب المالكي يقدم في استحقاق الولاية للكافل اليتيم على الولاية العامة للدولة والسلطان[٤]، وقد قال الإمام محمد أبو زهرة في تأييده لهذا الرَّأي: (وأنه بتطبيق

---

(١) وهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج٩، ص١٨٩.

(٢) مسند الإمام أحمد، تحقيق شعيب الأرناؤوط وآخرون، مؤسسة الرّسالة، ١٩٩٩م، ط ٢، ج٤٢، ص١٩٩.

(٣) سعيدي زيدان، مرجع سابق، ص٢١٤.

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، أركان النكاح، ج٧، ص٣٨١، أيضاً، شرح تحفة الحكام، محمد أحمد ميارة، موقع الإسلام، ص٤١١.

هذا المبدأ تكون الولاية على النفس بالنّسبة للقيط لمن التقطه؛ لأنَّه هو الذي تكفل به ورباه وهذا مبدأ قويم جدير بالاعتبار؛ لأنه إن كان أهل القاصر قد أهملوه، فقد قطعوا ما أمر الله به أن يوصل، فحق عليهم الحرمان من سلطة الولاية العامة، وهذا الذي يتبرع بالكفالة والتَّربية وكفلها حتى أنبتها نباتاً هو الجدير بأن يرعى ما أنبت))[١].

وحيث إن مجهول النّسب قد يكون ناقص الأهلية أو فاقدها، فيكون بذلك أحد المستهدفين بأحكام النيابة عن الغير، ويكون في حاجة لتولي أحدهم مَن يرعى شؤونه، سواء أكان ما تعلق منها بنفسه أم تعلق بأمواله.

٢-الوصاية على مجهول النّسب:

قلنا: إن أهلية الأداء هي صلاحية الشَّخص لصدور التصرفات القانونيّة على وجه يعتد به قانوناً، لذلك عهد المشرّع إلى تعيين وصي يتولى إدارة أموره تحت رقابة المحكمة، أي: تعيين شخص تتوافر فيه شروط محددة ليكون وصياً على مال مجهول النّسب القاصر، وإن انتقال مجهول النّسب إلى رعاية الكافل لا يثير إشكالاً في إمكانية تعيين الكافل وصياً على مجهول النّسب عند تحقق الشروط الواجبة، بل مشروع القانون الجديد أوجب بعد الموافقة على طلب الكفالة المقدم من قِبل الكافل بأن يرسل نسخة من عقد الكفالة إلى المحكمة الشَّرعية لاستصدار وصاية شرعية للكافل،[٢] لكن الإشكال يثور في وصاية دار الرّعاية حيث إن الأحكام الوارد في قانون الأحوال الشَّخصية سواء أكان ما

---

(١) سعيدي زيدان، نقلاً عن أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق ص٢١٤.

(٢) المادّة ١٩/ز من مشروع قانون مجهول النّسب.

تعلق منها بآلية اختيار الوصي أم شروطه التي قد وردت بخصوص الشَّخص الطبيعي لذلك كان لابد من مزيد من الإيضاح.

وقد أعطى المشروع الجديد لدار الرّعاية أو الأسرة الوصاية على نفس مجهول النّسب بالقدر اللازم لتربيته ورعايته والوصاية على ماله، مع التقيد بالأحكام المتعلقة بالوصاية في قانون الأحوال الشَّخصية، كما أقر مسؤولية الأسرة الكافلة عن التَّعويض عن أفعال مجهول النّسب التي تلحق ضرراً بالغير وفق أحكام القانون المدني، وتستمر هذه الوصاية حتى يتم مجهول النّسب سن الرشد.

ولابد من الإشارة إلى أن الغرض من نظام الوصاية هو حماية ثروة القاصر واستثمارها في الأوجه التي تعود عليه بالمنفعة[١]، وإذا كان القانون قد أجاز أن تتولى الأسرة الوصاية على مجهول النّسب تبعاً لكفالته، فلا بد أن تنطبق على الكافل الأحكام والشروط الواردة في قانون الأحوال الشَّخصية.

أ – الأحكام المتعلقة بتعيين الوصي:

اشترط القانون أن يتوافر في الوصي: العقل، والبلوغ، والعدالة، واتحاد الدين مع الموصى له، وهذا ما نصت عليه المادّة ١٧٨/أ بقولها:

((١– يجب أن يكون الوصي عادلاً قادراً على القيام بالوصاية ذا أهلية كاملة، وأن يكون من ملة القاصر)).

وقد منع المشرّع السُّوري المحكوم عليه بالعقوبات الآتية أن يكون وصياً:

---

(١) صباطة سليمة، دور القضاء في حماية الحقوق المعنوية والمالية للطفل، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، تلمسان، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٥م/٢٠١٦م، ص ٢١١.

أ- المحكوم عليه في: جريمة سرقة، أو إساءة ائتمان، أو تزوير، أو جريمة من الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة.

ب- المحكوم بإفلاسه على أن يعاد اعتباره.

ج- مَن قرر الأب أو الجد عند عدمه حرمانه من التعيين قبل وفاته على أن يثبت ذلك بوثيقة خطية.

د- مَن كان بينه هو وأحد أصوله أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائي أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة القاصر.

وعند تعارض مصلحة القاصر مع مصلحة الوصي، أو زوجته، وأصوله، أو فروعه، أو مَن يمثله، فإن القانون يعين وصياً خاصاً مؤقتاً هذا إذا لم يبلغ التعارض في النّزاع الذي نصت عليه الفقرة (د) من المادّة آنفة الذكر، كل ذلك وفق ما نصت عليه المادّة (١٧٩) من قانون الأحوال الشَّخصية: ((ينصب القاضي وصياً خاصاً مؤقتاً عند تعارض مصلحة القاصر مع مصلحة الوصي، أو زوجه، أو أحد أصوله، أو فروعه، أو مَن يمثلهم الوصي إن لم يبلغ هذا التعارض النّزاع المنصوص عليه في المادّة السَّابقة))

ب: صلاحيات الوصي:

يتمتع الوصي في إطار المهمة المعهودة إليه بحكم مركزه القانوني المتمثل في رعاية شؤون القاصر بسلطات تمكنه من أداء هذه المهمة، وتختلف سلطته حسب نوع التصرف الذي يقوم به وفق الآتي:

١- التصرفات النافعة نفعاً محضاً:

تشير القاعدة إلى أن الوصي يقوم بالتصرفات التي تعود بالنفع المحض على القاصر حتى دون إذن المحكمة كما لو ناب عن القاصر في قبول الهبة

أو قبضها، ما دامت الهبة غير مشروطة، كما له أن يقبل الوصايا غير المقترنة بالشروط نيابة عن القاصرين[١].

٢-التصرفات الضارة ضرراً محضاً:

لا يجوز للوصي أن يقوم بهذه التصرفات مطلقاً، فليس له أن يتبرع بأموال القاصر، وكل تصرف يقع منه للغير يعد باطلاً، وقد نصت المادّة (١٨٠) من قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري على: **((تبرع الوصي بمال القاصر باطل))**.

٣- التصرفات الدائرة بين النفع والضرر:

إن هذا النوع من التصرفات على نوعين:

النوع الأول: تصرفات الإدارة:

ومثال ذلك: إيجار الأغراض الزراعية لثلاث سنوات فأقل، وإيجار المباني مدة سنة فأقل، وعليه نصت المادّة (١٨٢) في الفقرتين (د) و (هـ)، وهذه التصرفات تقع صحيحة من قِبل الوصي دون الحاجة إلى إذن من المحكمة[٢].

---

(١) أحمد عيسى، الحماية القانونيّة لحقوق القصر في التصرفات الواردة على المال الشائع، ص ٢١٣.

(٢) المادّة (١٨٢) لا يجوز للوصي دون إذن من المحكمة مباشرة التصرفات الآتية: ...
د . إيجار عقار القاصر مدة أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية وأكثر من سنة في المباني
هـ . إيجار عقار القاصر مدة تمتد إلى سنة بعد بلوغه سن الرشد.

النوع الثَّاني: التصرفات التي تمس رأس المال:

وهذه التصرفات تمس رأس المال، وتؤدي إلى إخراجه عن ملكية صاحبه أو التهديد بإخراجه، وهذا النوع من التصرفات التي لا يجوز للوصي أن يباشرها قبل أن يحصل على إذن مسبق من قِبل المحكمة ومن هذه التصرفات:

١- قسمة أموال القاصر، لا يجوز للوصي أن يتولى قسمة أموال القاصر بينه وبين غيره إلا بإذن المحكمة، على أن تصادق المحكمة بعد حصول هذه القسمة لتكون نافذة[١].

٢- البيع، والشراء، والشركة، والمقايضة، والرهن، والاقتراض، وجميع التصرفات الناقلة للملكية أو التي ترتب حقاً محدداً، فجميع هذه التصرفات لا يجوز للوصي أن يتولاها قبل أن تأذن له المحكمة[٢].

٣- تحويل الديون التي تكون للقاصر وقبول الحوالة عليه.

٤- إيجار عقار القاصر مدة أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية، ومدة سنة في المباني.

٥- إيجار عقار القاصر مدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة.

٦- قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها.

٧- الإنفاق من مال القاصر على مَن تجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة مقضياً بها من جهة مختصة.

٨- الصلح والتحكيم.

---

(١) نصت المادّة (١٨١): ((إذا كان للقاصر حصة شائعة في عقار، فللوصي بإذن من المحكمة إجراء القسمة بالتراضي مع باقي الشركاء، ولا تكون هذه القسمة نافذة إلا بتصديق القاضي)).

(٢) المادّة (١٨٢) من قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري.

٩- الوفاء بالالتزامات التي تكون على التركة أو على القاصر ما لم يكن قد صدر بها حكم واجب النفاذ.

١٠- رفع الدعاوى إلا ما يكون في تأخيره ضرر للقاصر أو ضياع حق له.

١١- التنازل عن الدعاوى وإسقاط حقه في طرق المراجعة القانونيّة.

١٢- تبديل التأمينات أو تعديلها.

١٣- إجارة الوصي لأموال القاصر لنفسه، أو زوجه، أو أحد فروعه، أو أصوله، أو أقاربه حتى الدرجة الرابعة، أو لمن يكون الوصي نائباً عنه، أي: كل عقد تكون فيه محاباة للوصي، أو من يتصل به أو يتولى الوصي تمثيله.

١٤- ما يُصرف في تزويج القاصر.

١٥-إصلاح عقار القاصر، وترميمه، وتبديل معالمه، أو إنشاء بناء عليه، أو هدمه، أو غرس غراس ونحو ذلك، ويحدد الإذن في هذه الحالة التصرف، ومداه، وخطة العمل.[١]

وتجدر الإشارة إلى أن الوصي لا يجوز له أن يحفظ مال القاصر في أي مكان، فقد ألزمه المشرّع بأن يودع باسم القاصر في إحدى خزائن الحكومة، أو في أحد المصارف التي توافق عليها المحكمة كل ما يستحصله من نقود للقاصر، وما ترى المحكمة من لزوم إيداعه من أسناد ومجوهرات، ولا يجوز له أن يتخلف عن هذا الإيداع مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمه إياها، ولا

---

(١) المادّة (١٨٢) من قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري.

يجوز لـه أن يقوم بـأي عمليـة سـحب إلا بـإذن القاضـي،[١]وبهذا الإيداع تُحفظ أموال القاصر من الضياع[٢].

لا شك أن في تطبيق نظام الولاية والوصاية الذي نص عليه قانون الأحوال الشخصية يفر الحماية القانونية على مجهول النسب، يوفر لـه الحماية القانونية لـه فيضـعه تحت إشراف القاضـي بكل مـا يتعلق بشخصـه أو بأموالـه، إلا أن العدد المتزايد للأيتام والقصر الذين يخضعون لنظام الوصاية الشرعية ، يخلق تحدياً اما دائرة الأيتام في المحكمة الشرعية للقيام بمهامها، مما يستدعي تطوير عمل هذه الدائرة.



(١) نصت المادّة (١٨٤) ((١-على الوصي أن يودع باسم القاصر في خزانة الدَّولة أو في مصرف توافق عليه المحكمة كل ما يحصله من نقوده، وما ترى المحكمة لزوماً لإيداعه من الأسناد والحلي وغيرها خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمه إياها، ولا يسحب منها شيئاً إلا بإذن القاضي ٢- يرفع من هذه الأموال قبل إيداعها مصاريف الإدارة والنفقة المقررة لشهر واحد))

(٢) أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ص٥٧٦.

المطلب الثَّاني: الحقوق المقررة لمجهول النّسب:

تمهيد:

يتمتع مجهول النّسب بمجموعة من الحقوق أسوةً بغيره من معلومي النّسب، وإن أغلب هذه الحقوق تنطبق عليه وعلى غيره من الأطفال التي تعد من الحقوق العامة كـ: حق الحياة، أو حق التعلم، أو غيره من الحقوق العامة، وهذه الحقوق لا تثير في تطبيقه على مجهول النّسب أي إشكال، إنما الإشكال يثور بتلك الحقوق التي تتعلق بحالته المدنية، أو حالته المالية ومصادر تمويله التي أولاها المشرّع عناية خاصة وهي مدار بحثنا التالي.

أولاً: **الحقوق التي تمثل الحالة المدنية لمجهول النّسب:**

١-حق مجهول النّسب في الاسم:

يعد اسم الشَّخص من الحقوق الملازمة لشخصيته، وقد عملت القوانين على ضمان هذا الحق، فالاسم هو الوسيلة التي تمكن الشَّخص من تمييزه وتعيين شخصه، [١] ويكسبه الحق في: استعماله، وحمله، وحمايته من أي اعتداء بقوة القانون، ولا يجوز التنازل عنه، أو بيعه، أو رهنه، كما لا تجوز سرقته أو انتحاله، وقد ضمن القانون السُّوري الحق في الاسم واللقب واستعمالهما وحمايتهما من اعتداء، كما أوجب التَّعويض عما لحق صاحب الاسم جراء الاعتداء عليه[٢].

---

(١) عبد المنعم فرج الصده، مبادئ القانون، لبنان، بيروت دار النهضة، طبعة ١٩٧٧م، ص٢٢٦.

(٢) نصت المادّة (٥٢) من القانون المدني السُّوري على أن: ((لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التَّعويض عما يكون قد لحقه من ضرر))، ونصت المادّة (٥٣) من القانون ذاته على: (لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه أو لقبه أو كليهما دون مبرر، ومن انتحل من الغير اسمه أو لقبه أو كليهما دون حق، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التَّعويض عما يكون قد لحقه من ضرر)).

كما أن للاسم نظاماً إدارياً يخدم أمن الدَّولة، فيمنع الخلط بين أفرادها، ويعمل على استقرار المعاملات فيها، ويحقق المصلحة العامة، فمصلحة الفرد والجماعة تقتضي أن تتميز كل شخصية إنسانية بوسيلة أو علامة للتفريق بينهما وبين الآخرين لمنع الاختلاط أو الالتباس والوسيلة الأفضل لهذا التميز هي الاسم[١].

ولما كان اسم الشَّخص يعد أحد مظاهر الشَّخصية، لذلك تسمية المولود من الأمور التي أوجبها القانون على مقدم شهادة الولادة، وعادة ما يختار الاسم للمولود من قِبل أهله وذويه.

أما مجهول النّسب الذي حُرم من أسرته، فقد عهد المشرّع بهذه المهمة وأوكلها إلى أمين السجل المدني الذي يقوم باختيار اسم لهذا الطِّفل اللقيط، ويمكن أن يسترشد بما تقترحه دور الرّعاية فيما يتعلق باسمه الأول فقط، ليقوم فيما بعد باختيار اسم لوالديه، واسم جد يكون نسبةً له وفق ما نصت عليه المادّة (٢٩) من قانون الأحوال المدنية بقولها: (..بعد أن يقوم أمين السجل المدني باختيار اسم له، ولكل من والديه، واسم جد نسبة له أو ما تقترحه دور الرّعاية بالنّسبة لاسم مجهول النّسب فقط دون أن يذكر أنه مجهول النّسب في الوثائق التي تُمنح له).

إلا أن مشروع القانون الجديد لرعاية مجهول النّسب قد عهد مهمة اختيار الاسم الأول لدار الضيافة[٢] التي تستقبل مجهول النّسب بشكل مؤقت،

---

(١) زهير حرح، الحق في الحياة الخاصة، منشورات جامعة دمشق، مركز التعليم المفتوح، ٢٠٠٦م/٢٠٠٥م، ط٢، ص٩٠.

(٢) المادّة (٥) من مشروع قانون مجهول النّسب.

فيقوم أمين السجل المدني بتسجيل الاسم المختار من قِبل دار الضيافة، ويتولى هو اختيار اسم الوالدين، والجد، وتسجيل هذا الاسم، وقد أعطى المشرّع لمعلومات مجهول النّسب الصفة السرية سواء أكان في المشروع الجديد لرعاية مجهول النّسب أم في قانون الأحوال المدنية، حيث إنه حظر على كل من: أمين السجل المدني، أو دار الضيافة، أو أي جهة أخرى الإشارة أو الدلالة في أي وثيقة رسمية على صفة جهالة نسب الطِّفل.

فيجري تسجيل هذه الواقعة بشكل سري في سجل الواقعات ولا يجوز الاطلاع عليه إلا بناء على طلب من المحكمة المختصة، وقد عاقب المشروع الجديد كل من خرق هذا الحظر بالغرامة من (٥٠٠٠٠) خمسين ألف ليرة سورية وحتى (٢٠٠٠٠٠) مائتي ألف ليرة سورية[١]، وأخيراً، فإن المشرّع في مشروع القانون الجديد قد نص على إلغاء الأحكام المتعارضة بآلية التسجيل الواردة في قانون الأحوال المدنية فيما يتعلق بتسمية مجهول النّسب وتطبيق ما ينص عليه من أحكام.[٢]

– ويمكن أن يعطى مجهول النّسب نسبة العائلة الحاضنة، وذلك بعد انتقاله إلى رعايتها، وفق ما سنراه لاحقاً، ولا بد من الإشارة إلى أن المشرّع السُّوري قد منع تسمية المولود باسم مركب مكون من أكثر من مقطعين[٣]، إلا أنه لم يضع ضوابط لاختيار هذا الاسم كما فعل نظيره الجزائري الذي اشترط أن تكون الأسماء جزائرية مع جواز أن تكون غير ذلك بالنّسبة للمولودين من أبوين غير

---

(١) المادّة (٢٨) من مشروع قانون مجهول النّسب.

(٢) المادّة (٣٣) من مشروع قانون مجهول النّسب.

(٣) نصت المادّة (٢٩) من قانون الأحوال المدنية السُّوري على: ((لا تجوز تسمية المولود باسم مركب مكون من أكثر من مقطعين)). كأن يكون اسمه: عبد الخالق عبد الكريم.

مسلمين[١]، وحبذا لو ذهب المشرّع السُّوري مذهب المشرّع الجزائري في تحديد ضوابط انتقاء الأسماء لاسيما أن الشريعة الإسلامية التي أحال إليها القانون عند عدم وجود النص أوجبت أن يكون اسم الشَّخص محموداً فقد ثبت أن النبي محمد صلى الله عليه وسلم بما روته السيدة عائشة رضي الله عنها أنَّ النبي كان يغير الاسم القبيح[٢].

٢- حق مجهول النّسب في الجنسية:

يُراد بالجنسية تلك الرابطة المعنوية والقانونيّة والسياسية التي تربط بين الفرد ودولته منذ ولادته، فيكون ولاؤه وتبعيته لها، وهي بذلك تشكل حق إحدى حقوقه الشَّخصية التي تكفلها الدَّولة للأطفال الذين يولدون على أراضيها والمكتسبين جنسيتها، فتمنحهم حق الحماية.

وقد اعتمد المشرّع السُّوري في اكتساب الجنسية العربيّة السُّورية على حق الدم كمعيار أساسي لاكتساب الجنسية، فجعل ثبوت نسب الطِّفل من أب سوري يعطيه الحق في اكتساب الجنسية العربيّة السُّورية،[٣] وفي حال عدم

---

(١) نصت المادّة (٢٨) في فقرتها الثَّانية من القانون المدني الجزائري على: ((يجب أن تكون الأسماء جزائرية، وقد يكون خلاف ذلك بالنّسبة للأطفال المولودين من أبوين غير مسلمين))، كما نصت المادّة (٦٤) في فقرتها الرابعة من قانون الحالة المدنية الجزائري على: ((يجب أن تكون الأسماء أسماء جزائرية، ويجوز أن يكون غير ذلك بالنّسبة للأطفال المولودين من أبوين منتقين ديانة غير الديانة الإسلامية، يمنع جميع الأسماء غير المخصصة في الاستعمال والعادة)).

(٢) رواه الترمذي في مسنده، تحقيق أحمد شاكر وآخرين، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ج٥.

(٣) ينص القانون رقم ٢٧٦ في العام ١٩٦٩م الخاص بتنظيم أصول اكتساب الجنسية العربيّة السُّورية، حيث نص في المادّة (٣) منه على: ((يعد سورياً حكماً:

(أ) مَن ولد في القطر أو خارجه من والد عربي سوري.

(ب) من ولد في القطر لأم سورية، ولم تثبت نسبته إلى أبيه قانوناً.

التمكن من نسبه هذا الطِّفل للأب السُّوري فيعطي الجنسية بناء على نسبته لأمه السُّورية، أما في حال جهالة نسبه لكل من والديه أو جهالة جنسيتيهما، أو كونهما لا يملكان جنسية أصلاً، فيكتسب الجنسية العربيّة السُّورية على أساس حق الإقليم ؛كونه قد وُلد على الأراضي السُّورية، وقد أعطى المشرّع لمجهول النّسب سواء أكان لقيطاً أم مَن دخل بجهالة النّسب بصورة أخرى الجنسية السُّورية، حيث نصت المادّة (١٣) في الفقرة (١) منها على: ((يُعدُّ اللقيط عربياً سورياً)).

فقد عدَّ القانون السُّوري أن مجهول النّسب قد ولد في الأراضي السُّورية وفي المكان الذي وُجد فيه ما لم يثبت العكس عملاً بالمادّة ٢٩/ب من قانون الأحوال المدنية التي تنص على: ((يعد مجهول النّسب عربياً سورياً مسلماً ومولوداً في سورية في المكان الذي عُثر عليه فيه ما لم يثبت خلاف ذلك))، وقد سار المشروع الجديد لرعاية مجهول النّسب على نفس الاتجاه في عد مجهول النّسب عربياً سورياً ما لم يثبت خلاف ذلك.

ونلاحظ أن المشرّع السُّوري قد وسَّع معياره لكسب الجنسية لكل طفلٍ، ولا سيما مَن وُجد على أرضه، فاعتمد على معيار الإقليم في اكتساب الجنسية؛ ليستوعب بذلك حالات اللقطاء ومجهولي النّسب، سواء أكانت هذه الجهالة من

= (ج) من ولد في القطر لوالدين مجهولين، أو مجهولو الجنسية، أو لا جنسية لهما، ويعد اللقيط في القطر مولوداً فيها، وفي المكان الذي عثر عليه ما لم يثبت عكس ذلك.

(د) من ولد في القطر ولم يحق له عند ولادته أن يكتسب بصلة البنوة جنسية أجنبية.

(هـ) من ينتمي بأصله للجمهورية العربيّة السُّورية، ولم يكتسب جنسية أخرى، وما لم يتقدم لاختيار الجنسية السُّورية في المهل المحددة بموجب القوانين المتخذة والسَّابقة، ويسري حكم المادّة ولو كان الميلاد قبل تاريخ العمل بهذا المرسوم)).

جهة الأب فقط أم من كل من الوالدين، لكن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن عن الحالة التي يثبت فيها أنَّ مجهول النّسب قد وُلد على غير الأراضي السُّورية، أو في حال ثبت نسبه لأب أو أم وكان جنسية أحدهما أو كليهما تعطى له.

في الواقع نجد أن المشرّع السُّوري لم يجب على هذه الحالة، مما يؤدي إحدى حالات ازدواج الجنسية، على عكس المشرّع الجزائري الذي ذهب إلى سحب الجنسية و عدَّها كأنها لم تكن إذا ثبت انتساب الطِّفل إلى أجنبي أو أجنبية، وكان قانون الوالدين أو أحدهما يعطي الطِّفل الجنسية غير أنه يُشترط أن يُعطى هذه الجنسية قبل بلوغه التاسعة عشر من العمر: (وهوسن الرشد في التَّشريع الجزائري)، أما إذا بلغ سن الرشد، فإن ثبوت الجنسية الأجنبية له لا يؤدي إلى سحب الجنسية الجزائرية[١]، حيث نصت المادّة (٧) من قانون الجنسية الجزائري على (...غير أن الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين يعد وكأنه لم يكن جزائرياً، فإذا ثبت خلال قصوره انتسابه إلى أجنبي وكان ينتمي إلى جنسية هذا الأخير وفق قانون جنسية هذا الأخير).

٣: الدين الذي ينتمي إليه مجهول النّسب:

إنَّ الإنسان لا ينفك في ديانته عن المكان والبيئة التي يُولد فيها، لذلك فقد أولى فقهاء الشريعة الإسلامية لمكان إيجاد مجهول النّسب اعتباراً في تقرير ديانته.

---

(١) منادي مليكة وبن زردة عبد العزيز، أحكام الأطفال مجهولي النّسب في القانون الجزائري رسالة ماجستير، الجزائر، جامعة د. الطاهر مولاي، سعيدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٤م/٢٠١٥م، ص٣٠.

وقد تتعدد الأديان في المجتمع الواحد، فيثور السؤال عن الدين الذي ينسب إليه مجهول النّسب.

بدايةً إنَّ المشرّع السُّوري حكم بإسلام اللقيط ما لم يتبين أنه غير مسلم، حيث نصت المادّة (٢) من قانون رعاية اللقطاء على: ((-يعد اللقيط مسلماً ما لم يثبت خلاف ذلك))[١].

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في المعيار الذي يتحدد به دين مجهول النّسب، فكان هناك معياران:

أ- **معيار المكان:** يعتمد هذا المعيار على المكان أو البلد الذي يوجد فيه مجهول النّسب سواء أكان دار إسلام أم لا، حيث ذهب الشافعية والحنابلة إلى الأخذ بهذا المعيار مع تغليبهم للحكم بإسلام مجهول النّسب ، حيث جاء: ((اللقيط حر مسلم في جميع أحكامه، إلا أن يوجد ببلد الكفر، فهو كافر، وقيل: مسلم إن كان فيه مسلم، وإلا فهو كافر))[٢].

كما ورد لدى الشافعية في اعتبارهم لمعيار المكان: ((كما يعد إسلام اللقيط في دار الإسلام بحكم الدار، فيكون مسلماً في الظّاهر، تغليباً لحكم الدار))[٣].

ب- **معيار دين الواجد:** اعتمد هذا المعيار على ديانة من يقوم بإيجاد اللقيط، وهو ما أخذ به الحنفية والمالكية، حيث ميز الحنفية بين كون الملتقط مسلماً أو ذمياً، فقد ورد في البدائع: ((وأما حاله في الإسلام والكفر، فإن

---

(١) وقد تبنى المشروع الجديد نفس الصياغة عندما نصت المادّة ٥/ج من المشروع على: (ويعد مجهول النّسب مسلماً ما لم يثبت خلاف ذلك)

(٢) المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ابن تيمية الحراني، السعودية، مكتبة المعارف، ١٤٠٤هجري، ج١، ص٣٧٣.

(٣) الحاوي في الفقه الشافعي، أبو الحسن الماوردي، دار الكتب العلمية، ج١٤، ص٢٤٦.

وجده مسلم في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم، يكن مسلماً حتى لو مات يُغسَّل ويُصلَّى عليه ويدفن في مقابر المسلمين، وإن وجده ذمي في كنيسة أو في قرية ليس فيها مسلم يكون ذمياً؛ تحكيماً للظاهر، كما إذا وجده مسلم في بيعة أو كنيسة أو في قرية من قرى أهل الذمة يكون ذمياً))[١].

بينما قال المالكية: إذا التقطه مسلم ظاهره، حكم بإسلامه، وقد ورد في نصوص المالكية: (وحكم بإسلامه (أي: اللقيط) إن وجد في قرية من قرى المسلمين، لأنه الأصل والغالب)[٢].

ثانياً: الحقوق المالية لمجهول النّسب:

إن المركز القانوني لمجهول النّسب لا يقتصر على الحقوق المعنوية التي تشكل ملامح هويته، بل إنها تشمل الحقوق المالية التي تمثل الجانب المالي لشخصية مجهول النّسب القانونيّة.

١-الحق في النفقة:

إنَّ القرابة[٣]هي السَّبب في ترتب النفقة، فالطِّفل معلوم النّسب تكون نفقته على والده لقوله تعالى: ((وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف))[١]،

---

(٣) بدائع الصنائع، علاء الدين الكاساني، بيروت، دار الكتاب العربي، طبعة عام ١٩٨٢م، ج٦،ص١٩٨. ١

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج١٦، ص٤٥٨. **http://www.al-islam.com**

(٣) اختلف الفقهاء في حدود القرابة الموجبة للنفقة، فجعلها مالك للأبوين والأولاد الصلبين دون بقية الأصول والفروع، بينما حددها الحنفية في القرابة المحرمية، وقال الشافعي: إنها قرابة الأولاد بين = الأصول والفروع، بينما ذهب أحمد بن حنبل إلى أن القرابة الموجبة للإنفاق هي القرابة التي يكون

ويظل هذا الحق قائماً طالما أنَّ الولد لا مال له وغير قادر على الكسب، هذا في حال وجود الأب، لكن المشكلة تثور في حالة جهالة النّسب، فمن الشَّخص المكلف الذي يقع عليه واجب الإنفاق على هذا الطِّفل؟

ذهب الفقهاء بأن مجهول النّسب (اللقيط) إذا كان له مال خاص به[٢] أو مال عام [٣]، فتكون نفقته من هذا المال، فإن لم يكن له مال، فتكون نفقته على بيت المال، ذلك لأن تركته بعد وفاته في حال عدم وجود وارث له تكون لبيت المال عملاً بقاعدة الغرم بالغنم [٤]، لما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: ((وعلينا نفقته))، وفي رواية ثانية: ((ونفقته على بيت المال))، وهذا ما نهجه القانون السُّوري في المادّة (١٧) من قانون رعاية اللقطاء بأنه: ((لا يطالب اللقيط بإعادة الأموال التي تنفقها الدَّولة على كفالته وتربيته))، وقد صرح القانون السُّوري بأن النفقة هذه على سبيل التبرع لا ترجع الدَّولة بما أنفقته على مجهول النّسب، حتى وإن أصبح له مال لاحقاً، وقد جعل المشروع الجديد لقانون رعاية مجهول النّسب إنفاق الكافل على مجهول النّسب من قُبيل التبرع، حيث إنه منع الأسرة الحاضنة أو ورثة الكافل من مطالبة أي

فيها القريب الموسر وارثاً للقريب المحتاج إن ترك مالاً، محمد أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ص٤٨٥.

(١) سورة البقرة الآية (٢٢٣).

(٢) وهو المال الذي يكون للقيط مما وجد معه أو في ثيابه ونحوه.

(٣) وهو المال الموقوف على اللقطاء ومجهولي النّسب.

(٤) وهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج١٠، ص٥٣٣.

جهة كانت بأي مصاريف أو بدل أتعاب لرعايتها مجهول النّسب خلال مدة الإلحاق لديها[١].

وقد اختلفت المذاهب الفقهية في عد نفقة الكافل على المكفول من قُبيل التبرع، فذهب الحنفية أن نفقة اللقيط تقع على بيت المال، وإذا أنفق عليه الملتقط كان متبرعاً؛ لأنه كان عليه أن يأتي به للإمام الذي يعطيه نفقته، فإذا أنفق عليه يكون متبرعاً في ذلك، وإذا أمره القاضي بالإنفاق عليه على أن يكون ديناً جاز ذلك[٢].

بينما ذهب المالكية إلى أن نفقة اللقيط تكون من ماله إذا كان له مال أو من المال الذي أُوصِي له أو وُهِب إليه، فإذا لم يكن له مال، فنفقته من بيت المال، فإن لم يكن هناك بيت مال أو كان لا مال فيه، فينفق عليه الذي التقطه حتى يستغني، ولا رجوع عليه وإن استأذن الإمام، وقد ذهب رأي لابن الحاجب من المذهب المالكي أنه إذا ثبت له أب وكان قد طرحه عمداً لزمه ما أنفق عليه، إلا أن تكون النفقة عليه على وجه الحسبة، فلا رجوع على الأب، وإذا أشكل الأمر، فالقول قول المنفق[٣].

وقد ذهب الشافعية بأن نفقة اللقيط من ماله الخاص إذا كان له مال، فإن لم يكن، تكن من بيت المال، لما ورد أن عمر رضي الله عنه استشار الصحابة في نفقة اللقيط، فأجمعوا أنها من بيت المال، فإن لم يكن في بيت المال شيء، استدان له القاضي، فإن لم يجد مَن يقرضه، جمع النَّاس وعد نفسه منهم وقسم

---

(١) المادّة ٢٢/هـ من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

(٢) المبسوط للسرخسي، مرجع سابق، ج٦، ص١٤٦.

(٣) منح الجليل، شرح مختصر خليل ج١٧، ص٢٥٠.

نفقة اللقيط على الأثرياء منهم، ولهم الرجوع بما أنفقوا على الواجب بالإنفاق على اللقيط، أو على اللقيط إذا ظهر له مالاً[١].

وذهب الحنابلة إلى أن نفقة اللقيط الذي لم يُوجد معه شيء تكون على بيت المال، ولا يلزم الملتقط بالنفقة، لحديث عمر في حديث أبي جميلة: اذهب فهو حر، ولك ولاؤه، وعلينا نفقته، وفي رواية: من بيت المال، وعند عدم وجود المال في بيت المال يقع على مَن يعلم بحاله الإنفاق عليه، لقول الله تعالى: **{وتعاونوا على البر والتقوى}**؛ ولأنَّ في ترك الإنفاق عليه هلاكه وهذا فرض كفاية إذا قام به قوم سقط عن الباقين، فإن تركه الكل أثموا، وهذا الإنفاق على سبيل التبرع لا رجوع على اللقيط بشيء سواء أكان المنفق الملتقط أم غيره، فإذا كان ينوي الرجوع عليه إذا أيسر، وكان هذا الإنفاق فله الرجوع بشرط أن يكون قد أنفق بأمر من الحاكم، وأن يكون قصداً بالمعروف، فإذا كان إنفاقه بدون إذن الحاكم ونوى الرجوع عليه، فقال الأمام أحمد: إن النفقة تؤخذ من بيت المال، بينما ذهب النخعي وشريح أن له الرجوع عليه إذا أشهد أنه ينوي الرجوع عليه، واشترط عمر بن عبد العزيز أن يحلف أنه كان ينوي الرجوع عليه[٢].

٢: حق مجهول النّسب في الملكية:

تتعدد المصادر المالية لملكية مجهول النّسب، فقد يكون لمجهول النّسب مال لحظة إيجاده، كما في حالة اللقيط، وما يُعثر عليه معه من نقود أو أشياء ذات قيمة، كما أن مجهول النّسب قد يعمل ويتولد عن عمله مال أو يتلقى وصيةً أو هِبةً من أحدهم، فهل له أهلية لتملك هذا المال؟

---

(١) كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، تحقيق علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، دمشق، دار الخير ١٩٩٤،ج١، ص٣٢١.

(٢) المغني، لابن قدامة المقدسي، دار الفكر بيروت الطبعة الأولى، ج٦، ص٤٠٧.

أ: المال الذي يوجد مع مجهول النّسب:

تناول المشرّع السُّوري صورة اللقيط الذي يوجد معه مال، فنصت المادّة (١٦) من قانون رعاية اللقطاء إلى: ((إذا وجد مع اللقيط مال، فهو له)) كما نصت المادّة (١٦) من قانون رعاية اللقطاء بقولها: (**-كل ما يكسبه اللقيط من ثمرة أتعابه أو ما يؤول إليه بطريق الهبة أو الوصية، فهو له).**

وعلى ذلك، فإن كل ما يعود لمجهول النّسب من مال سواء أكان مصدر هذا المال الوصية أم الهبة التي يتلقاها مجهول النّسب من الغير، وإذا كانت مصادر المال المتمثلة في الوصية والهبة وما يملكه مجهول النسب من كسبه لا يثير إشكالاً كون القواعد العامة في القانون تنطبق عليه، إلا أن تملك مجهول النسب لما يوجد معه من مال قد يثير مشكلة، وقد بحث فقهاء الشريعة الإسلامية في تملك اللقيط لهذا المال، فذهبوا إلى أن كل ما يوجد مع اللقيط في ثيابه أو مهده وما قد يكون مربوطاً به، فكل هذه الأمور وأشباهها تكون له[١]،

---

(١) (ولو كان معه مال مشدود عليه، فهو له؛ لأن الظّاهر أنه ماله، فيكون له كثيابه التي عليه، وكذا إذا وجد مشدوداً على دابة، فالدابة له كما قلنا)) بدائع الصنائع علاء الدين الكاساني، دار الكتاب العربي، بيروت، سنة النشر ١٩٩٨، ج٦، ص١٩٩، وورد في المغني: ((فأما إن وُجد مع اللقيط شيء، فهو له، وينفق عليه منه، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرَّأي؛ وذلك لأن الطِّفل يملك، وله يد صحيحة بدليل أنه يرث ويورث، ويصح أن يشتري له وليه ويبيع، ومن له ملك صحيح، فله يد صحيحة كالبالغ إذا ثبت هذا، فكل ما كان متصلاً به أو متعلقاً بمنفعته، فهو تحت يده، ويثبت بذلك ملكاً له في الظّاهر، فمن ذلك ما كان لابساً له، أو مشدوداً في ملبوسه أو في يديه، أو مجعولاً فيه كالسرير والسفط، وما فيه من فرش أو دراهم والثياب التي تحته، والتي عليه، وإن كان مشدوداً على دابة، أو كانت مشدودة في ثيابه، أو كان في خيمة أو في دار، فهي له، وأما المنفصل عنه، فإن كان بعيداً منه فليس في يده، وإن كان قريباً منه كثوب موضوع إلى جانبه، ففيه وجهان: أحدهما: ليس هو له؛ لأنه منفصل عنه، فهو كالبعيد، والثَّاني: هو له، وهو أصح لأن الظّاهر أنه ترك له، فهو له بمنزلة ما هو تحته، ولأن القريب من البالغ يكون في يده، ألا ترى أن الرجل يقعد في السوق ومتاعه بقربه ويحكم بأنه في يده، والحمال إذا جلس لاستراحة ترك حمله قريباً منه، فأما المدفون تحته، فقال ابن عقيل: إن كان الحفر طرياً، فهو له، وإلا فلا؛ لأن الظّاهر أنه إذا كان طرياً فواضع اللقيط حفره، وإذا لم يكن طرياً كان مدفوناً قبل وضعه، وقيل: ليس هو له بحال؛ لأنه بموضع لا يستحقه إذا لم يكن الحفر طرياً، فلم يكن له إذا كان طرياً كالبعيد منه؛ ولأن الظّاهر أنه لو كان له لشده واضعه في ثيابه؛ ليعلم به ولم يتركه في مكان لا يطلع عليه، وكل ما حكمنا بأنه ليس له، فحكمه حكم اللقطة.

وقد فسر الفقهاء بأن المال الذي يُوجد مع اللقيط قد يكون تركه الذي نبذه بقصد الإنفاق عليه[١].

ب: تملك اللقيط للموضع الذي يُوجد فيه:

اختلف الفقهاء في الموضع الذي يُوجد فيه مجهول النّسب كالبيت أو السيارة وغيرها من المواضع التي قد يُترك فيها، فهل هذا الموضع الذي يُوجد فيه يكون ملكاً له؟

فذهب الحنفية إلى أن الموضع لا يملكه اللقيط؛ لأن المال الذي يُوجد بالقرب منه لا يكون له، فكان الأولى ألا يحكم له بتملك الدار التي يوجد فيها، بل حتى المال الذي يكون مدفوناً في الدار الذي يُوجد به لا يكون له، فتجري على هذا المال أحكام اللقطة؛ لأنه لو كان له لربطه واضع اللقيط في ثيابه ليعلم به ولم يتركه في مكان لا يطلع عليه[٢].

بينما ذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه يُحكم له بالخيمة والدار التي ليس فيها غيره، ولا يُعرف لهما مستحق، والمال المدفون فيهما يكون له أيضاً [٣]،

---

(١) مريم الدغستاني، اللقيط في الإسلام، مصر، جامعة الأزهر، ١٩٩٢، ط١، ص٦٩.

(٢) حاشية مراقي الفلاح، الطحاوي، مصر، المطبعة الكبرى الأميرية، ١٣١٨هجري، ص٤٩٩.

(٣) (وما وجد معه) من فراش تحته أو ثياب فوقه أو مال في جيبه (أو تحته ظاهراً أو مدفوناً طرياً أو متصلاً به كحيوان أو غيره) مشدوداً بثيابه (أو) مطروحاً/ قريباً منه ف/ هو (له) عملاً بالظّاهر؛ ولأن له يداً صحيحة كالبالغ) الروض المربع شرح زاد المستقنع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، مكتبة الرياض الحديث طبعة عام ١٣٩٠هجري الرياض ج٢، ص٤٤٥. مغني المحتاج، محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر بيروت، ج٢، ص٤٢٠. (وأن وجد في دار ونحوها ولا يعرف مستحق له غيرها، فهي له، أي: الدار، أما البستان الذي يوجد فيه اللقيط، فلا يحكم له بها)؛ لأنه لا يسكن فيها عادة)).

ولابن عقيل تفصيل في المال الذي يكون مدفوناً تحت اللقيط[١]، فإذا كان الحفر تحته طرياً، فهو للقيط (مجهول النّسب)، وإلا فلا؛ لأنه لو كان طرياً لدلَّ ذلك على أنَّ واضع اللقيط قد حفره لها، فإذا لم يكن طرياً، فذلك دليل على أنَّ المال قد دُفن قبل وضعه.

ب: تركة مجهول النّسب:

إن مجهول النّسب، قد قطع نسبه لجهة الأب والأم، فإن ثبت نسبه لاحقاً لوالديه أو لإحدهما أو كان له وارثاً من زوج أو ولد، فإن الأموال التي قد يتركها تركةً تعود إليهم كونهم هم ورثته، أما إذا بقي مجهول النّسب بلا قرابة وتوفي، فقد ذهب القانون السُّوري في المادّة (١٥) من قانون رعاية اللقطاء: ((تعود أموال اللقيط بعد وفاتهم عن غير وارث إلى الدَّولة))، فساير بذلك المشرّع جمهور الفقهاء الذين يرون أن ميراث اللقيط يؤول إلى بيت المال، ويكون ميراثه للمسلمين، ولا يرثه الملتقط، بينما خالف الإمام أحمد بأن ميراثه يكون للشخص الذي التقطه،[٢] وحجته في ذلك حديث النبي صلى الله عليه وسلم:

---

(١)(فأما المدفون تحته، فقال ابن عقيل: إن كان الحفر طرياً، فهو له، وإلا فلا؛ لأن الظّاهر أنه إذا كان طرياً، فواضع اللقيط حفره، وإذا لم يكن طرياً كان مدفوناً قبل وضعه، وقيل ليس هو له بحال؛ لأنه بموضع لا يستحقه إذا لم يكن الحفر طرياً، فلم يكن له إذا كان طرياً كالبعيد منه؛ ولأن الظّاهر أنه لو كان له لشده واضعه في ثيابه ليعلم به ولم يتركه في مكان لا يطلع عليه، وكل ما حكمنا بأنه ليس له فحكمه حكم اللقط)، المغني، لابن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ج٦، ص٤٠٧.

(٢) وهبه الزُّحيلي، الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج١٠، ص٥٣٣.

((تحوز المرأة ثلاثة مواريث: عتيقها، ولقيطها، وولدها التي لاعنت عليه))[١]، وهذا الحديث يدل على أن المرأة تأخذ إرث مجهول النّسب الذي كفلته[٢].

ويبدو أن الأخذ بهذا الرَّأي قد يساعد في الحث على رعاية مجهول النّسب، ويشجع العائلات والأشخاص لإدخال مجهول النّسب ضمن العائلات، فتكون تلك الأسرة بديلاً عن عائلته الأصلية التي حُرِم رعايتها وحمايتها، وقد اختلفت الأنظمة القانونيّة في تحديد الأُطر لصياغة هذه الرّعاية البديلة وفق نوعين، نتناول بحثهما في الجزء الثَّاني من هذه الدّراسة.

(١) رواه الحاكم في مسنده، بيروت، دار الكتب العلمية،١٩٩٠م، ط١، ج٤، ص٣٧٨.

(٢) للتوسع أكثر في هذا الموضوع يراجع، أحكام اللقيط في الإسلام، مريم أحمد الداغستاني، مرجع سابق.

الفصل الثَّاني

النظم البديلة لرعاية مجهول النّسب (التبني والكفالة)

تمهيد:

لا شك في أنَّ الأسرة تشكل الملاذ الآمن الذي يحمي مجهول النّسب من كل مكروه، ويؤمن له النشوء الصالح،

وقد برعت الأنظمة القانونيّة في إبداع صور لإعادة مجهول النّسب ضمن الوضع العائلي ونسبته من جديد إلى عائلة تتولى شؤونه.

وتنقسم التَّشريعات الفقهية في محاولتها لتوفير رعاية عائلية بديلة لمجهول النّسب إلى نظامين:

الأول: يتمثل بنظام التبني.

والنظام الثَّاني: نظام الكفالة أو الإلحاق، حيث أخذ كل مشرع بنظام رأى فيه حلاً لمعالجة وضع جهالة النّسب لديه بأن يكون ملائماً لظروفه ومبادئه.

ولم تقتصر الاختلافات بين النظامين في الآثار التي يرتبها كل منهما، بل امتدت إلى الشروط التي خطَّها كل مشرع في كل نظام من أجل تأمين الضمانات التي تؤمِّن تحقيق المصلحة الفضلى لمجهول النّسب، هذه المصلحة الذي توخَّاها المشرّع السُّوري سواء أكان من خلال النُّصوص التَّشريعية المتوزعة في عدة تشريعات يتولى كل تشريع معالجة جانب من وضعه، أم من خلال سعيه لإعطائه مزيداً من الرّعاية في قانون رعاية اللقطاء، وتطوير هذه الرّعاية من خلال مشروع قانون رعاية مجهول النّسب، لذلك سنعالج في هذا

الفصل الأنظمة القانونيّة للرعاية البديلة لمجهول النّسب، ونخصص فيها **المبحث الأول** لدراسة التبني وموقف القانون السُّوري منه، بينما ينفرد **المبحث الثَّاني** لدراسة نظام الكفالة كبديل لنظام التبني الذي اعتمد من قِبل الدول الإسلامية.

المبحث الأول: التبني في التشريع السُّوري:

يعد التبني أحد أبرز الأنظمة للرعاية البديلة التي تتوافر لمجهول النّسب، وبالرغم من اختلاف التَّشريعات القانونيّة في إباحته أو منعه، فإنه يتمتع بخصائص جعلت منه مؤسسة قانونية متكاملة أخذت به مجتمعات محددة كحل لمسألة جهالة النّسب، لذا فإننا سوف نتناول دراسة هذه المؤسسة القانونيّة وما يميزها عن باقي المؤسّسات، ونتطرق لموقف القانون السُّوري منها.

أولاً: تعريف التبني:

ثانياً: تمييز التبني عن غيره من الأنظمة المشابهة له:

أولاً: تعريف التبني:

١-التبني في اللغة:

التبني: من بني جمع ابن مضافاً إلى النَّفس، ويقال: تبنيته، أي: ادَّعيت بنوته، وتبناه: اتخذه ابناً، وفي حديث أبي حذيفة: إنه تَبنَّى سالماً، أي: اتخذه ابناً[١].

٢-التبني في الاصطلاح:

ذكر الطبري في تفسيره بأن التبني هو إذا ادَّعى رجل رجلاً وليس بابنه[٢].

وعرفه الدكتور عبد الرحمن الصابوني: هو أن يدَّعي شخص بنوَّة ولدٍ معروف النّسب من شخص محدد أو مجهول النّسب[٣].

---

(١) ، لسان العرب، مرجع سابق، ج١٤، ص٩١.

(٢) تفسير الطبري، ضبط وتعليق شاكر محمود، بيروت، مؤسسة الرّسالة، ٢٠٠٠م، ط١، ج٢١، ص١٣٧.

(٣) عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشَّخصية، ج٢(الطَّلاق وآثاره) ط ٨، منشورات جامعة دمشق،٢٠٠٠م/٢٠٠١م، ص١٩٢.

بينما عرَّفه الدكتور توفيق حسن فرج: بأنه تصرف قانوني يُنشِئ بين شخصين علاقة أبوة وبنوة صورية ومدنية بحتة[١].

وعرفه الدكتور عبد العزيز سعد: "تزييف النّسب (التبني) هو ادعاء بنوة طفل معلوم النّسب عن طريق تجريده من نسبة أبيه وإعطائه نسب شخص آخر"[٢].

وعرفته الموسوعة الفقهية الكويتية: بأنه اتخاذ الشَّخص ولد غيره ابناً له، وكان الرجل في الجاهلية يتبنى الرجل، فيجعله كالابن المولود له، ويدعوه إليه النَّاس، ويرث ميراث الأولاد.

وشاع في استعمال العرب لفظ (ادعاء) على التبني، (ادعى فلان فلانا)، ومنه (الدعي) وهو المتبنى، قال الله تعالى: **{وما جعل أدعياءكم أبناءكم}**[٣].

---

(١) توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشَّخصية لغير المسلمين، الدار الجامعية للطباعة والنشر،١٩٨٠م، ص٦٩٧.

(٢) خليفة جاب الله، التبني في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، نقلاً عن عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على الأسرة، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، جامعة محمد خيضر بسكرة، ٢٠١٤م/٢٠١٥م، ص٦.

(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، دار السلاسل، (١٤٠٤-١٤٢٧)هجري، ط٢، ج١٠، ص١٢٠.

ورد تعريف التبني في قوانين الأحوال الشَّخصية للطوائف في سورية[١]، أما في قانون الأحوال الشَّخصية وهو القانون العام المطبق في سورية، فلم يرد على ذكر التبني.

وقد عُرِّف التبني منذ القدم، فقد عرَّفه العرب في الجاهلية، فكان العربي يتبنى الرجل منهم ولد غيره، فيقول له: أنت ابني، أرثك، وترثني، فيصبح ولده، وتجري عليه أحكام البنوَّة كلها من: الإرث، والنكاح، والطَّلاق، ومحرمات المصاهرة، وجميع ما يتعلق بأمور الابن الصلبي[٢].

كما أنَّ النبي صلى الله عليه وسلم كان قد تبنى زيد بن حارثة بعد أن أهدته إياه زوجته خديجة بنت خويلد، فتبناه، حتى أنه كان يسمى زيد بن محمد، ولما نزل قوله تعالى: ((**وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم**)). وروى الأئمة أن ابن

---

(١) حيث عرفته المادّة (٦٦) من قانون الأحوال الشَّخصية للطوائف الكاثوليكية في سورية بأنه: (التبني عقد قضائي احتفالي يُنشئ بين شخصين روابطَ مدنية لأبوةٍ وبنوّةٍ شرعيّتين).

– وعرفته المادّة (٢٢٥) من قانون الحق العائلي لطائفة الروم الأرثوذكس بأنه: (التبني عمل شرعي ثمرته أنَّ شخصاً راشداً أو قاصراً تحت ولاية غيره يصبح به بوساطة الرئاسة الروحية وبصلوات الكنيسة بمثابة الابن لزوجين شرعيين أو أحدهما).

– وعرَّفته المادّة (١٣٧) من قانون الأحوال الشَّخصية للطائفة الأرمنية الأرثوذكسية بأنه: (التبني عقد معقود لدى محكمة يُنشِئ بين المتبني والمتبنى علاقات الأب والأم والولد).

– وعرَّفته المادّة (٧٢) من قانون الأحوال الشَّخصية للمحاكم المذهبية الإنجيلية في سورية ولبنان بأنه: (التبني عقد بين إنسان وآخر تصبح بموجبه نسبة أحدهما نسبة الولد إلى والده أو والدته، وهو لا يجري سوى باتفاق عاقلين مسيحيين، وبتمام حريتيهما، وبموافقة ولي القاصر منهما أو وصيه، أو المحجور عليه وبقرار من المحكمة).

(٢) محمد علي الصابوني، تفسير آيات الأحكام، ط١، دار البيان العربي، ج٢، ص٢٦٨.

عمر قال: ((ما كنا ندعو زيد بن حارثة إلا زيد بن محمد، حتى نزلت: ((**ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله**))[١]، وبذلك تم تحريم التبني بعد أن كان مباحاً[٢].

قد يختلط التبني بغيره من الأنظمة التي تخصُّ الأطفال أو مجهولي النّسب، فكان من المفيد إبراز أهم ميزاته التي تجعله نظاماً مستقلاً.

ثانياً: تمييز التبني عن الأنظمة المشابهة له:

١-تمييز التبني عن الإقرار:

قد يتبادر إلى الذهن أنَّ الإقرار هو نفسه التبني كونه يؤدي إلى إعطاء الطِّفل المركز القانوني للابن الصلبي، إلا أن كل منهما يختلف عن الآخر بعدة أمور، منها:

- أنَّ التبني هو أن يدَّعي شخص بنوة ولد معلوم النّسب أو مجهول النّسب مع علمه أنه ليس ابنه حقيقة[٣]، وهذا محرم وممنوع في الشريعة الإسلامية والقوانين التي تستمد أحكامها منها، وهو بذلك يختلف عن الإقرار بالنّسب الذي يكون بأن يقر أحدهم صراحة أو ضمناً بأن شخصاً ما ابن له بنسب صحيح، قد حال مانع أو ظرف دون تثبيت هذا النّسب كما لو تقاعس أحدهم عن تسجيل زواجه، وقد نتج عن هذا الزّواج أولاد، وكذلك لو أنكر الأب نسب ابنه

---

(١) سورة الأحزاب: ٤، ٥.

(٢) وهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي، مرجع سابق ج١٠، ص٢.

(٣) إيناس عباس إبراهيم، رعاية الطفولة في الشريعة الإسلامية، الكويت، دار البحوث العلمية للنشر والتوزيع، ١٩٨٥م، ص١٩٥.

منه، ثم عاد وأقر بأن عقداً شرعياً كان يربطه بوالده، هذا الولد الذي نتج عن هذا الزّواج[١].

– إن الإقرار بالنّسب له شروط محددة نصَّ عليها الشارع الإسلامي والقانون السُّوري، وهي مصادقة الواقع بأن يولد للمقر ولد في مثل المقر له، وأن يكون الإقرار لمجهول نسب، وإلا يكون في الإقرار فيه حمل النّسب على الغير، وأن يصادق المقر له على هذا الإقرار[٢].

حيث يعد الإقرار بالنّسب أحد الأسباب التي يثبت بها النّسب الشَّرعي في الفقه الإسلامي والقوانين المستمدة منه إلى جانب قرينة الفراش والبينة[٣]، وتثبت به جميع الحقوق للطفل المقر له من: نفقة، وإرث، وحرمة المصاهرة[٤].

– أما التبني، فهو استلحاق شخص معروف النّسب أو مجهول النّسب، والتصريح بأنه ولده، وتنزيله منزله الولد الصلبي في الإرث، والنّسبة وباقي الحقوق التي تثبت للولد الصلبي.

– إن الإقرار كاشف للنسب، أما التبني، فهو منشأ له، فالإقرار هو طريق من طرق إثبات النّسب في حال توافرت شروطه، حيث تثبت للمقر له جميع حقوق البنوة، بينما التبني هو تصرف قانوني صوري منشأ للنسب.

---

(١) عبد الرحمن الصابوني، مرجع سابق، ج٢، ص١٩٣.

(٢) راجع الصفحة (١٦).

(٣) قاسم، يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربيّة للنشر ط١، ص٣٧٨.

(٤) محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، بيروت الدار الجامعية، ١٩٨٣، ط٤، ص٧٢٣.

– إنَّ البنوة الثابتة بالتبني تثبت بحكم القانون، فهي تثبت للطفل معلوم النّسب أو مجهوله على عكس البنوة التي تثبت بالإقرار، فلا تتحقق إلا إذا لم يكن للولد أب معروف[١].

– لم يحدد القانون والشريعة شكلاً محدداً للإقرار، فالإقرار بالنّسب ممكن أن يكون صريحاً أو ضمنياً ،كما أنه يمكن أن يكون داخل مجلس القضاء أو خارجه وفق القواعد العامة، على عكس التبني الذي يغلب عليه الطابع الشكلي الذي يجري، أما القضاء وفق شروط وإجراءات محددة وفق ما سيأتي لاحقاً.

– يتميز الإقرار بالأثر الرجعي، فالولد يثبت نسبه من المقر له من تاريخ ولادته[٢]، على عكس التبني الذي يثبت به النّسب من تاريخ مصادقة القضاء على عقد التبني، فيما سنرى لاحقاً.

٢ – تمييز التبني عن الحضانة:

تعد الحضانة إحدى الولايات الثلاث التي تثبت على الطِّفل منذ ولادته، وتسمى بولاية التَّربية ويراد بها تربية الولد في مدة لا يستغني فيها عن النساء ممن لها الحق في تربيته شرعاً[٣]، وقد عرفها الدكتور عبد الرحمن الصابوني: بأنها الالتزام بتربية الطِّفل ورعايته في سن محددة ممن له حق في ذلك شرعاً[٤].

---

(١) وهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي، ج١٠، مرجع سابق، ص٦٩٥.

(٢) أنيس سكمة، إثبات النّسب بين مدونة الأحوال الشَّخصية والقانون ١٩٩٨م، رسالة تخرج من المعهد العالي للقضاء تونس، وزارة العدل التونسية عام ٢٠٠٠م/٢٠٠١م، ص١٠٤.

(٣) يرى الإمام محمد أبو زهرة أنَّ الطِّفل منذ ولادته تثبت عليه ثلاث ولايات: الولاية الأولى: ولاية التَّربية، والولاية الثَّانية: الولاية على النفس، والولاية الثالثة: هي الولاية على المال، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ص٤٧٤.

(٤) عبد الرحمن الصابوني، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ج٢، ص٢١٦.

بينما يعد التبني عقداً يُنشئ بين شخصين علاقات صورية ومدنية محضة لأبوة وبنوة مفترضة[١]، فيُنشئ علاقة قرابة صورية مختلفة كلياً عن نظام الحضانة سواء أكان من حيث شروطه أم من حيث آثاره، **وتظهر أهم الفوارق في النقاط الآتية:**

- إن الحضانة لا تؤثر في النّسب، ولا تؤثر في أحكامه، فيبقى الولد على نسب والديه، على خلاف التبني، حيث يعد من أهم سماته هو نسبة الطِّفل المتبنى إلى العائلة المتبينة[٢].
- فالحضانة ليس لها تأثير في النّسب، ولا يترتب عليها أي أثر من: إرث، أو نفقة، أو حرمة مصاهرة، كما هو الحال في نظام التبني الذي يرتب آثاراً مباشرة عليها من: النّسب، والإرث، وموانع الزّواج وفق ما سنراه لاحقاً[٣].
- يُشترط في المرأة الحاضن ألا تكون متزوجة من أجنبي عن الطِّفل المتبنى، وإلا سقطت حضانتها إلا إذا قدرت المحكمة غير ذلك، وعلى ذلك نصت المادّة (١٣٧) من قانون الأحوال الشَّخصية في فقرتها الثَّانية على: ((يشترط في المرأة الحاضن زيادة على الشروط الواردة في الفقرة /١/ من هذه المادّة أن تكون خالية من زوج أجنبي عن المحضون، إلا إذا قدرت المحكمة خلاف ذلك لمصلحة المحضون))، وبالملاحظة، فإن أحكام التبني

---

(١) عبد الرحمن، الأحوال الشَّخصية، المرجع السَّابق، ص١٩٤.

(٢) خليفة جاب الله، مرجع سابق، ص١٢.

(٣) بيدويري كريمة، مذكرة تخرج حول موضوع الكفالة والتبني، دراسة مقارنة بين قانون الأسرة الجزائري ومجلة الأحوال التونسية، نقلاً عن حميدو زكية، مصلحة المحضون في القانون المغاربية، الجزائر، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٣م/٢٠١٤م، ص٣٩.

كونه يقيم علاقة أبوة وبنوة صورية، فإن المتبني غالباً ما يكون أجنبياً عن الطِّفل المتبنى.

- يُشترط في نظام الحضانة أن يكون الرجل الحاضن ذا رحم محرم عن الأنثى المحضون، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادّة (١٣٧) من قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري بقولها: ((يشترط في الرجل الحاضن...ب أن يكون ذا رحم محرم للمحضون إن كان أنثى)، بينما التبني لا يقيم وزناً للقرابة المحرمية بين المتبني والطِّفل المتبنى، كونهم لا تربطهم علاقة قرابة حقيقية في غالب الأحيان.
- إنَّ طلب الحضانة يكون عادة عن طريق طلب يقدم إلى المحكمة التي تتولى البت فيه في قضاء الولاية، وتقوم المحكمة بتسليم المحضون لصاحب الحق في الحضانة عن طريق دائرة التنفيذ، وبذلك نصت المادّة (١٤٦) من قانون الأحوال الشَّخصية: ((على الحاضن أن يطلب من القاضي تسليمه المحضون، وعلى القاضي أن يقرر هذا التسليم دون قضاء خصومة بعد التأكد من أحقيته في الحضانة، ويقرر أيضاً للصغير نفقة مؤقتة على مَن يراه مُكلفاً بها، ويجري تنفيذ قرار القاضي من قِبل دائرة التنفيذ لمختصة، ولمن يعارض في التسليم أو في النفقة وجوباً أو مقداراً أن يتقدم إلى المحكمة المختصة بالادعاء بالتظلم من هذا القرار، وتخضع الدعوى لإجراءات وطرق الطعن في الأحكام الشَّرعية، ولا يؤثر رفع هذه الدعوى في تنفيذ القرار المذكور إلا حين صدور حكم مبرم)).

بينما ينظم طلب التبني عادةً عن طريق عقد يجريه المتبني مع عائلة الطِّفل المتبنى إذا كان المتبنى معلوم النّسب، أو مع مَن يتولى الإشراف على الطِّفل المتبنى إذا كان مجهول النّسب وفق ما سنتطرق إليه لا حقاً.

- إن نفقة الطِّفل المحضون وأجرة الحضانة تكون على المكلف شرعاً بالإنفاق عليه، ويجري تقدير هذه النفقة بحسب حال المكلف بها، أما إذا كانت الزَّوجية ما تزال قائمة أو كانت الزَّوجة في عدة الطَّلاق، فإن الزَّوجة لا تستحق أجرة، وهذا ما قننه المشرّع السُّوري في المادّة (١٤٦) السالفة الذكر والمادتين (١٤٢) و (١٤٣) حيث تنصان على المادّة (١٤٢): (أُجرة الحضانة على المكلف بنفقة الصغير، وتقدر بحسب حال المكلف بها).

المادّة (١٤٣): (لا تستحق الأم أُجرة للحضانة في حال قيام الزَّوجية أو في عدة الطَّلاق).

أما نفقة الطِّفل المتبنى، فتكون على العائلة المتبنية في كل الأحوال.

وبذلك بعد كل هذه الفروق نجد أنَّ الحضانة كونها إحدى الولايات الثلاث التي تثبت على الطِّفل تعتمد في استحقاقها للحاضن على القرابة الشَّرعية بين الطِّفل المحضون والحاضن، فهي تخالف كلياً عن القرابة الصورية التي يفرضها التبني، والذي لا يجيزه القانون في سورية في قاعدة تطبق على جميع السوريين بكل طوائفهم، إلا أن شموليه هذه القاعدة قد يرد عليها بعض التساؤل، لذلك سوف نبين هذه القاعدة وشموليتها، وما هي حجج المعارضين لنظام التبني، وفق ما يلي:

ثانياً: منع التبني في القانون السُّوري:

١: القاعدة القانونيّة المانعة للتبني في القانون السُّوري:

ا: تأصيل القاعدة القانونيّة:

ب شمولية القاعدة في منع التبني لجميع السُّوريين:

٢: حجج المعارضين للتبني:

١: القاعدة القانونيّة المانعة للتبني في القانوني السُّوري:

لما كانت القاعدة القانونيّة لا تقتصر على نصوص التَّشريع، وإنما تشمل كذلك: قواعد الشريعة الإسلامية، ومبادئ القانون الطبيعي، وقواعد العدالة، والعرف، التي تعرف بالمصادر الرئيسة للقانون السُّوري، حيث إن النص التَّشريعي لم ينص على حكم التبني كان علينا الرجوع إلى المصدر القانوني الثَّاني المتمثل بالشريعة الإسلامية.

أ: تأصيل القاعدة القانونية:

لم ينص المشرّع في القانون السُّوري صراحة على منع التبني، وإنما تحدَّث عن النّسب وأسبابه في قانون الأحوال الشَّخصية، فنصت المادّة (١٢٨): (يثبت النّسب بالزّواج أو الإقرار أو البينة)، فحدد بذلك طرق نسبة الشَّخص، ولم يرد على ذكر التبني على أنه أحد هذه المصادر، لذا كان لابد لنا في هذه الحالة من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية كونها المصدر التَّشريعي الثَّاني بعد التَّشريع؛ عملاً بما تنص عليه المادّة ٢/١ من القانون المدني التي تنص على:

((٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حَكَمَ القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم تُوجد، فبمقتضى العُرف، وإذا لم يُوجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.))

بالعودة إلى الشريعة الإسلامية نجد أنها حرمت نظام التبني بشكل مطلق، بنصوص وردت في القرآن الكريم والسنة النبوية، أما الدليل الوارد في القران الكريم، فهو قوله تعالى: **(مَّا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِّن قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءكُمْ أَبْنَاءكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ{٤} ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُوراً رَّحِيماً)**[١].

وقوله تعالى: **(مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِنْ رِجَالِكُمْ وَلَكِنْ رَسُولَ اللَّهِ وَخَاتَمَ النَّبِيِّينَ وَكَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا)**[٢].

ودليل التحريم في السنة النبوية ما ورد عن سعد بن أبي وقاص وأبي بكرة، فقال كلاهما: سمعته أذناي، ووعاه قلبي، ومحمد صلى الله عليه وسلم يقول: **((من ادّعى إلى غير أبيه –وهو يعلم أنه غير أبيه –فالجنة عليه حرام))**، وقول النبي صلى الله عليه وسلم: **((مَن انتسب إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه، فعليه لعنة الله والملائكة والنَّاس أجمعين))**[٣].

---

(١) سورة الأحزاب، الآية ٤-٥.

(٢) سورة الأحزاب، الآية ٤٠.

(٣) سنن ابن ماجه، القزويني، بيروت، دار الفكر ، ج٢، ص٨٧٠.

وقد ذهبت المادّة (٣٥٤) من كتاب الأحكام الشَّرعية في الأحوال الشَّخصية التي نصت على: ((الدعي ليس ابناً حقيقياً، فمن تبنى ولداً معروف النّسب، فلا تلزمه نفقته ولا حضانته، ولا تحرم عليه مطلقته، ويتصاهران ولا يتوارثان).

لذلك نجد أنَّ القانون السُّوري لا يعترف في التبني بشكل مطلق، وكان من الأفضل لو صرح المشرّع بهذا الموقف ولم يكتفِ بالإحالة إلى الشريعة الإسلامية، وذلك زيادة بالوضوح التَّشريعي، كما فعل المشرّع الجزائري الذي نص على منع التبني صراحة بنص المادّة (١٤٩) من مدونة الأسرة في فقرتها الأولى على:

(يعد التبني باطلاً ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشَّرعية).

ب – شمولية القاعدة في منع التبني لجميع السُّوريين:

يعد قانون الأحوال الشَّخصية هو القانون العام لجميع السُّوريين، حيث تطبق أحكامه على جميع السُّوريين بجميع طوائفهم، ولا يختص بالمسلمين منهم؛ وذلك سنداً لأحكام المادّة (٣٠٦) من قانون الأحوال الشَّخصية التي تنص على: ((تطبق أحكام هذا القانون على جميع السُّوريين سوى ما تستثنيه المادتان التاليتان))، أما المادتان التاليتان لهذه المادّة[١] (٣٠٧) فهما تتعلقان

---

(١) **المادّة** (٣٠٧) لا يعد بالنّسبة للطائفة الدرزية ما يخالف الأحكام الآتية:

أ . يتثبت القاضي من أهلية العاقدين وصحة الزّواج قبل العقد.

ب . لا يجوز تعدد الزَّوجات.

جـ . لا تسري أحكام اللعان والرضاع على أفراد الطائفة.

د ـ إذا تزوج شخص بنتاً على أنها بكر، ثم ظهر أنها ثيب، فإن كان عالماً بذلك قبل دخوله بها، فليس له حق المطالبة بشيء من المهر أو الجهاز، وإن لم يعلم ذلك إلا بعد الدّخول بها، فله =

باستثناء الطائفة الدرزية من تطبيق قانون الأحوال الشَّخصية فيما يتعلق بـ: أهلية المتعاقدين، وصحة عقد الزّواج، وتعدد الزَّوجات، وأحكام اللعان والرضاع، وبقية الأحكام المتعلقة بالزّواج، والطَّلاق، والوصية لغير الوارث، والتركة، كما نصت المادّة (٣٠٨)[١] على تطبيق الأحكام المتعلقة بالطائفة اليهودية والطوائف المسيحية بالأمور المتعلقة بـ: الخطبة، والزّواج، وانحلاله، ونفقة الصغير، والحضانة....، ولم يرد في هاتين المادتين على استثناء هذه الطوائف من أحكام النّسب، فيكون بالتالي قانون الأحوال الشَّخصية هو القانون العام الذي يسري على السُّوريين كافة بجميع طوائفهم، وتثور في هذا المجال إشكاليتان:

الإشكالية الأولى: هي أنَّ القانون السُّوري قد منع التبني بالإحالة على المنع الوارد في الشريعة الإسلامية، حيث يطبق على جميع السُّوريين، لكن

= استرجاع نصف المهر، إذا أراد إبقاءها في عصمته، وله استرجاع كامل المهر والجهاز إن ثبت أن فض البكارة كان بسبب الزنا، وأراد تطليقها.

إذا ادعى الزَّوج كذباً أنه وجد زوجته ثيباً وطلبت التفريق منه كان لها أن تستبقي ما قبضته من مهر وجهاز.

هـ . إذا حكم على الزَّوجة بالزنا، فللزوج تطليقها واسترجاع ما دفعه من مهر وما بقي من جهاز.

إذا حكم الزَّوج بالزنا، فللزوجة طلب التفريق وأخذ كامل مهرها المؤجل.

و . لا يقع الطَّلاق إلا بحكم القاضي وبتقرير منه.

ز . لا تجوز عودة المطلقة إلى عصمة مطلقها.

ح . تنفذ الوصية للوارث ولغيره بالثلث وبأكثر منه.

ط . إن الفرع المتوفى قبل وفاة مورثه تقوم فروعه مقامه، ويأخذ نصيبه كما لو كان حياً.

(١) نصت المادّة (٣٠٨) من قانون الأحوال الشَّخصية على: (يُطبق بالنّسبة إلى الطوائف المسيحية واليهودية ما لدى كل طائفة من أحكام تشريعية دينية تتعلق في: الخطبة، وشروط الزّواج، وعقده، والمتابعة، والنفقة الزَّوجية، ونفقة الصغير، وبطلان الزّواج، وحله، وانفكاك رباطه، وفي البائنة (الدوطة) والحضانة)).

هناك نصوصاً متفرقة في بعض التَّشريعات الخاصة بالطوائف التي تنص على أحكام للتبني[١]، وإنَّ وجود هذه النُّصوص قد خلق نوعاً من الاضطراب في الدلالات التَّشريعية استدعت تدخُّل المشرّع بإصدار المرسوم (٢٧٦) في العام[٢] ٢٠١٠م، حيث ألغى جميع الأحكام المخالفة لقانون الأحوال الشَّخصية، ولا سيما أحكام التبني الواردة في الكاثوليك، وقانون طائفة الروم الأرثوذكس، وقانون طائفة السريان الأرثوذكس[٣].

---

(١) وردت أحكام للتبني في قانون الحق العائلي لطائفة الروم الأرثوذكس وقانون الأحوال الشَّخصية للطوائف الكاثوليكية والأحوال الشَّخصية للأرمن الأرثوذكس والأحوال الشَّخصية للسريان الأرثوذكس وقانون الأحوال الشَّخصية للمحاكم الإنجيلي)

(٢) نصت المادّة الثَّانية من المرسوم (٢٧٦) في العام٢٠١٠م على: (تلغى كل النُّصوص المخالفة في قانون طائفة الروم الكاثوليك رقم (٣١) في العام ٢٠٠٦م، وقانون طائفة الروم الأرثوذكس رقم (٢٣) في العام ٢٠٠٤م وقانون طائفة السريان الأرثوذكس رقم (١٠) في العام ٢٠٠٤م)

(٣) في مقاربة لذلك نص جانب من الفقه في مصر على: ((أن لا يقوم التبني إلا إذا أقره القانون، والقانون المصري –بأحكام الشريعة الإسلامية لا يعترف بالتبني)، ومن ثم تنظيم الشرائع الدينية للتبني و عدَّه مانعاً من موانع الزّواج لا يعتد به؛ لأن قواعد القانون المدني تطبق بالنّسبة للجميع، وهي لا تعترف بالتبني كنوع من أنواع القرابة[٣]، ويعد مانعاً من موانع التبني الزّواج عند طوائف الأقباط والأرمن والروم الأرثوذكس)) محمد حسين منصور، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، مرجع سابق، ص١٥٠/١٥١ نقلاً عن سمير تناغو أحكام الأسرة للمصريين غير المسلمين ١٩٦٨م، ص٢٢.

إنَّ تطبيق الشريعة الإسلامية في هذا المجال على غير المسلمين لا يطبق؛ لأنهم بهذه الصفة إنما لكونهم مصريين يخضعون للقانون المصري الذي يطبق على كل المواطنين، ويكون هذا الأمر في حالتين: الأولى: كمصدر مادي أو تاريخي اشتقت منه القاعدة القانونيّة الرسمي أو المباشر هو التَّشريع لا الشريعة الإسلامية، وقد تم هذا في مجالات كثيرة في مسائل الأحوال العينية كبعض أحكام الشفعة ومضار الجوار غير المألوفة، وكذلك في مسائل الأحوال الشَّخصية، حيث تم توحيد الكثير من المسائل وصيانتها في صورة تشريعات عامة تطبق على سائر المصريين ...،هذا فضلاً عن النص الدستوري القاضي بِعَدِّها المصدر الرئيس للتشريع، الثَّانية: تطبيق الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي على المصريين كافة بصرف النظر عن دياناتهم، فهي مصدر تكميلي يلجأ إليه القاضي إذا لم يجد حلاً للنزاع المعروض عليه في التَّشريع أو العرف...)) محمد حسين منصور، مرجع سابق،ص٤٧.

وقد أكدت محكمة النقض على عدم الاعتراف بالنّسب الناتج عن زواج باطل بقولها:

(لما كان الإقرار بالبنوة الذي يثبت به النّسب من المقر، إنما يكون لمجهول النّسب عملاً بالمادّة (١٣٤) أحوال، وكان المطعون عليه قد أقرَّ بأن الولد قد جاء من زواج يعترف بأنه غير صحيح في شرع المتقاضين الذي يحرم الزّواج بأكثر من واحدة، وكان المرء مؤاخذاً بإقراره، وكان الحكم بالنّسب متوقفاً على الزّواج، ويرجع في أمور زواج المسيحيين إلى ما لدى كل طائفة من أحكام دينية، وكان الزّواج الثَّاني باطلاً على ما يُستفاد من أحكام المادّة (٤١) من كتاب الحق العائلي كان الحكم بثبوت البنوة رغم بطلان الزّواج في غير محله القانوني ويستوجب النقض)[١].

الإشكالية الثَّانية: الاعتراض على تطبيق الشريعة الإسلامية بتحريمها للتبني على غير المسلمين، في الواقع إن تطبيق الشريعة الإسلامية في هذا المجال إنما يطبق على جميع السُّوريين بصفتهم سوريين خاضعين للقانون الوطني و ليس بصفة الانتماء لدين محدد، فالقاعدة القانونيّة تطبق على كل السُّوريين سواء أكان مصدر هذه القاعدة التَّشريع أم الشريعة الإسلامية أم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، فتطبيق الشريعة الإسلامية بشكل على جميع السُّوريين المسلمين وغير المسلمين منهم كونها مصدراً مادياً للتشريع اشتقت منها القاعدة القانونيّة، حيث نصت المادّة الثالثة من دستور الجمهورية العربيّة السُّورية في العام ٢٠١٢م على أن (الفقه الإسلامي مصدر رئيس

---

(١) عبد الرحمن الصابوني، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ص١٩٨نقلاً عن مجموعة القواعد القانونيّة التي أقرتها محكمة النقض السُّورية، ص ١٩٧.

للتشريع)، وقد تم ذلك في مجالات عديدة، مثل: أحكام تصرفات مريض الموت،، وأضرار الجوار غير المألوفة وغيرها، كما تعد الشريعة الإسلامية مصدراً احتياطياً يلجأ القاضي للحكم به عند عدم النص في التَّشريع، حيث أشار القانون المدني في المادّة ٢/١ إلى: ((٢. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى العرف، وإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة)).

٢: حجج المعارضين للتبني:

١- التبني كذب لا حقيقة له، فهو لا يجعل الطِّفل الغريب ولداً شرعياً ، فهو كذب وافتراء، فلا قرابة تربط بين الطرفين لا تشدهما مودة، فلا يعدو أن يكون لفظاً وليس بحقيقة تُنشئ حنان الأم، وعطف الأب، واحترام الأبوين[١].

٢- إن التبني يستخدم في كثير من الأوقات وسيلة للكيد والإضرار بالأقارب، فيعمد الرجل إلى تبني طفل حتى يرث ماله، ويحرم بذلك إخوته أو غيرهم أصحاب الحق في الميراث، فكان لابد من منعه وتحريمه حتى لا يتخذ ذريعة إلى: إفساد الأسرة، وإثارة الأحقاد والضغائن، وحرمان ذوي الحقوق من الوصول إلى حقوقهم؛ بسبب هذا النّسب الزائف القائم على الكذب والتزوير[٢].

---

(١) الصابوني، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ج٢، ص١٩٣، أيضاً، إيناس إبراهيم، مرجع سابق، ص١٩٦.

(٢) إيناس إبراهيم، رعاية الطفولة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص١٩٦، أيضاً، فتاوى قطاع الإفتاء بالكويت، ج٧، ص١٦٧.

٣- يكون التبني وسيلة لهدم الأسرة؛ لأنه يقوم على: الغش، والخديعة، وتزييف الحقائق؛ من أجل إشباع حاجة وملء غريزة دون أن يكون الدافع إليه الشفقة أو تكوين أسرة[١].

٤- التبني لا يكون في كثير من الأحيان بقصد رعاية الأولاد، بل كثيراً ما نرى أن البعض قد أقدم على التبني؛ وذلك بقصد ضمان الرّعاية عن المرض، وحتى بقصد الخدمة ،كما أن هناك حالات لا يكون فيها التبني بدافع الهوس دون أن يكون هناك أي تفكير في المسؤوليات أو التبعات التي تفتضيها الأبوة أو الأمومة[٢]، وإن توهم الجانب الإنساني في نظام التبني لا أساس له؛ لأن الإنسانية تتجلى في تقديم المعونة دون انتظار المقابل، أما التبني، فهو محاولة الإشباع غريزة وحاجة، ولا يكون ناتج عن عطف وحنان، وليس أدل على ذلك من أولئك الذين رُزقوا بأطفال شرعيين، بعد أن تبنوا طفلاً، فإذا بهم يهجرونه، فكان الأمر أشبه بالإعارة[٣].

٥-إنَّ التبني إذا كان لمعلوم النّسب، فهو نوع من البيع والشراء يتم بين المتبني وأهل المتبنى الفقراء غير القادرين على إعالة أطفالهم، فيتم اللجوء إلى التهرب من مسؤولياتهم عن طريق التبني، أما إذا كان التبني لمجهول النّسب، فهو وثيق لصلة بالزنا، بل هو تشجيع له، حيث يدرك الزاني أنَّ ما تثمر جريمته عنه بالزنا من أطفال سوف يتلقى الرّعاية من المجتمع عن طريق التبني، مما يخفف التفكير لديه بالعواقب التي تنشأ عن جريمته، أما لو تصور الزاني المستقبل المظلم لثمرة جريمته، فقد يعدل عن ارتكابها[٤].

---

(١) الصابوني، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ج٢، ص١٩٣.

(٢) أحمد أحمد، مرجع سابق، ص٣٩٠.

(٣) الصابوني، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ج٢، ص١٩٤.

(٤) الصابوني، المرجع سابق، ص ١٩٥.

بل إن الدول التي تقر هذا النظام نجد فيها أن نظام التبني يشجع على استمرار نظام المخادنة، حيث يتخذ المخادنون بالتبني ذريعة لإظهار المخادنة بمظهر الزّواج الشَّرعي، مع أن الوسيلة الأفضل هو تحويل المخادنة إلى زواج شرعي وشرعية الأولاد بناء على ذلك(١).

٦- إنَّ الشريعة الإسلامية بتحريمها الزنا بشكل قطعي، فهي لا تعترف بآثاره، بحيث لا تسمح برجل وامرأة بنسيبة طفلهما من الزنا لهما، ولا تسمح من باب أولى أن يُنسب هذا الطِّفل إلى غيرهما بالتبني(٢).

٧- إنَّ معظم الأطفال الذين تم تبنيهم ليسوا مجهولي نسب، وإنما هم منبوذون، أي أن أمهاتهم أحياء، وأنهن قد نبذن أطفالهن بلا شك، وقد حثها على ذلك التبني، إلى الدرجة التي أصبح فيها هناك سوق سوداء، وحتى أنَّ الحامل تُساوم على بيع ما في بطنها قبل أن تلده أو تنبذه.

٨- إنَّ التبني يُنشئ نزاعاً بين الأم النّسب الحقيقي وبين المتبني الذي ألحق الطِّفل به ولا يريد أن يرده، مما يخلق نزاعاً بين الأسرتين، كما أنَّ التبني يهدر حقوق الأم الأصلية التي لا يستطيع أحد أن يحل محلها في رعاية الطِّفل.

وعلى رغم من هذه الاعتراضات للتبني فأن بعض الأنظمة القانونية قد أخذت به ورأت فيه حلاً، لمشكلة جهالة النسب لديها ، كون الأخذ بالتبني لديهم لا يتعارض مع النظام العام ،وكانت من مقدمة هذه الدول فرنسا، وقد تبعتها في ذلك تونس والتي نصت على التبني بنصوص شبيهة للقانون المدني الفرنسي، لذل كان من المفيد الإطلاع على هذه الأنظمة القانونية في المطلب الثاني.

---

(١) أحمد أحمد، مرجع سابق، ص٣٩٠.

(٢) الصابوني، المرجع سابق، ص١٩٥.

المطلب الثَّاني: التبني في التشريع المقارن:

(التَّشريع الفرنسي والتَّشريع التونسي)

إذا كان التبني غير مسموح به في القانون السُّوري، فليس هذا الحال بالنّسبة للتشريعات الغربية والتَّشريع التونسي الذي تجيزه، فقد وجدت فرنسا في التبني حلاً للمشاكل التي واجهتا نتيجة الحربين العالميتين[١]، كما نصت تونس على التبني، فخرجت بذلك عن النهج المتبع في منع التبني لدى نظرائها في التَّشريعات العربيّة والإسلامية، وقد حددت هذه القوانين شروطاً وإجراءات للتبني في أحكامها، كما نصت على الآثار القانونيّة التي تترتب عليه، وقد عرفت فرنسا نوعين من التبني: التبني الكامل، والتبني البسيط، حيث ميزت بينهما سواء أكان في الشروط المطلوبة أم في الآثار على عكس المشرّع التونسي الذي لم يعرف هذا التمييز، حيث سنتناول أولاً دراسة هذه الشروط، ومن ثم نستطلع الحكم القضائي بالتبني وآثار هذا الحكم التي يرتبها عقد التبني.

أولاً: شروط التبني:

يعد التبني عقداً شكلياً يُشترط فيه من ناحية رضا الأطراف، ومن ناحية أخرى تصديق حاكم الناحية بموجب حكم: ((بمحضر والدَي المتبني، أو مَن يمثل السلطة الإدارية المتعهدة بالولاية العمومية على الطرف الكفيل))[٢]، حيث

---

(١)علال آمال، التبني والكفالة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير في الحقوق، الجزائر، تلمسان، جامعة أبو بكر بلقايد، مطبوعات الجامعية ١٩٩٢م، ط٣، ص٦١.

(٢) عائدة اليرماني غربال، مصلحة الطِّفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية (تونس مثلاً) رسالة لنيل شهادة الماجستير المتخصص في حقوق الطِّفل، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠٠٥م/٢٠٠٦م، ص٨٠، نقلاً عن عثمان بن فضل المجلة القانونيّة التونسية،١٩٩٧م، ص١٤٣.

إنَّ طرفَي عقد التبني هما: المتبنِّي والمتبنَّى، و الأبوان أو السلطة التي تحل محلهما، فقد اشترطت التَّشريعات المنظمة للتبني شروطاً في كل طرف؛ لكي يصبح عقد التبني مكتملاً ومهيأ للتصديق من قِبل الجهة التي تتولى تصديقه.

١: شروط المتبني:

أ:السلامة العقلية والجسدية والنفسية: يُشترط في طالب التبني أن يكون أهلاً رشيداً متمتعاً بحقوقه المدنية وسليم الجسم والعقل قادراً على القيام بشؤون المتبنَّى، وقد أشار إلى هذه الشروط الفصل التاسع من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني في تونس بقوله: ((ينبغي أن يكون المتبني: شخصاً رشيداً سواء أكان ذكراً أم أنثى، متزوجاً متمتعاً بالحقوق المدنية، ذا أخلاق حميدة، سليم العقل والجسم، قادراً على القيام بشؤون المتبنَّى))، فسلامة المتبني العقلية شرط لاستحقاقه التبني، فلو كان طالب التبني مجنوناً أو معتوهاً، فإن طلبه للتبني يُرفض، لأنه هو بحاجة إلى مَن يرعى شؤونه، فكيف يستطيع أن يرعى شؤون المتبنى؟ ولابد من الإشارة إلى أن التأكد من توافر السلامة العقلية لابد أن يكون من قِبل خبرة طبية متخصصة[١]، يُضاف إلى شرط السلامة العقلية، السلامة والقدرة الجسدية والنفسية للمتبني، مما يؤمن سلامة الطِّفل المتبنى وصحته، وأخيراً، لابد فيمن يطلب التبني أن يكون ذا سمعة حسنة مؤتمناً على المتبنى، فلو كان قد حكم عليه بجرم ماس بالأخلاق أو بجرم شائن، فإن طلب تبنيه جدير بالرفض.

---

(١) بيدويري كريمة، مذكرة تخرج حول الكفالة والتبني، نقلاً عن حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ٢٠٠٥م، ص٢٥٣.

ب-عدم وجود الأولاد الشَّرعيين: يُشترط لكي يُقبل التبني في القانون الفرنسي عدم وجود الأولاد الشَّرعيين قبل التبني، أما الأولاد الشَّرعيين الذين يرزق بهم طالب التبني بعد التبني، فلا يكون مانعاً من التبني، وكذلك الأمر بالنّسبة للأولاد بالتبني، فلم يجعل المشرّع الفرنسي وجودهم لدى طالب التبني مانعاً من التبني، وهذا ما أشار اليه القانون المدني الفرنسي، مع الإشارة إلى الإعفاءات التي تصدر من رئيس الجمهورية [١].

ج-الزّواج: يعد التبني من قُبيل الرّعاية الأسرية البديلة التي تطلبها مصلحة المتبنى، لذلك اشترطت القوانين في طالبي التبني أن يكونوا متزوجين، وهذا الشرط مستفاد من الفصل التاسع من القانون (٢٧) في العام ١٩٥٨م التونسي المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني الذي نصَّ على: ((ينبغي أن يكون المتبني شخصاً رشيداً متزوجاً...)).

بينما نجد أنَّ المشرّع الفرنسي لم يجعل شرط الزّواج إلزامياً، فقد أجاز للشخص المنفرد أن يتبنى إذا بلغ من العمر الثامنة والعشرين، إلا أنه في حال كان طالب التبني متزوجاً، فقد اشترط عليه أن يكون قد مضت على زواجه سنتان أو أكثر، أو أن يبلغا أكثر من (٢٨) سنة، أما إذا كان الشريكان لا

---

(١) نصت المادّة ١/٣٤٥ ((فيما عدا الإعفاء من رئيس الجمهورية، فإن التبني ليس مسموحاً به إلا مع عدم وجود الأولاد الشَّرعيين، ووجود أولاد التبني ليس عقبة في سبيل التبني، وليس أكثر من وجود ولد أو عدة أولاد شرعيين وُلدوا بعد ذلك، واستُقبلوا في مسكن الزَّوجية))

تجمع بينهما علاقة زواج، فإن التبني من قِبلهما يعد مستحيلاً[١]؛ لأنَّ هذا التبني يضرُّ بمصالح الطِّفل المتبنَّى[٢].

وبكل الأحوال لابد من موافقة شريك حياة المتزوج على التبني في الأحوال التي يكون فيها التَّعبير عن الموافقة ممكناً، وفق ما نص عليه الفصل الحادي عشر الذي أشار إلى: ((يجب في جميع الصور مصادقة زوج المتبني مع مراعاة الفقرتين (٢) و (٣) من الفصل التاسع)).

كما اشترط القانون الفرنسي هذه الموافقة في حال كان طالب التبني متزوجاً وليس منفصلاً جسدياً، ما لم يكن هذا الشريك عاجزاً عن التَّعبير عن إرادته.

وقد لطّف التَّشريع التونسي من هذا الشرط بالنّسبة للزوج المطلق أو الأرمل، حيث سمح للقاضي إعفاء طالب التبني منه إذا تبين له أن مصلحة الطِّفل المتبنَّى متحققة في إسناد التبني، وهنا تثور مسألة السَّبب في منع العزاب أو غير المتزوجين من التبني أسوة بالمطلقين والأرامل، ويمكن الإجابة على هذه المسألة بأن الواقع يشهد بأن حسن تربية الطِّفل المتبنَّى ورعايته لا تتحقق إلا بوجوده عند أسرة مكونة من أب وأم ، كما أن الحاجة إلى الانتماء لدى الطِّفل وازدياد ثقته بنفسه تزداد عند وجوده لدى عائلة مكونة من أب وأم، وهذا ما دعا إلى اشتراط شرط الزّواج[٣]، فضلاً عن التكوين النفسي للأب الذي

---

(١) المادّة (٣٤٦) من القانون المدني الفرنسي.

(٢) التَّشريعات الفرنسية المتعلقة بالتبني، يوم تدريب للمراسلين الجدد، **http://www.agence-adoption.fr/wp**.

(٣) بيدويري كريمة، مرجع سابق، ص٤٣.

يتطلب الوجود الفعلي أو الرمزي لصورة الأب كمرجع ذكوري، وصورة الأم كمرجع أنثوي، مما يرجح أفضلية ترجيح الأسرة المكونة من أم وأب على التبني من قِبل العزاب[١].

د- سن طالب التبني: قد حدد هذا السن المشرّع التونسي بسن الرشد، وذلك بالفصل العاشر من القانون (٢٧) في العام ١٩٥٨م في تونس، حيث قال: (ينبغي أن يكون المتبني شخصاً رشيداً))، وكانت مجلة الالتزامات والعقود التونسية قد حددت في الفصل السابع منها سن الرشد (٢٠) سنة كاملة بقولها: ((كل إنسان سواء أكان ذكراً أم أنثى تجاوز (٢٠) سنة كاملة يعد رشيداً بمقتضى هذا القانون))، وبذلك راعى المشرّع التونسي الأهلية القانونيّة للتعاقد في طالب التبني دون بقية الاعتبارات التي تتعلق بالنضج والنفسي والعاطفي في الذي يتطلب توافره فيمن يمارس دور الأب أو الأم بالتبني، وهذا ما حدا المشرّع الفرنسي إلى رفع عمر طالب التبني، حيث اشترط ألا يقل عمر طالب التبني عن الثامنة والعشرين[٢]، وقد كان موفقاً في ذلك، حيث تزيد فرص الطِّفل المتبنَّى في العيش مع أسرة قادرة على تحمل مسؤولياته[٣].

أما الحد الأقصى لسن طالب التبني، فهو غير محدد في التَّشريع التونسي، بل ترك ذلك للاجتهاد القضائي وفق المصلحة الفضلى للطفل

---

(١) رائدة غربال، مرجع سابق، ص٨٢.

(٢) نصت المادّة (٣٤٣) من القانون المدني الفرنسي على: (يمكن أن يطلب التبني أسرياً بعد خمس سنين من الزّواج بوساطة الزَّوجين غير المنفصلين جسدياً، بشرط ألا يقل عمر أحدهما عن الثلاثين عاماً)، (ويمكن أن يطلب التبني كذلك أي شخص يزيد عمره عن ال (٣٥) عاماً، وإذا كان المتبني متزوجاً وليس منفصلاً جسدياً، فمن الضروري موافقة شريك حياته ما لم يكن عاجزاً عن التَّعبير عن إرادته)، نقلاً عن أحمد أحمد، موضوع النّسب في الشريعة والقانون، دار القلم، قطر، ط١، ١٩٨٣م، ص٣٧٣.

(٣) عائدة البرماني غربال، مرجع سابق، ص٨١.

المتبنى[١]، وما يمكن قوله في هذا المجال: إن عدم تحديد سن أقصى في طالب التبني، يفتح المجال إلى تبني أطفال من قِبل المتقدمين في السن الذين قد تصيبهم الأمراض أو العجز المالي، فيجعل المتبنَّى في وضع سيئ خاصة إذا رفض ورثة المتبنين التكفل بهؤلاء الأطفال بعد وفاة متبنيهم[٢]، كما أنَّ الجانب النفسي للأطفال الذين تمَّ تبنيهم سوف يتأثر إذا كان أبواه في سن متقدمة تقارب أو تبلغ سن أجداده[٣].

ونظراً لأهمية الفرق في العمر بين المتبنِّي والمتبنَّى، فقد اشترط القانون التونسي والفرنسي أن يكون الفرق بين عمر طالب التبني والمتبنى خمس عشرة سنة على الأقل، مع مراعاة الحالة التي يكون فيها المتبنَّى ابن الزَّوج الآخر، فنص الفصل العاشر من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني على:

((ينبغي أن يكون الفرق بين عمر المتبنِّي وعمر المتبنى خمس عشرة سنة على الأقل، إلا في الصورة التي يكون فيها المتبنى ابن زوج المتبني))، وهذا مطابق لما ذهب إليه القانون المدني الفرنسي لديه الذي أوجب في الحالة التي يكون فيها المراد تبنيه هم أولاد الزَّوج، فهذا الفارق لا يكون سوى عشر سنوات، وفق ما نصت عليه المادّة (٣٤٢) من القانون المدني الفرنسي[٤].

ح-جنسية طالب التبني: أشار الفصل العاشر من قانون ١٩٥٨م إلى أنه: ((للتونسي أن يتبنى أجنبياً))، فسمح بذلك للتونسي لتبني أطفال أجانب، وبالرغم

---

(١) عائدة البرماني غربال، مرجع سابق، ص٩١.

(٢) بيدويري كريمة، مرجع سابق، ص ٤٣.

(٣) عائدة غربال، مرجع سابق، ص٨٢.

(٤) فراس كريم شيعان وأسيل سليم عبد الكريم، تنازع القوانين في التبني، دراسة مقارنة، العراق، مجلة المحقق الحلي العلوم القانونيّة والسياسية، العدد الرابع، السنة التاسعة، ٢٠١٧م، ص١٦٨، أيضاً، يوم تأهيل للمراسلين الجدد إداري، ٢٢ مايو، ٢٠١٣م، مرجع سابق.

أن تونس لم تصادق على اتفاقية لاهاي عام ١٩٩٣ المتعلقة بالتبني إلا أنَّ القضاء يشهد وجود هذه الحالات وفق ما يؤكده القرار التعقيبي: (التبني يمكن إتمامه سواء أكان المتبنى تونسياً أم أجنبياً حسب الفصل (١٠) من قانون التبني، ونتيجة لذلك، فإن خطأ المستندات في بيان الجنسية للأبناء المتبنين لا تأثير له في الحكم بالتبني ما دام أنه لا تأثير في أصل المتبني، ولا أنه يعد من باب اتصال القضاء في مسألة الجنسية)[١]، وقد سكت المشرّع التونسي عن إمكانية تبني التونسي من قِبل الأجنبي، وقد تعرض القضاء في تونس لهذه المسألة، فقد ذهب إلى تمكين الأجنبي المسلم أو معتنق الإسلام من تبني طفل تونسي، حيث صدر في هذا المجال عدة قرارات، منها: ((بعد الإدلاء بشهادة اعتناق الإسلام من طرف المتبني يكون حكم التبني فرنسياً لتونسيين صحيحاً إذا لم يكن هناك مانع قانوني)، وإذا كان الفقه القضائي قد سمح بتبني طفل تونسي من قِبل أجنبي مسلم، فإنه جازف بذلك بهوية الطِّفل الثقافية للطفل وإجباره على العيش ضمن أسرة مختلفة ثقافياً عنه[٢].

٢: شروط المتبنَّى:

بداية، إنَّ أي طفل مجهول النّسب أو معلوم النّسب أو الطِّفل المهمل الذي تركه أولياؤه تحت الولاية العمومية أو الخاضعين لولاية آباءهم يمكن أن يكون محلاً للتبني، وقد أشار القانون الفرنسي في المادّة[٣] (٣٤٧) من القانون المدني الفرنسي إلى أنه يمكن تبني الأشخاص الآتي ذكرهم:

---

(١) قرار تعقيبي مدني عدد (٧٨٢٣)، تاريخ (١٥) ديسمبر ١٩٧١م، ق. ت ١/١٩٧١م، عائدة غربال، مرجع سابق، ص٨٦

(٢) عائدة غربال، المرجع السَّابق، ص٨٣.

(٣) المادّة (٣٤٧) من القانون المدني الفرنسي.

١. الأولاد الذين تم الاتفاق عليهم من الأب والأم أو مجلس الأسرة.
٢. أطفال الدَّولة.
٣. الأطفال المعلن قضائياً التخلي عنهم حسب الشروط المقررة في المادّة (٣٥٠)، بينما نص القانون الفرنسي وقانون الولاية العمومية والكفالة والتبني في تونس على شروط بالمتبنى، منها:

أ- أن يكون الطِّفل المتبنى قاصراً سواء أكان ذكراً أم أنثى، إلا أن القانون التونسي قد استثنى من شرط القُصَّر في التَّبنِّي الذين بلغوا سن الرشد في فترة انتقالية، شرط أن يكونوا قد كُفلوا من قِبل طالب التبني قبل بلغوهم سن الرشد، وشرط أن يوافقوا على تبنيهم، وهذا وفق نص الفصل الثَّاني عشر الذي ينص على: ((غير أنه يرخص بصفة انتقالية ومدة لا تتجاوز بداية في ديسمبر ١٩٥٩م التبني للأبناء الراشدين إذا ثبت أنهم كانوا مكفولي طالب التبني من قِبل رشدهم إلى الآن، وصرحوا بموافقتهم على تبنيهم))[١]، وإذا كان المشرّع الفرنسي قد اشترط من حيث المبدأ أن يكون عمر الطِّفل المتبنَّى ما دون الخامسة عشرة من العمر، إلا أنه قد راعى بعض الاستثناءات في الذين يتم تبنيهم الذين يزيد عمرهم عن الخامسة عشرة ولا يزيد على العشرين عاماً في حالتين: **الأولى:** إذا رُحِّب بهم قبل بلوغهم هذا العمر من قِبل النَّاس، ولم تتوافر فيهم الشروط المطلوبة للتبني في وقتها **والثَّانية:** إذا كان موضوع تبني بسيط قبل هذا العمر[٢].

---

(١) خليفة جاب الله، مرجع سابق، ص٣٨.

(٢) نصت المادّة (٣٥٤) من القانون المدني الفرنسي على: (لا يُسمح بالتبني إلى في مصلحة الأولاد الذين عمرهم أقل من خمسة عشر عاماً. ويستقبلهم آباء التبني في ستة أشهر على الأقل،=

كما يشترط أن يكون الطِّفل المتبنَّى مودعاً لدى المعهد الوطني لرعاية الطفولة[١]، وقد ذهب المشرّع الفرنسي إلى نفس الشرط بخصوص الأطفال الذين لا يتجاوز سنهم السنتين، والذين لا يكون لهم ارتباط بآباء، فقد اشترط القانون أن يجري تسليمهم مراكز ASE أو OAA، وهي مراكز تُعنى بالأطفال المهملين الذين لا كافل لهم[٢]، كما اشترط المشرّع الفرنسي أن يتم إيواء الطِّفل في منزل المتبنِّي مدة ستة أشهر على الأقل كشرط للموافقة على التبني.[٣]

=ومع ذلك إذا كان عمر المتبنى أكثر من خمسة عشر عاماً وكان قد استقبل قبل بلوغه هذه السن بشخص لم ينفذ الشروط المشروعة للتبني، أو إذا تبنياه تبنياً عادياً قبل أن يبلغ السن، فإن التبني الكامل يمكن أن يطلب، ويقوم إذا نفذت الشروط قبل بلوغه، وإذا كان عمره أكثر من خمسة عشر عاماً، فتجب موافقته شخصياً على التبني الكامل)، نقلاً عن أحمد أحمد، مرجع سابق، ٣ أيضاً المادّة (٣٤٥) من القانون المدني الفرنسي، التَّشريعات الفرنسية المتعلقة بالتبني، يوم تأهيل للمراسلين الجدد (٧٤)، مرجع سابق.

(١) فقد جاء في أحد القرارات الصادرة عن المحكمة الابتدائية بخصوص الطلب المقدم من قبل أبوي الطِّفل للتخلي عنه حيث جاء في القرار: ((وإثر الجلسة وبعد الاطلاع على أوراق الملف، وعلى رأي مندوب حماية الطفولة في تونس وعلى رأي ممثل النيابة العمومية قررنا نحن ...قاضي الأسرة بالمحكمة الابتدائية بتونس وعملاً [أحكام الفصل (٥٩) من القانون عدد (٢٧) لسنة ١٩٥٨م المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني إيداع الطِّفلة نهائياً بالمعهد الوطني لرعاية الطفولة، وبمقتضى هذا القرار يصبح الطِّفل تحت الولاية العمومية، وبالتالي، يصبح قابلاً للتبني))، قرار قاضي الأسرة بالمحكمة الابتدائية بتونس، القضية (١٢٦٨) جلسة (٢٥) ماي ٢٠٠٥م، عائدة اليرماني، مرجع سابق، ص٨٥/٨٦.

(٢) المادّة ٣٤٨/٥ من القانون المدني الفرنسي.

(٣) المادّة (٣٤٥) من القانون المدني الفرنسي.

٣.: الموافقة على عقد التبني:

إنَّ تحقق الشروط في طالب التبني ليست كافية لإبرام عقد التبني، فلا بد من موافقة العاقد الآخر، وقد اشترطت بعض التَّشريعات موافقة المتبنَّى نفسه في بعض الأحيان، وهذا ما سنتناوله:

أ: موافقة المتبنَّى: يجري التبني في العموم الغالب على القاصرين، وهؤلاء لا يملكون الأهلية اللازمة للتعاقد، ولذلك نجد أنَّ التَّشريعات، ومنها: التَّشريع التونسي في قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني في الفصل الثالث عشر منه قد حصر هذه الموافقة بوالدي المتبنَّى أو الولي العمومي، حيث نص على: (يتم عقد التبني بحكم يصدره حاكم الناحية بمكتبه بمحضر المتبني وزوجته، أو عند الاقتضاء بمحضر والدي المتبنى، أو مَن يمثل السلطة الإدارية المتعهدة بالولاية العمومية على الطِّفل الكفيل)، حيث تعد هذه الموافقة شرطاً لإصدار حكم القاضي بالتبني، كما أن المشرّع التونسي نفسه قد اشترط موافقه المتبنى، وذلك في الاستثناء الممنوح للراشدين الذين بلغوا سن الرشد، عند طلب تبنيهم من قِبل كفلائهم قبل بلوغهم سن الرشد.

كما أنَّ المشرّع الفرنسي قد اشترط هذه الموافقة في المتبنى البالغ من العمر ثلاثة عشر عاماً، أما إذا قل عن هذا العمر، فتُجرى مقابلة مع الطِّفل لأخذ رأيه[١].

٢ – موافقة مَن يمثل المتبنى: (الأبوان – السلطة المشرفة على المتبنى):

---

(١) المادّة (٣٥٤) من القانون الفرنسي السَّابق ذكرها، كذلك ورد في تنازع القوانين في التبني، مرجع سابق، ص٢٦٨، كذلك التَّشريعات الفرنسية المتعلقة بالتبني، مرجع سابق.

اشترط القانون التونسي في الفصل الثالث عشر السَّابق ذكره موافقة والدي المتبنى أو السلطة المتمثلة بالولاية العمومية ، كما اشترط القانون الفرنسي[١] موافقة الأب والأم عندما يكون النّسب ثابتاً تجاههما، وفي حال وفاة أحدهما أو عجزه عن التَّعبير أو فقد السلطة الأبوية، يُكتفى بموافقة الآخر[٢]، وعند تعذر موافقتهم على التبني بسبب الموت أو العجز عن التَّعبير أو فقد السلطة الأبوية تنتقل هذه السلطة إلى مجلس العائلة الذي يستطلع من يقوم برعاية المتبنى[٣]، كذلك تولى هذا المجلس الموافقة على التبني بالنّسبة لأطفال الدَّولة الذين لم يوافق آباؤهم على التبني[٤]، ويمكن لآباء الأشخاص الذين تم تبنيهم ومجلس الأسرة أن يوافقوا على التبني مع إعطاء الاختيار في التبني لمصلحة الخدمة الاجتماعيَّة للطفولة أو مكتب التبني الذي يستقبل أبناء التبني بشكل مؤقت[٥]، حيث تكون هذه الموافقة أمام محكمة الدائرة التي يكون فيها

---

(١) إذا كان نسب الولد ثابتاً، فلأي من الأبوين، فهو صاحب الموافقة على التبني) نقلاً عن أحمد أحمد، ص٣٧٦.

(٢) نصت المادّة (٣٤٨) من القانون المدني الفرنسي على: (عندما يكون نسب ثابتاً قبل الأب والأم، فلا بد من موافقتهما على أن يتخذ للتبني، وإذا مات أحدهما أو كان عاجزاً عن التَّعبير عن إرادتهما أو فقد السلطة الأبوية فإن موافقة الآخر تكفي) نقلاً عن أحمد أحمد، مرجع سابق، ص٣٧٦.

(٣) نصت المادّة ٢/٣٤٨ من القانون المدني الفرنسي على: (وإذا مات الأبوان أو كانا عاجزين عن التَّعبير عن إرادتهما أو فقدا السلطة الأبوية، فإن الموافقة تكون لمجلس العائلة بعد أخذ موافقة الشَّخص الذي يتولى في الواقع رعايته)، أحمد أحمد، مرجع سابق، ص٣٧٧.

(٤) نصت المادّة (٣٤٩) من القانون المدني الفرنسي على: (بالنّسبة لأطفال الدَّولة الذين لم يوافق آباؤهم على التبني، فإن الموافقة ترجع إلى مجلس عائلة هؤلاء الأطفال).

(٥) نصت المادّة ٤/٣٤٨ من القانون المدني الفرنسي على: (للأبوين أو مجلس الأسرة الموافقة على التبني مع جعل الاختيار في التبني لمصلحة الخدمة الاجتماعيَّة للطفولة أو مكتب التبني الذي يستقبل أبناء التبني بشكل مؤقت).

الشَّخص الموافق على التبني، أو أمام موثق فرنسي أو أجنبي، أو أمام موظف دبلوماسي أو قنصلي فرنسي، كما يمكن أن تكون هذه الموافقة أمام مصلحة الخدمة الاجتماعيَّة التي تتولى رعاية الطِّفل، ويمكن العدول عن هذه الموافقة خلال ثلاثة أشهر، ولابد من إبلاغ هذا الرجوع بخطاب مسجل مع علم الوصول إلى الشَّخص أو المصلحة التي تسلمت الموافقة على التبني، ويعد إرجاع الطِّفل لوالديه بناء على الطلب حتى وإن كان شفهياً بمثابة الرجوع عن التبني، فإذا انقضت مدة الثلاثة أشهر لم يعد هناك مجال للرجوع، على أنه للوالدين أن يطلبوا الاسترجاع شرط ألا يكون قد أخذ هذا الطِّفل وضعه في التبني، وفي حال رفض المتبنون جاز للأبوين رفع دعوى لاسترجاع المتبنى بصرف النظر عن مصلحة الطِّفل إذا كان هناك ما يستدعي الاسترجاع، وتعد الموافقة في هذه الحال ملغاة[١].

(١) نصت المادّة ٣/٣٤٨ من القانون المدني الفرنسي على: (الموافقة على التبني تكون بعقد صحيح أمام محكمة الدائرة التي فيها مسكن الشَّخص أو إقامته الموافق أو أمام موثق فرنسي أو أجنبي، أو أمام موظف دبلوماسي أو قنصلي فر نسي، ويمكن أن تكون أيضاً من مصلحة الخدمة الاجتماعيَّة للأطفال إذا كانت تتولى الطِّفل، ويجوز الرجوع عن هذه الموافقة في مدة ثلاثة شهور، ولا بد من أن يكون هذا الرجوع بخطاب مسجل مع علم الوصول للشخص أو المصلحة التي تسلمت الموافقة على التبني، وإرجاع الطِّفل إلى والديه بناء على طلب –ولو كان شفوياً– معناه أيضاً الرجوع عن التبني، وإذا انقضت الشهور الثلاثة لم يكن هناك رجوع، وللأبوين أن يطلبوا استرجاع الولد أيضاً بشرط ألا يكون قد أخذ وضعه في التبني، وإذا رفض المتبني إعادته، فللأبوين أن يرفعوا دعوى باسترجاعه بصرف النظر عن مصلحة الطِّفل إذا كان هناك ما يقتضي استرجاعه، والاسترجاع يجعل الموافقة على التبني ملغاة)، أحمد أحمد، مرجع سابق، ص٣٧٧.

ثانياً: الحكم بالتبني:

١: المرحلة التحضرية لعقد التبني:

تتمثل هذه المرحلة في الأعمال التحضيرية التي تسبق العقد، وفي الواقع، إنَّ المشرّع التونسي لم يقم بتنظيم هذه المرحلة، حيث ترك هذه المرحلة للتنظيم العفوي من قِبل أطراف عقد التبني، بينما عمد القانون الفرنسي إلى تنظيمها تنظيماً دقيقاً، حيث اشترط في البداية في الطِّفل المتبنى أن يكون مسلماً لدار الرّعاية، باستثناء الحالة التي يكون فيها الطِّفل هو ابن زوج المتبني، لتأتي بعدها مرحلة المعلومات التي يتلقى فيها طالبو التبني معلومات عن التبني مدة شهرين؛ لتتكون المعرفة اللازمة بالتبني، ومن ثم تجري بعدها مرحلة التحقق من طالبي التبني، حيث يجري تقييم طالب التبني نفسياً واجتماعياً لمدة تسعة أشهر، وأخيراً، يجري اعتماد طلب التبني من قِبل لجنة لمدة خمسة سنوات(١).

٢: المرحلة القضائية (المصادقة على عقد التبني):

بعد أن تتم المرحلة الإعدادية لعقد التبني، يأتي دور الجهة المخولة للمصادقة عليه، وقد عهد المشرّع التونسي هذه السلطة لحاكم الناحية الذي يتولى إصدار حكم التبني بحضور المتبني وزوجه، وعند الاقتضاء بحضور والدي المتبنَّى أو مَن يمثل السلطة التي تتولى الولاية العمومية على الطِّفل، وبعد التحقق من توافر الشروط اللازمة لعقد التبني وموافقة الحاضرين يصدر حاكم الناحية حكمه بالتبني الذي يكون بالصفة النهائية، وفق ما نص عليه الفصل الثالث عشر من قانون الولاية العمومية والتبني بقوله: (يتم عقد التبني

---

(١) التَّشريعات الفرنسية المتعلقة بالتبني، يوم تدريب للمراسلين الجدد مرجع سابق.

بحكم يصدره حاكم الناحية بمكتبه بمحضر المتبني وزوجه، أو عند الاقتضاء بمحضر والدي المتبنى، أو مَن يمثل السلطة الإدارية المتعهدة بالولاية العمومية على الطِّفل الكفيل، ويصدر حاكم الناحية حكمه بالتبني بعد التحقق من توافر الشروط القانونيّة ومن مصادقة الحاضرين، وحكمه هذا يكون نهائياً)، حيث نلاحظ هنا أن المراحل الإعدادية للتبني تجري مسبقاً من قِبل الأطراف ليأتي دور حاكم الناحية بالمصادقة على هذا العقد بعد التحقق من توافر شروطه.

بينما أسند القانون الفرنسي سلطة إصدار هذا الحكم لمحكمة الدرجة الأولى[١] التي تتحقق من توافر شروط التبني وتوافر وجود مصلحة الطِّفل المتبنى من هذا العقد، و بعد أن يكون طالب التبني قد استقبل الطِّفل مدة ستة أشهر، حيث تصدر هذه المحكمة قرارها في غرفة المذاكرة بعد أخذ رأي المدعي العام[٢]، وقد أجاز القانون الفرنسي للزوج الآخر أو ورثة طالب التبني أن يتقدموا بطلب التبني باسم المتوفى في حال وفاته بعد أن قام بتنظيم طلب استقبال الطِّفل، ولا يشترط تعليل حكم المحكمة بإصدار حكم التبني[٣]، ولابد من الذكر أن المحكمة في سعيها إلى البحث عن مصلحة الطِّفل المتبني قد تصدر حكمها بالتبني بالرغم من عدم توافر الموافقة على التبني سواء كان

---

(١) منذ تاريخ (١) يناير ٢٠١٠م أصبحت هناك محاكم فرنسية مختصة بالتبني، التَّشريعات الفرنسية المتعلقة بالتبني، يوم تدريب للمراسلين الجدد المرجع السَّابق).

(٢) التَّشريعات الفرنسية المتعلقة بالقوانين، يوم تدريب للمراسلين الجدد المرجع سابق.

(٣) نصت المادّة ١/٣٥٣ من القانون المدني الفرنسي على: (تعلن محكمة الدرجة الأولى التبني بطلب من المتبني، وهي التي تتحقق ما إذا كانت الشروط المقررة قانوناً قد نفذت، وما إذا كان التبني في مصلحة الطِّفل، وإذا مات المتبني بعد أن قام بتنظيم طلب استقبال الطِّفل، فيمكن أن يتقدم من بقي من الزَّوجين أو أحد الورثة بطلب التبني باسم المتبني المتوفى – ولا يعلل الحكم بالتبني).

الرفض من قبل الأبوين أو من قبل مجلس العائلة، فإن المحكمة تحكم بالتبني إذا رأت أن رفض التبني يضر بمصلحة الولد أو بأخلاقه[١].

ج: تسجيل حكم التبني:

وبعد صدور حكم التبني من المحكمة يأتي دور تسجيل هذا الحكم في سجلات الأحوال المدنية، حيث أشار الفصل الثالث عشر من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني في تونس إلى: (...ويحال مضمون الحكم بالتبني في ظرف ثلاثين يوماً على ضابط الحالة المدنية ذي النظر)، بينما أشار القانون الفرنسي إلى تسجيل الحكم في التبني في سجلات الأحوال المدنية لمكان ميلاد المتبنى بطلب من رئيس الجمهورية، حيث يتضمن هذا التسجيل: المكان، واليوم، وساعة ميلاد الطِّفل، وذكر نوعه، فضلاً عن اللقب المنصوص عليه بحكم التبني، كما يتضمن التسجيل: لقب المتبني، واسمه، وتاريخ ميلاده ومكانه، ومهنته، ومسكنه، ويجب ألا يتضمن التسجيل أي معلومات تتعلق بالنّسب الحقيقي للطفل، حيث يقوم هذا التسجيل مقام شهادة ولادة المتبنى وشهادة ميلاده الأصلية اللتين تعدان ملغاتين وتحت تصرف ممثل الجمهورية[٢]، وإذا كان التبني لطفل مولود خارج فرنسا، فإن الحكم بالتبني يحل

---

(١) نصت المادّة ٦/٣٤٨ من القانون المدي الفرنسي على: (للمحكمة أن تحكم بالتبني إذا رأت أن الامتناع عن الموافقة من الأبوين الشَّرعيين أو الطبيعيين أو من أحدهما-وقد كانا مهملين له- سيعرض الولد إلى سوء صحته وأخلاقه، كذلك الأمر بالنّسبة إلى الرفض الضار من مجلس العائلة).

(٢) نصت المادّة ٢/٣٥٤ من القانون المدني الفرنسي على: (يسجل الحكم بالتبني الكامل في سجلات الحالة المدنية لمكان ميلاد المتبني بطلب من ممثل الجمهورية، وهذا التسجيل يوضح: اليوم، والساعة، ومكان الميلاد، ونوع الطِّفل، وكذلك اللقب كما في نص الحكم بالتبني، ولقب المتبني، واسمه، وتاريخ ميلاده ومكانه، ومهنته، ومسكنه، ولا يتضمن التسجيل أي شيء يتعلق

محل شهادة الميلاد، أما إذا كان التبني بسيطاً، فإن شهادة الولادة لا تُلغى، وإنما تجري الإشارة فيها إلى الحكم بالتبني البسيط[١].

٢: آثار حكم التبني:

بعد صدور الحكم المصدق للتبني يأخذ الطِّفل المتبنَّى وضعه القانوني الجديد، حيث يتمتع بحقوق الابن الشَّرعي وتترتب عليه التزاماته، إلا أن التبني كعقد مدني مثله مثل باقي العقود قد يطرأ عليه ما يستوجب انقضاءه، فينتهي وجود هذا العقد، لذلك سوف ندرس في الآتي:

أ: الحقوق التي يرتبها عقد التبني. ب: انقضاء التبني.

أ: المساواة في الحقوق مع الطِّفل الصلبي:

نص الفصل الخامس عشر من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني على: ((للمتبنى نفس الحقوق للابن الشَّرعي، وعليه ما عليه من الواجبات، وللمتبنِّي إزاء المتبنَّى نفس الحقوق التي يقرها القانون للأبوين الشَّرعيين، وعليه ما يفرضه من الواجبات عليهما))، وهو مطابق لما ذهب إليه المشرّع الفرنسي في إعطاء الولد بالتبني الكامل ذات المركز القانوني للولد الشَّرعي بماله من حقوق تجاه الأبوين وما عليه من التزامات[٢]، مطبقاً مبدأ المساواة بين الولد الشَّرعي وغير الشَّرعي[٣]، بينما لم يطبق المشرّع الفرنسي هذه المساواة بالنّسبة

=بالنّسب الحقيقي للطفل والتسجيل يقوم مقام شهادة الولادة للمتبنى، وشهادة الميلاد الأصلية –وإذا أقتضى الأمر شهادة الميلاد طبقاً للمادة (٨٥) – يعدان ملغاتين وتحت تصرف ممثل الجمهورية)

(١) التَّشريعات الفرنسية المتعلقة بالتبني، يوم تدريب للمراسلين الإداريين الجدد، مرجع سابق.

(٢) نصت المادّة (٣٥٨) من القانون المدني الفرنسي على: (للمتبنى في أسرة المتبني الحقوق والواجبات نفسها كالولد الشَّرعي سواء بسواء)

(٣) علال أمال، مرجع سابق، ص٤٩.

للتبني البسيط، حيث إنه يقتصر فقط على نقل حقوق السلطة الأبوية باستثناء الحالة التي يكون فيها التبني من قبل الزَّوج[١].

١: حق المتبنى في نسب متبنيه:

كان الفصل الرابع عشر من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني التونسي قد نصَّ على: ((يحمل المتبنَّى لقب متبنيه، وينص على ذلك بحكم التبني بطلب من المتبنى))، فالاستناد إلى هذا النص يمكن للمتبنى أن يحمل لقب العائلة المتبنية بأن يضيفه إلى اسمه، كما له أن يبدل اسمه، إلا أن القانون اشترط لذلك أن يكون بطلب من المتبني وموافقة والدي المتبنى، وأن ينص على ذلك في الحكم القاضي بالتبني[٢].

أما في القانون الفرنسي، فقد ميَّز بين التبني الكامل والتبني البسيط، فأقرَّ في التبني الكامل بأن يمنح المتبني اسم متبنيه، حيث يأخذ اسم الزَّوج المتبني، وإذا كان التبني من قبل الزَّوجة، فالمحكمة لها أن تقرر بعد موافقة زوج المتبنية أن يأخذ الولد المتبنى اسمه، وعند عجزه عن الإفصاح عن إرادته أو في حال وفاته، فالمحكمة التي تقدر منحه اسم الزَّوج من عدمه بعد استشارة ورثته أو خلفه من الأقارب[٣]،حيث يحل الحكم بالتبني عند صدوره محل شهادة الولادة الأصلية للمتبنى التي تلغى بحكم التبني، فهذا التبني يقطع علاقة البنوة مع

---

(١) التَّشريعات الفرنسية، يوم تدريب للمراسلين الإداريين الجدد، مرجع سابق.

(٢) بيدويري كريمة، مرجع سابق، ص٤٨.

(٣) نصت المادّة (٣٥٧) من القانون المدني الفرنسي على: ((يأخذ الولد بالتبني اسم المتبني، ويأخذ اسم الزَّوج إذا كان المتبني الزَّوجين، وإذا المتبني امرأة متزوجة، فللمحكمة عند حكمها بالتبني أن تقرر بموافقة زوج المتبنية أن يأخذ المتبني اسمه، وإذا كان الزَّوج قد مات أو كان عاجزاً عن التَّعبير عن إرادته، فالمحكمة تقدر لك بنفسها بعد استشارة ورثة الزَّوج أو خلفائه الأقربين)..

العائلة الأصلية (باستثناء التبني من قِبل الشريك)، وذلك على عكس التبني البسيط الذي لا يقطع هذه العلاقة ، وإنما يقتصر على إضافة البنوة بالتبني إلى الأبوة الأصلية[١]، فلم يجعل المشرّع الفرنسي إعطاء الاسم حتمياً في التبني العادي، حيث يمكن للمحكمة أن تقرر بألا يحمل المتبنى اسم متبنيه بالرغم من أن التبني البسيط يعطي اسم المتبني ليضيفه المتبنى اسمه[٢]، حيث تجري إضافة اسم الشَّخص المتبني إلى المتبنى، ويشار إلى التبني في شهادة ولادة الطِّفل الأساسية إلى حصول التبني البسيط.

٢-حق الولد المتبنى في التَّربية والإشراف:

أقرَّ القانون التونسي المتعلق بالتبني في الفصل الخامس عشر أنه: ((للمتبنَّى نفس الحقوق التي للابن الشَّرعي، وعليه ما عليه من الواجبات))، وهذا ما تضمَّنه القانون المدني الفرنسي، فقد أعطى للمتبني حق الإشراف على تربيته المتبنى، وتعليمه، وجميع الحقوق التي تكون له تجاه والديه أسوة بالولد الشَّرعي بما في ذلك الموافقة على الزّواج، حيث خوَّله جميع حقوق السلطة الأبوية على المتبنى بما فيها: قواعد الإدارة الشَّرعية، والوصاية سواء استعملت من قِبل أحدهما أم كليهما، وفي حال كان المتبني شريك حياة لأب المتبنى أو

---

(١) التَّشريعات الفرنسية المتعلقة بالتبني، يوم تدريب للمراسلين الإداريين الجدد، مرجع سابق.

(٢) نصت المادّة (٣٦٣) من القانون المدني الفرنسي على: (والتبني العادي يعطي اسم المتبني ليضيفه المتبنى إلى اسمه، وللمحكمة أن تقرر مع ذلك أن المتبنى لا يحمل إلا اسم المتبنى).

شريكا لحياة أمه ، فقد أشار القانون المدني الفرنسي إلى أنَّ الأمر يكون مشاركة بينهما، لكن الذي ينفرد بالسلطة الفعلية هو المتبني وحده[١].

٣-الحقوق والواجبات المالية للمتبنى:

أ-**النفقة:** نتيجة للمساواة بين المتبنى والولد الشَّرعي الذي أشار إليه الفصل (١٥) من القانون التونسي السَّابق الذكر، فإنه يجب على المتبني النفقة على المتبنى، كما يجب في المقابل على المتبنى الإنفاق على متبنيه، كما هو الحال في النفقة على الأبوين الأصليين عند عجزهما أو مرضهما أو كبرهما بالسن، وهذا وفق ما نص عليه الفصل (٤٣) من مجلة الأحوال الشَّخصية التونسية التي تنص على: ((المستحق للنفقة بالقرابة صنفان: الأبوان والأصول من جهة الأب وإن علو، ومن جهة الأم في حدود الطبقة الأولى))، وبالرغم من أن القانون الفرنسي قد أوجب النفقة المتبادلة بين المتبني والمتبنى، إلا أنه لم يقطع واجب النفقة المتبادل بين المتبنى وأبيه وأمه الأصليَين، إلا أنه لم يُلْزِمْ والدي المتبنى الأصليَين بالإنفاق عليه إذا كان بمقدوره الحصول عليها من متبنيه[٢].

ب - الإرث: إنَّ التَّشريعات التي أقرت التبني وأنزلت المتبنى منزلة الولد الشَّرعي وقد أعطت المتبنى الحق في أن يرث متبنيه، وهذا ما تضمنه النص

---

(١) نصت المادّة (٣٦٥) من القانون المدني الفرنسي على: ((وللمتبني وحده بالنّسبة للمتبنى كل الحقوق المتعلقة بالسلطة الأبوية بما فيها حق الموافقة على الزّواج ما لم يكن شريك حياة أب المتبنى أو أمه، ففي هذه الحالة يشترك الاثنان، لكن المتبني يحتفظ بحق الممارسة الفعلية، وحقوق السلطة الأبوية يمارسها أحدهما أو كلاهما على المتبنى في الظُّروف نفسها بالنّسبة للولد الشَّرعي، وقواعد الإدارة الشَّرعية والوصاية المطبقة على الولد الشَّرعي تطبق على المتبنى).

(٢) نصت المادّة من القانون المدني الفرنسي على: (كل من المتبني والمتبنى يدين بالنفقة للآخر، والالتزام بالنفقة مستمر بين المتبنى وأبيه وأمه، ومع هذا فإن أبوي المتبنى لا يلتزمان بالنفقة إذا كان يستطيع الحصول عليها من المتبنى).

العام في مساواة بين المتبنى والطِّفل الشَّرعي الذي نص عليه الفصل الخامس عشر من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني التونسي، وهذا ما أشار إليه النص الصريح المتعلق بالإرث الذي ذكره المشرّع الفرنسي، فقد أكسب المتبنى ونسله الشَّرعي الحقوق الإرثية ذاتها للولد الشَّرعي دون أن يعطيه صفة الوارث صاحب الفرض بالنّسبة لأصول المتبني[١]، وبالمقابل إذا توفي المتبنى دون أن يكون له نسل يرثونه، فإن الأموال التي أخذها من متبنيه أو ورثها عنه ترجع للمتبني أو ورثته شرط أن تكون كما هي عند وفاته وشرط المساهمة في تسديد ديونه والاحتفاظ بحقوق غير المكتسبة، أما الأموال التي أخذها المتبنى دون مقابل من أبويه الأصليين، فإنها تعود لهما ولنسلهما بذات الطرق، وما يتبقى من تركة المتبنى تُقسم بين عائلة المتبنى الأصلية وعائلته بالتبني مع مراعاة شريك حياة المتبنى المتوفى من الإرث الذي يؤخذ من مجمل التركة[٢].

٤ – القرابة المانعة للزواج:

إن التبني كونه قد فرض قرابة قانونية، وجعل المتبنى بمنزلة الولد الشَّرعي، فمنع بذلك الزّواج بين المتبنى وأقاربه من عائلة التبني بموجب ما قرره نص الفصل الخامس عشر من قانون التبني التونسي، أو ما فصله

---

(١) نصت (٣٦٨) من القانون المدني الفرنسي على: (للمتبنى ونسله الشَّرعي الحقوق الإرثية كالولد الشَّرعي في أسرة المتبني، لكن دون اكتساب صفة الوارث صاحب الفرض بالنّسبة لأصول المتبني).

(٢) نصت المادّة ١/٣٦٨ من القانون المدني الفرنسي على: (إذا مات المتبنى دون نسل، فإن أمواله التي أخذها من المتبنى أو ورثها عنه تعود إلى المتبني أو نسله إذا كانت كما هي يوم وفاته بشرط المساهمة في تسديد ديونه والاحتفاظ بالحقوق المكتسبة للآخرين، أما الأموال التي أخذها دون مقابل من أبويه، فإنها تعود بالطريقة نفسها إليهما وإلى نسلهما، والباقي بعد ذلك من أموال المتبنى يقسم بالتساوي بين عائلة الأصل وعائلة التبني دون حيف على حق شريك حياة المتوفي الذي يؤخذ من مجموع التركة).

المشرّع الفرنسي في القانون المدني الذي جعل صلة القرابة الناشئة بالتبني تشمل أبناء المتبني الشَّرعيين، وحرم بذلك الزّواج فيما بين المتبني والمتبنى ونسلهما، كما حرم الزّواج بين المتبنى وشريك حياة المتبني، أو بين المتبني وشريك حياة المتبنى، كما حرم الزّواج فيما بين الأبناء المتبنين للمتبني، أو المتبني نفسه وبين المتبنى وأبناء المتبني على أن التحريم في الحالتين الأخيرتين يمكن الإعفاء منه بقرار من رئيس الجمهورية[١].

ولهذا نجد أن إقرار قسم من التَّشريعات للتبني لم يمكّنها من إنكار الروابط الأصلية بين المتبنى وعائلته الأصلية، فبالرغم من أن هذه التَّشريعات جعلت المتبنى ينسب للعائلة المتبنية، فإنها لم تستطع قطع جميع روابط المتبنى بعائلته الأصلية، ولا سيما ما تعلق بالقرابة المانعة للزواج، لهذا فقد نصَّ الفصل الخامس عشر من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني التونسي على: ((...إلا أنه في الصورة التي يكون فيها أقارب المتبنى معروفين تبقى موانع الزّواج المنصوص عليها بالفصول: (١٤-١٥-١٦-١٧) من مجلة الأحوال الشَّخصية قائمة))،كما أنَّ المشرّع الفرنسي لم يستطع إنكار هذه الروابط بين المتبنى وأسرته الأصلية، فجعل المتبنَّى ملتحقاً بأسرته الأصلية، ولا سيما فيما

---

(١) نصت المادّة (٣٦٦) من القانون المدني الفرنسي على: ((صلة القرابة الناشئة عن التبني تشمل الأبناء الشَّرعيين للمتبنى والزّواج محرم: ب

١- بين المتبني والمتبنى ونسله ونسلهما.

٢- وبين المتبنى وشريك حياة المتبني، وفي مقابل ذلك بين المتبنى وشريك حياة المتبنى.

٣- وبين الأبناء المتبنين للمتبني أو المتبني نفسه..

٤- وبين المتبنى وأبناء المتبني.

ومع ذلك، فإن تحريم الزّواج في (٣) و(٤) السَّابقتين يمكن أن يُلغى بإعفاء من رئيس الجمهورية بناء على أسباب خطيرة)).

يتعلق بالإرث وقرابة الزّواج المحرم المنصوص عليه في القانون الفرنسي حيث نصت المادة نصت المادّة (٣٦٤) من القانون المدني الفرنسي على: (يضل المتبنى ملتحقاً بأسرته الأصلية، ويحتفظ بكل حقوقه، ولا سيما حق الإرث، ويطبق عليه ما تقرر بالنّسبة للزواج المحرم في المواد (١٦١) إلى (١٦٤).

٥-حق المتبنى في الجنسية:

إنَّ المساواة مع الطِّفل الصلبي التي تعطيها أحكام التبني، يفترض في حصول الابن بالتبني على جنسية متبنيه، وبالرغم من أن القانون الفرنسي نصَّ على هذه المساواة إلا أنه اقتصر في منح الجنسية للابن المتبنى في التبني الكامل دون التبني البسيط، حيث لم يجعل هذا التبني ذا تأثير في حصول الطِّفل المتبنى على جنسية متبنيه[١].

ولابد من الإشارة إلى أن القانون السُّوري وقبل صدور المرسوم التَّشريعي (٧٦) في العام ٢٠١٠م الذي ألغى بموجبه الأحكام المخالفة لقانون الأحوال الشَّخصية في قوانين الطوائف المسيحية بسورية التي كانت تصدر أحكام التبني، فإن التبني في وقتها لم يعطِ المتبنى الجنسية السُّورية، حيث عدت وزارة الداخلية أنه من غير الجائز أن يؤدي التبني إلى اكتساب الأجنبي الجنسية السُّورية[٢].

ب -: انقضاء التبني:

إنَّ الصبغة التعاقدية للتبني تجعل منه قابلاً للانقضاء شأنه في ذلك شأن بقية العقود المدنية، وهذا العقد قد ينتهي إما بسحبه من قِبل السلطات

---

(١) التَّشريعات الفرنسية المتعلقة بالقوانين، يوم تدريب للمراسلين الجدد، مرجع سابق.

(٢) سام دولة، القواعد القانونيّة الصادرة عن وزارة العدل وإدارة التَّشريع دمشق، دار الخير، ص١٨٥.

القضائية التي لها ولاية الإشراف عليه عند الإخلال بالالتزامات المترتبة على المتبنى، كما قد ينقضي التبني بطلب الرجوع عنه من قِبل أطراف هذا العقد.

١: سحب التبني:

بالرغم من أن القانون التونسي الذي عدَّ أن الحكم بالتبني يكون نهائياً عندما نص على ذلك في الفصل الثالث العشر المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني (ويصدر حاكم الناحية حكمه بالتبني بعد التحقيق من توافر الشروط القانونيّة ومن مصادقة الحاضرين **وحكمه هذا يكون نهائياً**))، إلا أن هذه الصفة لا تمنع من الرجوع في التبني وسحبه عندما تضررت مصلحة الطِّفل المتبنى، فالمساواة بين الطِّفل الشَّرعي والمتبنى تكون في الحقوق والواجبات، فإذا أخلَّ المتبني بواجباته تجاه المتبنى إخلالاً خطيراً بشكل يهدد مصلحة الطِّفل والإضرار بنموه الجسدي أو النفسي، فقد مكن القانون التونسي المتعلق بالتبني وكيل الجمهورية أن يطلب من المحكمة الابتدائية الحكم بنزع حضانة المتبنى وإعطائها إلى شخص آخر وفق ما تضمنه الفصل السادس عشر من قانون التبني في تونس: (يمكن للمحكمة الابتدائية بطلب من وكيل الجمهورية أن تحكم بنزع الحضانة من المتبني وإسنادها إلى شخص آخر حسبما تقتضيه مصلحة المتبني، وذلك إن اتضح أن المتبني أخلَّ بواجباته إخلالاً فادحاً))، حيث إن مصلحة الطِّفل تعد الدافع الرئيس من الحكم بالتبني، فإذا تضررت هذه المصلحة كان الاستمرار بالتبني دون جدوى[١].

---

(١) عائدة اليرماني غربال، مرجع سابق، ص٩١.

٢- الرجوع عن التبني:

لا يقتصر انقضاء التبني على سحبه من قِبل السلطة المحددة في القانون، بل إنما التبني قد ينقضي بالرجوع عنه من قِبل أطرافه سواء أكان من قِبل الطِّفل الراشد المتبنى الذي يرغب بالانتساب إلى أبويه الأصليين أو من قِبل الوالدين بالتبني [١]، وقد نص القانون الفرنسي على إلغاء عقد التبني وإيقاف آثاره المستقبلية[٢]عند توافر أسباب قوية لذلك، وذلك بطلب من المتبني.

على أن هذا الطلب لا يقبل إذا كان عمر المتبنى أكثر من خمسة عشر عاماً، ويُقَدَّم طلب الإلغاء من قِبل المتبنى نفسه، وفي حال كان قاصراً يُقدم من قِبل أبويه الطبيعيين، وعند عدم وجودهما يحق لأي عضو من أعضاء أسرته الأصلية حتى درجة ابن العم الشقيق تقديم هذا الطلب[٣]، وقد خلى التَّشريع التونسي من أي نص يسمح بالرجوع عن التبني، فتصدى لذلك الاجتهاد القضائي، فذهبت محكمة التعقيب التونسية إلى: ((مصلحة المتبنى هي السَّبب الجوهري والرئيس لسن عقد التبني، وهذا العقد شأنه شأن بقية العقود المدنية، يمكن الرجوع فيه لفقدان أو تغيب مقوماته الشكلية والقانونيّة))[٤]، حيث أسست

---

(١) بيدويري كريمة، مذكرة، مرجع سابق، ص٥١.

(٢) نصت المادّة (٣٧٠) من القانون المدني الفرنسي على: ((إلغاء التبني يوقف كل آثاره بالنّسبة للمستقبل).

(٣) نصت المادّة (٣٧٠) من القانون المدني الفرنسي على: ((يمكن أن ُيلغى التبني بطلب المتبني أو المتبنى مؤيداً بأسباب قوية، وطلب الإلغاء من المتبني لا يُقبل إذا كان عمر المتبنى أكثر من خمسة عشر عاماً، وإذا كان المتبنى قاصراً فللأب والأم من الدم هذا الطلب لذلك، وعند عدمهما فلأي عضو من الأسرة الأصلية حتى درجة ابن العم الشقيق بما فيهما هو)).

(٤) محكمة التعقيب، قرار مدني عدد (٢٩٥) بتاريخ (٢٣) مارس ١٩٩٣م نقلاً عن عائدة اليرماني غربال، مرجع سابق، ص٩٣.

هذه المحكمة قرارها إلى خلو قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني من أي نص يمنع الرجوع، فضلاً عن قرار التبني لا يعدُّ حكماً وإن كان يصدر في صيغة حكم بحسب تعبير الفصل الثالث عشر من نفس القانون(١).

وقد انتقد جانب من الفقه في تونس الرجوع عن التبني بذريعة أن المشرّع التونسي لم ينص عليه ولو سمح بالرجوع لنصَّ عليه صراحةً، كما فعل في نصه على سحب الحضانة من المتبني في الفصل السادس عشر من ذات القانون، كما أسند البعض معارضتهم وهم على صواب أن إعطاء الطِّفل القاصر في الرجوع عن التبني، فيه من تحميل القاصر أعباء جسيمة تتنافى مع سنه وحقه في العيش دون الاكتراث بمشاكل الكبار، كما أن القاصر في هذا السن لا يكون قد كوَّن أفكاره الخاصة، فضلاً عن الصعوبات الإجرائية المتعلقة بالرجوع عن التبني(٢).

إنَّ التبني لا يصلح حلاً لجهالة النّسب، بل إنه يسهم بشكل غير مباشر في زيادة مجهولي النّسب واللقطاء الذين يُتركون من قِبل آبائهم على قارعة الطريق أو على أبواب المعابد، يشجعهم في ذلك وجود نظام التبني الذي يجعلهم في مأمن أخلاقي من المسؤولية عن أبنائهم، ناهيك أن نظام التبني نفسه لم يستطع أن يجعل الأسرة المتبنية بديلاً كاملاً عن أسرة المتبنى الأصلية، حيث إن هذا النظام يعترف بالقرابة المحرمة للزواج بين المتبنى وأسرته الأصلية، كما أنه لا يقطع هذه الصلة بالأسرة الأصلية في القانون الفرنسي فيما يتعلق بالإرث، كل ذلك يوجب التساؤل عن مدى صدق

---

(١) عائدة اليرماني غربال، المرجع السَّابق ص٩٤.

(٢) عائدة اليرماني، المرجع نفسه ص ٩٦.

الاستقرار النفسي الذي يكون عليه المتبنى، والذي يكون مرتبطاً بعائلته الأصلية بـ: رباط الإرث، ورباط القرابة المحرمة بالزّواج مع إنكار نسبتها لها وقرابته لعائلته المتبنية الصورية، وبالنظر لهذه الاعتراضات أخذت جل الدول الإسلامية بنظام ثان يتولى رعاية وكفالة الأطفال المهملين ومجهولي النّسب، سُمي هذا النظام بنظام الكفالة وهو محور الدراسة في المبحث الثاني.

المبحث الثَّاني: الكفالة.

المطلب الأول: مفهوم الكفالة:

قد ينصرف الذهن في الحديث عن كفالة مجهولي النّسب إلى الكفالة المدروسة في حقل القانون المدني المتعلقة بالتأمينات الشَّخصية، وهذا يخرج عن مجال بحثنا، حيث تتطرق دراستنا إلى الكفالة كصورة من صور الرّعاية لمجهولي النّسب التي أقرتها الشريعة الإسلامية كنظام يوفر العناية الأمثل للطفل، وجعلته من أبواب القربة إلى الله، وقد وأخذت به قوانين الأسرة المستمدة من الشريعة الإسلامية، وهذا ما يحدونا إلى دراسة نظام الكفالة من مولده حتى انقضائه مروراً بالشروط والآثار...

أولاً: تعريف الكفالة:

١-الكَفالة في اللغة:

بفتح الكاف من الكفل، والكفل والكفيل، الضَّامن للشيء، كفل به يكفل كفالة، والكافل: الذي يعول إنساناً[١]، وقال تعالى: {ذَلِكَ مِنْ أَنْبَاءِ الْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ}[٢].

٢-الكفالة اصطلاحاً:

الكفالة: هي التي تتعلق بمساعدة الآخرين وعولهم، حيث عرَّفها المشرّع الجزائري في المادّة (١١٦) من قانون الأسرة الجزائري بأنها: (التزام على وجه

---

(١) المحيط في اللغة، الطالقاني، تحقيق الشيخ محمد حسن آل ياسين، عالم الكتب، بيروت١٩٩٤، ط١، ج٦، ص٢٦٧.

(٢) سورة آل عمران، الآية ٤٤.

التبرع بالقيام بولد قاصر من: نفقة، وتربية، ورعاية، وقيام الأب بابنه، وتتم بعقد شرعي).

بينما عرَّفها المشرّع التونسي في قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني بأنها: (الكفالة هي العقد الذي يقوم بمقتضاه شخص رشيد يتمتع بحقوقه المدنية أو هيئة بكفالة طفل قاصر).

كما أنَّ مجلة الأحكام العدلية التي كان معمولاً بها في سورية عرَّفتها في المادّة (٦١٣) بأنها: (الكفالة بالنفس: هي الكفالة التي يكفل فيها شخص، أي: أن الكفالة بالنفس هي الكفالة بتسليم شخص معلوم).

وقد تعرَّض المشرّع السُّوري للكفالة في مشروع قانون رعاية مجهول النّسب عندما نص في المادّة ١٥/أ من المشروع بأنها: (الكفالة: هي تقديم مبالغ مالية شهرية للطفل المقيم في دور الرّعاية، وذلك لتغطية مصاريفه داخل هذا الدار، وكل مبلغ يزيد عن حاجة ومصاريف الطِّفل يحفظ كتبرع باسمه داخل الدار).

كما تعرض لها في تعريفه لعقد الإلحاق في المادّة (١٦) من المشروع، حيث نصت: (يهدف الإلحاق إلى تأمين رعاية الطِّفل وتربيته ضمن أسرة تضمن توفير مقومات الحياة بشتى المجالات، وبما يسهم في حصوله على حقوقه التي يتمتع بها أقرانه، فضلاً عن تعزيز دوره في المجتمع).

ونلاحظ أن المشروع الجديد قد جانب الصواب في استخدامه المصطلحات في التعاريف بداية من استخدام مصطلح الإلحاق للدلالة على الكفالة بالرغم من أن مصطلح الإلحاق يستوعب كل نظام يؤدي إلى رعاية الطِّفل وتربيته ضمن عائلة بديلة لعائلته الأصلية، كما أنه قد خلط بين الكفالة

وبين مجرد تقديم العون المادي عندما نص على تعريف الكفالة: بأنها تقديم المبالغ المالية...

بالنتيجة، نرى أن الكفالة كنظام لرعاية مجهول النّسب مشتق من جذوره الإسلامية كنظام مقابل للتبني يشمل كل إعالةٍ لمجهول النّسب سواء كانت على شكل ضم طفلٍ إلى أسرة بديلة عن اسرته الاصلية دون نسبته إليها أو كان على شكل تقديم الدعم المالي والمادي فضلاً عن أوجه الرّعاية الأخرى لذلك يمكن **تعريف الكفالة: بأنها التزام على وجه التبرع بقيام شخص بـ: رعاية طفل قاصر، وتربيته، وحمايته، والقيام بشؤونه كافة.**

وإذا كانت الشريعة الإسلامية والقوانين المستمدة أحكامها منها قد منعت التبني، إلا أنها قد أوجدت نظاماً بديلاً شرعت له يحقق الرّعاية لمجهول النّسب متمثلة بالكفالة.

٣: مشروعية الكفالة:

لم تترك الشريعة الإسلامية مجهول النّسب دون رعاية، سواء أكانت مادية أم معنوية، فمجهول النّسب لا يقل مرتبة عن غير من أفراد المجتمع لقوله تعالى: **(ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم)**، فهذا الطِّفل إذا لم يعرف له والد ينتسب إليه، فهو أخ لجميع أفراد المجتمع، يتولى المجتمع رعايته وكفالته، حيث دعت الشريعة الإسلامية إلى الكفالة، وشجعت عليها كوسيلة لرعاية: الأيتام، والأطفال المهملين، واللقطاء، ومجهولي النّسب، وغيرهم من الأطفال الذين لا عائل لهم، وقد استدل العلماء على مشروعيتها بقول الله تعالى: **(وما كنت**

لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم وما كنت لديهم إذ يختصمون)[١]، وقوله تعالى: **(إذ تمشي أختك فتقول هل أدلكم على من يكفله)**[٢].

أما دليل الكفالة من السنة النبوية، فهو قول النبي صلى الله عليه وسلم فيما رواه ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (مَن قبض يتيماً من بين المسلمين إلى طعامه وشرابه، أدخله الله الجنة البتة إلا أن يعمل ذنباً لا يغفر له)[٣].

وعن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (كافل اليتيم له أو لغيره، أنا وهو كهاتين في الجنة، وأشار مالك بالسبابة والوسطى)[٤]، والإشارة أن هذه الأحاديث وإن كانت قد ورت على اليتيم، فإنها تتصرف على مجهول النّسب من باب أولى، فإذا كان اليتيم قد فقد والديه أو أحدهما، فإن مجهول النّسب مقطوع النّسب بأهله وفاقد من يعوله زيادة على ذلك.

وقد قنن المشرّع السُّوري الكفالة بنص المادّة الخامسة من قانون رعاية اللقطاء، حيث نصت على: **(تتولى وزارة الشؤون الاجتماعيَّة والعمل رعاية اللقيط وكفالته، وتعليمه حتى يستطيع الاعتماد على نفسه وكسب عيشه)**، لذلك، فإن كفالة مجهول النّسب تقع على عاتق الدَّولة ممثلة بوزارة الشؤون الاجتماعيَّة والعمل، حيث أجاز هذا القانون لوزير الشؤون الاجتماعيَّة بأن يعهد بهذا الطِّفل إلى إحدى الأسر أو إحدى النساء اللواتي يتولين الإنفاق عليه،

---

(١) سورة آل عمران، الآية٤٤.

(٢) سورة المائدة، الآية ٣٢.

(٣) كنز العمال، الهندي، مؤسسة الرّسالة، بيروت، ١٩٨٩م، ج١٥، ص٢٥٣.

(٤) صحيح مسلم، ج٤، ٢٢٨٧، وكافل اليتيم هو القائم بأموره من: نفقة، وكسوة، وتأديب، وتربية، وغير ذلك، وهذه الفضيلة تحصل لمن كفله من مال نفسه أو من مال اليتيم بولاية شرعية (له أو لغيره)، فالذي له أن يكون قريباً له كـ: جده، وأمه، وجدته، وأخيه، وأخته، وعمه، وخاله، وعمته، وخالته، وغيرهم من أقاربه، والذي لغيره أن يكون أجنبياً.

وتربيته، وتعليمه، كما سمح المشرّع بأن يتم إيداع الطِّفل مجهول النّسب إلى دور الرّعاية كـ: جمعيات الطفولة، ودور الأيتام، حيث أجاز قانون رعاية اللقطاء لوزير الشؤون الاجتماعيَّة والعمل بوضع مجهول النّسب في إحدى المؤسّسات الأهلية التي تختص برعاية مجهول النّسب وكفالته، فقد نص القانون المذكور في المادّة (١٠) منه على:

((أ- يجوز بقرار من وزير الشؤون الاجتماعيَّة والعمل، وضع اللقيط لدى إحدى الأسر أو لدى مَن ترغب بذلك من النساء، بشرط أن تكون قادرة على: رعايته، وتربيته، وكفالته، وتعليمه، والإنفاق عليه، إذا كان في ذلك مصلحة اللقيط.

ب- يجوز بقرار من وزير الشؤون الاجتماعيَّة والعمل وضع اللقطاء في المؤسّسات الأهلية القادرة على تربية الأطفال))

وقد أُخِذت بالكفالة جميع القوانين، بمن فيها قوانين الدول التي قننت التبني كتونس[١] التي نصت على أحكامها في قانون الأسرة[٢].

أما المشرّع السُّوري، فقد نص على أحكامه في قانون رعاية اللقطاء الصادر بالمرسوم (١٠٧) في العام ١٩٩٧م، والقرار رقم (٧٨٨) في العام ٢٠١٣م الصادر عن وزير شؤون الاجتماعيَّة والعمل الذي نُظِّمت من خلاله أحكام الكفالة سواء أكان قبل الأشخاص أم الهيئات، كما نص عليه مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

---

(١) نصت المشرّع التونسي على الكفالة في القانون عدد (٢٧) في العام ١٩٥٨م المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني.

(٢) نص المشرّع الجزائر على الكفالة في قانون الأسرة، حيث أفرد لتنظيمه المواد من المادّة (١١٦) ولغاية المادّة (١٢٥).

ثانياً: أنواع الكفالة:

إنَّ القانون السُّوري لم يجعل طلب الكفالة وإلحاق الطِّفل وتربيته محصورة بالشَّخص الطبيعي، بل أجاز للأشخاص الاعتبارية متمثلة بـ: جمعيات رعاية الطفولة، ودور الأيتام، وغيرها من المؤسّسات المجتمعية طلب كفالة وإلحاق الأطفال مجهولي النّسب[١] والأيتام وغيرهم، وقد خصتها بشروط محددة متميزة عن الشروط الواجب توافرها في الأشخاص الطبيعيين؛ لذلك سوف نتناول:

١: كفالة مجهولي النّسب من قِبل الشَّخص الاعتباري.

٢: الكفالة من قِبل الشَّخص الطبيعي وفق الآتي:

١: كفالة مجهول النّسب من قِبل الشَّخص الاعتباري:

أ-المرحلة التحضيرية:

أوجب القانون السُّوري على كل مَن يجد طفلاً حديث الولادة أن يقوم بأخذه وتسليمه إلى أقرب مخفر شرطة، مع كل ما يكون معه من ثياب أو أشياء أخرى قد تساعد في معرفة نسبه، لتقوم بعدها السلطات المختصة بتنظيم ضبط يُذكر فيه: عمر الطِّفل، وعلاماته الفارقة، والزمان، والمكان الذي وجد فيه، مع بيانات للشخص الذي وجده، ويُذكر في الضبط أنه لم يُعثر على والديه وفق ما نصت عليه المادّة (٢) من قانون رعاية اللقطاء[٢] بقولها:

---

(١) ذهب المشرّع التونسي بنفس الاتجاه في منح رعاية وكفالة مجهول النّسب إلى الهيئات الاعتبارية، وذلك عندما نص قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني في المادّة (٣) منه على: (الكفالة هي العقد الذي يقوم بمقتضاه شخص رشيد يتمتع بالحقوق المدنية أو هيئة بكفالة طفل قاصر)

(٢) كما نصت المادّة (٢٩) من قانون الأحوال المدنية السُّوري على: ((في حال عثر على لقيط يجب على مَن يعثر عليه تبليغ الشّرطة أو المختار فور عثوره عليه؛ بغية تنظيم المحضر اللازم بذلك، وتسليمه إلى إحدى المؤسّسات أو الأشخاص الذين تعتمدهم وزارة الشؤون الاجتماعيَّة والعمل التي تنظم له شهادة ولادة، ويسجل في السجل المدني)).

أ–على كل مَن يعثر على لقيط أن يسلمه إلى أقرب مخفر للشرطة مع الملابس التي كانت عليه وجميع الأشياء الأخرى التي وجدها معه أو بالقرب منه.

ب–على رئيس مخفر الشرطة أن يُنظِّم بذلك ضبطاً يذكر فيه: الزمان، والمكان، والظُّروف التي وُجد فيها الطِّفل، كما يبين فيه العمر التقديري للطفل، والعلامات الفارقة، والجنس. وكذلك اسم الشَّخص الذي عثر عليه، وكنيته، ومهنته، وعمره، ومحل إقامته وعنوانه. كما يُشار إلى أنه لم يُعثر على والديه.

وقد عاقب المشروع الجديد[١] لرعاية مجهول النّسب كل مَن يحتفظ بالطِّفل، ولا يقوم بتسليمه للوحدة الشرطية بالعقوبة من شهرين إلى سنتين وبالغرامة من (٥٠٠٠٠) خمسين إلى (٢٠٠٠٠٠) مائتي ألف ليرة سورية.

وبعد تنظيم الضبط يقوم مخفر الشرطة بتسليم الطِّفل إلى دار اللقطاء الموجود في المحافظة، وإذا لم توجد، يتم تسليمه إلى مستشفى حكومي للرعاية به؛ حتى يتسنى نقله إلى دار للقطاء في محافظة ثانية، إذا كانت حالته الصحية تسمح بذلك.

حيث نصت المادّة (٣) من قانون رعاية اللقطاء على:

– (يسلم مخفر الشرطة اللقيط مع الأشياء التي وُجدت معه إلى رعاية اللقطاء في المحافظة إن وجدت، وإلَّا سلّمه إلى مستشفى حكومي للعناية به ريثما يتم نقله وإيداعه إلى أقرب دار لرعاية اللقطاء في محافظة أخرى، ولا يجوز نقله إلا إذا كانت حالته الصحية تسمح بذلك).

ويبدو أنَّ المشرّع في مشروع القانون الجديد قد حافظ على هذه الآلية، وأوجب إجراء ضبط لتنظيم عملية إيجاد مجهول النّسب مع جميع ما يوجد معه

---

(١) المادّة ٢٨/ب من مشروع قانون مجهول النّسب.

من أدلة تساعد في البحث عن أهله وهويته، إلا أن المشرّع قد وسع بعض مناحي الرّعاية الصحية والاجتماعيَّة، حيث إن بعد تنظيم الضبط وبشكل متلازم بإبلاغ رئيس النيابة ودار للضيافة المعتمد في المحافظة الذي يقوم باستلام الطِّفل من الوحدة الشرطية ومرافقته إلى أقرب مستشفى أو مركز صحي ليبقى فيه الطِّفل مدة لا تقل عن (٤٨) ساعة، ولا يتم إخراجه من المستشفى إلا بموجب تقرير طبي يوضح: حالته الصحية، وعمره التقريبي، وجنسه، وسلامته، وجميع الملاحظات الطبية.

وفي حال كانت حال الطِّفل الصحية جيدة يتم تسليمه لدار الضيافة، حيث يبقى فيها مدة لا تزيد عن (١٥) يوماً، حيث يتم بعد هذه المدة انتقاله إلى دار رعاية مجهولي النّسب، ما لم يكن مصاباً بإعاقة، حيث تتم إحالته إلى المركز المختص بإعاقته[١].

ونلاحظ أن مشروع القانون الجديد جاء أكثر تطوراً من سابقه، حيث إنه وسع آليه هذه المرحلة التحضرية التي تسبق إيداع الطِّفل في دار رعاية مجهول النّسب، ولا سيما من الناحية الصحية.

كما أن المشرّع استحدث ما سماه: "**دار للضيافة**" وعرَّفها في المادّة الأولى من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب بأنها: (الدار التابعة لوزارة الشؤون الاجتماعيَّة والعمل، أو هي أقسام الضيافة المخصصة من قِبل الجمعيات والمؤسّسات الخاصة والمعتمدة من قِبل الوزارة في كل محافظة لاستقبال مجهولي النّسب واستضافتهم ومتابعة أمورهم طيلة الفترة اللازمة

---

(١) المادّة ٤/ ج / د / هـ / و / ز من مشروع قانون مجهول النّسب.

لاستكمال الإجراءات القانونيّة المتعلقة بهم، وتسليمهم إلى دار رعاية مجهولي النّسب المختصة).

ب: كفالة مجهول النّسب في دار الرّعاية:

تتولى وزارة الشؤون الاجتماعيَّة إنشاء دور لرعاية مجهولي النّسب من جميع المناحي التربوية والاجتماعيَّة والصحية؛ حتى يستطيعوا العيش معتمدين على أنفسهم.

حيث نصت على ذلك المادّة الثامنة في قانون رعاية اللقطاء بقولها: (-تُنشأ دور لرعاية اللقيط، ومهمتها كفالة اللقطاء ورعايتهم من المناحي الصحية والتربوية والاجتماعيَّة؛ وذلك حتى يستطيعوا العيش معتمدين على أنفسهم، ويتم إحداثها بقرار من وزير الشؤون الاجتماعيَّة والعمل في المحافظة التي يرى ضرورة لإنشائها فيها).

وفي سعي المشرّع لتوفير مزيد من فرص الرّعاية لمجهول النّسب، فقد منح فرصة التكفّل به إلى المؤسّسات والجمعيات الأهلية، فأجاز القرار (٧٨٨) لدور رعاية الأطفال والجمعيات والمؤسّسات التي تتبع وزارة الشؤون الاجتماعيَّة بأن تعهد بكفالة مجهولي النّسب ورعايتهم إلى هذه المؤسّسات وفق نص المادّة (١) من القرار المذكور: (يجوز لدار رعاية الأطفال مجهولي النّسب أو الجمعية أو المؤسسة التي ترعى هؤلاء الأطفال إلحاق الطِّفل مجهول النّسب بإحدى الأسر، أو من ترغب من النساء، **أو** وضعه في المؤسّسات الأهلية وفق الشروط الواردة في هذا القرار)، وقد أجاز مشروع القانون الجديد أن تحدث

بقرار من وزير الشؤون الاجتماعيَّة والعمل وحسب حاجة كل محافظة دور خاصة لرعاية مجهولي النّسب[١].

وبعد إيداع الطِّفل في دار الرّعاية، فإنه يبقى فيها حتى بلوغه الثامنة عشر من العمر، ويصبح قادراً في الاعتماد على نفسه وكسب عيشه، ويجوز لإدارة دار الرّعاية وبعد موافقة مديرية الشؤون الاجتماعيَّة تمديد مدة بقائه لمدة محددة إضافية إذا اقتضت مصلحته ذلك، كما يمكن إخراجه من الدار حتى قبيل إتمامه سن الثامنة عشر إذا تبين أن بقاءه في الدار يلحق الضرر المادي أو المعنوي أو الأخلاقي ببقية الأطفال أو العاملين، حيث أجاز المشروع ذلك بقرار يصدر عن الوزير يقضي إخراجه من الدار وإحالته إلى مكان ملائم لوضعه[٢].

أ: الشروط المطلوبة في كفالة المؤسّسات الأهلية:

فصل القرار (٧٨٨) في المادّة (٧) منه الشروط الواجب توافرها في الهيئة طالبة الكفالة وفق الآتي:

- (أ–أن تكون مشهرة حسب القوانين والأنظمة في القطر).
- (ب–أن يكون مقرها ضمن أراضي الجمهورية العربيّة السُّورية، وأن يكون المكان المخصص لرعاية الأطفال بحالة جيدة / ويكون واسعاً وصحياً).
- (ج–أن تتقدم بتعهد خطي بـ: حسن العناية بالطِّفل، ورعايته، وعدم إساءة معاملته).

---

(١) المادّة (٨) من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

(٢) المادّة (٧) من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

- (د–أن تتقدم بتعهد خطي بعدم تسليم الطِّفل لأي جهة /أسرة، أو امرأة، أو جمعية/ إلا بعد الحصول على موافقة خطية ومسبقة من وزارة الشؤون الاجتماعيَّة.
- (هـ–أن تكون إمكانات الجمعية المادية والبشرية بحالة جيدة تمكنها من تأمين الرّعاية الاجتماعيَّة والصحية المناسبة للطفل).
- عند توافر هذه الشروط والظُّروف المناسبة للأطفال في هذه الجمعيات والمؤسّسات، فلوزارة الشؤون الاجتماعيَّة أن تعمد لوضع مجهول النّسب لديها وفق ما تضمنته المادّة (٨) من القرار (٧٨٨).

ولا شك أنَّ هذه الجمعيات والمؤسّسات الأهلية بما يتوافر لديها من كوادر بشرية وإمكانات مادية تكون قادرة على توفير العناية والرّعاية لمجهول النّسب، إلا أن ذلك يتطلب أن تكون هذه الجمعيات تحت الإشراف الدائم من قِبل وزارة الشؤون الاجتماعيَّة، وتطبيق صارم ومنتظم لزيارات دورية ومفاجئة[١]؛ لضمان أن تكون تنشئة هؤلاء الأطفال متناسبة مع قيم المجتمع السُّوري ومبادئه.

لهذا، فإن مشروع القانون الجديد قد حدد أهداف دور الرّعاية بما يحقق تنشئة سليمة لمجهولي النسب، حيث ألقت المادّة (٦) من المشروع الجديد واجبات تضمن هذه الرّعاية.

---

(١) نصت المادّة (١٤) من القرار (٧٨٨) على: (تقوم الدار أو الجمعية أو المؤسسة التي ترعى الأطفال مجهولي النّسب بتتبع أحوال الطِّفل لدى الجهة الحاضنة عن طرق الزيارات الدورية مرة كل أربعة أشهر، وكلما دعت الحاجة)، هذه المادّة وإن كانت قد وردت بخصوص زيارة الدار للعائلات الكافلة إلا أنها يجب تطبيقها من باب أولى على الطِّفل المودع في المؤسّسات الأهلية.

٣: التزامات دار الرّعاية:

ألقى المشرّع في مشروع القانون الجديد جملة من المهام والواجبات على عاتق دار الرّعاية للعناية بمجهولي النّسب، وتأمين مستلزماتهم: المعيشية، والتربوية، والاجتماعيَّة، والصحية (العلاجية والوقائية)، والنفسية، والتعليمية، والشَّرعية، والقانونيّة، والقضائية، والاقتصادية اللازمة لهم، حيث تتولى على وجه الخصوص الآتي[١]:

١- غرس القيم النبيلة، وترسيخ المبادئ والأخلاق السامية لديهم.

٢- تعزيز الهوية الوطنية واحترام الطِّفل لهويته، ولغته، وللقيم الوطنية، وتنشئته على الانتماء إلى الوطن.

٣- ترسيخ قيم المساواة بين الأفراد، وعدم التمييز بينهم بسبب أي شكل من أشكال التمييز.

٤- تهيئة الطِّفل وإعداده لحياة مسؤولة في مجتمع متماسك متضامن قائم على التلازم والتكامل بين الوعي بالحقوق والالتزام بالواجبات.

٥- تنمية: شخصية الطِّفل، ومواهبه، وقدرته البدنية والعقلية (الإبداعية والفكرية)، واستثمارها في صقل شخصيته.

٦- تنمية احترام مجهول النّسب للحقوق والحريات العامة والاختلاف بالرَّأي مع الآخر والتَّعبير عن الذات.

٧- توفير فرص تعليم متكافئة في مراحل التعليم المختلفة في جميع المؤسّسات التعليمية وفق الإمكانيات المتاحة لهذا الدور حتى العمر المحدد وفق

---

(١) المادّة (٦) من مشروع قانون مجهول النّسب.

للقوانين والأنظمة النافذة، وتأمين التعليم الجامعي والدّراسات العليا لمن يرغب.

٨- توفير وسائل المعرفة والاتصال، وإتاحة استخدام التقنيات الحديثة التي تساعد في تنمية قدرات الأطفال، وتوسيع مداركهم، وتشجيع البحث العلمي من خلال العمل على توفير الكتب والوسائل التي ترفع مستوى وعي الأطفال وتنمي معارفهم ومهاراتهم.

٩- توفير التدريب والتأهيل المهني اللازم والمتوافق مع ميول مجهول النّسب وإمكاناته؛ تحضيراً لتخرجهم من الدار.

١٠- تأمين: الرّعاية، والتَّربية الروحية والدينية اللازمة لتنشئة الطِّفل تنشئة سليمة وبما يتوافق ودينه.

١١- مشاركة الدور مع الأطفال في الأنشطة الثقافية والفنية، مثل: المسارح، والسينما، والمعارض، والمحاضرات، أو الندوات، والورشات بما يتناسب مع أعمارهم.

١٢- دمج الأطفال مجهولي النّسب مع أقرانهم في مختلف المناسبات والفعاليات، وتوفير الأنشطة المناسبة لهم، وخاصة في حال وجود ذوي أطفال الإعاقة منهم.

٢: الكفالة الأسرية:

يشكل الحرمان من الرّعاية الأسرية المعاناة الأكبر لمجهول النّسب، وقد عمل المشرّع من أجل تعويض مجهول النّسب عن هذا الحرمان بأن فتح الباب للأسرة والنساء غير المتزوجات لكفالة الأطفال مجهولي النّسب، فقد حدد في المادّة (١٦) من المشروع الجديد الهدف من إلحاق الطِّفل مجهول النّسب

بالأسرة؛ لتأمين رعاية الطِّفل وتربيته ضمن بيئة تضمن توفير مقومات الحياة بشتى المجالات، وبما يسهم في حصوله على حقوقه التي يتمتع بها أقرانه فضلاً عن تعزيز دوره في المجتمع، وقد اشترط من أجل تحقيق هذا الهدف الآتي:

أ-شروط طلب الكفالة:

١: أن يكون الطلب مقدماً من الأشخاص الذي رخَّص لهم المشرّع طلب الكفالة، وهم:

- أن يُقدَّم طلبٌ من أسرة مؤلفة من زوج وزوجة، أو امرأة غير متزوجة، حيث نص المشرّع في المادّة (١٠) من قانون رعاية اللقطاء[١] على: (يجوز بقرار من وزير الشؤون الاجتماعيَّة والعمل، وضع اللقيط لدى إحدى الأسر، أو لدى مَن ترغب بذلك من النساء بشرط أن تكون قادرة على: رعايته، وتربيته، وكفالته، وتعليمه، والإنفاق عليه، إذا كان في ذلك مصلحة اللقيط في سبيل تحقيق الرّعاية الأمثل)، فقد حصر المشرّع طالب الكفالة بالأسرة المؤلفة من زوج وزوجة أو من قِبل امرأة غير متزوجة، وبذلك حجب المشرّع طلب الكفالة عن الأسر التي لا تتكون من زوجين، كما منع الرجل الأرمل من طلب الكفالة.

- وفي حال تزاحم طالبي الكفالة نصت المادّة (٤) من القرار (٧٨٨) المذكور على: (تُعطى الأفضلية في حضانة الطِّفل للأسر التي يتقدم فيها الزَّوجان أو أحدهما بشهادة صحية تثبت عدم القدرة على الإنجاب (العقم)، فقد فضَّل

---

(١) كذلك نصت المادّة (١) من القرار (٧٨٨) الذي يعد بمثابة التعليمات التنفيذية لقانون رعاية اللقطاء أنه: (يجوز لدار رعاية الأطفال مجهولي النّسب أو الجمعية أو المؤسسة التي ترعى هؤلاء الأطفال إلحاق الطِّفل مجهول النّسب بإحدى الأسر أو لمن ترغب من النساء....).

المشرّع في إعطاء الكفالة التي يقدم فيها الزَّوجان أو أحدهما شهادة طبية بالعقم، وقد يعلل هذا الشرط بأن وضع مجهول النّسب في أسرة ليس لديها أولاد يجعله بعيداً عن مزاحمة الأولاد الصلبيين.

– وقد غفل مشروع قانون رعاية مجهول النّسب بأن يشترط مضي مدة على الزّواج، حيث تكون الحياة العائلية لدى الأسرة طالبة الكفالة قد استقرت ونضج القرار لديهم بتربية وكفالة مجهول النّسب.

٢– سن طالب الكفالة والمكفول: إن رعاية مجهول النّسب تتطلب فيمن يقوم بها أن يكون بعمر محدد يتيح له الخبرة الكافية والوعي والدراية اللازمة في تربية الأولاد، لهذا فقد اشترط القرار (٧٨٨) الصادر عن وزير الشؤون الاجتماعيَّة والعمل المنظم لإلحاق مجهول النّسب بالأسر والنساء ودور الرّعاية أن يبلغ طالب الكفالة سناً محدداً، إلا أنه فرَّق بين أن يكون طالب الكفالة زوجين وبين كون طالب الكفالة إحدى النساء.

أ– طالب الكفالة زوجين: في حال كون طالب الكفالة أسرة مؤلفة من زوجين، فقد اشترط القرار المذكور أعلاه ألا يقل عمر أي زوج من الزَّوجين عن ثلاثين سنة، وألا يتجاوز الستين، مع مراعاة أن يتم استثناء الزَّوجين من هذا الشرط بقرار وزير الشؤون الاجتماعيَّة تحقيقاً لمصلحة الطِّفل، فنص القرار في المادّة ٢/أ: (ألا يقل عمر أي زوج من الزَّوجين عن **ثلاثين سنة**، وألا يتجاوز الستين، ويجوز الاستثناء من هذا الشرط إذا ارتأت الوزارة مصلحة الطِّفل في ذلك.)

ب– طالب الكفالة إحدى النساء: إذا كان من يطلب إلحاق الطِّفل وكفالته إحدى النسوة، فقد اشترط القرار ألا يقل عمرها عن أربعين سنة، ولا يزيد عن

الستين في حال لم يسبق لها الزّواج، أما إذا كانت أرملة أو مطلقة، فقد خفض القرار الحد الأدنى بألا يقل عن ثلاثين سنة، وفق ما ذكرته المادّة ٥/أ التي نصت على أن تتوافر في المرأة طالبة الحضانة الشروط الآتية:

.أ- (ألا يقل عمرها عن أربعين سنة، ولا يتجاوز الستين بالنّسبة للمرأة غير المتزوجة، وألا يقل عن الثلاثين بالنّسبة لأي مرأة مطلقة؛ بسبب عدم القدرة على الإنجاب، أو المرأة الأرملة التي ليس لديه أولاد).

بينما نجد أنَّ مشروع قانون رعاية مجهول النّسب اشترط في الأسرة الكافلة بألا يقل سن كل منهما عن ثلاثين عاماً ولا يتجاوز الخامسة والخمسين[١]، وفي حال كانت طالبة الكفالة امرأة غير متزوجة، فقد حدد سنها بألا يقل عن الخامسة والثلاثين[٢].

ويلاحظ أن مشروع قانون رعاية مجهول النّسب كان موفقاً بتخفيض الحد الأعلى؛ لأن طالب الكفالة بعد تجاوز هذا السن لا يكون قادراً في أغلب الأحيان على رعاية الطِّفل والقيام بأمره، كما أنه أصاب عند اشتراطه ألا يقل الحد الأدنى للسن عن ثلاثين سنة في الأسرة والخامسة والثلاثين في طالبة الكفالة غير المتزوجة، حيث يوفر ذلك الخبرة الكافية والنضج اللازم لرعاية الطِّفل فيمن يطلب كفالته.

إلا أننا مع إبقاء الحد الأدنى عندما تكون طالبة الكفالة غير متزوجة بأربعين سنة، حيث إنها بهذا العمر تكون قد أخذت قرارها بعدم الزّواج بشكل نهائي.

---

(١) المادّة ١٧/أ من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

(٢) المادّة١٧/ب من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

وعموماً، فإن المشرّع السُّوري سواء أكان في المشروع الجديد أم في القرار (٧٨٨) قد تقدم على نظيره التونسي الذي جعل من بلوغ سن الرشد كافياً لطلب الكفالة[١].

٣-سن الطِّفل مجهول النّسب: هذا الشرط نص عليه مشروع القانون الجديد، حيث نص بألا يزيد سن مجهول النّسب عن السادسة في حال كان من تطلب كفالته امرأة غير متزوجة، ويبدو أن المشرّع في شرطه هذا قد راعى المناحي الدينية والعادات التي لا تقبل في أن يسكن طفل بالغ مع امرأة لا تربطه بها أي قرابة محرمية.

٤-جنسية طالب الكفالة: اشترط القرار (٧٨٨) أن يكون طالبا الكفالة (الزَّوجان) متمتعين بالجنسية السُّورية، أو بجنسية إحدى الدول العربيّة، وأن يكونا مقيمين في سورية بشكل دائم، فنصت المادّة ج/٢ يجب أن يتوافر في الزَّوجين طالبي الحضانة الآتي:

ج ـ (أن يحملا جنسية الجمهورية العربيّة السُّورية أو إحدى البلاد العربيّة، شريطة أن يكونا مقيمين في الجمهورية العربيّة السُّورية إقامة دائمة)، وقدد خفف مشروع قانون الرّعاية هذا الشرط بأن اكتفى بتمتع الزَّوج بالجنسية السُّورية أو أحدى الدول العربيّة، فراعى بذلك الأسر التي تكون فيها الزَّوجة غير عربية أو سورية مع شرط الإقامة في البلاد[٢].

---

(١) نصت المادّة (٣) من القانون عدد (٢٧) في العام ١٩٥٨م المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني بتونس على: (الكفالة هي العقد الذي يقوم بمقتضاه شخص رشيد يتمتع بحقوقه المدنية بكفالة قاصر).

(٢) المادّة ١٧/أ من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

وفي حال كانت طالبة الكفالة إحدى النساء نصت المادّة ٥/ب من القرار(٧٨٨)على: (أن تحمل جنسية الجمهورية العربيّة السُّورية أو إحدى البلاد العربيّة، شريطة أن تكون مقيمة في الجمهورية العربيّة السُّورية إقامة دائمة).

وقد ضمن المشرّع أن يكون الطِّفل تحت الرقابة الدائمة، فألزم بأن يتعهد طالب الكفالة بإبقاء الطِّفل داخل البلاد، وعند رغبته في مغادرة البلاد بشكل نهائي تجب عليه إعادة الطِّفل إلى الدار، أما إذا كانت المغادرة لفترة وجيزة، فيتعهد طالب الكفالة خطياً بإعادة الطِّفل الى البلاد خلال مدة لا تتجاوز أربعة أشهر، حيث نصت المادّة ٣/ح من القرار (٧٨٨) على هذا الشرط ضمن الوثائق المقدمة لطلب الكفالة: (تعهد خطي من طالبي الحضانة بإبقاء الطِّفل ضمن أراضي الجمهورية العربيّة السُّورية وإعادته إلى الدار في حال مغادرتهما القطر مغادرة دائمة، أما في حال المغادرة المؤقتة للقطر، فيتعهدان بعدم إبقاء الطِّفل خارج القطر مدة لا تزيد كحد أقصى عن أربعة أشهر)[١]، ويبدو أنَّ المشرّع في القانون الجديد قد سمح للأسرة في سفر الطِّفل بشكل نهائي أو لفترة مؤقتة بعد أخذ موافقة الوزير[٢]، إلا أنه قد يرد التساؤل حول جدوى هذا الشرط في الحالة التي يخالف بها طالب الكفالة تعهده ويمتنع عن إعادة الطِّفل الى أراضي البلاد، حيث إن الملاحقة الجزائية قد لا تؤتي ثمارها في كل الأحوال، فكان من الأفضل أن تكون هناك ضمانات لعودة الطِّفل كالكفالات العقارية والمالية.

---

(١) اشترط القرار ذاته التعهد وبصياغة مشابهة بالنّسبة للأوراق المطلوبة من قِبل إحدى النساء اللواتي يطلبن الكفالة في نص المادّة ٦/ز

(٢) المادّة (٢٠) من مشروع قانون مجهول النّسب.

كما أن المشروع الجديد عند سماحه بسفر الطِّفل بشكل نهائي، يكون قد غفل عن خطر تعريض الطِّفل للإتجار به، ويكون قد أبعده عن رقابة الدَّولة عليه والتأكد من وضعه داخل الأسرة.

٥- **الاتحاد بالدين بين طالب الكفالة ومجهول النّسب:** هذا الشرط لم يورده القرار (٧٨٨)، إنما نصَّ عليه مشروع قانون رعاية مجهول النّسب، حيث اشترط في كفالة الأسرة أن يكون الزَّوج متحداً مع دين مجهول النّسب، وفي حالة كفالة المرأة غير المتزوجة أن تكون متحدة في الدين مع الطِّفل[١].

٦ - **تحقق مصلحة مجهول النّسب:** لا شك أنَّ الأسباب الدافعة لتشريع الكفالة هي لتحقيق مصلحة الطِّفل المكفول، وقد اشترط القرار (٧٨٨) لتحقيق ذلك مجموعة من الشروط التي تشكل بعضها معايير عامة لصحة عقد الكفالة[٢]:

---

(١) المادّة ١٧/أ/ب من مشروع قانون مجهول النّسب.

(٢) نصت المادّة (٢) من القرار (٧٨٨) على الآتي: يجب أن يتوافر في الزَّوجين طالبي الحضانة الآتي: أ- ألا يقل عمر الزَّوجين عن ثلاثين سنة، ولا يتجاوز الستين، ويجوز الاستثناء من هذا الشّرط إذا ارتأت الوزارة مصلحة الطِّفل في ذلك. ب-أن يكون قد مضى على زواجهما خمس سنوات على الأقل، ويستثنيان من هذا الشّرط إذا تقدم كلاهما او أحدهما بشهادة صحية تثبت عدم القدرة على الإنجاب. ج-أن يحملا جنسية الجمهورية العربيّة السُّورية أو إحدى البلاد العربيّة شريطة أن يكونا مقيمين في الجمهورية العربيّة السُّورية إقامة دائمة د-أن يكونا سالمين من الأمراض السارية والعقلية. هـ-أن يكونا حسنَي السيرة والسلوك، ولم يحكم علي أي منهما بجناية أو جنحة مخلة بالشرف. و-أن يكونا قادرين على تربية الطِّفل وتهذيبه. ز-أن يكونا حسنَي القصد، ولا يبغيان استخدام الطِّفل خلافاً للعرف والعادة والآداب. ح-أن يكونا صالحين لرعاية الطِّفل من حيث سلامة الجو الأسري وحسن العلاقة بينهما.

بينما نصت المادّة (٥) على الشروط الخاصة بإلحاق الأطفال بالنساء: يجب أن تتوافر في المرأة طالبة الحضانة الشروط الآتية:=

أ: **الخلو من الأمراض السارية والعقلية:** إن طالب الكفالة المريض بأحد الأمراض السارية أو الأمراض العقلية يشكل خطراً على الطِّفل المكفول، وقد صيغ هذا الشرط في مشروع قانون الجديد أكثر دقة وشمولاً، فاشترط في طالب الكفالة الخلو من الأمراض السارية والمعدية أو أي مرض عضال[١]، كما أن اشتراط الخلو من هذه الأمراض يوفر له حماية أكثر للطفل.

ب: **القدرة على تربية الطِّفل وتهذيبه:** حتى ينشأ الطِّفل نشأة صحيحة لابد من أن تتوافر في طالب الكفالة القدرة على: رعاية مجهول النّسب، وتربيته، وتهذيبه، ورعايته في جو أسري سليم، وحمايته من أي استغلال أو إساءة أو تشهير، ولا تقتصر هذه القدرة على القدرة الجسدية، بل تمتد إلى القدرة المالية في الإنفاق على المكفول، وقد نص مشروع القانون الجديد على هذا الشرط، وأكد بأن تتوافر في طالب الكفالة القدرة على الإنفاق على مجهول النّسب وباقي إفراد أسرة طالب الكفالة[٢].

ج: أن يكون طالب الكفالة من أصحاب السيرة الحسنة والسلوك الجيد، وألا يكون قد سبق أن حكم عليه بعقوبة جنائية أو بجنحة مخلة بالشرف.

=أ- ألا يقل عمرها عن أربعين سنة، ولا يتجاوز الستين بالنّسبة للمرأة غير المتزوجة، أو لا يقل عن ثلاثين سنة بالنّسبة لأي مرأة مطلقة؛ بسبب عدم القدرة على الإنجاب، أو الأرملة التي ليس لديها أولاد. ب- أن تحمل جنسية الجمهورية العربيّة السُّورية أو إحدى البلاد العربيّة شريطة أن تكون مقيمة في الجمهورية العربيّة السُّورية إقامة دائمة. ج- أن تكون سالمة من الأمراض السارية والعقلية. د- أن تكون حسنة السيرة والسلوك، ولم يحكم عليها بجناية أو جنحة مخلة بالشرف. هـ- أن تكون قادرة على تربية الطِّفل وتهذيبه. و-أن تكون حسنة القصد ولا تبغي استخدام الطِّفل خلافاً للعرف والعادة والآداب..

(١) المادّة ١٧ /أ من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

(٢) المادّة (١٧/أ) من مشروع قانون مجهول النّسب.

د: أن يكون طالب الكفالة حسن القصد من وراء طلبه للكفالة، بحيث لا ينوي أن يستعمل الطِّفل بأمور مخالفة للعادات والعرف والآداب العامة[١].

فضلاً عن هذه الشروط نجد أن المشروع الجديد قد اشترط عدم وجود الأولاد في الأسرة طالبة الكفالة[٢].

وعند توافر هذه الشروط يكون بمقدور طالب الكفالة أن يتقدم مصحوباً بما يطلبه القانون من وثائق لطلب الكفالة وفق آلية سوف نتناولها بالشرح الآتي:

٢- إجراءات الكفالة:

يعد أول شرط إجرائي في عقد كفالة الأطفال، هو تقديم طلب من قِبل طالب الكفالة سواء أكان أسرة أم امرأة أم هيئة، يبدي فيه رغبته بكفالة طفل، مع مجموعة من الوثائق[٣]التي تختلف باختلاف الجهة[٤]، وبعد تقديم الطلب

---

(١) نص المشرّع على هذه الشروط ضمن المادّة (١٠) من القرار (٧٨٨) ومشروع القانون الجديد في المادّة (١٧) منه

(٢) المادّة ١٧/أ من مشروع قانون مجهول النّسب.

(٣) اشترطت المادّة (١٠) من القرار (٧٨٨): (يجب في الوثائق المذكورة في المواد: /٣،٥،٦،٧/ حديثة، ولم يمض على استخرجها أكثر من ثلاثة أشهر)

(٤) **الوثائق المطلوبة من قِبل الزَّوجين:**

١- قيد مدني مصدق أصولاً. ٢- صورة عن عقد الزّواج مصدق، يظهر فيه تاريخ الزّواج بشكل واضح.٣- بيان عائلي يوضح وجود أولاد لطالبي الكفالة من عدمه. ٤- تقرير طبي يثبت الخلو من الأمراض السارية والعقلية. ٥- تقرير طبي يثبت القدرة على الإنجاب من عدمه (العقم) من طبيب مختص. ٦- خلاصة سجل عدلي (لا حكم عليه) لكل من الزَّوجين الكفالة.٧- تعهد خطي بإبقاء الطِّفل داخل أراضي الجمهورية العربيّة السُّورية وإعادة الطِّفل إلى دار الرّعاية في حال الرغبة بمغادرة البلاد بشكل دائم، أما إذا كانت المغادرة بشكل مؤقت، فيتعهد الزَّوجان بعدم إبقاء الطِّفل خارج البلاد أكثر من أربعة أشهر. ٨- تعهد خطي يثبت نية الزَّوجين الحسنة وعدم استخدام الطِّفل فيما يخالف العرف والآداب العامة[٤].

أما إذا كان طالب الكفالة إحدى النساء، فالوثائق المطلوبة هي:

مشفوعاً بالوثائق المطلوبة تتولى دار الرّعاية دراسة هذا الطلب، حيث تقوم في سبيل ذلك بتحقيق اجتماعي وزيارات ميدانية[١]؛ للتأكد من حسن سيرة وسلوك طالب الكفالة ، والقدرة على تربية الطِّفل والعناية به، وتوافر العلاقة الأسرية الحسنة، والقصد الحسن من الكفالة لضمان عدم استخدام الطِّفل بما يخالف العادات والعرف والآداب العامة[٢]، ولاشك أنه يجب أن يكون من ضمن اللجنة التي تتولى الدّراسة اختصاصي اجتماعي يعهد إليه ذلك، كما يجب أن تتأكد اللجنة عندما يكون طالب الكفالة مؤسسة أو جمعية أهلية من توافر الإمكانات المالية والكوادر البشرية الجيدة التي توفر للطفل الرّعاية المناسبة والتنشئة الصّحيحة[٣]، وبعد انتهاء اللجنة من الدّراسة تقوم بإبداء رأيها، ومن ثم تقوم

١- قيد مدني مصدق أصولاً.٢- سند إقامة مصدق أصولاً. ٣- تقرير طبي يثبت الخلو من الأمراض السارية والعقلية.٤- تقرير طبي يثبت القدرة على الإنجاب من عدمه (العقم) من طبيب مختص. ٥- خلاصة سجل عدلي (لا حكم عليه) لكل من الزَّوجين الكفالة.٦- تعهد خطي بإبقاء الطِّفل داخل أراضي الجمهورية العربيّة السُّورية وإعادته إلى دار الرّعاية في حال الرغبة بمغادرة البلاد بشكل دائم، أما إذا كانت المغادرة بشكل مؤقت، فتتعهد المرأة بعدم إبقاء الطِّفل خارج البلاد أكثر من أربعة أشهر.٧- تعهد خطي يثبت نية طالبة الكفالة الحسنة وعدم استخدام الطِّفل فيما يخالف العرف والآداب العامة.

أما في حال كون طالب الكفالة هو شخص اعتباري كالجمعيات والمؤسّسات الأهلية التي تتوافر فيها الشروط المطلوبة، فقد استلزم القرار (٧٨٨) منها أن تتقدم بطلب خطي مرفقاً بـ:

- تعهد خط برعاية الطِّفل وعنايته بشكل حسن، وعدم إساءة معاملته.
- تعهد بعدم تسليم الطِّفل لأي أسرة أو امرأة أو جمعية إلا بعد أخذ موافقة خطية مسبقة من قِبل وزارة الشؤون الاجتماعيَّة.

(١) نصت المادّة (١١) من القرار (٧٨٨) على: (تقوم الدار أو الجمعية أو المؤسسة التي ترعى الأطفال مجهولي النّسب بإجراء دراسة اجتماعية عن واقع الأسرة أو المرأة طالبة الحضانة بشكل مفصل بعد إجراء زيارات ميدانية للجهة طالبة الحضانة).

(٢) الفقرة أ/٩ من القرار ٧٨٨.

(٣) الفقرة ب/٩ من القرار ٧٨٨ .

برفع الطلب إلى مديرية الشؤون الاجتماعيَّة التي تقوم بدورها بإبداء مطالعتها بخصوص الطلب وتقوم برفعه إلى وزارة الشؤون الاجتماعيَّة صاحبة القرار[١]، التي تقوم بدراسة الطلب في ضوء مطالعة الدار، ومطالعة مديرية الشؤون الاجتماعيَّة بالموافقة على طلب الكفالة أو رفضه في مدة أقصاها خمسة عشر يوماً من تاريخ تسجيل الطلب في ديوانها[٢].

وعند موافقة الوزارة تقوم الدار التي تتولى الرّعاية بإبرام عقد الكفالة (الإلحاق)[٣] مع طالب الكفالة ولمدة سنتين يمدد تلقائياً، يخضع لتصديق وزير الشؤون الاجتماعيَّة[٤]، إلا أن المشرّع في مشروعه الجديد قد جعل مدة العقد التمهيدية خمس سنوات إذا كان عمر الطِّفل خمس سنوات فما دون، أما إذا كان عمره فوق هذا السن، فإن الدار تبرم عقداً لمدة سنتين فقط، ليجري بعدها إبرام عقد دائم[٥]، كما أوجب المشروع الجديد على الدار في حال الموافقة على إلحاق مجهول النّسب بالأسرة أن ترسل نسخة عن عقد الإلحاق إلى المحكمة الشَّرعية لاستصدار وصاية شرعية لطالب الكفالة ليتولى مسؤوليته عن الطِّفل المكفول وإدارة شؤونه طيلة فترة الكفالة[٦].

---

(١) المادّة (١٢) من القرار ٧٨٨.

(٢) المادّة (١٣) من القرار (٧٨٨).

(٣) نموذج عن عقد لإلحاق نهاية البحث.

(٤) المادّة (١٥) من القرار (٧٨٨).

(٥) المادّة ١٦/ج من مشروع قانون مجهول النّسب.

(٦) المادّة ١٩/ز من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

المطلب الثَّاني: التزامات الكافل:

بمجرد إبرام عقد الكفالة (الإلحاق) يصبح الطِّفل في عهدة الكافل سواء أكان أُسَراً، أم امرأة غير متزوجة، يرتب هذا العقد عدداً من الالتزامات على الكافل على أطرافه من أجل تأمين العناية بمجهول النسب وورعايته، وإدارة أمواله، والقيام بجميع ما تقتضيه العناية به، وتستمر هذه الكفالة لتنتهي إما بالأسباب العامة لانتهاء العقود وإما بسحب هذه الكفالة وفسخ عقد الإلحاق وفق ما يتوضح لنا في الآتي:

أولاً- تربية الطِّفل المكفول: يجب على الكافل العناية بالطِّفل المكفول وتربيته التَّربية الحسنة، وإلا قد يتعرض إلى فسخ عقد الكفالة من قِبل وزير الشؤون الاجتماعيَّة ، كما أنه من مشتملات التَّربية: تعليم الطِّفل، ومتابعة تحصيله العلمي أو المهني، ومتابعة جميع أموره الشَّخصية كالعلاج والزّواج، التي تعد من مستلزمات الولاية على النفس التي أشارت إليها المادّة ٢٠/ب من المشروع الجديد على التزام الأسرة الراعية بتربية الطِّفل تربية حسنة، وغرس المبادئ والقيم النبيلة والأخلاق السامية، وتعزيز مفهوم الهوية الوطنية والمواطنة لدى الطِّفل.

ثانياً-الإنفاق على الطِّفل المكفول: الأصل أن الدَّولة ممثلة بوزارة الشؤون الاجتماعيَّة هي مَن تتولى الإنفاق على الطِّفل وفق ما يُفهم من نص المادّة (١٧) من قانون رعاية اللقطاء بقولها:

(لا يطالب اللقيط بإعادة الأموال التي تنفقها الدَّولة على كفالته وتربيته)، وبانتقال مجهول النّسب لرعاية الكافل، فإن نفقته تكون عليه، وهذا يمكن

استنتاجه من اشتراط القدرة على تربية الطِّفل فيمن يطلب الكفالة، حيث إن مما ينطوي تحت مفهوم القدرة هي القدرة المالية بالإنفاق على مجهول النّسب.

ثالثاً- منح المكفول لقب الكافل: مرَّ معنا عند الحديث عن حق مجهول النّسب في الاسم أنَّ المشرّع السُّوري لم يتركه من دون هوية، بل كلف أمين السجل المدني باختيار اسم ونسبة لمجهول النّسب وفق ما تقترحه دار الرّعاية التي يُودَع لديها، وعند انتقال مجهول النّسب لرعاية الأسرة الكافلة وتوطد علاقته بهذه الأسرة ليصبح أحد أفرادها، هنا يبرز الاختلاف بين لقب الكافل ولقب الطِّفل، فيشكل أحد حواجز الاندماج بهذه الأسرة، ناهيك عن الحرج الذي يتولد لدى مجهول النّسب عندما يعرف عن اسمه ونسبته، وتلافياً لذلك؛ فقد منح المشرّع السُّوري لرب الأسرة الكافلة إمكانية منح لقب أسرته للطفل المكفول، فقد نصت المادّة ٢٩/د من قانون الأحوال المدنية على:

(- يجوز منح مجهول النّسب نسبة الأسرة الحاضنة، بناء على طلبٍ خطي من رب الأسرة، وموافقة مجهول النّسب الذي تجاوز الثامنة عشرة من عمره، وتُصحح نسبته في المسكن الخاص به تبعاً لذلك)).

إلا أنَّ المشرّع قد قصر حق منح الاسم في الحالة التي تكون فيها الكفالة من قِبل أسرة دون المرأة الحاضنة، وقد اشترط المشرّع لذلك:

١- أن يتقدم رب الأسرة (الزَّوج) بطلب خطي إلى أمانة السجل المدني يطلب فيه هذا المنح، وبذلك حصر تقديم الطلب بالزَّوج دون الزَّوجة.

٢- أن يُرفق مع الطلب ما يثبت حضانته لمجهول النّسب ب فضلاً عن بيان عائلي لأسرته.

٣- موافقة مجهول النّسب الذي يبلغ الثامنة عشرة من العمر على هذا المنح[١].

ويؤخذ على هذه المادّة أنها لم تشترط موافقة والدة مجهول النّسب عندما تكون معلومة عند إمكانها التَّعبير عن هذه الإرادة، بينما نجد **أن** القانون الجزائري الذي سار على ذات الاتجاه قد اشترط موافقة والدة مجهول النّسب عندما تكون معلومة وعلى قيد الحياة[٢]، ونتمنى على المشرّع السُّوري أن ينص على موافقة الأم عندما يكون بالإمكان الحصول عليها، محققاً التوزان بين احترام وجود الأم وصلتها بابنها و فرصة الطِّفل في الحصول على مزيد من الاندماج بالأسرة الكافلة.

وقد احتج البعض على منح المكفول نسبة الكافل، بأنه تزييف للنسب وتشريع للتبني بشكل غير مباشر، وقد رد على هذا الاعتراض بأنه لا يؤدي

---

(١) نصَّت التعليمات التنفيذية الخاصة بتطبيق قانون الأحوال المدنية على: (....٤-في حال رغبة الأسرة الحاضنة في منح نسبتها لمجهول النّسب، فعلى رب الأسرة التقدم بطلب خطي إلى أمانة السجل المدني مكان قيد مجهول النّسب مرفقاً ببيان عائلي لرب الأسرة ووثيقة تثبت حضانته لمجهول النّسب صادرة عن دار الرّعاية المختصة .٥- في حال تجاوز مجهول النّسب الثامنة عشرة من عمره، فعلى أمين السجل المدني أن يدوّن على الطلب المُقدم من رب الأسرة حضور مجهول النّسب وموافقته على التصحيح، ويقوم مجهول النّسب بالتوقيع على الطلب إلى جانب توقيع وختم أمين السجل المدني. ٦- يجري تصحيح نسبة مجهول النّسب على قيده في سجل الواقعات والسجل المدني أصولاً ويُشار إلى ذلك في حقل ملاحظات القيد.

٧- لا يجوز تصحيح اسم والد مجهول النّسب إلى اسم رب الأسرة الحاضنة بِعَدِّ التبني محرم شرعاً .

(٢) نص المشرّع الجزائري في المرسوم ٢٤/٩٢ على: (كما يمكن أن يتقدم الشَّخص الذي كفل في إطار الكفالة، ولداً قاصراً مجهول النّسب من الأب، أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائدته، وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي، وعندما تكون أم الولد القاصر معلومة وعلى قيد الحياة، فينبغي أن ترفق موافقتها المُقدَّمة في شكل عقد شرعي بالطلب).

هذا المنح إلى التوارث بين الكافل والمكفول ولا إلى انتساب الطِّفل إلى الكافل[١]، وهذا ما أكدته التعليمات التنفيذية لقانون الأحوال المدنية التي أوجبت أن يُشار إلى هذا المنح والتصحيح في نسبة المكفول في حقل ملاحظات القيد المدني، كما منعت وبشكل قاطع أن يتم تصحيح اسم والد مجهول النّسب ليطابق اسم رب الأسرة الكافلة، وعللت ذلك بأن التبني ممنوع في القانون[٢].

ولا بد من القول: إن التعليمات التنفيذية لقانون الأحوال المدنية أوجبت التنويه إلى منح المكفول نسبة الكافل في حقل ملاحظات القيد المدني، وهذا يثير التساؤل عن الفائدة من هذا المنح ما دام قد أُشير على أنه مستعار في حقل القيد، فتكون الغاية من هذه المادّة تجنيب الحرج عن الطِّفل بإعطائه نفس نسبة الكافل قد أُجهضت، وقد عالج المشرّع ذلك بأن جعل هذه القيود سرية لا يجري الاطلاع عليها إلا من قِبل المحكمة المختصة[٣].

ثانياً: انقضاء الكفالة: تتعدد الأسباب التي تنتهي بها الكفالة، منها: الأسباب العامة لنهاية العقود، أو الأسباب خاصة، فترجع لطبيعة هذا العقد كونه عقداً ينصبُّ على رعاية مجهول النّسب على وجه التبرع.

---

(١) هجيرة نشيدة مداني، حقوق الطِّفل بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، ٢٠١١م/ ٢٠١٢م، ص٩٢.

(٢)- نصت التعليمات التنفيذية لقانون الأحوال المدنية على: (٦...-يجري تصحيح نسبة مجهول النّسب على قيده في سجل الواقعات والسجل المدني أصولاً، ويشار إلى ذلك في حقل ملاحظات القيد. ٧-لا يجوز تصحيح اسم والد مجهول النّسب إلى اسم رب الأسرة الحاضنة بِعَدِّ التبني محرم شرعاً).

(٣) راجع الصفحة (٧٧) .

١: الأسباب العامة لانقضاء الكفالة.

أ- **انتهاء المدة التمهيدية للعقد:** كانت المادّة (٦) من القرار (٧٨٨) قد نصَّت على أن عقد الإلحاق يبرم لمدة سنتين تُجدد تلقائياً باتفاق الفريقين، إلا أنَّ مشروع القانون الجديد قد جعل مدة العقد التمهيدية خمس سنوات إذا كان عمر الطِّفل خمس سنوات فما دون، أما إذا كان قد تجاوز هذا السن، فإن الدار تبرم عقداً لمدة سنتين فقط، ليجري بعدها إبرام عقد دائم(١).

ب: **وفاة الكافل أو المكفول:** ينقضي عقد الكفالة وفق القواعد العامة بوفاة أحد طرفي العقد.

- **وفاة الطِّفل مجهول النّسب:** بوفاة المكفول ينقضي عقد الإلحاق، حيث إن محل هذا العقد وهو الرّعاية لمجهول النّسب تصبح منعدمة، فينقضي العقد تبعاً لذلك.

- **وفاة الكافل:** سواء أكان الكافل المرأة التي تتولى رعاية مجهول النّسب أم وفاة الزَّوجين معاً أو أحد الزَّوجين، وعدم تقديم الزَّوج الآخر طلباً للاستمرار برعاية مجهول النّسب من قِبل أقارب الكافل، وفق ما نص عليه مشروع القانون

---

(١) المادّة (١٦/ج) من مشروع قانون مجهول النّسب.

الجديد[١]، حيث إن عقد الإلحاق لا ينتقل للورثة على عدٍّ أن الانقضاء قد وقع بحكم القانون[٢].

في الواقع، إن استمرار الكفالة وانتقالها إلى بقية أفراد الأسرة لابد أن يؤخذ بالحسبان، كما أنَّ انتقال المكفول إلى دار الرّعاية من جديد أو انتقاله إلى كفالة جديدة، قد ينعكس عليه سلباً، لذلك لابد من منح استثناءات لبقية أفراد الأسرة الذين يرغبون في تولي الكفالة بعد وفاة ذويهم، وقد لحظت المادّة (٢٤) من المشروع الجديد هذه الناحية، فمنحت الأفضلية عند تعدد طلبات إلحاق الطِّفل بالأسرة لأقارب الأسرة التي تحصل لديها حالة وفاة أو طلاق، ولا تطالب باستمرار رعاية الطِّفل.

ج- **فقدان أهلية الكافل:** عقد الكفالة ينقضي مثل بقية العقود بفقدان أهلية الكافل أو نقصانها[٣].

د- بلوغ الطِّفل سن الرشد: تستمر حتى بلوغ الطِّفل سن الرشد، حيث يصبح مجهول النّسب قادراً على تولي أموره دون الحاجة إلى رعاية، وقد نصت المادّة

---

(١) نصت المادّة (٢٤) من مشروع القانون الجديد على: (أ-إذا تُوفي أحد الزَّوجين، فيحق للآخر التقدم بطلب إلى اللجنة لاستمرار برعاية الطِّفل، ويصدر الوزير قراره بالموافقة أو الرفض بناء على اقتراح اللجنة وفق ما تقتضيه مصلحة الطِّفل. ب-تسري أحكام الفقرة السَّابقة في حال انفصال الزَّوجين وطلب أحدهما الاستمرار برعاية الطِّفل، أما في حال تقدم كلاهما بطلبين للاستمرار بالرّعاية، فتكون الأفضلية لمن تكون لديه مصلحة أفضل للطفل مع مراعاة رغبة الطِّفل نفسه. ج- في حال عدم رغبة الأسرة باستمرار رعاية الطِّفل أو حدوث حالة طلاق أو وفاة وعدم المطالبة باستمرار رعاية الطِّفل يستطيع أي شخص من أقارب الأسرة السَّابقة التقدم بطلب لإلحاق الطِّفل، حيث تقوم اللجنة باتباع الإجراءات ذاتها المطبقة على طلب الإلحاق لأول مرة).

(٢) المادّة (٨٢) من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

(٣) المادّة (٢١) من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

(٦) من قانون رعاية اللقطاء على: (تقوم وزارة الشؤون الاجتماعيَّة والعمل بالولاية على نفس اللقيط حتى إتمام سن الثامنة عشرة)[١].

٢: فسخ عقد الكفالة:

يعد عقد الكفالة الذي تبرمه الدار من العقود التي يُراد بها تحقق مصلحة الطِّفل المكفول، فيجب على الدار أن تستقصي أوضاع مجهولي النّسب بعد إبرام العقد، حيث تقوم الدار بزيارات دورية، وكلما دعت الحاجة لمتابعة أوضاعه عند الكافل[٢]، وقد حدد المشرّع سواء أكان في القرار (٧٨٨) أم في مشروع قانون رعاية مجهول النّسب الحق لوزير الشؤون الاجتماعيَّة فسخ هذا العقد في الحالات الآتية:

أ- إذا تبين أن مصلحة الطِّفل غير متحققة من استمرار عقد الكفالة.

ب- عدول طالب الكفالة عن رعاية الطِّفل.

ت- إخلال طالب الكفالة بالشروط المطلوبة لطلب الحضانة باستثناء شرط العمر.

ث- عند طلب والد الطِّفل المكفول (مجهول النّسب) الذي ثبتت بنوّته له بموجب حكم قضائي، عودة الطِّفل إلى كنفه[٣]، حيث يجب وفق مشروع

---

(١) وهذا مطابق لنص التاسعة من مشروع قانون مجهول النّسب الفقرة أ – ب.

(٢) نصت المادّة (١٤) من القرار (٧٨٨) على: تقوم الدار أو الجمعية أو المؤسسة التي ترعى الأطفال مجهولي النّسب بتتبع أحوال الطِّفل لدى الجهة الحاضنة عن طريق الزيارات الدورية مرة كل أربعة أشهر، وكلما دعت الحاجة).

(٣) نصت المادّة (١٦) من القرار (٧٨٨) على: (لوزير الشؤون الاجتماعيَّة فسخ عقد الحضانة (الإلحاق) في إحدى الحالات الآتية:

١-إذا عدلت الجهة طالبة الحضانة عن تربية الطِّفل.

٢-إذا أخلت الجهة طالبة الحضانة بشروط الحضانة الواردة في هذا القرار.

القانون إخراجه من الدار قبل بلوغه سن الثامنة عشرة عندما يطلب والدا مجهول النّسب أو والدته التي ثبت النّسب منها أو من أحداهما بحكم قضائي[١]، وقد أضاف مشروع قانون رعاية مجهول النّسب إلى هذه الشروط[٢].

ج- طلب الأسرة إنهاء عقد الإلحاق وإعادة مجهول النّسب.

ح- انفصال الزَّوجين وعدم تقدم أي منهما بطلب استمرار رعاية مجهول النّسب.

خ- ثبوت تكرار مخالفة الأسرة بالتزاماتها المحددة في هذا القانون رغم التنبيه أو الإنذار الخطي الموجه إليها.

د- ارتكاب الأسرة مخالفة جسمية لأحكام قانون رعاية مجهول النّسب.

ولابد من الإشارة إلى أن المشروع الجديد قد ميَّز بين الحالات التي تنتهي فيها الكفالة بقوة القانون، وهي: حالات وفاة الكافل، أو المكفول، أو عدول الكافل عن الكفالة، حيث جعل هذا الانقضاء بقرار من قِبل القاضي الشَّرعي وبين بقية الحالات التي جعل فيها انقضاء العقد بقرار من وزير الشؤون الاجتماعيَّة، وكان من الأولى أن يعهد أمر تقرير انقضاء هذا العقد بكل أسبابه للقضاء الشَّرعي، سيما أنَّ الحالات التي أعطى فيها المشروع الجديد

٣-إذا ثبت أن مصلحة الطِّفل غير متحققة لدى الجهة الحاضنة.

٤-إذا ظهر والد الطِّفل وأثبت بنوّته له بموجب قرار مبرم صادر عن المحكمة المختصة، وتقدم بطلب خطي يطلب فيه تسليمه الطِّفل).

(١) المادّة (٢٦) من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

(٢) المادّة ٢١/ب من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

لاختصاص لوزير الشؤون الاجتماعيَّة حالات وأسباب قد تحتاج إلى البحث والتفنيد يكون فيها القاضي الشَّرعي أجدر على مناقشتها.

وسواء أتم إنهاء العقد بقوة القانون أم بفسخه بقرار من قِبل وزير الشؤون الاجتماعيَّة والعمل، فإن المادّة (٢٢) من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب يرتب الآثار الآتية:

١- تقوم إدارة الدار بالتنسيق مع لجنة الرّعاية الأسرية عند انتهاء الكفالة للأسباب العامة أو إنهائها باستعادة مجهول النّسب من الأسرة الراعية.

٢- يُعاد مجهول النّسب إلى الدار التي كان فيها قبل الإلحاق بنفس الحقوق والواجبات والميزات المتقدمة إلى أقرانه، حيث تتابع حالته النفسية والاجتماعيَّة دورياً؛ للتأكد من عدم حدوث أو تفاقم أي تأثيرات أو منعكسات سلبية لعودته إلى الدار، وتنتهي حكماً وصاية الأسرة على الطِّفل، كما تنتهي مسؤوليتها مدنياً عن أفعاله الضارة بالغير.

٣- لا يحق للأسرة الراعية ولا لورثتها مطالبة أي جهة كانت بأي مصاريف أو بدل أتعاب؛ لرعايتها مجهول النّسب خلال مدة الإلحاق لديها.

وعند امتناع الأسرة الكافلة عن تسليم الطِّفل، فإنها تتعرض للعقوبة التي نصَّ عليها مشروع قانون رعاية مجهول النّسب[١]، وهي الغرامة من (١٠٠٠٠٠) مائة ألف ليرة سورية وحتى (٢٥٠٠٠٠) مائتين وخمسين ألف ليرة سورية، والحبس من شهر إلى ستة أشهر.

---

(١) نصت المادّة ٢٨/ز من مشروع قانون مجهول النّسب على: يعاقب بالحبس من شهر على سنة، والغرامة من (١٠٠٠٠٠) مائة إلى (٢٥٠٠٠٠) مائتين وخمسين ألف ليرة سورية كل أسرة عهد إليها برعاية طفل بموجب عقد إلحاق نظامي، وامتنعت عن التسليم عند انتهاء العقد المذكور..

كما يجب على الكافل عند تعيينه وصياً على مجهول النّسب، فإن قانون الأحوال الشَّخصية يفرض عليه أن يقدم حساباً مؤيداً بالمستندات، كما يجب عليه تسليم الأموال التي لديه (لحساب مجهول النّسب) خلال مدة ثلاثين يوماً من انتهاء وصايته وفق ما ينص عليه قانون الأحوال الشَّخصية[١]، في أن يعيد الأموال التي تكون لمجهول النّسب وإلا لُوحق بجرم إساءة الأمانة.

يتميز عقد الكفالة بعدة خصائص التي تميزها عن غيرها من العقود:

ثالثاً: خصائص عقد الكفالة

تنفرد الكفالة بعدة خصائص تجعل منها نظاماً فريداً يولي تحقيق المصلحة الفضلى لمجهول النّسب في الرّعاية والتَّربية والتنشئة الصّحيحة، تتمثل أبرز هذه الخصائص في:

– أن رعاية مجهول النّسب والعناية به هي محل هذا العقد، أما سبب هذا العقد، فهو نية التبرع لدى الكافل، وقد عدَّ البعض أنَّ محل العقد هو مجهول النّسب، أما العناية به، فهي بسبب هذا العقد[٢].

---

(١) نصت المادّة (١٩) من قانون الأحوال الشَّخصية: ((كل وصي انتهت وصايته وامتنع دون عذر عن تسليم أموال القاصر لمن حل محله في الوصاية في المدة المحددة في المادّة السَّابقة، أحيلت قضيته إلى النيابة العامة بعد إنذاره بعشرة أيام لإقامة الدعوى عليه بإساءة الائتمان))

(٢) عارف مولاه عبد المهتدي، الرّعاية القانونيّة لمجهول النّسب، بحث علمي مقدم لنيل درجة الأستاذ لدى نقابة المحامين فرع حماه، ٢٠١٩م، ص٧٣ نقلاً عن أحمد عبد الدايم، مصادر الالتزام، جامعة حلب، ٢٠٠٥م، ص٤٣–٥٩.

- تعد الكفالة التزاماً على وجه التبرع من قِبل الكافل، فلا يترتب على المكفول أي التزام أو واجب بالمقابل[١]، وقد أكدته المادّة الأولى من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب عند تعريفها عقد الإلحاق، فقالت: (رعاية مجهول النّسب وتربيته والإنفاق عليه والاهتمام بشؤونه كافة ضمن أسرة من دون أن يترتب على ذلك أي حق في النّسب أو الإرث وينظم بعقد).
- الكفالة تولي المكفول نفس الرّعاية التي يوليها الأب لأبنائه.
- الكفالة تحمي الحقوق الإرثية، فهي لا تعطي المكفول أي نصيب من تركه الكافل بعد وفاته، وإن كانت الشريعة الإسلامية تسمح بأن يوصي الكافل للمكفول بأمواله، فهي مقيدة بحدود الثلث، وما يتجاوز عن الثلث يحتاج إذن الورثة وفق أحكام الوصية، وفي هذا السماح تأكيد على أنَّ المكفول ليس من ورثة الكافل الشَّرعيين، حيث إنه لا وصية لوارث[٢].
- تعد الكفالة من العقود المسماة، حيث نظمها المشرّع سواء أكان في القرار (٧٨٨) أم في مشروع قانون رعاية مجهول النّسب تحت مسمى: عقد الإلحاق الذي أفرد له أحكاماً وشروطاً تفصيلية.
- يعد عقد الكفالة من عقود الإذعان، حيث إن الإرادة هنا محددة بالموافقة على الشروط المفروضة من قِبل وزارة الشؤون الاجتماعيَّة التي لا تقبل المفاوضات، حيث يقتصر دور الإرادة إما على الموافقة وإما على الرفض دون أن يملك طالب الكفالة أي سلطة لمناقشة بنود العقد[٣].

---

(١) بيدويري كريمة، مرجع سابق، ص ٨، نقلاً عن عبد القادر قرموش، كفالة الأطفال المهملين (دراسة تحليلية نقدية لظهير ١٣ يونيو ٢٠٠٢م على ضوء أحكام مدونة الأسرة)، ط١، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، ٢٠٠٨م، ص٨٧.

(٢) نصت المادّة (٢٣٨) من قانون الأحوال الشَّخصية على: (١-تنفذ الوصية لغير الوارث بثلث ما يبقى من التركة بعد وفاء الدين من غير إجازة الورثة. ٢- ولا تنفذ للوارث ولا بما زاد عن الثلث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكان المجيز كامل الأهلية. ٣- تنفذ وصية من لا دين عليه ولا إرث له بكل ما له من غير توقف على إجازة أحد).

(٣) عارف مولاه عبد المهتدي، مرجع سابق، ص٧٣.

الخاتمة

يتضحُ لنا في هذه الدّراسة (المركز القانوني لمجهول النّسب) كيف أنَّ المشرّع السُّوري قد أولاه عناية خاصة سواء أكان من خلال تعريفه أم من أجل تبيان الحقوق التي يتمتع بها، وحل المشكلات التي تعتري أمر تطبيقها، والتي تشكل بمجملها الهوية القانونية له، وقد سعى المشرّع لتطوير النُّصوص القانونية لتحقيق رعاية قانونية واجتماعيّة لمجهول النّسب، لتعويضه عن حرمانه من أسرته الأصلية والآثار الناجمة عن ذلك، وقد تجلت أبرز النتائج التي توصلنا إليها في هذه الدّراسة في الآتي:

١- إنَّ المشرّع السُّوري عدل عن تسمية اللقيط إلى مجهول النّسب، سواء أكان ذلك في المرسوم التَّشريعي الذي أوجب استبدال كلمة (اللقيط) بـ (مجهول النّسب) أينما وردت في قانون الأحوال المدنية أم من خلال التأكيد على تسميته هذه في المشروع الجديد لقانون رعاية مجهول النّسب، وهو لا يعد بذلك تعديلاً من الناحية الشكلية، بل إنَّ له بُعداً عملياً يتجلى من خلال شمولية مفهوم (مجهول النّسب) للكثير من الصور كـ: الطِّفل الضال، والطِّفل الناتج عن علاقة غير شرعية، وصور جهالة النّسب الأخرى.

٢- إنَّ المشرّع السُّوري قد عنى بحماية (مجهول النّسب) بداية من التقاطه وآلية تسجيله في الأحوال المدنية، كما نظم مسألة الولاية عليه مع الإحالة في ذلك إلى ما ينص عليه قانون الأحوال الشَّخصية، كما نظم مسألة الإنفاق عليه، ومسألة تملكه لما يوهب إليه، أو يوصى إليه، أو ما يوجد معه حال التقاطه.

٣-تبنى المشرّع السُّوري نظام الكفالة كنظام قانوني لرعاية (مجهول النّسب) بعد أن منع التبني معتمداً في ذلك على ما تنص عليه الشريعة الإسلامية كمصدر تشريعي يرجع إليه عند خلو النص التَّشريعي، مع تطبيق هذا المنع على جميع السُّوريين بجميع طوائفهم.

٤-نجد أن المشرّع السُّوري بأخذه نظام الكفالة قد حقق التوازن بين ضرورة إيجاد أسرة بديلة تتولى رعاية مجهول النّسب، وبيَّن وجوب احترام نظام النّسب كأساس يُبنى عليه نظام العائلة في التَّشريع السُّوري.

٥-وقد سعى المشرّع إلى تطوير النُّصوص المُتعلِّقة بمجهول النّسب بما يوفّر المزيد لحماية المركز القانوني لمجهول النّسب وبلورته من خلال مشروع قانون رعاية مجهول النّسب والذي يعد إعادة تجميع النُّصوص القانونية المنثورة في المراسيم والقوانين السُّورية التي تتناول مجهول النّسب في القوانين والمراسيم التَّشريعية.

ومن التوصيات المقترحة في نهاية الدّراسة:

١- تشجيع الأسر على ضم مجهولي النّسب ضمن أسرهم من خلال نظام الكفالة، وذلك بإعطائهم معونات مالية شهرية تكفل الإنفاق على مجهولي النّسب، سيما أنَّ هناك كثيراً من العائلات التي ترغب في إلحاق أطفال بأسرهم ولا يملكون القدرة المالية لذلك.

٢- إذا كان المشرّع قد غيَّر التسمية من (لقيط) لـ (مجهول النّسب)، فإنَّه يتطلب أن تتعاون مؤسسات الدولة كافة لتغير نظرة المجتمع لمجهولي النّسب، وتصحيح التصور الخاطئ عنه بأنه ابن زنا أو لقيط، كونه لا يد له في جهالة

نسبه، وتأصيل القاعدة التي أسسها التَّشريع الإسلامي وهي: الإخوة المجتمعية: **(فإن لم تعلموا آبائهم فإخوانكم في الدين ومواليكم)**.

٣- إزالة الإشكال المتعلق بالبصمة الوراثية ودورها في إثبات النّسب من خلال نص تشريعي واضح يبين الحجية القانونية لها، ولا شك في أن النضج التَّشريعي لدور البصمة في إثبات النّسب إذا ما ترافق مع وجود قاعدة بيانات للبصمة الوراثية لأفراد الشعب السُّوري مع اتصاف هذه المعلومات بالسرية الكافية، بحيث لا يطلع عليها إلا القضاء، قد يساعد في معرفة أهالي مجهولي النّسب، مما قد يسهم في عودة هؤلاء إلى كنفهم إمَّا طوعاً وإمَّا محاسبتهم على تركهم وإهمالهم.

٤- إنشاء مراكز يتم فيها التخلي عن الأطفال من قِبل أمهاتهم، وقد يكون هذا الاقتراح مستهجن في بادئ الأمر، إلا أنَّه أفضل من أن يُترك الأطفال على الأبواب والطُّرقات مما يعرضه للخطر، مع ضرورة أن يترافق الأمر بأخذ معلومات عن المتخلي تتمتع بسرية، وهذا يساعد في استرجاع الطِّفل من قِبل ذويه لاحقاً بعد أن يصيبهم الندم أو تتحسن ظروفهم، وهذا يتطلب أن يلغى نص المادة (٤٨٦) من قانون العقوبات الذي يعفي الأم من العقاب عندما تُقدِم على ترك وليدها أو تسييبه صيانة لشرفها)، حيث إن المبرر لإعفاء الأم من هذه العقاب قد انتفى بوجود هذه المراكز التي تتمتع إجراءات التخلي فيها بالسرية.

٥- التَّشدد التَّشريعي في معاقبة الجرائم التي تؤدِّي إلى جهالة النّسب ورفع سقف العقوبة عليها، لما تلقيه هذه الجرائم من آثار سلبية على المجتمع بشكل عام والأطفال بشكل خاص.

٦- إلزام الأسر التي ترغب بالسفر بالأطفال المكفولين من قِبلهم في أن يودعوا كفالات مالية أو عقارية عند السفر بالمكفول لخارج القطر، وبعد أخذ موافقة من الوزير المختص يقدر فيها كل حالة على حدة، مع منع الموافقة على السَّفر بالمكفول بشكل دائم.

٧- إلزام الزاني بنسب الولد الناتج عن زناه، حتى لا يعد منع هذا النّسب نوعاً من المكافأة للزاني، وخاصة بالنّسبة لحالات الاغتصاب، وهذا يتطلب دراسة فقهية وقانونية لتأصيل هذا النّسب، ومدى تعارض هذا النّسب مع قاعدة الولد للفراش، حيث يكون هذا الإشكال عنواناً لدارسة مستقلة.

والحمد لله رب العالمين.

((المراجع))

المراجع العامة

القرآن وتفسيره:

١- تفسير آيات الأحكام، محمد علي الصابوني، ط١، دار البيان العربي.

٢- جامع البيان عن تأويل القرآن المعروف بتفسير الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير، ضبط وتعليق شاكر محمود، ج٢١، ط١، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

الحديث النبوي:

١- الجامع الصّحيح المختصر (صحيح البخاري)، دار ابن كثير، بيروت، ط٣، تحقيق د. مصطفى البغا.

٢- سنن ابن ماجه، محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني، دار الفكر، بيروت، ج٢.

٣- صحيح مسلم، ،مسلم بن الحجاج الحسين القشيري النيسابوري ،تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ،دار إحياء التراث العربي.

٤- مسند الترمذي،الجامع الصحيح، محمد بن عيسى الترمذي السلمي،تحقيق أحمد شاكر وآخرون،دار إحياء التراث العربي.

٥- مسند الإمام أحمد، تحقيق شعيب الأرناؤوط وآخرون، مؤسسة الرّسالة.

٦- مسند الحاكم، محمد بن عبد الله أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٠م.

الكتب الفقهية التراثية:

١- الاختيار لتعليل المختار، الموصلي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٠م.

٢- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت.

٣- البهجة في شرح التحفة، أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤١٨ هـ، ١٩٩٨م، ط١.

٤- الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير، أبو عبد الله محمد بن حسن الشيباني، عالم الكتب بيروت.

٥- الحاوي في الفقه الشافعي، أبو الحسن الماوردي، دار الكتب العلمية.

٦- المبسوط للسرخسي، الناشر محمد أفندي المغربي.

٧- المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، عبد السلام بن عبدالله بن أبي قاسم بن تيمة الحراني، مكتبة المعارف.

٨- بدائع الصنائع، علاء الدين الكاساني، دار الكتاب العربي بيروت طبعة عام، ١٩٨٢، ج٦.

٩- حاشية رد المختار على الدر المختار لابد عابدين ج٤، دار الكتب العلمية بيروت.

١٠- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، أركان النكاح.

١١- كنز العمال، علي بن حسام الدين المتقي الهندي، مؤسسة الرّسالة، بيروت ١٩٨٩م، ج١٥.

١٢- كشف القناع منصور بن يونس إدريس البهوتي دار الفكر، بيروت طبعة عام ١٤٠٣ هجري.

١٣- كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، تقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الحصيني، تحقيق علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، دار الخير دمشق، ط١٩٩٤م.

١٤- شرح تحفة الحكام، محمد أحمد ميارة، موقع الإسلام.

١٥- شرح تحفة الحكام لابن عاصم بهامش البهجة في شرح التحفة للتسولي، مطبعة مصطفى محمد مصر ج٢، طبعة دار الفكر.

١٦- شرح المنار لابن مالك.

١٧- مغني المحتاج لابن قدامة المقدسي، دار الفكر، بيروت، ط١.

١٨- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر بيروت.

١٩- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، أبو عبد الله محمد بن محمد عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب الرعينين، مجلد الخامس، دار الكتب العلمية في بيروت، أبو عبد الله التاوري.

المراجع الحديثة:

١-الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، ط٢، دار السلاسل، الكويت.

٢-أحمد عيسى، الحماية القانونيّة لقوق القصر في التصرفات الواردة على المال الشائع.

٣-أحمد أحمد، موضوع النّسب في الشريعة والقانون، دار القلم، قطر، ط١.

٤-أحمد فرج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، جامعة بيروت العربيّة، كلية الحقوق، ١٩٩٨م، الدار الجامعية.

٥-إيناس عباس إبراهيم، رعاية الطفولة في الشريعة الإسلامية، كلية الدّراسات الإنسانية، جامعة الأزهر الشريف، دار البحوث العلمية للنشر والتوزيع، الكويت.

٦-توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشَّخصية لغير المسلمين، الدار الجامعية للطباعة والنشر،١٩٨٠م.

٧-خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الاحكام الفقهية، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة ٢٠٠٢م.

٨-زهير حرح، الحق في الحياة الخاصة، منشورات جامعة دمشق، مركز التعليم المفتوح، ط٢، ٢٠٠٥م/٢٠٠٦م.

٩-سعد الدين الهلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشَّرعية، مكتبة الكويت الوطنية، الكويت، ط١، ٢٠٠١م.

١٠-صفية الوناس الحسين، المؤتمر الدولي عن الرحمة في الإسلام، قسم الدّراسات كلية التَّربية، مجهول النّسب بين رحمة الإسلام والقانون الوضعي.

١١-عبد الرحمن الصابوني، المدخل لدراسة التَّشريع الإسلامي كلية الحقوق، دمشق منشورات جامعة دمشق، ١٩٩٩م/٢٠٠٠م.

١٢-عمر العبد الله، المدخل إلى علم القانون، كلية العلوم السياسية، منشورات جامعة دمشق ٢٠٠٩م /٢٠١٠م.

١٣-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الالتزام، دار النهضة العربيّة، القاهرة، ط٢.

١٥-عبد المنعم فرج الصده، مبادئ القانون، دار النهضة بيروت، طبعة ١٩٧٧م.

١٦-عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشَّخصية، ج٢ (الطَّلاق وآثاره) ط٨، منشورات جامعة دمشق،٢٠٠٠م/٢٠٠١م.

١٧-عبد المجيد المطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، دار النهضة العربيّة، عام ١٩٩٤م.

١٨-محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزّواج وآثاره، دار الفكر العربي، دمشق.

١٩-محمد أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، دار الفكر، دمشق، ط٢.

٢٠-محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية، بيروت١٩٨٣م، ط٤.

٢١-محمد حسين منصور، كلية الحقوق، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، جامعة الإسكندرية، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية.

٢٢ -محمد يوسف موسى، النّسب وآثاره، معهد البحوث والدّراسات العربيّة، ط٢، ١٩٦٧م.

٢٣-محمد قدري باشا، الفوائد العلية في الأحوال الشَّخصية، بقلم يوسف بن محمود الحاج أحمد، دار الشلاح، دمشق، ط١.

٢٤-محمد سعيد المجاهد، الأحوال الشَّخصية، دار الرّسالة العالمية، ط١،٢٠١٦م.

٢٥-مريم الدغستاني، اللقيط في الإسلام جامعة الأزهر، ط١، ١٩٩٢م.

٢٦-وهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط٢، ١٩٨٥م، دار الفكر.

٢٧-وهبة الزُّحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجمع الفقه الإسلامي، السعودية، ط١.

٢٨-يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربيّة للنشر، ط١.

المراجع الخاصة:

١- أنيس سكمة، إثبات النّسب بين مدونة الأحوال الشَّخصية والقانون ١٩٩٨م، رسالة تخرج من المعهد العالي للقضاء تونس، وزارة العدل التونسية، عام ٢٠٠٠م/٢٠٠١م.

٢- بومجان سولاف، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، إثبات النّسب ونفيه وفقاً لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، الدفعة ١٦، عام ٢٠٠٥م/٢٠٠٨م، دار شروقي محترف.

٣- حميد وزكية، مصلحة المحضون في القانون المغاربية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بلقايد، تلمسان، ٢٠٠٥م.

٤- خليفة جاب الله، التبني في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، ٢٠١٤م/ ٢٠١٥م.

٥- خالد خليفة السعد ويوسف القرضاوي، الاستلحاق والتبني، مكتبة وهبة للطباعة والنشر، مصر، ٢٠٠٠م.

٦- سعيدي زيدان أحكام اللقيط، دراسة تفصيلية، جامعة الجزائر كلية العلوم الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قسم الشريعة، تخصص أصول فقه، ٢٠٠٥م/ ٢٠٠٦م.

٧- صباطة سليمة، دور القضاء في حماية الحقوق المعنوية والمالية للطفل، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة أبو البكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، ٢٠١٥م/ ٢٠١٦م.

٨- صرصار محمد ومغربي نوال، الحماية الجنائية الموضوعية للطفل في التَّشريع الجزائري مذكرة مقدمة الاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص أسرة، جامعة مصطفى إسطمولي، معسكر كلية الحقوق والعلوم الأساسية قسم الحقوق، عام ٢٠١٦م/ ٢٠١٧م.

٩- عائدة اليرماني غربال، مصلحة الطِّفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية (تونس مثلاً)، رسالة لنيل شهادة الماجستير المتخصص في حقوق الطِّفل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة اللبنانية، ٢٠٠٥م/ ٢٠٠٦م.

١٠- عارف مولاه عبد المهتدي، الرّعاية القانونيّة لمجهول النّسب، بحث علمي مقدم لنيل درجة الأستاذ لدى نقابة المحامين فرع حماه، ٢٠١٩م.

١١- علال أمال، التبني والكفالة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق.

١٢- عريبي حسيبة ومحرز حنان، الحماية القانونيّة للطفل في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، جامعة الجيلالي بو نعامة خميس مليانة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، سنة ٢٠١٤م/ ٢٠١٥م.

١٣- كاعو ليندة وإقدلان كهينة، نفي النّسب في قانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية وقانونية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة ،بجاية ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، عام ٢٠١٣م/ ٢٠١٤م.

١٤- محمد نبيل سعد الشاذلي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربيّة، القاهرة، ط٨٩، إثبات النّسب ونفيه وفقاً لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دار شروقي، ٢٠٠٥م.

١٥- محمد أوشو، الولد غير الشَّرعي في القانون الغربي، الحماية والقصور، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، مكناس، ٢٠١٣م.

١٦- منادي مليكة وبن زردة عبد العزيز، أحكام الأطفال مجهولي النّسب في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، اختصاص قانون الأسرة، جامعة د. الطاهر مولاي، سعيدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٤م / ٢٠١٥م

١٧- هجيره نشيدة مداني، حقوق الطِّفل بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، ٢٠١١م/ ٢٠١٢م.

المجلات العلمية والمواقع الإلكترونية:

١- مجلة المحامون.

٢- مجلة المحقق الحلي العلوم القانونيّة والسياسية، العدد الرابع، السنة التاسعة، ٢٠١٧م فراس كريم شيعان وأسيل سليم عبد الكريم، تنازع القوانين في التبني، دراسة مقارنة، العراق.

٣-إبراهيم بن ناصر الحمود، مقال حول البصمة الوراثية على الموقع www.islamtoday.net.

٤-التَّشريعات الفرنسية المتعلقة بالتبني، يوم تأهيل للمراسلين الجدد إداري٢٢ مايو ٢٠١٣م. http://www.agence-adoption.fr/wp

٥-إثبات النّسب بالطرق العلمية البيولوجية الحديثة # http://droit٧.blogspot.com

٦- مقال حول حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب.

https//www.dossierfamille.com/famille/administrative-et-etat-civil/test-and-de-paternite-le-pretendu-pere-doit-etre-consentant٣٤٣١٨٣

الاجتهادات القضائية:

١- القواعد القانونيّة الصادرة عن وزارة العدل، بسام دولة، وإدارة التَّشريع، دار الخير.

٢- مجموعة أحكام النقض في قضايا الأحوال الشَّخصية من عام ١٩٨٨م إلى ٢٠٠٤م، إعداد عبد القادر الآلوسي، المكتبة القانونيّة.

الفهرس

المقدمة.	١
المبحث التمهيدي: أسباب النّسب.....	٧
تمهيد.....	٧
تعريف النّسب.....	٧
المطلب الأول: الأسباب المنشئة للنسب.....	٨
أولاً: نسب الولد الناتج عن العلاقة الزَّوجية الصّحيحة (الولد للفراش).....	٨
ثانياً- شبهة الفراش.....	١٤
المطلب الثاني: الأسباب الكاشفة للنسب.....	١٦
أولاً-الإقرار بالنّسب.....	١٦
١-الإقرار على النفس.....	١٧
٢: الإقرار بالنّسب على الغير.....	٢٠
ثانياً: إثبات النّسب بالبينة.....	٢٢
ثالثاً: البصمة الوراثية.	٢٥
١: المفهوم العلمي للبصمة الوراثية.....	٢٥
٢:الحجية القانونيّة للبصمة الوراثية.....	٢٧
أ- حجية الإثبات بالبصمة الوراثية فيما بين الزَّوجين.....	٢٨
ب- الحجية القانونيّة للبصمة الوراثية تجاه أدلة إثبات النّسب الأخرى.....	٣٠
الفصل الأول: هوية مجهول النّسب.....	٣٣
تمهيد.....	٣٣
المبحث الأول: الحماية القانونيّة لمجهول النّسب في التشريع السُّوري.....	٣٥
المطلب الأول: مفهوم مجهول النّسب.....	٣٦
أولاً: تعريف مجهول النّسب.....	٣٦
ثانياً: صور مجهول النّسب.....	٣٨

المطلب الثَّاني: الأسباب الداعية لجهالة النّسب.....	٥٢
أولاً- الحروب والكوارث.....	٥٢
ثانياً- خطف الأولاد أو سرقتهم أو تبديلهم.....	٥٢
ثالثاً- تسييب الطِّفل.....	٥٤
رابعاً- تزوير سجلات الأحوال المدنية.....	٥٦
خامساً- كتم الهوية.....	٥٦
جريمة كتم الولادة.....	٥٨
سادساً- العجز عن إثبات نسب الطِّفل.....	٦٠
المبحث الثَّاني: الحماية المقررة لمجهول النّسب في التشريع السُّوري.....	٦٣
المطلب الأول: الشخصية القانونيّة لمجهول النّسب.....	٦٤
أولاً: الأهلية القانونية لمجهول النسب.....	٦٤
١- أهلية الوجوب.....	٦٤
٢-أهلية الأداء.....	٦٥
ثانياً: النيابة عن مجهول النّسب.....	٧١
١- الولاية على مجهول النّسب.....	٧١
٢- الوصاية على مجهول النّسب.....	٧٥
المطلب الثَّاني: الحقوق المقررة لمجهول النّسب.....	٨٢
تمهيد.....	٨٢
أولاً: الحقوق التي تمثل الحالة المدنية لمجهول النّسب.....	٨٢
١-حق مجهول النّسب في الاسم.....	٨٢
٢- حق مجهول النّسب في الجنسية.....	٨٥
٣- الدين الذي ينتمي إليه مجهول النّسب.....	٨٧
ثانياً: الحقوق المالية لمجهول النّسب.....	٨٩
١- الحق في النفقة.....	٨٩
٢- حق مجهول النّسب في الملكية.....	٩٢
الفصل الثَّاني: النظم البديلة لرعاية مجهول النّسب (التبني	٩٧

والكفالة).....	
تمهيد.....	٩٧
المبحث الأول: التبني في التشريع السُّوري.....	٩٩
أولاً: تعريف التبني.....	٩٩
ثانياً: تمييز التبني عن الأنظمة المشابهة له.....	١٠٢
١-تمييز التبني عن الإقرار.....	١٠٢
٢ – تمييز التبني عن الحضانة.....	١٠٤
ثانياً: منع التبني في القانون السُّوري.....	١٠٨
١: القاعدة القانونيّة المانعة للتبني في القانوني السُّوري.....	١٠٨
أ: تأصيل القاعدة القانونية.....	١٠٨
ب – شمولية القاعدة في منع التبني لجميع السُّوريين.....	١١٠
٢: حجج المعارضين للتبني.....	١١٤
المطلب الثَّاني: التبني في التشريع المقارن.....	١١٧
أولاً: شروط التبني.....	١١٧
١: شروط المتبني.....	١١٨
٢: شروط المتبنَّى.....	١٢٣
.٣: الموافقة على عقد التبني.....	١٢٦
ثانياً: الحكم بالتبني.....	١٢٩
١: المرحلة التحضرية لعقد التبني.....	١٢٩
٢: المرحلة القضائية (المصادقة على عقد التبني).....	١٢٩
ج: تسجيل حكم التبني.....	١٣١
٢: آثار حكم التبني.....	١٣٢
١: حق المتبنى في نسب متبنيه.....	١٣٣
٢-حق الولد المتبنى في التَّربية والإشراف.....	١٣٤
٣-الحقوق والواجبات المالية للمتبنى.....	١٣٥
ب -: انقضاء التبني.....	١٣٨
١: سحب التبني.....	١٣٩

٢- الرجوع عن التبني.....	١٤٠
المبحث الثَّاني: الكفالة.....	١٤٣
المطلب الأول: مفهوم الكفالة.....	١٤٣
أولاً: تعريف الكفالة.....	١٤٣
ثانياً: أنواع الكفالة.....	١٤٨
١: كفالة مجهول النّسب من قِبل الشَّخص الاعتباري.....	١٤٨
أ-المرحلة التحضيرية.....	١٤٨
ب: كفالة مجهول النّسب في دار الرّعاية.....	١٥١
أ: الشروط المطلوبة في كفالة المؤسّسات الأهلية.....	١٥٢
٣: التزامات دار الرّعاية.....	١٥٤
٢: الكفالة الأسرية.....	١٥٥
أ-شروط طلب الكفالة.....	١٥٦
٢- إجراءات الكفالة.....	١٦٣
المطلب الثَّاني: التزامات الكافل.....	١٦٦
أولاً- تربية الطِّفل المكفول.....	١٦٦
ثانياً-الإنفاق على الطِّفل المكفول.....	١٦٦
ثالثاً- منح المكفول لقب الكافل.....	١٦٧
ثانياً: انقضاء الكفالة.....	١٦٩
١: الأسباب العامة لانقضاء الكفالة.....	١٧٠
٢: فسخ عقد الكفالة.....	١٧٢
ثالثاً: خصائص عقد الكفالة.....	١٧٥
الخاتمة.....	١٧٧
المراجع.....	١٨١
الفهرس.....	١٩١

المركز القانوني لمجهول النّسب في التشريع السُّوري

المقدمة:

قال فيكتور هيجو: "يأتي الطِّفل فتأتي البهجة ويهل النور"، فالفرحة والسَّعادة الذي تصيبُ العائلة بنبأ قدوم مولود لا تضاهيها فرحة، فيبتدِئ مشروع استقبال هذا الطِّفل وتهيئة البيئة المناسبة لنموه، بل إنَّ البعض يضع الخطط لرعاية حياته ومستقبله...

إنَّ هذا الوضع يبعث الأمان في النُّفوس لوجود هذه الحاضنة المُتمثلة بالعائلة التي تأخذ على عاتقها حماية هذا الكائن الضعيف والاهتمام بشؤونه.

ولكن ماذا لو لم تكن هذه العائلة، لم يكن هذا الدرع الذي يحمي الأطفال، ماذا لو وجد الطِّفل نفسه مرمياً على قارعة الطريق أو على أبواب المساجد والكنائس من دون اسم أو عائلة أو راعٍ يتولاه؟

كما أن الظُّروف الاجتماعيَّة كالحروب والكوارث قد تؤدي إلى نزع الطِّفل من عائلته، فينفصل عنها، ويصبح مُشرَّداً مقطوع العرى بعائلته، وقد قاست البلاد وما تزال من ويلات الحرب التي مرَّت عليها، كان فيها الطِّفل هو الحلقة الأضعف والمتضرر الأكبر، سواء أكان من خلال الأطفال الذين قُتل ذووهم في الحرب أم الذين أبُعدوا عن أهلهم بسبب العمليات الحربية وحالات النّزوح وتقطع السُّبل.

إنَّ هذه الحالات وأشباهها أدَّت إلى انقطاع صلة هؤلاء الأطفال عن عائلاتهم، وبرزت جهالة النّسب كمعضلة وتحدٍ للمشرع تستلزم منه معالجة هذه الظّاهرة بقوانين فعالة.

وقد حاول المشرّع معالجة وضع مجهول النّسب، حتى قبيل الحرب من خلال قانون رعاية اللقطاء وبعض النُّصوص المتعلقة بتسجيله في قانون الأحوال المدنية، كما سعى إلى بلورة الوضع القانوني لمجهول النّسب من خلال سن قانون جديد لرعايته.

وقد اختلفت الأنظمة القانونيّة لتعويض هذا الطِّفل عن حرمانه من وسطه العائلي من خلال نظامي الكفالة والتبني، أو عن طريق وضعه في دور لرعاية

مجهولي النّسب، يعيش فيها مع عدد كبير من أمثاله تحت إشراف مربيات بديلات عن الأمهات.

وكان اختلاف هذه المؤسّسات القانونيّة في سعيها لخلق بيئة صحية يعيش فيها مجهول النّسب يُنبئ عن الأهمية الاجتماعيَّة والقانونيّة في رعاية هذا الطِّفل والتي نبرزها في الآتي:

يشكلُ النّسب بالغ الأهمية في تحديد المركز القانوني للفرد، حيث يعدُّ محوراً لتمتعه بالحقوق في ظل الأسرة، ولا شك أنَّ حرمان الشَّخص من نسبه يشكل خللاً لابد من التصدي له، فإذا كان مجهول النّسب مقطوع النّسبة لأسرته إلا أنَّه منسوب بالضرورة للمجتمع أياً كان السَّبب في جهالة نسبه، حيث إنَّه تقع على المجتمع مسؤوليته، فالحاكم هو ولي مَن لا ولي له، وصيانة مجهول النّسب وبيان مركزه القانوني من أولى المهام التي تقع على عاتق المجتمع.

فهذه الدّراسة لها أهمية مزدوجة، فهي أولاً دراسة تخدم المجتمع كون مجهول النّسب من فئاتها المهمة، فبناء هذا المجتمع بناءً صحيحاً معافى يبتدئ ببناء أفراده الذين إما أن يكونوا معولاً لبناء هذا المجتمع وإما أن يكونوا أداة لهدمه.

كما أنها ثانياً، دراسة قانونية تبين حقوق هذا الفرد والأنظمة الكفيلة برعايته والنُّصوص التَّشريعية والقانونيّة التي تتناوله.

هذه الأهمية هي ما دفعت المشرّع إلى إعداد مشروع قانون لرعاية مجهول النّسب؛ سعياً لتطوير النُّصوص التَّشريعية القديمة.

وقد رافقت هذه الدّراسة عدة صعوبات، منها:

– ندرة المراجع والأبحاث التي بحثت الوضع القانوني لمجهول النّسب، اللهم إلا الدّراسات التراثية في الفقه الإسلامي التي بحثت موضوعه تحت مسمى: "اللقيط"، حيث إن هذه الدّراسات تحتاج إلى كثير من الشرح والملائمة لمفاهيم عصرنا.

– تشعُّب النُّصوص التَّشريعية والفقهية التي تشكل المصادر الرئيسة لمعرفة حقوق مجهول النّسب والواجبات تجاهه ووضعه القانوني.

– القصور التَّشريعي الحاصل وعدم وجود بلورة كاملة لمفهوم مجهول النّسب.

أما الهدف من هذا البحث، فكان:

– إنصافاً لهذا الفرد كونه قد وجد في وضع لا يد له فيه، بل إنَّ هذا الوضع قد حرمه كثيراً من حقوقه.

– حث المشرّع على الإسراع لتطوير النُّصوص القانونيّة بما يدعم المركز القانوني لمجهول النّسب ويبين حقوقه والواجبات الملقاة على المجتمع تجاهه.

– تلبية متطلبات نيل درجة الماجستير في قسم القانون الخاص.

ويثير هذا البحث العديد من الإشكاليات التي تشكل مداراً للدراسة بداية من الغموض الذي يعتري مفهوم مجهول النّسب سواء أكان من حيث تعريف مجهول النّسب أم من اقترابه من بعض المصطلحات ذات الصلة، وما الفئة التي يتناولها؟ وما الصور التي يظهر بها؟ وما الأسباب الداعية لجهالة النّسب؟ وإذا كان مجهول النّسب يتمتع بالحقوق العامة التي تنطبق على أي فرد أو طفل كحق التعليم وحق التَّعبير عن الرَّأي وحق الحياة وغيرها من الحقوق التي لا يثير تطبيقها مشكلة ولا يكون لها ارتباط بجهالة النّسب، فيخرج بذلك عن مدار دراستنا، فتنحصر دراستنا بالحقوق التي تثير إشكالاً بتطبيقها كـ: حقه في

النفقة والنّسب، وبقية الحقوق التي تشكل تعريفاً بهويته، وكيفية ومدى تمتعه بها مقارنة بغيره من معلومي النّسب، وكيف عالج المشرّع السُّوري مسألة جهالة النّسب، وهل ضمن المشرّع السُّوري حقوقه؟

وما النظم القانونيّة التي توفر الحماية والرّعاية لمجهول النّسب؟ وأي هذه الأنظمة التي أخذ بها المشرّع السُّوري؟

وهل ميز المشرّع بين أبناء الطوائف في هذا الصدد؟ وكيف تنتهي هذه الرّعاية؟ ومدى نجاعة هذه الأنظمة في توفير بديلٍ عن الرّعاية الأسرية؟

كل هذه الإشكاليات وغيرها التي تشكل استفهاماً عن **المركز القانوني لمجهول النّسب في التشريع السُّوري.**

وقد سِرْنا في هذه الدّراسة معتمدين على المنهج الاستقرائي للوقوف على النُّصوص التَّشريعية والفقهية التي تناولت مسألة اللقيط ومجهول النّسب، كما اتبعنا المنهج التحليلي في تحليل هذه النُّصوص للوصول إلى الغاية منها، ولأنَّ الضد بالضد يُعرف، كان لِزاماً علينا قدر الإمكان مقارنة هذه النُّصوص والدّراسات مع التَّشريعات العربيّة والأجنبية بعضها ببعض؛ لمعرفة أيهما أكثر فائدة وتحصيناً لحقوق مجهول النّسب. ومن ثم نقد هذه الأنظمة لبيان أوجه القصور ومعالجتها من حيث النتيجة، وذلك وفق **المخطط الآتي:**

المقدمة.

المبحث التمهيدي: النّسب في التشريع السُّوري.

الفصل الأول: هوية مجهول النّسب.

المبحث الأول: الحماية القانونيّة لمجهول النّسب في التشريع السُّوري.

المبحث الثَّاني: الحقوق التي يتمتع بها مجهول النّسب في التشريع السُّوري.

الفصل الثَّاني: النظم البديلة لرعاية مجهولي النّسب.

المبحث الأول: التبني.

المبحث الثَّاني: الكفالة.

الخاتمة.

جامعـــة دمشـــق
كليـة الحقـوق
قسم القانون الخاص

المركز القانوني لمجهول النّسب في التشريع السُّوري

﴿رسالة أعدت لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص﴾

إعداد الطالب
تميم حسيب الغفري

إشراف الدكتور
محمد يوسف

٢٠٢٠م

لجنة الحكم على الرسالة

تألَّفت لجنة الحكم على الرِّسالة من السَّادة الأساتذة:

استناداً إلى قرار المجلس البحث العلمي والدراسات العليا رقم/ ٣٥٢١ /م ب د تاريخ ٢٠٢٠/٩/٢١ القاضي بتشكيل لجنة الحكم لمناقشة رسالة الماجستير في قسم القانون الخاص للطالب: تميم حسيب الغفري

بعنوان "**المركز القانوني لمجهول النسب في التشريع السوري**"

والمؤلفة من السادة الأساتذة:

الدكتورة أمل شربا الأستاذ في قسم القانون الخاص بكلية الحقوق– جامعة دمشق

عضواً

الدكتور زهير حرح الأستاذ في قسم القانون الخاص بكلية الحقوق – جامعة دمشق

عضواً

الدكتور محمد يوسف المدرس فسي قسم القانون الخاص بكلية الحقوق – جامعة دمشق

عضواً مشرفاً

وتمت المناقشة يوم الأربعاء الواقع في ٢٠٢٠/١٠/٢٨م

شكر وتقدير

الحمد الله حتى يبلغ الحمد منتهاه لما تكرم وأنعم عليَّ بكتابة هذه الرسالة، لتكون تطويراً لبنيان القانون السوري.

عرفتها منذ أن التحقت بالدراسات العليا في قسم القانون الخاص، كانت وما زالت من النوع المحبب إلى جميع العقول والقلوب.

الأستاذة الدكتور أمل شربا مع أقصى التقدير والاحترام.

على الرغم من علمه الوافر، ومنصبه الرفيع، فهو كان وما يزال المعلم والقدوة في القول والعمل.

الأستاذ الدكتور زهير حرح مع الشكر الدائم.

بابتسامة ساحرة تشحذ همتي ومصافحة حارّة تبعث أملاً متجدداً في كل لقاء كان يحتفيني معلمي الدكتور محمد يوسف، فأفوز منه بالنصائح السديدة والإرشادات الجليلة التي أنارت بحثي وصوَّبت أخطائي وعثراتي.

الدكتور محمد يوسف مع بالغ الشكر وعظيم الامتنان.

الإهداء

إلى من كان عوناً لي بذكراه الطيبة، فكان خير سند وخير نسب.

أبي

إلى حصني المنيع وملاذي الآمن الذي وفَّر لي أسباب السعادة بالدعاء والحنان.

أمي

إلى من كانوا لي عوناً وسنداً في نائبات الدهر وحالكات الليالي...

إخوتي

إلى الذي لم أعرف كيف أشكره وأجازيه الخير بالمثل فجزاه الله بالشهادة.

أخي الشهيد منخل الغفري رحمه الله

إلى صديقي الذي لا يملُّ ولا يتعبُ من كثرة سؤالي....

المحامي عبد الله موسان

إلى كل أصدقائي وزملائي وكل مَن ساعدني في إنجاز هذا البحث لهم مني كل الشكر والتقدير....

المركز القانوني لمجهول النّسب في التشريع السُّوري

المقدمة:

قال فيكتور هيجو: "يأتي الطِّفل فتأتي البهجة ويهل النور"، فالفرحة والسَّعادة الذي تصيبُ العائلة بنبأ قدوم مولود لا تضاهيها فرحة، فيبتدِئ مشروع استقبال هذا الطِّفل وتهيئة البيئة المناسبة لنموه، بل إنَّ البعض يضع الخطط لرعاية حياته ومستقبله...

إنَّ هذا الوضع يبعث الأمان في النُّفوس لوجود هذه الحاضنة المُتمثلة بالعائلة التي تأخذ على عاتقها حماية هذا الكائن الضعيف والاهتمام بشؤونه.

ولكن ماذا لو لم تكن هذه العائلة، لم يكن هذا الدرع الذي يحمي الأطفال، ماذا لو وجد الطِّفل نفسه مرمياً على قارعة الطريق أو على أبواب المساجد والكنائس من دون اسم أو عائلة أو راعٍ يتولاه؟

كما أن الظُّروف الاجتماعيَّة كالحروب والكوارث قد تؤدي إلى نزع الطِّفل من عائلته، فينفصل عنها، ويصبح مُشرَّداً مقطوع العرى بعائلته، وقد قاست البلاد وما تزال من ويلات الحرب التي مرَّت عليها، كان فيها الطِّفل هو الحلقة الأضعف والمتضرر الأكبر، سواء أكان من خلال الأطفال الذين قُتل ذووهم في الحرب أم الذين أبُعدوا عن أهلهم بسبب العمليات الحربية وحالات النّزوح وتقطع السُّبل.

إنَّ هذه الحالات وأشباهها أدَّت إلى انقطاع صلة هؤلاء الأطفال عن عائلاتهم، وبرزت جهالة النّسب كمعضلة وتحدٍ للمشرع تستلزم منه معالجة هذه الظّاهرة بقوانين فعالة.

وقد حاول المشرّع معالجة وضع مجهول النّسب، حتى قبيل الحرب من خلال قانون رعاية اللقطاء وبعض النُّصوص المتعلقة بتسجيله في قانون الأحوال المدنية، كما سعى إلى بلورة الوضع القانوني لمجهول النّسب من خلال سن قانون جديد لرعايته.

وقد اختلفت الأنظمة القانونيّة لتعويض هذا الطِّفل عن حرمانه من وسطه العائلي من خلال نظامي الكفالة والتبني، أو عن طريق وضعه في دور لرعاية مجهولي النّسب، يعيش فيها مع عدد كبير من أمثاله تحت إشراف مربيات بديلات عن الأمهات.

وكان اختلاف هذه المؤسّسات القانونيّة في سعيها لخلق بيئة صحية يعيش فيها مجهول النّسب يُنبئ عن الأهمية الاجتماعيَّة والقانونيّة في رعاية هذا الطِّفل والتي نبرزها في الآتي:

يشكلُ النّسب بالغ الأهمية في تحديد المركز القانوني للفرد، حيث يعدُّ محوراً لتمتعه بالحقوق في ظل الأسرة، ولا شك أنَّ حرمان الشَّخص من نسبه يشكل خللاً لابد من التصدي له، فإذا كان مجهول النّسب مقطوع النّسبة لأسرته إلا أنَّه منسوب بالضرورة للمجتمع أياً كان السَّبب في جهالة نسبه، حيث إنَّه تقع على المجتمع مسؤوليته، فالحاكم هو ولي مَن لا ولي له، وصيانة مجهول النّسب وبيان مركزه القانوني من أولى المهام التي تقع على عاتق المجتمع.

فهذه الدّراسة لها أهمية مزدوجة، فهي أولاً دراسة تخدم المجتمع كون مجهول النّسب من فئاتها المهمة، فبناء هذا المجتمع بناءً صحيحاً معافى يبتدئ ببناء أفراده الذين إما أن يكونوا معولاً لبناء هذا المجتمع وإما أن يكونوا أداة لهدمه.

كما أنها ثانياً، دراسة قانونية تبين حقوق هذا الفرد والأنظمة الكفيلة برعايته والنُّصوص التَّشريعية والقانونيّة التي تتناوله.

هذه الأهمية هي ما دفعت المشرّع إلى إعداد مشروع قانون لرعاية مجهول النّسب؛ سعياً لتطوير النُّصوص التَّشريعية القديمة.

وقد رافقت هذه الدّراسة عدة صعوبات، منها:

– ندرة المراجع والأبحاث التي بحثت الوضع القانوني لمجهول النّسب، اللهم إلا الدّراسات التراثية في الفقه الإسلامي التي بحثت موضوعه تحت مسمى: "اللقيط"، حيث إن هذه الدّراسات تحتاج إلى كثير من الشرح والملائمة لمفاهيم عصرنا.

– تشعُّب النُّصوص التَّشريعية والفقهية التي تشكل المصادر الرئيسة لمعرفة حقوق مجهول النّسب والواجبات تجاهه ووضعه القانوني.

– القصور التَّشريعي الحاصل وعدم وجود بلورة كاملة لمفهوم مجهول النّسب.

أما الهدف من هذا البحث، فكان:

– إنصافاً لهذا الفرد كونه قد وجد في وضع لا يد له فيه، بل إنَّ هذا الوضع قد حرمه كثيراً من حقوقه.

– حث المشرّع على الإسراع لتطوير النُّصوص القانونيّة بما يدعم المركز القانوني لمجهول النّسب ويبين حقوقه والواجبات الملقاة على المجتمع تجاهه.

– تلبية متطلبات نيل درجة الماجستير في قسم القانون الخاص.

ويثير هذا البحث العديد من الإشكاليات التي تشكل مداراً للدراسة بداية من الغموض الذي يعتري مفهوم مجهول النّسب سواء أكان من حيث تعريف مجهول النّسب أم من اقترابه من بعض المصطلحات ذات الصلة، وما الفئة التي يتناولها؟ وما الصور التي يظهر بها؟ وما الأسباب الداعية لجهالة النّسب؟

وإذا كان مجهول النّسب يتمتع بالحقوق العامة التي تنطبق على أي فرد أو طفل كحق التعليم وحق التَّعبير عن الرَّأي وحق الحياة وغيرها من الحقوق التي لا يثير تطبيقها مشكلة ولا يكون لها ارتباط بجهالة النّسب، فيخرج بذلك عن مدار دراستنا، فتنحصر دراستنا بالحقوق التي تثير إشكالاً بتطبيقها كـ: حقه في النفقة والنّسب، وبقية الحقوق التي تشكل تعريفاً بهويته، وكيفية ومدى تمتعه بها مقارنة بغيره من معلومي النّسب، وكيف عالج المشرّع السُّوري مسألة جهالة النّسب، وهل ضمن المشرّع السُّوري حقوقه؟

وما النظم القانونيّة التي توفر الحماية والرّعاية لمجهول النّسب؟ وأي هذه الأنظمة التي أخذ بها المشرّع السُّوري؟

وهل ميز المشرّع بين أبناء الطوائف في هذا الصدد؟ وكيف تنتهي هذه الرّعاية؟ ومدى نجاعة هذه الأنظمة في توفير بديلٍ عن الرّعاية الأسرية؟

كل هذه الإشكاليات وغيرها التي تشكل استفهاماً عن **المركز القانوني لمجهول النّسب في التشريع السُّوري.**

وقد سِرْنا في هذه الدّراسة معتمدين على المنهج الاستقرائي للوقوف على النُّصوص التَّشريعية والفقهية التي تناولت مسألة اللقيط ومجهول النّسب، كما اتبعنا المنهج التحليلي في تحليل هذه النُّصوص للوصول إلى الغاية منها، ولأنَّ

الضد بالضد يُعرف، كان لِزاماً علينا قدر الإمكان مقارنة هذه النُّصوص والدّراسات مع التَّشريعات العربيّة والأجنبية بعضها ببعض؛ لمعرفة أيهما أكثر فائدة وتحصيناً لحقوق مجهول النّسب. ومن ثم نقد هذه الأنظمة لبيان أوجه القصور ومعالجتها من حيث النتيجة، وذلك وفق **المخطط الآتي:**

المقدمة.

المبحث التمهيدي: النّسب في التشريع السُّوري.

الفصل الأول: هوية مجهول النّسب.

المبحث الأول: الحماية القانونيّة لمجهول النّسب في التشريع السُّوري.

المبحث الثَّاني: الحقوق التي يتمتع بها مجهول النّسب في التشريع السُّوري.

الفصل الثَّاني: النظم البديلة لرعاية مجهولي النّسب.

المبحث الأول: التبني.

المبحث الثَّاني: الكفالة.

الخاتمة.

المبحث التمهيدي: أسباب النّسب.

يحتل النّسب أهمية كبيرة لدى الشعوب العربيّة، سواء أكان في حياة الأفراد أم الجماعات، حتى أن العرب كانوا في المعارك لا يرتضون المنازلة إلا ممن يكافئهم نسباً، بل إن النّسب كان من الدوافع لاختيار الزَّوجة، حيث ورد في الحديث الشريف، (تُنكح المرأة لأربع: لمالها، ولحسبها، ولجمالها، ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك).

وقد عُني المشرّع السُّوري بتنظيم النّسب، فنصَّ على أحكامه في قانون الأحوال الشَّخصية، كونه الحلقة التي تربط الولد بأبيه وجده، لذلك كان الداعي إلى إدراك مفهوم النّسب، وما الأسباب التي يثبت بها النّسب كي تكون الصورة جلية في معرفة مجهول النّسب؟

تعريف النّسب:

ذهبت المراجع اللغوية في تعريف النّسب بأنه القرابة، وقيل: هو في الآباء خاصة، وقيل: النّسبة مصدر الانتساب .[١]، فقال الله تعالى في سورة الأحزاب: **((ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله))**[٢].

ونسبة الشَّخص لعائلةٍ ما أو لأبيه لا تأتي دونما سبب، بل إن هناك نظاماً للقرابة وأسباباً ينشأ منها النّسب، وإذا كان المشرّع قد اكتفى بالولادة كطريق لنسبة الولد لأمه، فمتى جاءت المرأة بولد ثبت نسبه منها دون التوقف

---

(١) ابن المنظور، لسان العرب، لبنان، دار صادر، تاريخ النشر (غير معروف) ط١،ج١، ص٧٥٥.

(٢) سورة الأحزاب، الآية ٤.

على أي شيء آخر من فراش أو إقرار أو بينة، وسواء أكانت هذه الولادة من عقد زواج صحيح أم فاسد أم شبهة أم حتى من سفاح[١].

فإذا كانت الولادة تعد من الظواهر المحسوسة لارتباط المولود بوالدته، فهذا الارتباط يغشاه الغموض بالنّسبة للأب، الأمر الذي حدا بالمشرّع لوضع أسباب محددة لنسبة الولد إلى أبيه، وهذا ما سوف نفصله من خلال شرح أسباب النّسب في مطلبين: نخصص الأول منهما لبحث الأسباب المُنشِئة للنسب، بينما يبحث الثَّاني عن الأسباب الكاشفة له.

المطلب الأول: الأسباب المنشئة للنسب:

أولاً: نسب الولد الناتج عن العلاقة الزَّوجية الصّحيحة (الولد للفراش):

إنَّ الأصل الشَّرعي في ثبوت النّسب قاعدة الولد للفراش وهي مشتقة من قول النبي صلى الله عليه وسلم: (الولد للفراش وللعاهر الحجر)[٢]، ومعنى هذا الحديث: إنَّ الولد الناتج عن علاقة شرعية المتمثلة بالزّواج بين الأم والأب يُنسب بالضرورة للأب، فلا يجوز لأحد أن يدعي بنوَّته بحجة أنه جاء من مسافحة لوالدة الطِّفل، فهذا الزنا مهدور وغير معتبر في النّسب، وقد كان العرب قبل الإسلام ينسبون الولد للزاني، فجاء الإسلام وأبطل ذلك[٣].

---

(١) محمد سعيد المجاهد، الأحوال الشَّخصية، لبنان، دار الرّسالة العالمية،٢٠١٦م، ط١، ص٢٣٩.

(٢) إن الحادثة التي كانت سبباً لورود هذا الحديث (عن عائشة أنها قالت: اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم، فقال سعد: يا رسول الله، ابن أخي عتبة بن أبي وقاص عهد إلي أنه ابنه، انظر إلى شبهه، وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله ولد على فراش أبي، فنظر رسول الله صلى الله عليه و سلم إلى شبهه، فرأى شبهاً بيناً بعتبة، فقال: هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر، واحتجبي منه يا سودة ابنة زمعة، قالت فلم ير سودة قط)، مسند الإمام أحمد، مصر، الناشر: مؤسسة قرطبة – القاهرة.

(٣) خالد خليفة السعد ويوسف القرضاوي، الاستلحاق والتبني، مصر، مكتبة وهبة للطباعة والنشر، ٢٠٠٠م، ص ٢٢/٢١.

إن قاعدة الولد للفراش هي من القواعد المقررة في قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري، ذلك أنَّ السَّبب في اتصال الزَّوجين ببعضهما واختصاص كل منهما بالآخر هو عقد الزّواج، فإذا نتج عن هذا الاتصال والاختصاص فالاحتمال أنه منهما لا من غيرهما؛ لأنَّ الأصل حمل النَّاس على الصلاح، حتى يثبت العكس ويترتب على ذلك أن يلحق الولد بوالديه بالاعتماد على عقد الزّواج دون الحاجة إلى إقرارهما أو أي دليل آخر، لذلك كان النّسب يثبت من الرجل من صفة هذا الفراش الصّحيح وما لحق به[١].

ويعرف الزّواج في اللغة: بأنه الاقتران والاختلاط،[٢] أمَّا في الاصطلاح، فهو عقد يفيد حل استمتاع الزَّوجين بعضهما ببعض على الوجه المشروع، ويجعل لكل منهما حقوقاً وواجبات تجاه الآخر[٣].

وقد عرفته المادّة (١) من قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري (الزَّواج: هو عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنّسب)، كما عرفته المادّة (٢٠) من قانون الأحوال الشَّخصية للمحاكم الإنجيلية في سورية ولبنان: (الزّواج: هو عقد يجري بين ذكر وأنثى يقصد به الاقتران الجنسي الطبيعي والاشتراك في المعيشة العائلية مدى العمر).

---

(١) محمد أوشو الولد غير الشَّرعي في القانون المغربي (القصور والحماية) رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، المغرب، مكناس ٢٠١٣م، ص١٥ أيضاً، أحمد فرج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، جامعة بيروت العربيّة، لبنان، بيروت، الدار الجامعية ١٩٩٨م، ص ٢٤٧.

(٢) المنجد في اللغة العربيّة المعاصرة، دار الشرق، بيروت ، ٢٠٠٨ ط٣، ص ٢٤٥.

(٣) عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري، منشورات جامعة دمشق، كلية الشريعة، ١٩٩٣م/١٩٩٤م، ط٦، ج ١، ص٧٨.

وقد وضع الفقهاء لعقد الزّواج بعض الشروط والأركان؛ لكي ينشأ الزّواج صحيحاً أشارت إليها المادّة (٤٧) من قانون الأحوال الشَّخصية السورية بقولها: (إذا توافرت في عقد الزَواج أركانه وشرائط التعاقد كافة كان صحيحاً)، وترتبت على هذا الزّواج جميع آثاره من: التوارث، والنّسب، وحرمة المصاهرة ...[١]

لذلك، فإن عقد الزّواج يقسم بحسب توافر هذه الأركان والشروط أو تخلفها إلى:

١-**عقد الزّواج الصّحيح النافذ اللازم:** وهو العقد المستجمع لجميع أركانه وشروط انعقاده وصحته، ومن ثم يسمى بعقد نكاح صحيح لازم، أي: لا يجوز الاعتراض عليه بفسخه، فهو نافذ في مواجهة ولي النكاح الذي له حق الاعتراض عليه في العقد الموقوف، **وترتب على هذا العقد ثبوت النّسب وغيره من آثار عقد الزّواج**[٢].

٢-**عقد الزّواج الصّحيح النافذ غير اللازم:** وهو عقد الزّواج الذي فقد شرط اللزوم، أي: يمكن فسخه أو الاعتراض عليه كأن يكون الزَّوج غير كفء[٣].

٣-**عقد الزّواج الموقوف:** وهو الزّواج الذي تتراخى فيه أحكامه الشَّرعية، ويتوقف على الإجازة، ومثاله: عقد الزّواج الفضولي الذي يتوقف على إجازة الغائب، وعقد زواج الصغير الذي يتوقف على إجازة الولي.[١]

---

(١) نصت المادّة (٤٩) من قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري على (الزَواج الصّحيح النافذ تترتب عليه جميع آثاره من الحقوق الزَّوجية كـ: المهر، ونفقة الزَّوجة، ووجوب المتابعة، وتوارث الزَّوجين، ومن حقوق الأسرة كـ: نسب الأولاد، وحرمة المصاهرة).

(٢) نصت المادّة (٤٩) من قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري ((الزّواج الصّحيح النافذ تترتب عليه جميع آثاره من الحقوق الزَّوجية كـ: المهر، ونفقة الزَّوجة، ووجوب المتابعة، وتوارث الزَّوجين في حقوق كـ: نسب الأولاد، وحرمة المصاهرة)).

(٣) الاختيار لتعليل المختار، للموصلي، الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٨٠م، ج٣٠، ص٣٥، عبد المجيد المطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، مصر، القاهرة، مؤسسة المختار، عام ٢٠٠٤م، ط، ص٧٢.

٤-عقد الزّواج الفاسد: وهو وما عرفته المادّة (٤٨) من قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري ((كل زواج تم ركنه بالإيجاب والقبول واختلت بعض شرائطه فهو فاسد))، مثاله: الزّواج بغير شهود، وهذا الزّواج لا يرتب شيئاً من الأحكام قبل الدّخول، أما بعد الدّخول، فيثبت به النّسب والعدة وغيرها[٢]، وإلى ذلك أشار السرخسي في المبسوط بقوله: ((وأما النكاح الفاسد، فلا حكم له قبل الدّخول، أما بعد الدّخول، فيتعلق به أحكام منها ثبوت النّسب، ووجوب العدة، وهو حكم الدّخول في الحقيقة ...))[٣].

ويترتب على هذا الزّواج بأقسامه ثبوت النّسب، إلا أن هذا الثبوت قيَّده المشرّع الإسلامي بشروط لازمة، وهي:

أ-**أن يكون الزَّوج ممن يتصور الحمل منه،** بأن يكون بالغاً أو مراهقاً على الأقل، فإذا كان صغيراً لا يتصور الحمل منه، لا يثبت النّسب؛ لأنَّ هذه القرينة قاطعة على أن الحمل ليس منه، وهذا شرط كان محل اتفاق بين جميع الفقهاء[٤].

ب-إمكانية التلاقي بين الزَّوجين:

اختلف الفقهاء حول تحقق هذا الشرط لثبوت النّسب، فذهب الحنفية إلى أن مجرد العقد وحده كافٍ لإلحاق النّسب بالزَّوج صاحب الفراش، فالحنفية لا

---

(١) المبسوط، السرخسي، ج٢، ص١٢٥بتصرف ج٥، ص٢١٠، دار المعرفة، بيروت، أيضاً الاختيار لتعليل المختار، مرجع سابق، ج٣، ص٣٢.

(٢) نصت الفقرة ب من المادّة (٥٠) من قانون الأحوال الشَّخصية بقولها: ((الزّواج الفاسد قبل الدّخول في حكم الباطل وتترتب على الوطء فيه النتائج الآتية:

أ.....

ب نسب الأولاد بنتائجه المبينة في المادّة (١٣٣) من هذا القانون))

(٣) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق،ج٢، ص٣٣٥.

(٤) أبو زهرة، محاضرات في عقد الزّواج وآثاره، مكان النشر (غير معروف)، دار الفكر العربي تاريخ الطبعة (غير معروف)، ص ٨١، أيضاً أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص ٢٥١.

يشترطون دخول الزَّوج بالزَّوجة لكي يُلْحِقوا ما تأتيه به الزَّوجة من أولاد، بل هم يكتفون بمجرد العقد[١].

د-**أن تأتي الزَّوجة بالولد خلال ستة أشهر فأكثر من تاريخ الزّواج ولا تزيد عن مرور سنة من تاريخ الطَّلاق،** فقد اتفق الفقهاء على أن أقل مدة الحمل التي يثبت بها النّسب هي ستة أشهر من تاريخ الزّواج[٢]، وبهذا أخذ قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري بنص ٣/١٨٢ على أن (أقل مدة الحمل مائة وثمانون يوماً وأكثرها ثلاثمائة وخمس وستون يوماً).

٥-عقد الزّواج الباطل:

وهو العقد الذي اختل فيه ركن من أركانه أو شرط من شروط انعقاده، فقد نصت المادّة (٥٠) من قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري على أن ((الزّواج الباطل لا يرتب شيئاً من آثار الزّواج الصّحيح ولو حصل فيه دخول)).

والحقيقة أن المحققين من فقهاء الحنفية لا يفرقون بين الزّواج الباطل والفاسد، وفي ذلك يقول الفقيه كمال الدين بن همام: (إن العقد الباطل والفاسد في النكاح سواء)، فالحكم واحد سواء أكان الخلل قد وقع في ركن العقد وهو ما يعبر عنه بالباطل أم كان الخلل في وصفه وهو ما يعبر عنه بالفاسد، فليس للنكاح إلا وجود قسمين: صحيح، وغير صحيح.

أثر عقد الزّواج الباطل:

إن عقد الزّواج الباطل لا يترتب عليه أي أثر؛ لأن أصل العلاقة بين الرجل والمرأة التحريم، حتى يوجد سبب شرعي ينقلها إلى الحل وهو عقد الزّواج

---

(١) أبو زهرة، محاضرات في عقد الزّواج وآثاره، المرجع السَّابق، ص ٨١.

(٢) محمد أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، دار الفكر، دمشق، ط٢، ص٤٥١.

الصّحيح، فإذا لم يوجد هذا العقد أو وجد غير مستوفٍ الأركان والشرائط فهو غير معترف فيه من قِبل المشرع ولا يترتب عليه أي أثر[١]، وفي ذلك نصت المادّة (٥٠) من قانون الأحوال الشَّخصية (الزّواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار الزّواج الصّحيح ولو حصل فيه دخول)، إلا أن الدخول قد رتب عليه المشرّع آثاراً، منها: النّسب، وهذا ما أكدته الفقرة الثَّانية من المادّة(٥١) سالفة الذكر بقولها: (....٢- وتترتب على الوطء فيه النتائج الآتية: أ . ..... ب . نسب الأولاد بنتائجه المبينة في المادّة (١٣٣) من هذا القانون...):

فهذه الواقعة المتمثلة بالدّخول هي السَّبب الحقيقي في ثبوت النّسب، فإذا حصل دخول حقيقي وجاء الولد بعد ستة أشهر فأكثر من تاريخ الدّخول يثبت النّسب من الزَّوج ولا يقبل النفي بعده، وهذه المدة تبتدئ من تاريخ الدّخول لا من تاريخ العقد، أما إن كانت الزَّوجة معتدة، فإن هذه المدة تمتد إلى سنة شمسية من تاريخ المتاركة أو التفريق، فيثبت نسب الولد الذي يأتي خلال هذه المدة،[٢] وقد نص على ذلك قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري في المادّة (١٣٢) بقولها:

(١- المولود من زواج فاسد بعد الدّخول إذا ولد لمئة وثمانين يوماً فأكثر من تاريخ الدخول ثبت نسبه من الزَّوج.

٢- إذا كانت ولادته بعد متاركة أو تفريق لا يثبت نسبه إلا إذا جاءت به خلال سنة من تاريخ المتاركة أو التفريق).

---

(١) محمد أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ص١٤٩.

(٢) محمد أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، المرجع سابق، ص٣٨٧.

ثانياً- شبهة الفراش:

الشبهة: ((هي ما يُشابه الشيء الثابت وليس بثابت في نفس الأمر))[١].

فالموطوءة بشبهة هي التي زُفت إلى غير زوجها والموجودة ليلاً على فراشه إذا ادعى الاشتباه، فالرجل يمكن أن يطأ غير زوجته لحدوث خطأ في ذلك، وقد أوضح بعض المحدثين ذلك بقوله: (وقد يدخل الرجل بامرأة معتقداً أنها فراش صحيح له، ثم يظهر له أنه اشتبه عليه، وأنها ليست حلالاً له، فيكون ذلك وقاعاً منه بشبهة، وهذا له أثر وحكمة في ثبوت النّسب)[٢].

وقد قسم الإمام ابن عابدين شبهة الفراش إلى ثلاثة أنواع: وهي:

١- **شبهة في المحل:** كمن وطأ جارية ابنه ظناً منه أنها ملكه لحديث أنت ومالك لأبيك.

٢- **شبه اشتباه في الفعل:** مثال ذلك كمن يطأ امرأة زُفت إليه، ويقال له: إنها زوجتك، فهذا شبهة في الفعل الوطء.

٣- **شبهة في العقد:** أي أن يوجد العقد صورة لا حقيقة، كمن يعقد على أخته من الرضاع ويطأها دون علم منه.

وأن النّسب المتولد من كل هذه الشبهات ثابت إذا كان هناك دخول بالمرأة وكان الولد قد جاء بين أقل مدة الحمل وأكثرها، فيثبت نسبه من الواطئ وفق ما نصت عليه المادّة (١٣٣) من قانون الأحوال الشّخصية بقولها:(الموطوءة بشبهة إذا جاءت بولد ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها يثبت

---

(١) حاشية رد المختار على الدر المختار، ابن عابدين، بيروت، دار الكتب العلمية، ج٤، ص١٨.

(٢) محمد يوسف موسى، النّسب وآثاره، معهد البحوث والدّراسات العربيّة، ط٢، ١٩٦٧م، ص١٢.

نسبه من الواطىء. ٢- متى ثبت النسب ولو بنكاح فاسد أو شبهة ترتب جميع نتائج القرابة، فيمنع النكاح في الدرجات الممنوعة وتستحق به النفقة من القرابة والإرث)

ولابد من الإشارة إلى أن المحكمة العليا في الجزائر ذهبت إلى عد الاغتصاب الثابت بحكم قضائي بأنه وطء بإكراه يكيف على أنه شبهة يثبت بها النّسب[1].

أن المشرع أعترف بنسب الطفل المتولد عن علاقة شرعية بين الرجل والمرأة، يستدل عليها بوجود الفراش الصحيح المتمثل بعقد الزواج أو شبهه، وأن وجود دلائل تكشف على نسب الطفل من الرجل، فهي لا تعدو أن تكون وسائل كاشفة على وجود النسب الصحيح جاءت هذه القرائن والأدلة لتكشف وجوده لذلك سوف ندرس هذه الأدلة في المطلب الثاني.



(١) المحكمة العليا في الجزائر في القرار رقم (٦١٧٣٧٤) الصادر بتاريخ ١٩٩٣/١٢/١٥م، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد (١) لعام ٢٠١٢م، ص٢٩٧، نقلاً عن عريبي حسيبة ومحرز حنان، الحماية القانونيّة للطفل في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، الجزائر، جامعة الجيلالي بو نعامة خميس مليانة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة ٢٠١٤م/ ٢٠١٥م، ص١١.

المطلب الثاني: الأسباب الكاشفة للنسب:

ذكر المشرّع طرقاً محددة للكشف عن النّسب، وهذه الطرق المتمثلة بـ: الإقرار، والشَّهادة، والبصمة الوراثية، وتعتبر هذه الأسباب أدلة كاشفة على وجود النسب الصحيح.

أولاً–الإقرار بالنّسب:

عرَّفت المادّة (٩٣) من قانون الإثبات المصري الإقرار بأنه: (هو إخبار الخصم أمام المحكمة بحقٍ عليه للآخر)[١].

أما الإقرار بالنّسب، فيعرف أنه إخبار الشَّخص بوجود القرابة بينه وبين شخص آخر[٢]، ويأتي الإقرار بالنّسب في المرتبة الثَّانية في إثبات النّسب بعد الفراش الصّحيح، ويعد من الطرق الكاشفة لوجود النّسب، ذاك أن المقر لا ينشأ هذا الحق إنما يخبر ويكشف عن وجوده.

والإقرار بهذه القرابة يأتي على نوعين:

١–الإقرار على النفس (الإقرار المباشر): وهو إقرار ليس فيه تحميل على الغير، ومثاله: أن يقر الأب بنسب الولد منه أو يقر الابن بالوالد.

---

(١) كما أشارت المادّة (٩٤) من ذات القانون إلى الإقرار القضائي (اعتراف الخصم أو من ينوب عنه نيابة خاصة، بواقعة قانونية مدعى بها، وذلك أمام القضاء أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة).

(٢) بومجان سولاف، إثبات النّسب ونفيه وفق تعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، دار شروقي، ٢٠٠٥م، ص٢٥. نقلاً عن محمد نبيل سعد الشاذلي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، والقرابة إما أن تكون قرابة مباشرة: وهي الصلة بين الأصول والفروع لدرجة واحدة كـ: البنوة، والأبوة، والأمومة، أو غير مباشرة: وهي قرابة الحواشي الذين يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهما فرعاً من الآخر كالأخوة والعمومة.

٢-الإقرار بالنّسب على الغير كالإقرار بالإخوة[١].

١-الإقرار على النفس:

يُشترط لصحة الإقرار بالنّسب على النفس شروط محددة، وهي:

أ- **مصادقة الواقع بأن يولد للمقر ولد في مثل المقر له،** فقد نصت المادّة ١/١٣٤ من قانون الأحوال الشَّخصية على: (الإقرار بالبنوّة ولو في مرض الموت لمجهول النّسب يثبت به النّسب من المقر إذا كان فارق السن بينهما يحتمل هذه البنوة)، بحيث يكون فارق السن بينهما يحتمل ذلك، أما إذا كان المقر له في سن مساوياً لسن المقر له، فلا يثبت النّسب من هذا الإقرار، وهذا الشرط ضروري لعدم معارضة الإقرار للواقع، فلو خالف الواقع، لكان الإقرار كاذباً كما لو أقر شخص عمره ثلاثون ببنوة شخص عمره أربعون، فهذا الإقرار لا يصح لمخالفته الواقع[٢].

فإذا أقر أكثر من شخص ببنوة الطفل لا يثبت الإقرار؛ لأنه إذا تعارضت الإقرارات لم يكن إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر[٣]، فإذا تعارض الإقرار مع إقرار آخر أو دليل آخر لثبوت النّسب، فلا يثبت الإقرار، ولا يقبل لوحده لثبوت النّسب دون دليل يرجحه.

---

(١) وهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط٢، ١٨٩٥م،ج٧، ص ٦٩٠، أيضاً، عبد الرحمن الصابوني، شرح الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ج٢، ص١٧٥.

(٢) عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص ١٧٥.

(٣) أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ص ٣٩٧ أيضاً وهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج٧، ص ٦٩١.

ب- **أن يكون المقر له مجهول النّسب:** إنَّ الإقرار بالنّسب لا يكون إلا لمجهول النّسب، ومجهول النّسب عند الحنفية هو الذي لا يُعْلَم له أبٌ في البلد الذي وُلِد فيه، فإذا كان المقر له معروف النّسب، فإن هذا الإقرار لا يصح.

وقد استثنى الفقهاء الولد الملاعن، فهذا لا يصح ادعاء نسبه أو إلحاقه بغير الأب الملاعن، لاحتمال رجوع أبيه الملاعن، وتكذيب نفسه فيما ادعاه، بأن الولد ليس منه[١].

ج: **مصادقة المقر له على الإقرار:** لا بد أن يصادق مجهول النّسب على الإقرار، فقد اشترطت المادّة (١٣٥) من قانون الأحوال الشَّخصية بنصها: (إقرار مجهول النّسب بالأبوة أو بالأمومة يثبت به النسب إذا صادقه المقر...) إذا كان أهلاً للمصادقة، أي: إذا كان بالغاً عاقلاً عند الجمهور، ومميزاً عند الحنفية؛ وذلك لأن الإقرار حجة قاصرة، فلا تتعدى إلى غير المقر إلا بدليل أو بمصادقة الغير، أما إذا كان المقر له لا يتمتع بالأهلية اللازمة للإقرار كما لو كان صغيراً أو مجنوناً فلا تشترط المصادقة[٢].

د: **ألا يكون في الإقرار حمل النّسب على الغير سواء أكذبه المقر له أم صدقه:** فالإقرار حجة قاصرة على المقر لا تتعدى على غيره، فالإقرار على الغير إما شهادة أو دعوى، وشهادة الفرد فيما لا يطلع عليه الرجال غير مقبولة، وهذا الادعاء المقر به ليس بدليل [٣].

---

(١) وهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج٧، ص ٦٩١، أيضاً أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ص ٣٩٧.

(٢) أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، المرجع سابق، ص٤٠١، أيضاً، وهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج٧، ص ٦٩١.

(٣) وهبة الزُّحيلي ، الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج٧، ص ٦٩١.

هـ: **ألا يذكر أنه ولد من زنا:** لأنَّ الزنا لا يصلح أن يكون سبباً لثبوت النّسب لتعارضه مع قول النبي صلى الله عليه وسلم: (الولد للفراش وللزاني الحجر).

لا بد من الإشارة أنَّ فقهاء الحنفية قالوا بأن الإقرار بالنّسب يصح دونما الحاجة إلى بيان سببه، فلو سكت المقر دون أن يبين سبب العلاقة بينه وبين ولده، فيحمل على أن السَّبب شرعي صحيح، كأن يكون الرجل قد تزوج سراً بأم الولد وأخفى زواجه لأمرٍ ما، بل إنَّهم ذهبوا أكثر من ذلك، وقالوا بثبوت النّسب بالإقرار ودون الحاجة لبيان السَّبب الذي يقوم عليه النّسب حتى وإن كان الظّاهر يكذب هذا الادعاء، فهم مدفوعون لهذا الرَّأي بمبررات عدة منها: حمل النَّاس على الصلاح، وإنقاذ لنسب الطِّفل[١].

بينما لم يوافق المالكية على هذا الرَّأي، فلم يكتفوا لثبوت النّسب بالإقرار المجرد، بل إنهم اشترطوا لصحة الإقرار ألا يكذبه الظّاهر، كأن يكون الولد لقيطاً لم يبين المقر بنسبه سبباً معقولاً لهذا النّسب، أو أن يكون الطِّفل قد وجد في بلاد لم يدخلها المقر بحياته[٢].

ويترتب على الإقرار الصّحيح جميع آثار النّسب، فتكون للولد جميع الحقوق، وتترتب عليه جميع الواجبات، كما أن هذا النّسب الناتج عن الإقرار لا يقبل الانفكاك، فإذا أقرَّ شخص لطفل غير مميز بالنّسب وثبت نسبه بذلك، فلا يصح تكذيبه من قِبل الصغير إذا بلغ سن الرشد؛ لأن النّسب متى ثبت لا يقبل الإبطال[٣].

---

(١) عبد الرحمن الصابوني ، شرح قانون الأحوال، مرجع سابق، ج٢، ص١٧٦.

(٢) عبد الرحمن الصابوني، المرجع سابق، ص١٧٦، وأيضاً أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ص٤٥٤.

(٣) عبد الرحمن الصابوني المرجع السابق، ص١٧٧.

وبقي أن نشير أنه كما يثبت نسب الولد من الرجل الذي يقر ببنوته، كذلك يثبت نسب الولد من المرأة التي تقر بأمومته في تحقق الشروط التي سبق ذكرها.

٢: الإقرار بالنّسب على الغير:

أ- إقرار الزَّوجة

إن إقرار المرأة ببنوة شخص يصح إذا استوفت الشروط اللازمة للإقرار على النفس، فإذا كانت متزوجة، فلا يثبت نسب الولد من هذا الزَّوج إلا إذا أقرَّ وصادقَ على هذا الإقرار، فقد نصت المادّة ٢/١٣٤ من قانون الأحوال الشَّخصية على: (إذا كان المقر امرأة متزوجة أو معتدة لا يثبت نسب الولد من زوجها إلا بمصادقته أو بالبينة) فإذا أنكر الأب هذا الولد، فلا يكفي إقرار الزَّوجة لثبوت نسب الولد منها ومنه، بل لابد لها من إقامة الدليل لإثبات الزَّوجية بينهما، ثم لإثبات نسب الولد[١].

ب- إقرار الحواشي:

قد يكون الإقرار بالنوع الثَّاني من القرابة، وهي قرابة الحواشي، كـ: الإقرار بالإخوة والعمومة، فإذا قال شخص: هذا أخي، كان ذلك إقراراً بالنّسب على أبيه؛ لأن معناه هذا ابن أبي، وإذا قال: هذا عمي، كان هذا إقراراً بالنّسب على جده؛ لأن معناه هذا ابن جدي، وقد أشار المشرّع السُّوري إلى هذا الإقرار في المادّة (١٣٦) من قانون الأحوال الشَّخصية بقوله: (الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه).

---

(١) عبد الرحمن الصابوني، مرجع سابق، ج٢، ص١٧٩.

وقد اشترط القانون السُّوري لِعَدِّ هذا الإقرار سارياً في حق الغير تصديقه، فهذا الإقرار غير المباشر لا يصلح وحده لثبوت النّسب في حق الغير، بل يجب مصادقة الغير فضلاً عن شروط الإقرار السَّابقة، وعند ذلك لا يكون لإقرار المقر أي أثر في ثبوت النّسب، إنما النّسب يثبت بمصادقة الغير على هذا الإقرار الذي يعده بدوره إقراراً مبتدئاً[١].

ويترتب على الإقرار غير المباشر نوعان من الآثار:

١-النّسب: وهذا لا يترتب إلا بالمصادقة أو البينة.

٢-الآثار المالية: فإذا مات الأب في المثال السَّابق، فإن المقر له يشارك المقر في حصته من التركة، أما بقية الورثة، فتبقى حصصهم كاملة ما دام أنهم لم يصادقوا على إقرار المقر، ولم يصادق أبوهم على هذا الإقرار.

كما أنه يستحق النفقة من مال المقر في حال احتاج إليها وتوافرت شروطها، وإذا مات المقر دون وراث استحق المقر له كامل تركته في حال توافرت الشروط الآتية:

أ- عدم ثبوت نسب المقر له بالنّسب من الغير المقر عليه.

ب-عدم رجوع المقر له عن الإقرار.

ج-ألا يتوافر في المقر له مانع من موانع الإرث.

د-حياة المقر له عند وفاة موت المقر أو عدّه ميتاً.

وهذه الشروط نصَّ عليها قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري في المادّة (٢٩٨): (إذا أقر شخص بالنسب على غيره لمجهول النسب استحق المُقِر له التركة بالشرائط الآتية:

---

(١) بومجان سولاف، مرجع سابق، ص ٢٧.

١- ألا يثبت نسب المقر له من المقر عليه.

٢- ألا يرجع المقر عن إقراره.

٣- ألا يقوم به مانع من موانع الإرث.

٤- أن يكون المقر له حياً وقت وفاة المقر أو وقت الحكم بِعدّه ميتا).

ثانياً: إثبات النّسب بالبينة:

تعد البينة إحدى طرق إثبات النّسب القانونيّة، وقد نصت المادّة (١٢٨) من قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري على: (يثبت النّسب بالزّواج أو الإقرار أو البينة)، ولابد من أن نوضح أنَّ للبينة مدلولين:

المدلول العام للبينة: ويقصد به الحجة والبرهان[١]، وقد أكد المشرّع المصري هذا المعنى للبينة في المادّة (١) من قانون الإثبات الذي عُرّفت فيه البينة بأنها: (هي أي وسيلة يتم بها إثبات أو نفي أي تصرف أو واقعة بدعوى أمام المحكمة....).

المدلول الخاص للبينة (الشَّهادة): التي تعرف بأنها قيام شخص من غير خصوم الدعوى بالإخبار أمام القضاء عما أدركه بحاسة من حواسه، كـ: السمع أو البصر بشأن الواقعة المتنازع عليها، وقد أكد صياغة المادّة (١٢٨) من قانون الأحوال الشَّخصية السَّابقة الذكر هذا المعنى الخاص للبينة، فهذه المادّة عددت الطرق التي يثبت بها النّسب، وأشارت إلى البينة بمعنى الشَّهادة كطريق مستقل لإثبات النّسب؛ لأن البينة بالمدلول العام تستغرق جميع طرق الإثبات، وعلى هذا فلو ادعى أحدهم النّسب من شخص كما لو ادعى البنوة أو الأبوة وأنكر المُدَّعى عليه دعواه فلجأ لإثبات دعواه بالشَّهادة، لقبلت منه.

---

(١) بومجان سولاف، مرجع سابق، ص٣٣.

ويعد إثبات النّسب بالشَّهادة أقوى من ثبوت النّسب بالإقرار، فالإقرار هو حجة قاصرة على المقر بينما الشَّهادة هي حجة متعدية لا يقتصر أثرها على المُدَّعَى عليه، كذلك أن النّسب الذي ظهر بالإقرار غير مؤكد؛ لأنَّه يحتمل البطلان بالبينة[١].

نصاب الشَّهادة: يختلف نصاب الشهادة فيما إذا كان النزاع يدور حول واقعة الولادة أم يتعلق بتعيين المولود:

إذا اختلف الزَّوج مع زوجته في وقت الولادة كأن تدعي الزَّوجة بأن الولادة قد تمت في وقت محدد وأنكر الزَّوج حدوثها، أو قد يكون الخلاف في تعيين المولود كما لو ادعت أن المولود هو ذلك الولد وأنكر الزَّوج فما هو النصاب المعتبر من الشهود اللازم لإثبات الدعوى؟

ذهب أبو حنيفة وأصحابه وأحمد بن حنبل بأنه يكفي لإثبات الولادة أو المولود شهادة القابلة؛ لأن النّسب ثابت بوجود الفراش والولادة، واكتُفي بشهادة القابلة (الطبيب) من غير اشتراط العدد،

وبذلك أشارت المادّة (٣٤٨) من مجلة الأحكام إلى ذلك: ((إذا ادعت الزوجة المنكوحة الولادة وجحدها الزوج تثبت بشهادة امرأة مسلمة حرة عادلة، كما لو أنكر تعيين الولد، فإنه يثبت بتعيينه بشهادة القابلة المتصفة بما ذكر))[٢].

---

(١) وهبه الزُّحيلي، الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج٧، ص٦٩٥.

(٢) محمد قدري باشا، الفوائد العلية في الأحوال الشَّخصية، المحامي محمد مهر الشقفة، مجموعة قوانين الأحوال الشَّخصية، دمشق، مؤسسة النوري،١٩٩٦م، ط (لا يوجد)، ص١٥٩.

بينما اشترط الإمام مالك شهادة امرأتين واشترط الشافعي شهادة أربعة إذا كان الخلاف حال قيام الزَّوجية[١].

أما بعد انقضاء الزَّوجية سواء أكان بوفاة الزَّوج أم بالطَّلاق، وقد أنكر الزَّوج أو الورثة الولادة أو اختلفوا في تعيين المولود (إذا لم يقر الورثة أو الزَّوج بالحمل أو لم يكن هذا الحمل ظاهراً)، فلابد من ثبوت الشَّهادة النصاب الكامل للشهادة عند أبي حنيفة، وهي شهادة رجلين أو لرجل وامرأتين، وحجته في ذلك أن الرابطة الزَّوجية انقضت بالعدة وانقضت معها جميع علائقها وأصبحت الزَّوجة أجنبية، ودعوى ثبوت النّسب من أجنبي لابد لها من النصاب الكامل[٢]، فنصت بذلك المادّة (٣٤٩) كم مجلة الأحكام الشَّرعية على: ((إذا ادعت معتدة الطلاق الرجعي أو البائن أو معتدة الوفاة، الولادة لأقل من سنتين من وقت الفرقة وجحدها الزَّوج، أو الورثة، فلا تثبت إلا بحجة تامة ما لم يكن الزَّوج أو الورثة قد أقروا بالحبل أو كان الحبل ظاهراً غير خافٍ ...))[٣]

بينما ذهب الصاحبان بأن الولادة تبقى ثابتة بشهادة القابلة؛ لأن الزّواج وآثاره باقية في عدة الطَّلاق أو الوفاة، والزَّوجة عند الولادة لم تكن أجنبية، بل هي قد ولدت، وهي ما تزال على فراش الزَّوجية، فيُكتفى بشهادة القابلة، أما إن سبق الولادة إقرار بالحمل أو كان الحمل ظاهراً، فيُكتفي أبي حنيفة بيمين الزَّوجة دون الحاجة لشهادة القابلة بينما اكتفى بالإخبار عند الصاحبين.

---

(١) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية مرجع سابق، ص٤٦١.

(٢) محمد أبو زهرة، المرجع السابق،٤٦٢

(٣) محمد قدري باشا، المرجع السَّابق، ص١٥٩.

أمـا إن كـان الخـلاف فـي المولـود لا فـي الـولادة وحـدوثها، فقـد أتفـق الصاحبان والإمام أبـي حنيفة علـى الاكتفاء بشـهادة القابلـة وبذلك أخذت مجلـة الأحكام العدلية في المادة السابقة الذكر(١).

ثالثاً: البصمة الوراثية:

تعـد البصـمة الوراثيـة مـن المسـتجدات العلميـة الحديثـة، وقـد اختلفـت الاتجاهـات الفقهيـة الحديثـة حـول الاعتمـاد والاسـتفادة منهـا فـي مجـال إثبـات النّسـب، وكانـت الـدول الأوربيـة فـي مقدمـة الـدول التـي اعتمـدت علـى نظـام البصمة الوراثية، وتلتها في ذلك الدول العربيّة، ومن ضمنها القانون السُّوري في تعديلـه الأخيـر لقـانون الأحـوال الشَّخصـية، لـذلك كـان مـن المسـتوجب بدايـةً التعـرف علـى نظـام البصـمة، ومـن ثـم التطـرق إلـى حجيتهـا كـدليل مـن أدلـة الإثبات.

١: المفهوم العلمي للبصمة الوراثية:

– تعرف البصمة في اللغة بأنها العلامة، وهو مأخوذ من البصم، وهي البصمة أثر الختم بالإصبع(٢).

والوراثة: هو علم يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل إلى آخر، وتفسير الظواهر المتعلقة بذلك.(٣)

والبصمة الوراثية في معناها الاصطلاحي: هي العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الأصول إلى الفروع، أي: إنها المادّة الحاملة للعوامل الوراثية

---

(١) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص٤٦٣.

(٢) المعجم الوسيط ـ معجم الوسيط، إبراهيم مصفى وأحمد الزيات وآخرون، دار الدعوى، تحقيق مجمع اللغة العربيّة، ج٢، ص٦٠.

(٣) إثبات النّسب بالطرق العلمية البيولوجية الحديثة، ص ٤١، http://droit٧.blogspot.com

والجينات في الكائنات الحية،[١] وتعد النواة الموجودة في كل خلية في جسم الإنسان ما عدا كريات الدم الحمراء مستودع المادّة الوراثية التي توجد على الكروموزمات أو الصبغيات التي تختلف من كائن إلى آخر، وعددها عند الإنسان (٤٦) كروموزم خلافاً للكروموزمات الجنسية[٢]، وبذلك كل كروموزوم من سلسلة من المادّة الوراثية ADN يعرف الحامض النووي الريبوزي اللاأوكسجيني ويتركب من قواعد: الأدنتين(A)، والتاميين (T)، والجوانتين (G)، والسانتوزين (C)، فضلاً عن السكر الخماسي والفوسفور، وبعد اتصال هذه القواعد مع بعضها تتكون ADN تلتف على شكل سلاسل حلزونية [٣] مُشكِّلةً سلسلتين ملتويتين، تمثل إحدى السلسلتين الصفات الوراثية للأب، أما الثَّانية، فهي تشكل الصفات الوراثية من الأم، ومن مجموع هذه السلسلتين يتميز الإنسان بصفات تميزه عن غيره، وهو ما يسمى بـ: "الشيفرة الوراثية".

أما عن كيفية استخدام الهندسة الوراثية في مجال إثبات النّسب ونفيه، فإن المادّة الوراثية للطفل تتكون من الأبوين مناصفة، فالعدد الصبغي والكروموزمات الموجودة في كل خلية من خلايا الطِّفل هي ستة وأربعون، ثلاثة عشرون من نطفة الأب وثلاثة وعشرون من بويضة الأم، ولإثبات نسب طفل من أب محدد أو أم محددة يدعي أحدهما أو كلاهما نفي أو إثبات نسبه منه،

---

(١) سعد الدين الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشَّرعية، الكويت، مكتبة الكويت الوطنية، ٢٠٠١م، ط١، ص٢٥.

(٢) إبراهيم بن ناصر الحمود، مقال حول البصمة الوراثية على الموقع www.islamtoday.net.

(٣) إثبات النّسب بالطرق العلمية البيولوجية الحديثة، مرجع سابق، ص ٤١، نقلاً عن عصام أحمد البهيجي، تعويض الأضرار الناتجة عن تطبيقات الهندسة الوراثية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية، دار الجامعة الجديدة للنشر طبعة ٢٠٠٦م، ص٣٣.

فنأخذ عينات كل من الأب والأم المزعومين والطِّفل لإجراء المطابقة فيما بينهما، فإذا كان أحد هذه الوالدين والداً لهذا الطِّفل فإن نصف الADN الطِّفل سوف تكون متطابقة مع الـADN الأب، كذلك الأمر بالنّسبة للأم، أما عندما يختلف الـADN للطفل مع الـADN الأبوين، فإنهما قطعاَ ليسا والدي الطِّفل، وبهذا يمكن نفي نسب الطِّفل من هذين الأبوين[١].

٢:الحجية القانونيّة للبصمة الوراثية:

يحتل إثبات النسب بواسطة البصمة الوراثية مكانة مهمة في التشريع الفرنسي حيث سمح المشرع الفرنسي إجراء البحث عن الأبوة عن طريق اختبار الحمض النووي بالنسبة للأب الذي لم يكن له مع الأم رابطة زواج والذي لم يعترف على الطفل عند الولادة [٢]، وكذلك فعل المشرع التونسي عندما جاء بالفصل الأوّل من قانون ٢٨ أكتوبر ١٩٩٨ المتعلّق بإسناد اللّقب العائلي للأطفال

---

(١) إبراهيم بن ناصر الحمود، المرجع السَّابق، ص٤٨.

(٢) ولابد أولاً أن تتم الاختبارات في مختبرات وافقت عليها المحكمة وثانياً موافقة الطرف المعني بإجراء الخبرة عليه حيث لا يمكن القيام هذا الاختبار قبل موافقة الطرف المستهدف الصريحة بناء على استدعاء المحكمة، حيث يمكنه رفض إجراء هذه الخبرة ولا يمكن إجباره على القيام بالاختبار إلا أن رفضه يمكن يعتبر بمثابة اعتراف بالأبوة ما لم يتمكن من نفي هذه الأبوة (بإثبات العقم مثلا)، وقد اشتهرت في هذا المجال الحكم الصادر عن القضاء الاسباني الذي قضى بثبوت أبوة المغني خوليو إيغليسياس لأحد الأطفال، بعد أن ادعت أم الطفل أن المغني قد أقام علاقة معها في عام ١٩٧٥ أثناء حفل موسيقي وعلى الرغم من أنكار المغني ورفضه القيام بأي اختبار للحمض النووي ،تمكن أحد المخبرين من الاقتراب من أحد أبناء المغني بينما كان الأخير على الشاطئ واستطاع جمع الحمض النووي الخاص به دون علمه وقد استخدم ذلك لاحقاً دليلاً نتج عنه الحكم بأبوة الطفل، وبعد إثبات البنوة بالبصمة الوراثية، يثبت أبوة الوالد للطفل بأثر رجعي، كما يؤدي إلى تغيير الحالة المدنية للطفل، ويجوز للمحكمة أن تحكم في ممارسة السلطة ألأبوية وإعالة الطفل وتعليمه وتغيير اسمه.

(٢) https//www.dossierfamille.com/famille/administrative-et-etat-civil/test-and-de-paternite-le-pretendu-pere-doit-etre-consentant٣٤٣١٨٣

المهملين ومجهولي النسب حيث نص:" يمكن للأب أو للأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصّة لطلب إسناد لقب الأب للطفل الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أنّ هذا الشخص هو أب ذلك الطفل. "وهذا يقود إلى الاعتراف بالطفل غير الشرعي وهذا ما عارضه المشرع السوري الذي حصر ثبوت النسب بالطرق الشرعية وفق ما نص عليه في المادة ١٢٨ من قانون الأحوال الشخصية (يثبت النّسب بالزواج والإقرار والبينة) حيث جعل المشرع السوري وسائل إثبات النسب المذكور محصور بالنسب الشرعي الناتج على الزواج

ونظرا للتطور العلمي للبصمة الوراثية فقد نص المشرع السوري في تعديله لقانون الأحوال الشَّخصية الصادر بالقانون رقم(٤) في العام ٢٠١٩م في ٢/١٢٨ منه على:

(٢-فيما عدا الزَّوجين عند التنازع بين إثبات نسب الطِّفل أو نفيه تتم الاستفادة من استخدام البصمة الوراثية) ليمهد بذلك قرينة جديدة يمكن الركون إليها في حل مشكلة النسب.

بداية فرق المشرّع السُّوري بين حجية البصمة في مواجهة عقد الزّواج وبين الحجية التي تكون لها في مواجهة الأسباب الأخرى للنسب.

ب-حجية الإثبات بالبصمة الوراثية فيما بين الزَّوجين:

ذهب مجمع الفقهي الإسلامي إلى أن الفراش يعد من أقوى الأدلة في ثبوت النّسب ولا يعلو عليه سوى اللعان، ولا يلجأ إلى البصمة الوراثية إلا عند النّزاع[١]، غير أن المشرّع السُّوري لم يعطِ البصمة الوراثية أي حجية في النّزاع

(١) من قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة عشر.

على النّسب بين الزَّوجين، وقد حصر إمكانية اللجوء إلى البصمة الوراثية في إثبات النّسب أو نفيه خارج العلاقة الزَّوجية، فمنع الزَّوجين من الاعتماد على البصمة الوراثية كدليل يمكن الركون إليه في النّزاع على نسب الطِّفل بين الزَّوجين متبنياً الرَّأي الفقهي الذي لا يجيز اللجوء إلى البصمة الوراثية متى كان النّسب ثابتاً بالاعتماد على فراش الزَّوجية والإقرار والشَّهادة والبينة[١]، إلا أنه إذا كان المشرّع السُّوري قد منع الزَّوجين من اللجوء إلى البصمة الوراثية في حسم النّزاع حول نسب المولود بينهما، فقد حصره بالزّواج الصّحيح، فيُخْرِج بذلك حالة نسب الولد في الوطء بشبهة والنكاح الفاسد كزواج الأرملة أو المطلقة قبل انتهاء العدة والوقوع في الحيرة في نسبة الولد للزوج الأول أو الثَّاني[٢]، ومما يؤكد هذا الرَّأي أنَّ هناك اتجاهاً من الفقه الحنفي يرى بأن مصطلحي الفاسد أو الباطل يُراد بهما الزّواج غير الصّحيح الذي لا تُعطى فيه صفة الزّواج، حيث إن هذا الاتجاه يرى أن النّسب في الزّواج الفاسد أو الباطل ما هو إلا أثر للوطء بشبهة الذي يكون هذا الفساد إحدى حالاته، وهو الحالة التي لا يكون فيها الفراش ثابتاً قطعاً.

كذلك يمكن الاستفادة من البصمة الوراثية في حال النّزاع على تعيين المولود كما في حالة الاختلاط بين المواليد في المستشفيات، فإذا اختلطت المواليد في مستشفيات الولادة يمكن اللجوء إلى البصمة الوراثية لحل هذه المعضلة.

---

(١) خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الاحكام الفقهية، الأردن، دار النفائس٢٠٠٦م، ط١، ص ١٤٨.

(٢) خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، الأردن، دار النفائس الأردن، ط١،٢٠٠٦م، ص٢١٩، نقلاً عن نجم عبد الله عبد الواحد، البصمة الوراثية وأثرها على النّسب نفياً وإثباتاً، بحث مقدم للمجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته (١٥) عام ١٤١٩ هـ، ص ١٣.

ب-الحجية القانونيّة للبصمة الوراثية تجاه أدلة إثبات النّسب الأخرى:

لم يحدد المشرّع السُّوري حجية البصمة الوراثية في مواجهة أدلة إثبات النّسب ونفيه، إنما اكتفى بالإشارة بعبارة لا تخلو من الغموض بأنه يمكن الاستفادة من البصمة الوراثية في إثبات النّسب ونفيه وفق المادّة (١٢٨) من قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري المشار إليها سابقاً، أما الفقه، فقد ذهب إلى إعطاء البصمة الوراثية مركزاً قانونياً متأخراً. فيرى الدكتور وهبة الزُّحيلي: (وتُقدَّم على البصمة الوراثية الطرائق المتبعة في شريعتنا لإثبات النّسب أو نفيه، أما الإثبات، فيكون بالبينة والاستلحاق أو الإقرار بالنّسب والفراش، أي: العلاقة الزَّوجية؛ لأن هذه الطرائق أقوى في تقدير الشَّرع، فلا يلجأ إلى غيرها إلا عند التنازع في الإثبات وعدم الدليل القوي أو عند تعارض الأدلة)[١].

فذهب الفقه أنَّ الشَّهادة تقدم على العمل بالبصمة الوراثية؛ وذلك لأن الشَّهادة وردت بالنص والإجماع، كما أنه لا يجوز تعطيل العمل بالأدلة الشَّرعية من أجل العمل بدليل علمي قد يشوبه الخطأ والتلاعب، وإن كان يأخذ على هذا الرَّأي أن الشَّهادة كدليل يمكن أن يعتريها الخطأ والتلاعب والتزوير، إلا أنه يبقى الفيصل هو رأي القاضي وقناعته، وقد أشار الفقه إلى الحالات التي يمكن اللجوء فيها إلى البصمة مع الشَّهادة، وهي:

حالة التنازع في نسب مجهول النّسب، وكان لكل مدعٍ دليل من شهادة، فتكون البصمة الوراثية هي الدليل الذي يرجح بين هاتين الشهادتين، وكذلك حالة

---

(١) وهبة الزُّحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجمع الفقه الإسلامي، ط١، ص٢٣.

الشَّخص الذي يدعي نسب ولديه بينة نسب طفل عند آخر قد نُسِب إليه بلا بينة[١].

أما حجية البصمة تجاه الإقرار، فقد أجمع الفقهاء على تقديم الإقرار على البصمة الوراثية، وعند توافر شروط الإقرار المعتبرة، فلا مجال للبحث للجوء إلى البصمة الوراثية، كما لو أقر رجل بنسب شخص فصادق المقر له على ادعائه، فلا يجوز اللجوء إلى البصمة،[٢] ومع هذا يذهب جانب من الفقهاء إلى جواز اللجوء إلى البصمة الوراثية عندما يكذب المقر له المقر، فيبقى النّسب حقاً للوالد الذي له أن يثبته بأي دليل شرط أن يرضى المقر له بإجراء البصمة الوراثية[٣].

ومتى توافرت هذه الأدلة سواء أكان من زواج أم إقرار أم شهادة أم البصمة كقرينة على نسبة الطِّفل لأبيه وأسرته، استقر حق الطِّفل في نسبته لأبويه وأسرته، لكن الإشكال يثور عند انعدام الأسباب التي تؤكد النّسب، فنقع هنا في معضلة جهالة النّسب، ومعرفة مفهومها، والحقوق التي تكون لمجهول النّسب، وهذا ما سنتعرف عليه في الفصل الأول من هذه الدّراسة.



(١) وهبة الزُّحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السَّابق، ص١٥.

(٢) بومجان سولاف، مرجع سابق، ص٤٧.

(٣) وهبه الزُّحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مرجع سابق، ص١٥.

الفصل الأول: هوية مجهول النّسب

تمهيد:

كان المشرّع ولا يزال هو المكلف بالإجابة عن كل ظاهرة اجتماعية، ولما كان مجهول النّسب إحدى هذه الظواهر فوجب عليه أمر تنظيم مسألة جهالة النّسب وتقنينها، وهذا ما يشكل المحور الأساسي الذي ينطلق به المشرّع لبيان المركز القانوني الذي يتمتع به مجهول النّسب، هذا المركز لا يوضح إلا من خلال دراسة كاملة لوضعه، تبدأ بتعريفه وبيان هويته، وبيان الحالات التي تدخل تحت مفهوم مجهول النّسب، والبحث بالأسباب التي أدت إلى وجود ظاهرة جهالة النّسب، والتكييف القانوني لمسألة مجهول النّسب، وما هي الأحكام التي تتناوله والسُّبل التي نحاها المشرّع للمعالجة القانونيّة للمركز القانوني لمجهول النّسب، ومعرفة الشَّخصية القانونيّة له، ومدى الأهلية التي يتمتع بها لممارسة الحقوق والواجبات، وهل يستطيع مباشرتها بنفسه، أم أنه يحتاج لمن ينوب عنه في مباشرة هذه الحقوق التي يتمتع بها؟ وهذا ما سوف ندرسه عن طريق المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: الحماية القانونيّة لمجهول النّسب في التشريع السُّوري

المبحث الثَّاني: الحقوق التي يتمتع بها مجهول النّسب في التشريع السُّوري.

المبحث الأول: الحماية القانونيّة لمجهول النّسب في التشريع السُّوري:

إن مفهوم مجهول النّسب يبدأ بتعريفه والاصطلاح القانوني والفقهي الذي يطلق عليه، وبيان الصور التي تشكل حالات متشابهة تجمعها جهالة النّسب، وهذا يكون محور المطلب الأول، تعريف مجهول النّسب. من ثم نستعرض الأسباب الداعية لجهالة النّسب في المطلب الثَّاني.

المطلب الأول: مفهوم مجهول النّسب:

أولاً: تعريف مجهول النّسب:

١- **مجهول النّسب لغة:** مجهول النّسب مركب إضافي مؤلف من كلمتين: مجهول، ونسب.

مجهول: اسم مفعول، من جهل الشيء لم يعرفه، أجهلهُ جعله جاهلاً (جهله) نسبه إلى الجهل(١).

أما النّسب: فإن المراجع اللغوية قد عرفته بأنه القرابةُ وهو انتساب الولد لأبيه وعلاقته به، فالنّسب هو رابطة القرابة على أساس الدم بين الولد وأبيه عامة، وهو الناتج عن طريق الزّواج(٢).

٢- **مجهول النّسب في الاصطلاح:**

عرفته المادّة الأولى في الفصل الأول من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب بأنه: **((الوليد أو الطِّفل الذي لم يتم السابعة من عمره والذي يعثر عليه ولم يثبت نسبه، أو لم يُعرَف والداه))**، وبذلك يكون المشرّع في هذا المشروع قد حقق تقدماً في تعريفه لمجهول النّسب عن قانون رعاية اللقطاء الذي اقتصر على تعريف الصورة الشائعة لجهالة النّسب وهي اللقيط، حيث نصت المادّة (١) من قانون رعاية اللقطاء: **(اللقيط هو الوليد الذي يعثر عليه ولم يُعرف والداه).**

---

(١) المعجم الوسيط، إبراهيم مصفى وأحمد الزيات وآخرون، دار الدعوة، تحقيق مجمع اللغة العربيّة، ج١، ص١٤٣.

(٢) ابن المنظور، لسان العرب، المجلد الرابع، دار الفكر العربي، لبنان ص٣١٢، سبق لنا أن تعرضنا لتعريف النّسب في المبحث التمهيدي، وكان لابد من إعادة التعريف في هذا الموضع لضرورة اتساق التعريف بمجهول النّسب.

ويؤخذ على المشرّع في قانون رعاية اللقطاء بأنه جعل صورة اللقيط هي القاعدة الأم التي طبَّقَ أحكامها على مجهولي النّسب، حيث نصت المادّة (١٨) من قانون رعاية اللقطاء أحكام اللقيط، فقال: ((**يعد بحكم اللقطاء، وتسري عليهم أحكام هذا المرسوم التَّشريعي:**

أ) –الأطفال مجهولو النسب الذين لا يوجد من هو مكلف بإعالتهم شرعا.

ب) –الأطفال الذين يضلون الطريق ولا يملكون المقدرة للإرشاد عن ذويهم لصغر سنهم، أو لضعفهم العقلي، أو لأنهم صم بكم، ولا يحاول أهلهم استردادهم)).

وهكذا نرى بأن المشروع الجديد للقانون قد أعاد الأمور إلى نصابها بتعريفه مجهول النّسب كونه هو المفهوم العام الذي تندرج تحته كثير من صوره، كـ: اللقيط، والأطفال الذين ضاعوا عن ذويهم ....، وغيرهم من صور مجهولي النّسب الذين سيأتي الحديث عنهم لاحقاً.

ونلاحظ أن المشروع في تعريفه مجهول النّسب قد حدد سنه بالسابعة من العمر فما دون، وهي سن التمييز، على عد أن الطِّفل الذي يبلغ هذا العمر سليماً يفترض علمه بذويه، ومن ينتسب إليهم، فلا يكون بذلك مجهول النّسب.

إلا أننا لسنا مع تحديد سن محدد لمجهول النّسب، فسن مجهول النّسب لا يعد العلة في تعريفه، فالفيصل في جهالة النّسب هو عدم معرفة أهل مجهول النّسب وذويه، أما ارتباطه بما دون سن التمييز، فهذه الحالة تنطبق فيها على اللقيط فقط، كما أن جهالة النّسب صفة قد ترافق الشَّخص لما بعد بلوغه سن التمييز، فلا يجوز ربط جهالة النّسب بسن محدد.

ثانياً: صور مجهول النّسب:

تتعدد الصور التي تتجلى بها جهالة النّسب سواء أكان من خلال الأطفال حديثي الولادة الذين يتم تركهم على الطرقات وأبواب المعابد أم من خلال الأطفال الذين يضلون عن أهلهم، أم من خلال الأطفال غير الشَّرعيين الذين تنقطع نسبتهم بوالديهم البيولوجيين.

١- **الطِّفل اللقيط:** يعد اللقيط الصورة الشائعة لجهالة النّسب، حيث عرَّفته المراجع الفقهية بأنه: اسم لحي طرحه أهله خوفاً من العيلة، أو فراراً من تهمة الريبة[١]، أو هو طفل ضائع لا كافل له،[٢] أو الطِّفل المنبوذ[٣]، ومن الملاحظ على هذه التعريفات نجد أنها تعنى بالأطفال الذين لا يُعرف نسبهم وهم بحاجة إلى الرّعاية الذين هم عادة ما يكونون دون سن التمييز، وقد ساير المشرّع السُّوري هذا النهج في تعريف اللقيط، فعرَّفه بالمادّة (١) من قانون اللقطاء[٤] (اللقيط هو الوليد الذي يُعثر عليه ولم يُعرف والداه).

٢- **الطِّفل الضال:** يعد الطِّفل الذي يتوه عن والديه وأسرته ويفقد الارتباط بهما، من صور مجهول النّسب، وقد أدخل المشرّع السُّوري هذه الصور ضمن الحالات التي تُطبَّق عليها أحكام اللقيط، فقد نصَّ في المادّة ١٨/ب من قانون رعاية اللقطاء على:

((يعد بحكم اللقطاء، وتسري عليهم أحكام هذا المرسوم التَّشريعي..أ...

---

(١) السرخسي، المبسوط، نشر محمد أفندي المغربي، ج٦، ص١٤٦.

(٢) مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، موقع الإسلام، ج١٦، ص٤٩٤.

(٣) ويسمى ملقوطاً بِعَدِّ أنه يلقط، ومنبوذاً بِعَدِّ أنه ينبذ إذا ألقي في الطريق ونحوه) مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، محمد الخطيب الشربيني، بيروت، دار الفكر، ج٢، ص٤١٧.

(٤) قانون اللقطاء السُّوري الصادر بالمرسوم ١٠٧ في العام ١٩٩٧م.

ب) – الأطفال الذين يضلون الطريق ولا يملكون المقدرة للإرشاد عن ذويهم لصغر سنهم، أو لضعفهم العقلي، أو لأنهم صم بكم، ولا يحاول أهلهم استردادهم)):

وغالبا ما يكون الأطفال الضائعين لا يقدرون على الإرشاد إلى أهلهم إما لصغر سنهم، وإما لإصابتهم بإحدى العاهات، وإما التخلف العقلي، وما إلى ذلك من أسباب، فضلاً عن أن الأهل نفسهم قد يقصرون في البحث عن هذا الطِّفل، أو قد تمنعهم الظُّروف من الاستهداء إليهم، ولا شك أن ظروف الحرب وما أدت إليه من: نزوح العائلات وتشتتها، كان له الدور الأبرز في زيادة هؤلاء أطفال.

٣- طفل العلاقة غير الشَّرعية: نصت المادّة (٦٥) من قانون الأحوال الشَّخصية للمحاكم المذهبية الإنجيلية في سورية ولبنان على تعريف هذا الطِّفل بأنه: ((البنوة غير الشَّرعية هي البنوة الحاصلة من اقتران غير شرعي))

هذه الحالة بِعَدّها من حالات جهالة النّسب قد نص عليها المشرّع صراحة في مشروع القانون الجيد، وذلك بنص المادّة ٣/ج بقوله:

(يعد بحكم مجهولي النّسب، وتسري عليهم أحكام هذا القانون: أ...ب...ج- المولود من علاقة غير شرعيّة).

تعد الزَّوجية هي السَّبب الرئيس لثبوت النّسب لقوله صلى الله عليه وسلم: (الولد للفراش وللعاهر الحجر) ، فيتطلب لثبوت النّسب وجود عقد زواج صحيح بين الرجل والمرأة الذي يعد أساس العلاقة الشَّرعية بينهما، وكان المشرّع السُّوري قد نصَّ في قانون الأحوال الشَّخصية في المادّة ١/١٢٩ على

((-ولد كل زوجة في النكاح الصحيح ينسب إلى زوجها بالشرطين الآتيين ....٢....)

كما عرف القانون (١٠٣) من نظام سر الزّواج للكنيسة الشرقية الولد الشَّرعي بقوله: **((الأولاد الشَّرعيون هم الذين حبل بهم أو ولدوا من زواج صحيح أو موهم))**[١]، وعلى ذلك، فإن توافر العلاقة الشَّرعية المتمثلة بعقد الزّواج الصّحيح يعد من الأسس الثابتة لثبوت النّسب، حيث إن المشرّع السُّوري خاصةً والفقه الإسلامي عموماً لا يبني على العلاقة الجنسية غير الشَّرعية أي أثر، فالزنا لا يصلح أساساً لثبوت النّسب، فلابن المولود من علاقة غير شرعية، وإن كانت بنوّته تمثل النتيجة الطبيعية للاتصال الجنسي بين المرأة والرجل، فهذه البنوة وإن تحققت فعلاً فإنها تكون مجرد علاقة بيولوجية لا شرعية؛ لأن المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً،[٢] فهي بنوة غير شرعية غير معترف بها في إطار القانون السُّوري والفقه الإسلامي.

وقد تتعدد الحالات التي يكون فيها الطِّفل غير شرعي إما لكونه قد ولد نتيجة علاقة سفاح محضة بين رجل وامرأة، وهو ما جرى شرحه، أو قد يوجد مانع يعرقل تأسيس النّسب على عقد الزّواج رغم وجوده، وتتمثل هذه الحالات في الآتي:

---

(١) وهو معمول به لدى الطوائف الكاثوليكية الشرقية (الروم الكاثوليك، والسريان الكاثوليك، والأرمن الكاثوليك، والموارنة، والكلدان، والاتين) عن نسخة رسمية مودعة في مكتبة وزارة العدل.

(٢) محمد أوشو، الولد غير الشَّرعي في القانون الغربي، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، مكناس، ٢٠١٣م، ص١١. نقلاً عن عبد الله السوسي التناني، شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلتها دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة، الدار البيضاء، مطبعة النجاح،٢٠١٠م، ج٣، ص١٦.

أ –نفي النّسب لعدم تحقق شرط التلاقي.

ب –نفي النّسب لعدم تحقق شرط أقل مدة الحمل.

ج –نفي النّسب لوجود الملاعنة.

أ– نفي النّسب لعدم تحقق شرط التلاقي:

لكي يثبت النّسب بالاعتماد على عقد الزّواج لابد من أن تتحقق إمكانية التلاقي بين الزَّوجين، فلو كانت هذه الإمكانية غير متوافرة، كأن يكون الزَّوج مسجوناً أو مسافراً، فإن عقد الزّواج هذا لا يكون سبباً صالحاً لثبوت النّسب، وهذه الإمكانية اشترطها المشرّع السُّوري بنص المادّة ١٢٩/ب من قانون الأحوال الشَّخصية: **(ولد كل زوجة من النكاح الصّحيح ينسب إلى زوجها بالشرطين الآتيين:١.....٢– ألا يثبت عدم التلاقي بين الزَّوجين بصورة محسوسة كما لو كان أحد الزَّوجين سجيناً أو غائباً في بلدٍ بعيد أكثر من مدة الحمل)**[١].

إلا أن الفقهاء كانوا قد اختلفوا حول توافر هذا الشرط لثبوت النّسب من عقد الزّواج، فذهب الحنفية أنَّ مجرد العقد وحده كافٍ لإلحاق النّسب بالزَّوج صاحب الفراش[٢]، فقال أبو حنيفة: (إنَّ العقد الصّحيح كافٍ في ثبوت النّسب متى كانت الولادة حال قيام الزَّوجية، وكانت لستة أشهر من وقت الزّواج، وكان الزَّوج يتصور الحمل منه، فيثبت النّسب في هذه الحالة ولو لم يلتقِ الزَّوجان فعلاً على جواز التلاقي بينهما عقلاً).

---

(١) كذلك نصت المادّة (٥٨) من قانون المحاكم الإنجيلية في سورية ولبنان على: ((إذا ثبت أن الحمل قد وقع أثناء انفصال الزوجين الفعلي أو أن الولادة قد حصلت قبل مرور مائة وثمانين يوما على عقد الزواج، لا يكون الزوج مكلفا بإقامة أي دليل آخر يثبت عدم شرعية البنوة)).

(٢) أبو زهرة، محاضرات في عقد الزّواج وآثاره، مرجع سابق، ص ٨١.

فإذا تزوج مشرقي من مغربية عن طريق المراسلة أو الوكالة، وأتت بولد لستة أشهر فأكثر من وقت الزّواج، وكان الزَّوج بالغاً أو مراهقاً ثبت نسبه من الزَّوج، ولو لم يتلاق الزَّوجان بعد العقد بالفعل[١]، أمَّا جمهور الفقهاء، فقد اشترطوا لثبوت النّسب من الزّواج إمكانية التلاقي بين الزَّوجين، وفائدة الخلاف بين الجمهور والحنفية هو أن النّسب ينتفي عند الجمهور دون الحاجة إلى اللعان، أمَّا عند الحنفية، فإنَّ النّسب ثابت في العقد لا يمكن نفيه إلا باللعان[٢].

ولا بد من الإشارة إلى أن المحاكم المصرية كانت تعمل بما ذهب إليه الحنفية في أن العقد كافٍ لثبوت النّسب حال قيام الزَّوجية، لكن المشرّع المصري قد عدل عن هذا الرَّأي بالقانون رقم (٢٥) في العام ١٩٢٩م الذي نصَّ فيه على: **(لا يسمع عند الإنكار دعوى النّسب لولد الزَّوجة يثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد، ولا لزوجة أتت بعد سنة من غيبة الزوج عنها، ولا لولد المطلقة المتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطَّلاق أو الوفاة)**[٣].

فالفرق بين القانون السُّوري والقانون المصري هو أن القانون السُّوري قد أخذ بشكل صريح بمذهب الجمهور في اشتراط إمكانية التلاقي بصورة محسوسة، أما القانون المصري في المادّة الآنفة الذكر، فهو إن كان قد اتفق

---

(١) أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص ٢٥١.

(٢) وهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق، دار الفكر، ١٩٨٥، ط٢، ج٧، ص٦٨٣.

(٣) جاء في المذكرة التفسيرية لهذا القانون (٢٥) في العام ١٩٢٩ (بما أنه يجوز لولي الأمر أن يمنع قضائه من سماع بعض الدعاوى التي يشاع فيها التزوير والاحتيال، ودعوى نسب ولد من زوج لم يتلاق مع زوجته في وقتٍ ما ظاهر فيها الاحتيال والتزوير، ولذلك وضعت هذه المادة في هذا القانون) محمد أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، دار الفكر العربي، مصر، ط٣، ص ٣٩٥.

في اشتراط التلاقي إلا أنه لم يجعله شرطاً لثبوت النّسب كما فعل القانون السُّوري، وإنما جعله شرطاً في سماع الدعوى بنسب الولد، ورتب على ثبوت عدم التلاقي عدم جواز سماع الدعوى، فالمشرّع المصري بذلك وبهذا النص ترك نسب الولد محل الاحتمال بأن يدعيه الزَّوج ويقر به، وأبعد عن الزَّوجة تهمة الزنا.[١]

وحبذا لو عمد المشرّع السُّوري إلى الأخذ بما أخذ به المشرّع المصري في جعل إمكانية التلاقي شرطاً لسماع دعوى النّسب، كون الفقه الإسلامي متشوقاً لإثبات النّسب وإبعاداً للطفل عن خطر جهالة النّسب، كما أن الزَّوجة قد يصعب عليها أحياناً إثبات التلاقي، وخاصة بالنّسبة للأزواج الذين يعبرون الحدود بطريقة غير شرعية.

ويلحق بنفي النّسب لعلة عدم التلاقي بين الزَّوجين، نفي النّسب لعلة عدم الإنجاب، كما لو كان الزَّوج صغيراً ليس أهلاً لتحمل الزَّوجة منه، أو كونه عقيماً أو مصاباً بمرض يمنعه من الإنجاب، فهذه قرينة قاطعة على أنَّ الحمل ليس من الزَّوج، وهذا محل اتفاق بين جميع الفقهاء في الشريعة الإسلامية[٢].

أما في القانون، فإمكانية الحمل هذه مأخوذة من مفهوم المادّة ٢/١٢٩ من قانون الأحوال الشَّخصية التي نصَّت على: (...ألا يثبت عدم التلاقي بين الزَّوجين بصورة محسوسة كما لو كان أحد الزَّوجين سجيناً أو غائباً في بلدٍ بعيد أكثر من مدة الحمل)، وقد بيَّن هذا الشرط صراحة المشرّع الموريتاني في المادّة (٦٢) من قانون الأحوال الشَّخصية، فقال: (لا يثبت النّسب إذا لم يثبت اجتماع

---

(١) أحمد فراج الحسين، مرجع سابق، ص ٢٥٢.

(٢) أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ص٤٥٦.

الزَّوجين، أو كان الزوج حين الدّخول صبياً أو مصاباً بعلة تمنع الوطء، وصرح بهذا الشرط أيضاً المشرع الكويتي في المادّة (١٨٦) من قانون الأحوال الشَّخصية لديه بقوله: (تستعين بأهل الخبرة من لا يثبت النّسب من الرجل إذا ثبت أنه غير مخصب، أو لا يمكن أن يأتي من الولد لمانع حقيقي أو مرض)، وكان يفضل من المشرّع السُّوري أن يعمد إلى توضيح هذه الحالة وإدراجه بشكل واضح كما فعل غيره من المشرّعين العرب، ولا سيما المشرّع الكويتي.

ب- نفي نسب الولد لعدم تحقق شرط أقل مدة الحمل:

إنَّ المرأة تلد في مدة تسعة أشهر، وقد تنقص هذه المدة ونادراً ما تزيد، وإذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية قد اختلفوا في أقصى مدة الحمل، فإنهم قد اتفقوا في حدها الأدنى التي يثبت بها النّسب وهي ستة أشهر من تاريخ الزّواج[١]، وقد نص على ذلك في قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري وشابهه في ذلك الكثير من القوانين العربيّة[٢]، فذكرت المادّة ٢/١٢٨ ذلك: **(أقل مدة الحمل مائة وثمانون يوماً وأكثرها ثلاثمائة وخمس وستون يوماً)**[٣].

---

(١) محمد أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ص٤٥١.

(٢) نصت المشرّع الموريتاني على ذلك في المادّة (٦٠) والمادّة (٦١) فقال: (النسب الشرعي يثبت للولد الذي يأتي بعد ستة أشهر من تاريخ العقد أو ولد في مدة لا تتجاوز أقصى مدة الحمل من يوم الطَّلاق أو الوفاة، أما (أقصى مدة الحمل فحدده بسنة قمرية) كذلك نص المشرّع الكويتي في المادّة (١٦٦) من قانون الأحوال الشَّخصية الكويتي على (أقل مدة الحمل ستة أشهر قمرية وأكثرها خمسة وستون وثلاثمائة يوم)، ونص المشرّع المغربي في المادّة (١٣٥) على أقصى مدة الحمل سنة من تاريخ الطَّلاق أو الوفاة).

(٣) حدد قانون المحاكم الإنجيلية في سورية ولبنان الحد الأقصى للحمل بثلاثمائة يوم، فنص في المادّة (٥٤) منه على ((الولد الذي يولد أثناء الزواج أو الذي يولد بعد انفصال الزَّوجين بأي سبب كان بمدة لا تتجاوز ثلاثمائة يوم من انفصال الزَّوجين يعد ولداً شرعياً ما لم يقم دليل على أنه غير شرعي)) .والمادّة (٥٥) منه التي نصت: ((الولد الذي يولد بعد ثلاثمائة يوم من انفصال الزَّوجين بأي مسبب كان لا يعد شرعياً لذينك الوالدين ما لم يعترف الزَّوج ببنوته))

أما الحد الأدنى للحمل، فقد حدده هذا القانون بمائة وثمانين يوماً، وهذا من مفهوم المادّة (٥٨) والمادّة (٥٩) اللتين نصتا على:

وتبدأ هذه المدة عند الحنفية من تاريخ عقد الزّواج، وعند الجمهور من تاريخ عقد الزّواج مع إمكانية التلاقي، أما عند الجعفرية، فتبدأ من تاريخ الدّخول الحقيقي لا من وقت العقد[١]، فإذا جاءت الزَّوجة بالولد بعد أن يكون قد مضى ستة أشهر من تاريخ الدّخول على رأي الحنفية أو من تاريخ العقد مع إمكانية الدّخول على رأي الجمهور أو من تاريخ الدّخول الحقيقي على رأي الجعفرية، فإن الولد ينتسب لوالديه تأسيساً على فراش الزَّوجية الصّحيح، أما إذا جاءت الزَّوجة بالولد لأقل من ستة أشهر من تاريخ عقد الزّواج، فهذا الولد لا ينتسب لأبيه إلا أذا أقرَّ به، وهذا الإقرار قد يكون صراحة أو ضمناً وعلى شرط ألا يقول الزَّوج: إن هذا ابني من زنا.

فلو عقد شخص على امرأة وكانت حاملاً وحملها ظاهر، فهذا دليل على أن الحمل منه، ويكون الزّواج الرسمي الحاصل بينهما ما هو إلا دليل على قيام زوجية سابقة بينهما، فيثبت النّسب في هذه الحالة[٢]، كما أن معرفة الزَّوج بولادة زوجته ومرور فترة زمنية، تجعل دعوى نفي النّسب منه غير مسموعة، حيث نصت محكمة النقض السُّورية على أن (ادعاء الزَّوج بنفي نسب المولود بعد مرور أكثر من سنة على معرفة الزَّوج بالولادة يجعل دعوى نفي النّسب

= المادّة (٥٨) (لا يحق للزوج إنكار بنوة الولد الشَّرعية إذا ولد ذلك الولد على الأقل بعد مرور مائة وثمانين يوماً على عقد الزّواج الشّرعي ما لم يبرهن أنه ليس أباً لذلك الولد)
المادّة(٥٩): ((إذا ثبت أن الحمل قد وقع أثناء انفصال الزَّوجين الفعلي أو أن الولادة قد حصلت قبل مرور مائة وثمانين يوماً على عقد الزّواج لا يكون الزَّوج مكلفاً بإقامة أي دليل آخر يثبت عدم شرعية البنوة)).

(١) أحمد فراج الحسين، مرجع سابق، ص ٢٤٩.

(٢) كاعو ليندة وإقدلان كهينة، نفي النّسب في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، الجزائر، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، في العام ٢٠١٣م/٢٠١٤م، ص٢٥.

غير مسموعة)، فيمكن عد مرور المدة الزمنية مع سكوت الزَّوج إقراراً ضمنياً منه بنسب الطِّفل.[١]

كذلك إذا أقرت المطلقة أو الأرملة بانقضاء عدتها، فإنه يلزم حتى يثبت نسب الطِّفل بالاعتماد على عقد الزّواج أن يولد الطِّفل لأقل من (١٨٠) يوماً من تاريخ الإقرار، أو أقل من سنة من تاريخ الوفاة أو الطَّلاق، وفق ما نصَّ عليه المشرّع السُّوري في المادة١٣١ من قانون الأحوال الشخصية بقولها: (المطلقة أو المتوفى عنها زوجها المقرتان بانقضاء العدة يثبت نسب ولدهما إذا ولد لأقل من (١٨٠) يوماً من وقت الإقرار وأقل من سنة من وقت الطَّلاق أو الموت).

هذا إذا كانت العلاقة الزَّوجية ما زالت مستمرة، أما إذا انتهت هذه العلاقة بالطَّلاق أو الوفاة وكانت الزَّوجة لم تقر بانقضاء عدتها، فلا بد ليُحلق الولد بنسبة أبيه، أن تأتي به أمه خلال سنة من تاريخ الطَّلاق أو الوفاة، وهي الحد الأقصى الذي حدده القانون السُّوري في المادّة (١٢٨) من قانون الأحوال الشَّخصية، فإذا مرت مدة السنة، فلا بد أن يثبت نسبه من والديه من إقرار الزَّوج أو الورثة، إلا أننا في هذه الحالة لا يكون ثبوت النّسب من آثار عقد الزّواج، وإنما يعد من آثار الإقرار بالنّسب وفق نص المادّة (١٣٠)من قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري بقولها (إذا لم تقر المطلقة أو المتوفى عنها زوجها بانقضاء عدتها يثبت نسب ولدها إذا ولدته خلال سنة من تاريخ الطَّلاق أو الوفاة، ولا يثبت لأكثر من ذلك إلا إذا ادعاه الزوج أو الورثة).

---

(١) قرار ٢٢٠٩ أساس ٢٣٣٥، تاريخ ١٩٩٧/١٠/٢٧م، مجموعة أحكام النقض في قضايا الأحوال الشَّخصية من العام ١٩٨٨م-٢٠٠٤م، إعداد عبد القادر الآلوسي، المكتبة القانونيّة، ص٩٩٩.

قد يكون الزّواج صحيحاً، وتتحقق جمع أسباب النّسب إلا أنه قد يرى الزَّوج زوجته في حالة زنا، كما قد يشك الزَّوج في نسبة الطِّفل منه، ولا يكون له أي دليل على ذلك من أجل نفي نسب هذا الطِّفل منه، فلا يكون أمامه سوى طريق اللعان كونه السبيل الذي حدده المشرّع الإسلامي والقانون السُّوري لنفي نسب هذا الطِّفل منه.

ج- طفل الملاعنة:

بعد ثبوت النّسب من الزّواج الصّحيح وتحقق شروطه، فلا سبيل لفك عُرى النّسب إلا بطريق وحيد نصَّت عليه الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشَّخصية السُّوري في المادّة (١٢٩) من قانون الأحوال الشَّخصية: (... لا ينتفي نسب المولود إلا باللعان)، وهذا ما استقرت عليه محكمة النقض السُّورية، حيث نصت بأنه: (الولد للفراش ولا ينتفي النّسب إلا باللعان....)[١].

وقد عرّف فقهاء المذاهب الإسلامية اللعان، وحددوا له شروطاً لسلوكها كالآتي:

١- **تعريف اللعان:** في اللغة: لعنه، كمنعه، أي: طرده وأبعده، فهو لعين وملعون، وجمعه: ملاعين[٢].أما في الاصطلاح الفقهي: فقد اختلفت التعريفات الفقهية للعان، فهو عند الحنفية والحنابلة شهادات مؤكدات بالأيمان موثقات باللعن والغضب[٣]، أما عند المالكية، فيعرف اللعان بأنه حلف الزَّوج على زنا

---

(١) قرار ١٩٢٨م، أساس ١٢١٨، تاريخ ١٩٩٤/١١/٢٩م، مجموعة أحكام النقض في قضايا الأحوال الشَّخصية مرجع سابق، ص٩٩٣.

(٢) القاموس المحيط، الفيروزآبادي، ج١، ص١٥٨٨.

(٣) الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير، أبو عبد الله حسن الشيباني، بيروت، عالم الكتب، ١٤٠٦ هجري، ج١، ص ٢٤٢، أيضاً كشف القناع، البهوتي، بيروت، دار الفكر، طبعة عام ١٤٠٣ هجري، ج٥، ص٣٨٩.

زوجته أو نفيه حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم قاض[١]، أما الشافعية، فقد عرَّفوه بأنه كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه وألحق العار به، أو إلى نفي ولد[٢].

وقد نصَّ القانون السُّوري على اللعان عند حديثه عن أسباب ثبوت النّسب، فنص في المادّة (١٢٩) على:

(١- ولد كل زوجة في النكاح الصّحيح ينسب إلى زوجها بالشرطين الآتيين:

أ . أن يمضي على عقد الزّواج أقل مدة الحمل.

ب . ألا يثبت عدم التلاقي بين الزَّوجين بصورة محسوسة كما لو كان أحد الزوجين سجيناً أو غائباً في بلد بعيد أكثر من مدة الحمل.

٢- إذا انتفى أحد هذين الشرطين لا يثبت نسب الولد من الزَّوج إلا إذا أقر به أو ادَّعاه.

٣- إذا توافر هذان الشرطان لا ينفى نسب المولود عن الزَّوج إلا باللعان))[٣].

٢- **كيفية اللعان:** إن اللعان لا يكون إلا لأمرين:

الأول: هو إتهام الزَّوجة بالزنا من قِبل الزَّوج، **والثَّاني:** هو نفي نسب الولد، فإذا أصر الزَّوج على إتهام زوجته بالزنا أو على نفي نسب الولد منه

---

(١) البهجة في شرح التحفة، أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨م، ط١،ج١، ص٥٢٥.

(٢) الاقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، محمد الخطيب الشربيني، بيروت، دار الفكر، ج٢، ص٤٥٩.

(٣) نص على اللعان كذلك المشرّع الجزائري في المادّة (١٣٨) من قانون الأسرة ((يمنع من الإرث اللعان وآلة اللعان)) بينما نص المشرّع الكويتي عليه في المادّة (١٧٦) من قانون الأحوال الشَّخصية في باب نفي النّسب (اللعان)، فنص على: (يجوز للرجل أن ينفي عنه نسب الولد خلال سبعة أيام من وقت الولادة أو العلم بها، بشرط ألا يكون قد اعترف بالنسب صراحة أو ضمناً))، كما نصت المادّة (١٧٧) من ذات القانون على: (يجب أن تتخذ إجراءات دعوى اللعان خلال خمسة عشر يوماً من وقت الولادة أو العلم بها)).

حلَّفه القاضي أربع مرات بأنه من الصادقين فيما رمى به زوجته من الزنا أو من نفي نسب الولد منه، وفي المرة الخامسة يقول: إن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، وبعد ذلك ينتقل القاضي إلى الزَّوجة لتدافع عن نفسها وتحلف أنه من الكاذبين فيما رماها به من تهمة الزنا أو من نفي نسب الولد، تكرر ذلك أربع مرات، وفي المرة الخامسة تقول: إن لعنة الله عليها أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين، وهذه الكيفية قد حددها القرآن الكريم بقوله: **((وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (٦) وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (٧) وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ (٨) وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ (٩) وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ وَأَنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ حَكِيمٌ (١٠))**[1]، وبهذا اللعان تقع الفرقة بين الزَّوجين، كما يتم نفي نسب الولد بشروط حددها الفقهاء.

٣- شروط نفي النّسب باللعان:

ذهب الحنفية أنه يشترط لنفي نسب الولد عدة شروط، هي:

أ- صدور قرار القاضي بالتفريق؛ لأن الزّواج قائم قبل التفريق، فلا يجب نفي النّسب.

ب- أن يكون نفي النّسب بعد الولادة مباشرة أو بعدها بيوم أو يومين إلى سبعة أيام، مدة التهنئة بالمولود عادةً، بينما حدد الصاحبان هذه المدة بأربعين يوماً، وهي مدة النفاس.

---

(١) سورة النور، الآيات (٦-٧-٨-٩-١٠).

ج- ألا يتقدم إقرار بالمولود ولو دلالة أو ضمناً، كقبول هدايا التهنئة مع عدم الرد.

د- توافر حياة الولد وقت التفريق القضائي باللعان.

هـ- ألا تلد الزَّوجة بعد التفريق ولداً آخر من بطن واحد، فإن ولدت الزَّوجة ولداً فنفاه عنه، وفرق بين الزَّوجين، ثم ولدت الزَّوجة ولداً آخر من الغد لزمه الولدان جميعاً لثبوت نسب الولد الثَّاني الذي لم يشمله اللعان؛ لأن حكم اللعان قد بطل بالتفريق، فيثبت نسب الولد الثَّاني، ثم ثبت نسب الولد الأول.

و- ألا يكون محكوماً بثبوت نسب الولد شرعاً، كأن تلد الزَّوجة ولداً يتسبب بموت رضيع آخر بأن ينقلب عليه، فيقضى بالدية على الأب، فيقوم الأب بنفي نسب الولد منه، فيلاعن القاضي بينهما، ولا يقطع نسب الولد؛ لأن القضاء بالدية يكون على عاتقة الأب كون الولد منه، ولا ينقطع النّسب بعده.[١]

وبهذا اللعان ينتفي نسب الولد من أبيه، ويلحق بأمه، فتحققت لدينا جهالة النّسب من جهة الأب، وينقطع من جهة الأب، ويترتب على نفي النّسب منه، عدم التوارث بينهما، وعدم الإلزام بالنفقة، سواء أكان نفقة الآباء على الأبناء أم نفقة الأبناء على الآباء، بينما تبقى بعض الأحكام بالنّسبة للولد منها عدم جواز شهادة الولد لأصله الملاعن أو الأصل لفرعه، وعدم صحة إلحاق نسب هذا الولد بالغير لاحتمال رجوع الرجل عن اللعان وتكذيب نفسه، وبقاء المحرمية، فلا يجوز للرجل أن يزوج ابنته ممن نفى نسبه منه؛ لأنه يُحتمل أن يكون من أبنائه.

---

(١) وهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص٥٦٧.

الخلاصة: قد تتعدد الحالات والصور التي يكون بها مجهول النّسب، وتتعدد على أثر ذلك التسميات، فقد سُمي منبوذاً بِعَدِّ أنه يُنبذ، وسُمي لقيطاً؛ لأنه يُلقط من قارعة الطريق، كما أنه ينطبق على الطِّفل المتولد عن علاقة غير شرعية، أو هو الطِّفل ينفى نسب الأب عنه، أو طفل طرحه أهله خوفاً من تهمة الزنا، فيكون مجهول النّسب كل مَن لا يُعرف نسبه سواء أكان لقيطاً أم ضالاً، أم منفي النّسب عنه.

أن وجود هذه الصور هي دراسة لما هو كائن، ويفترض من أجل دراسة قانونية سليمة معرفة الأسباب التي أدت إلى جهالة النسب، ليصار إلى معالجتها، معرفة الحلول القانونية التي خطها المشرع في القانون السوري لتقنين هذه الأسباب والحالات التي دعت لجهالة النسب.

المطلب الثَّاني: الأسباب الداعية لجهالة النّسب:

إنَّ مجهول النّسب لم يأتِ من العدم، وإنما هو مخلوق من أب وأم طبيعيين (بيولوجيين)، وقد أبعدته أسباب محددة عنهما سواء أكانت هذه الأسباب متعلقة بالوالدين أم بأحدهما كما في حالة اللقيط، أو خارج عن هذه الإرادة كما في حالة الكوارث والحروب أو غيرها من الأسباب التي يكون فيها الطِّفل هو الضحية الأولى؛ لذلك سوف نتناول بالدّراسة هذه الأسباب التي أدت إلى جهالة النّسب.

أولاً- **الحروب والكوارث:**

إنَّ الحروب والكوارث لا تترك ورائها إلا الدمار والخراب، وإنَّ ما شهدته سورية من: ويلات الحرب، ونزوح، وتشرد للعائلات داخل الوطن وخارجه بيَّنَ أنَّ الأطفال هم الضحية الأولى لهذه الأزمة.

فهذه الكوارث والحروب تُخرِج النَّاس من بيوتهم وتشردهم في مغارب الأرض ومشارقها؛ قهراً وعنوةٍ بفعل القتل والتدمير، فيموت الأبوان ويتركان ورائهم أطفالاً تمتنع معرفة نسبهم، فيتم التعامل معهم على أنهم مجهولو النّسب[١].

ثانياً- خطف الأولاد أو سرقتهم أو تبديلهم:

قد يُسرَق الطِّفل وهو في المهد من أهله بقصد الإيذاء، أو بقصد طلب الفدية، أو بقصد الإتجار بالأطفال وبيعهم لأسرة لا تستطيع الإنجاب، أو قد يكون الخطف والسرقة بقصد استغلال الأطفال بالتسول، وقد يندم الفاعل

---

(١) صفية الوناس الحسين، مجهول النّسب بين رحمة الإسلام والقانون الوضعي، المؤتمر الدولي عن الرحمة في الإسلام، الجزائر، قسم الدّراسات كلية التَّربية، ص٤٢٢.

ويخشى أن يُكشف أمره، فيلقي الطِّفل في مكانٍ ما؛ تخلصاً منه، ولا شك في أنَّ هذه الأفعال تؤدي إلى ضياع نسب الطِّفل ووجود ظاهرة جهالة النّسب، وهذه الأفعال عاقب عليها القانون السُّوري، فنصَّ في المادّة (٤٧٨) من قانون العقوبات السُّوري على:

((١- مَن خطف أو خبأ ولداً دون السابعة من عمره، أو بدل ولداً بآخر، أو نسب إلى امرأة ولداً لم تلده، عوقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات.

٢ـ ولا تنقص العقوبة عن سنة إذا كان الغرض من الجريمة، أو كانت نتيجتها، إزالة أو تحريف البينة المتعلقة بأحوال الولد الشَّخصية أو تدوين أحوال شخصية صورية في السجلات الرسمية.))

وكثيراً ما توجد هذه الجرائم مترافقة مع ولادة الطِّفل، حيث يقوم المجرم بخطف الرضيع أو إبداله بغيره أو نسبته لغير والديه، وقد شدد المشرّع العقوبة على هذه الجريمة إذا كان الدافع إليها تغيير في البيانات المتعلقة بالطِّفل أو إذا أدت إلى ذلك، كتدوين معلومات مغايرة للحقيقة في شهادة ولادة الطِّفل، سواء أتعلقت بجنسه أم نسبته إلى والديه أم تاريخ ولادته أم غيرها من الأمور التي تؤدي إلى جهالة نسبه.

كما دعا المشروع الجديد لرعاية مجهول النّسب أوجب تشديد عقوبة خطف وسرقة الأولاد الوارد في قانون العقوبات العام[١].

---

(١) المادّة ٢٨/ي من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

ثالثاً- تسييب الطِّفل:

تتمثل هذه الحالة بكل مَن ترك طفلاً غير قادر على العودة إلى أهله، سواء أكان لنقص في تمييزه أم كونه من ذوي الإعاقة، وغيرهم ممن لا يستطيعون حماية أنفسهم، وقد عاقب المشرّع السُّوري على هذه الجريمة بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة، وإذا كان هذا الترك في مكان خالٍ من النَّاس مما يشكل خطراً على الطِّفل، فقد رفع الحد الأقصى للعقوبة لتصل بالسجن من سنة إلى ثلاث سنوات، وفق ما نصت عليه المادّة (٤٨٤) من قانون العقوبات السُّوري:

((١- مَن طرح أو سيّب ولداً دون السابعة من عمره أو أي شخص آخر عاجز عن حماية نفسه بسبب حالة جسدية أو نفسية عوقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة.

٢-إذا طرح الولد أو العاجز أو سيب في مكان قفرٍ كان العقاب من سنة إلى ثلاث سنوات)).

وقد شدد المشرّع العقوبة في حال نتج عن الفعل مرض أو أذى، أو أفضت الجريمة إلى الموت، حيث نصت المادّة (٤٨٥) من قانون العقوبات السُّوري على: ((إذا سببت الجريمة للمجني عليه مرضاً أو أذى أو أفضت به إلى الموت أو أخذ بها المجرم وفق أحكام المادّة (١٩٠)[1] في حالة الطرح والتسييب في مكان غير مقفر إذا لم يكن قد توقع تلك النتيجة أو اعتقد أن

---

(١) نصت المادة ١٩٠ من قانون العقوبات على (تكون الجريمة غير مقصودة سواء لم يتوقع الفاعل نتيجة فعله أو عدم فعله المخطئين وكان في استطاعته أو من واجبه أن يتوقعها فحسب أن بإمكانه اجتنابها).

بإمكانه اجتنابها، وأخذ بها وفق أحكام المادّة (١٨٨)[١] في حالة الطرح أو التسييب في مكان مقفر كلما توقع النتيجة وقَبِل بالمخاطر))

كما شدد المشرّع العقوبة في حال كان الفاعل أحد أصول الطِّفل أو أحد الأشخاص المعهودة إليهم مهمة معالجة، أو تربية، أو حراسة، أو مراقبة الطِّفل، إلا إذا كان الفاعل أو المشترك في الفعل الأم التي عمدت إلى تسييب ابنها أو تركه صيانة لشرفها، فقد منع المشرّع تفعيل هذا النص بحقها، فنصت المادة نصت المادّة (٤٨٦) من قانون العقوبات على (إذا كان المجرم أحد أصول الولد، أو العاجز، أو أحد الأشخاص المولين حراسته، أو مراقبته، أو معالجته، أو تربيته، شددت العقوبة على نحو ما نصت عليه المادّة (٢٤٧)[٢]،٢- لا يطبق هذا النص على الوالدة التي أقدمت محرضة أو فاعلة أو متدخلة على طرح مولودها أو تسييبه صيانه لشرفها).

ويبدو من الأفضل لو يعمل المشرّع السُّوري على استيعاب هذه الحالات بأن ينص على استقبال الأطفال في مراكز رعاية الطفولة والجمعيات أو هيئات متخصصة في ذلك من قِبل أمهاتهم كي لا يتم اللجوء إلى تركهم في الأماكن العامة.

---

(١) نصت المادة ١٨٨ من قانون العقوبات على(تعد الجريمة مقصودة وإن تجاوزت النتيجة الجرمية الناشئة عن الفعل أو عدم الفعل قصد الفاعل إذا كان قد توقع حصولها فقبل بالمخاطرة).

(٢) نصت المادة ٢٤٧من قانون العقوبات على (إذا لم يعين القانون مفعول سبب مشدد، أوجب السبب المذكور تشديد العقوبة على الوجه التالي:

يبدل الإعدام من الأشغال الشاقة المؤبدة وتزداد كل عقوبة موقتة من الثلث إلى النصف وتضاعف الغرامة).

رابعاً- تزوير سجلات الأحوال المدنية:

قد تقع بعض الجرائم على سجلات الدَّولة بغية تحريفها أو إزالتها، كجرائم التزوير التي تقع على الوثائق الصادرة عن الأحوال المدنية، أو السجلات الرسمية التي تُدوَّن فيها الواقعات المتعلقة بالأشخاص، ولا شك أنَّ مثل هذه الجريمة تؤدي إلى الخلل بتلك الوثائق والسجلات التي تضمن نسب الأفراد، وقد لحظ المشرّع هذه الجريمة، وعاقب الفاعل الذي يقصد من وراء جريمته تحريف هذه البيانات بنص المادّة (٤٧٨) من قانون العقوبات التي تنص (١-....٢-**ولا تنقص العقوبة عن سنة إذا كان الغرض من الجريمة، أو كانت نتيجتها، إزالة أو تحريف البينة المتعلقة بأحوال الولد الشَّخصية أو تدوين أحوال شخصية صورية في السجلات الرسمية**))، بل إن المشرّع عاقب على كل فعل يرمي فاعله إلى تحرف البيانات المتعلقة ببيانات الأفراد أو إزالتها بعقوبة الحبس، حيث نص بالمادّة (٤٨٠) من قانون العقوبات على: (كل عمل غير الأعمال التي ذكرت في المواد السَّابقة يرمي إلى إزالة وتحريف البينة المتعلقة بأحوال أحد النَّاس الشَّخصية يعاقب عليه بالحبس).

وحبذا لو رفع المشرّع السُّوري العقوبة المنصوص عليها في المادّة (٤٨٠) من قانون العقوبات، ولم يكتفِ بالحبس لما لهذه الجريمة من آثار سيئة في جهالة نسب الأطفال وضياعهم.

خامساً-كتم الهوية:

إن الطِّفل قد يكون غير قادر على الإفصاح عن هويته، فمَن يعثر على طفل، فإنه يجب عليه إعادته إلى أسرته أو تسليمه لأقرب قسم للشرطة، إلا أن البعض قد يعمد إلى إيداع طفل في أحد دور اللقطاء موثقاً نسبه في السجلات

الرسمية، ويتعمد كتم هويته سواء أكان هذا الطِّفل شرعياً أم غير شرعي، وقد عاقب المشرّع السُّوري على هذه الجريمة في قانون العقوبات، فنصَّ في المادّة (٤٧٩) على: ((**مَن أودع ولداً مأوى اللقطاء، وكتم هويته حال كونه مقيداً في سجلات النفوس ولداً شرعياً أو غير شرعي معترف به عُوقب بالحبس من شهرين إلى سنتين**))، وكان من المفترض تشديد العقوبة على هذه الجريمة لما لها من آثار سلبية بضياع نسب طفل وإبعاده عن أهله.

كما أن مشروع القانون لرعاية مجهول النّسب قد نص في المادّة ٢٨/ج على: (يُعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين والغرامة من: (٥٠٠٠٠) خمسين إلى (٢٠٠٠٠٠) مائتي ألف ليرة سورية مَن أقدم قصداً على إخفاء هوية الطِّفل أو نسبه الحقيقي أو أي معلومات تتعلق به).

وقد شدد المشروع الجديد العقوبة عندما يكون كتم أو إخفاء المعلومات المتعلقة بهوية الطِّفل؛ بقصد عدم التعرف على والدي الطِّفل أو أحدهما أو أصوله قد ارتكب من قِبل أحد العاملين في الوزارة أو في الدار، حيث أوجب المشرّع أن تكون عقوبة الفاعل الاعتقال المؤقت من ثلاث سنوات إلى ست سنوات، والغرامة (٤٠٠٠٠٠) أربعمائة ألف ليرة سورية[١].

وحَسَنٌ ما ذهب إليه المشروع الجديد من تشديد عقوبة الفاعل في هذه الجرائم لما لها من آثار سيئة على الطِّفل من ضياع نسبه وجهالته.

يتفرع عن هذه الجريمة وهي كتم معلومات تتعلق بهوية الطِّفل جريمة كتم ولادة الطِّفل.

---

(١) المادّة ٢٨/ح من مشروع قانون مجهول النّسب.

جريمة كتم الولادة:

لا شك في أنَّ عدم التصريح بالولادة يعد من أهم الأسباب التي تؤدي إلى جهالة النّسب، فالولادة كواقعة طبيعية وقانونية تعد من الركائز الأساسية لنظام النّسب،[١] وهذا ما دعا المشرّع السُّوري إلى الاهتمام البالغ بواجب التبليغ عن الولادات، وحدد الأشخاص الذين يجب عليهم هذا الإبلاغ عن الولادات في: الوالد، والوالدة، وأقارب المولود البالغين في حال غياب الوالد، كما ألزم مديري المشافي والسجون والمحاجر والمؤسّسات المعنية كافة بمسك سجلات لتدوين واقعة الولادة الحاصلة لديهم، فقد نص المشرّع في المادّة (٢٣) من قانون الأحوال المدنية السُّوري على: **((يقع واجب التبليغ عن واقعات الولادة على الفئات التالية حسب الترتيب الآتي:**

أ . الوالد وفي حال غيابه يعود هذا الواجب على: الوالدة، أو أقرباء المولود البالغين.

ب . مديري المؤسّسات المعنية كـ: المشافي العامة والخاصة، والسجون، والمحاجر، وتلزم هذه المؤسّسات بمسك سجلات خاصة لتدوين هذه الواقعة)).[٢]

---

(١) صرصار محمد ومغربي نوال، الحماية الجنائية الموضوعية للطفل في التَّشريع الجزائري مذكرة مقدمة الاستكمال متطلبات نيل شهادة الماجستير في الحقوق، الجزائر، جامعة مصطفى إسطمولي – معسكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية ٢٠١٦م/٢٠١٧م، ص٥٨.

(٢) (نصت التعليمات التنفيذية للمادة (٢٨) من قانون الأحوال المدنية على مديري المؤسّسات المشار إليهم بالفقرة /ب/ من هذه المادّة أن يقوموا بتنظيم الشهادات الواجب عليهم تقديمها إلى أمين السجل المدني في منطقتهم استناداً إلى الوثائق التي بحوزة صاحب العلاقة ضمن المدة القانونيّة وإرسالها بالبريد الرسمي أو بوساطة دفتر الذمة دون حاجة إلى تصديقها من المختار وعليهم أن يمسكوا سجلات خاصة لتدوين الواقعات فيها).

بل إن المشرّع وزيادة في حرصه على تسجيل الولادات الحاصلة كان قد سمح لغير الأشخاص المكلفين بالتصريح بالولادات وتقديم شهادات ولادة أصولية وإن كانوا غير مكلفين بالتصريح، فقد نصت التعليمات التنفيذية الخاصة بالمادّة (٢٣) من قانون الأحوال المدنية على: ((**حددت هذه المادّة الأشخاص الذين يجب عليهم تقديم شهادة الولادة أينما وقعت، وعينت تسلسل إلقاء هذا الواجب على عاتقهم، وهؤلاء الأشخاص مسؤولون عن عدم قيامهم بهذا الواجب ولا يعني ذلك عدم قبول الشَّهادة التي نُظِّمت بصورة أصولية وقُدِّمت من قِبل شخص غير واجب عليه تقديمها**))[١] وحبذا لو اتبع المشرّع السُّوري منهج نظيره الجزائري الذي عدَّ عدم التصريح بالولادة جريمة يعاقب عليها القانون، كما حدد للقيام بالتصريح بمهل محددة تحت طائلة العقوبة القانونيّة[٢].

---

(١) كان المشرّع الجزائري قد سار على نهج القانون السُّوري، حيث نص في المادّة (٦٢) من الأمر المؤرخ (١٩) شباط الخاص بالحالة المدنية نص على: (يصرح بولادة الطِّفل الأب أو الأم، وإلا فالأطباء والقابلات أو أي شخص آخر حضر الولادة، وعندما تكون الأم ولدت خارج مسكنها فالشَّخص الذي ولدت عنده)).

(٢) فقد نص المشرّع الجزائري في المادّة (٦١) من قانون الحالة المدنية على أنه يجب أن يكون التصريح خلال (٥) أيام من تاريخ الولادة (باستثناء ولايتي الساورة والواحات، وكذلك الولادات في البلاد الأجنبية، فالمدة هي (١٠) أيام قابلة للتجديد) لدى ضابط الحالة المدنية للمكان، وإلا فرضت العقوبات القانونيّة المنصوص عليها في المادّة (٤٢٢) من قانون العقوبات الجزائري، وهي الحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر، وبغرامة من (٨٠٠٠) دينار جزائري إلى (١٦٠٠٠٠) أو إحدى هاتين العقوبتين.

سادساً- العجز عن إثبات نسب الطِّفل:

قد يكون الولد ثمرة لزواج عجز أطرافه عن إثباته إما لعدم وجود مستندات أو أدلة تثبته، أو قد يكون هذا الزّواج باطلاً لم يرتب أي أثر[1]، وقد عالج المشرّع السُّوري هذه الحالة التي يعجز فيها الأم أو الأب عن إثبات نسبة طفلهما؛ بسبب تعذر إثبات عقد الزّواج، فنص في المادّة (٢٨) من قانون الأحوال المدنية السُّوري على: (أ ....ب . إذا كان المولود غير شرعي لا يذكر اسم الأب أو الأم أو كليهما معاً في سجل الولادة إلا بناء على **طلب صريح منهما أو بحكم قضائي.**

حيث إن المشرّع قد حدد طريقين لتسجيل الطِّفل غير الشَّرعي:

١-**الطريق الإداري:** حيث يقدم كلا الوالدين أو أحدهما الذين تعذر تسجيل زواجهما بطلب خطي يُقدم لأمين السجل المدني الذي يتحقق من هذا الطلب، فإذا استوثق من صحته عمد إلى تنظيم ضبط بذلك يجري تصديقه من قِبل المديرية العامة للأحوال المدنية، ويجري بعد ذلك ذكر البيانات المتعلقة بذلك في سجل واقعات التصحيح، ومن ثم في السجل المدني.

٢-**الطريق القضائي:** حيث أجاز المشرّع السُّوري لكل الوالدين أو أحدهما رفع دعوى قضائية يطلب فيها المدعي بالإقرار بنسبه على الطِّفل، والحصول على حكم يثبت نسبة الطِّفل من المقر بمعزل عن تثبيت عقد الزّواج، وذلك سند لأحكام المادّة (١٣٤) من قانون الأحوال الشَّخصية التي تنص على: ((**-الإقرار بالبنوة ولو في مرض الموت لمجهول النّسب يثبت به النّسب من المقر إذا كان فرق السن بينهما يحتمل هذه البنوة**))، كما أنَّ محكمة النقض

---

(١) انظر الزّواج غير الصّحيح في الصفحة (٢٩).

السُّورية كانت قد ذهبت إلى أن الإقرار بالنّسب لا يُشترط فيه سوى أن يكون المقر له مجهول النّسب، وأن يكون بينه وبين المقر فارق في السن يحتمل ذلك،[١] حيث إن المشرّع لم يجعل الإقرار معلقاً على سبق الزَّوجية من والدة المقر له، وبمجرد الحصول على حكم قضائي يجري تسجيل هذا الحكم في الأحوال المدنية، لكن المشرّع وبكل الأحوال سواء أتم تسجيل هذا الطِّفل قضائياً أم إدارياً قد منع تسجيل البيانات المتعلقة بالوالد أو الوالدة في حالات نصَّت عليها التعليمات التنفيذية لقانون الأحوال المدنية، وهي:

أ ـ إذا كان الوالدان من المحارم المنصوص عنها في المادتين (٣٣) و(٣٤) من قانون الأحوال الشَّخصية ممن لا يجوز زواجهما من بعضهما كالشقيقين مثلاً، ففي هذه الحالة يذكر اسم أحدهما.

ب . إذا كانت متزوجة وكان المولود من غير زوجها إلا إذا كانت الولادة حاصلة قبل تاريخ الزّواج.

ج- إذا كان الوالد متزوجاً ووُلِد له ولد من غير زوجته الشَّرعية إلا إذا كانت الولادة قبل الزّواج أو بعد فسخه، ويستثنى من ذلك الأشخاص الذين يعتنقون ديناً يجيز تعدد الزَّوجات.

ويستثنى مما ذكر في الفقرات السَّابقة: (أ ـ ب ـ ج ـ) الولد الذي يثبت نسبه لوالديه[٢].

---

(١) نقض شرعي أساس (٣٠٢) قرار (٢٩٩) تاريخ ١٩٧٠/٦/١٦م، مجلة المحامون، العدد ١٢/١٠/ في العام ١٩٧٥م، ص٧٦٢.

(٢) التعليمات التنفيذية للمادة (٢٨) من قانون الأحوال المدنية السُّوري.

ويبدو أنَّ المشرّع عندما نصَّ على تسجيل الطِّفل في هذه الحالات بالرغم من عدم وجود عقد زواج قد غلّب مصلحة الطِّفل من هذا التسجيل، سيما أن المشرّع قد جعل من الإقرار وحده سبباً كافياً لتثبيت نسب الطِّفل من المقر دون التوقف على أي سبب آخر سوى، ألا يصرح المقر بأن هذا الطِّفل وليدٌ من زنا.(١)

إنَّ المعرفة الكاملة لمصطلح مجهول النّسب، ومعرفة الصور التي تنطبق عليها، والأسباب الداعية لهذه الجهالة تشكل، الدعامة الأولى لتقرير الحماية القانونيّة له، هذه الحماية التي تتطلب معرفة الوضع القانوني لمجهول النسب من خلال بيان أهليته القانونية وصلاحيته لممارسة الحقوق التي له، ومعرفة الحقوق التي تحتاج إلى مزيد من الدراسة لبيان مركزه القانوني، وهذا ما سوف نتناوله في المبحث الثاني من هذا الفصل وتفصيل الحقوق التي تثير إشكالاً في تطبيقها عليه.

(١) انظر الصفحة (١٦) الإقرار بالنّسب، وهذا يقودنا إلى البحث عن نسبة ولد الزنا من الزاني وشرعية الطِّفل الطبيعي، وهذا يخرج عن نطاق دراستنا..

المبحث الثَّاني: الحماية المقررة لمجهول النّسب في التشريع السُّوري

تبدأ حماية مجهول النّسب من الناحية القانونيّة بالاعتراف له بالشَّخصية القانونيّة كونه أحد أفراد المجتمع، فجهالة نسب الشَّخص لا تجعله بحال من الأحوال غير متمتع بالشَّخصية القانونيّة، فهي تثبت له بمجرد ثبوت أهليته كغيره من معلومي النّسب، فتشكل هذه الأهلية الأرضية القانونيّة للحقوق التي تثبت له التي تثير في تطبيقها إشكالاً يرتبط بجهالة نسبه، دون غيرها من الحقوق التي لا تثير مشكلة في انطباقها وتطبيقها على مجهول النّسب.

وهذا وفق مبحثين نخصصهما وفق الآتي:

المطلب الأول: الشخصية القانونية لمجهول النّسب.

المطلب الثَّاني: الحقوق المقررة لمجهول النّسب.

المطلب الأول: الشخصية القانونيّة لمجهول النّسب:

تُعدُّ الأهلية من أهم الخصائص التي تُبنى عليها الشَّخصية القانونيّة، وقد عدَّها البعض (ولا سيما أهلية الوجوب) بأنها أحد وجهي هذه الشَّخصية القانونيّة[١]، وتُعرَّف الأهلية: بأنها صلاحية الشَّخص لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات (أهلية وجوب)، وإجراء التصرفات القانونيّة بنفسه (أهلية الأداء)،

أولاً: الأهلية القانونية لمجهول النسب:

استمدت أحكام الأهلية في سورية من الشريعة الإسلامية، وهي منظمة بقانون الأحوال الشَّخصية كما نظم القانون المدني السُّوري بعض أحكامها، ويذهب فقهاء الشريعة والقانون إلى تقسيمها إلى: أهلية أداء، وأهلية الوجوب[٢].

٣- أهلية الوجوب:

٤- أهلية الأداء:

١- أهلية الوجوب:

هي صلاحية الشَّخص لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات، أي: صلاحية الشَّخص لثبوت الحق له وعليه، فقدرة الشَّخص على اكتساب الحقوق تعني أن يكون صاحب حق محدد، كأن يكون دائناً أو مالكاً، أما قدرة الشَّخص على الالتزام بالواجبات، فتعني أن يكون مكلفاً بالقيام بالتزام محدد، كأن يكون

---

(١) يرى فريق من الفقه وفي مقدمتهم الدكتور عبد الرزاق السنهوري: (فإذا انعدمت أهلية الوجوب انعدمت الشَّخصية معها، وذلك كالجنين يولد ميتاً، وكالميت بعد سداد ديونه، وكجماعة من النَّاس ليس لهم شخصية قانونية معنوية...)، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، القاهرة، دار النهضة العربيّة، ط٢، تاريخ الطبعة ١٩٦٨م، ج١، ص٢٨٤.

(٢) عبد الرحمن الصابوني، المدخل لدراسة التَّشريع الإسلامي، دمشق مطبعة الداودي،١٩٩٩م/٢٠٠٠م، ط٦، ص٢٤.

مديناً أو ملتزماً بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل، ومناط هذه الأهلية الصفة الإنسانية من غير النظر إلى السن أو العقل، وهي تثبت لكل إنسان إلا أنها تكون ناقصة بالنّسبة للجنين، حيث يكون له بموجبها بعض الحقوق التي يقررها القانون كحقه في الانتساب لوالده، وحقه في احتسابه عند توزيع التركة بين الورثة مع تعليق ثبوت هذه الحقوق على ولادته حياً، وتكمل هذه الأهلية عند ولادة الجنين حياً وترافقه طوال حياته مهما حصل له من موانع وعوارض، وعليه، فإن كل شخص يتمتع بأهلية وجوب كاملة تخوله القدرة على أن يكون صاحب حق محدد أو يكون مكلفاً بالتزام(١).

٢-أهلية الأداء:

عرَّفها علماء الأصول في الشريعة الإسلامية: بأنها صلاحية المكلف لصدور الأفعال على وجه يعتد به شرعاً،(٢) بينما عرفها فقهاء القانون: بأنها صلاحية الشَّخص أو قدرته على القيام بالأعمال والتصرفات القانونيّة بنفسه وعلى وجه يعتد به قانوناً، ومناط هذه الأهلية العقل والإدراك، فمن كمل عقله كملت أهلية الأداء لديه، ومن نقص عقله وإدراكه نقصت لديه، ومن انعدم إدراكه وعقله انعدمت أهلية أدائه تبعاً لذلك(٣)، وعليه، فإن أهلية الأداء تتدرج بحسب سن الإنسان وتبعاً لمراحل تطوره ونموه واكتمال ملكاته العقلية.

---

(١)عمر العبد الله، المدخل الى علم القانون، كلية العلوم السياسية، منشورات جامعة دمشق ٢٠٠٩م/٢٠١٠م، ط٤، ص٢٠٣.

(٢) عبد الرحمن الصابوني، المدخل لدراسة التَّشريع الإسلامي، المرجع السَّابق، ص٣٠، نقلاً عن شرح المنار لابن مالك، ص٣٣٣.

(٣) عبد الرحمن الصابوني، المرجع السَّابق، ص٣١.

إن وجود أهلية الأداء يفترض وجود أهلية الوجوب وليس العكس، فأهلية الأداء لا تتوافر في شخص لا تثبت له أهلية الوجوب[١].

وبما أن أهلية الأداء هي صلاحية الشَّخص للقيام بالتصرفات القانونيّة، فينحصر دور هذه الأهلية بالتصرفات القانونيّة دون الوقائع التي ليست سوى أعمال مادية تترتب آثارها بحكم القانون وبصرف النظر عن اتجاه الشَّخص أو عدمه لإحداث أثر قانوني[٢]، وأهلية الأداء تتدرج بتدرج السن، وتتفاوت بمدى قدرة الشَّخص على التمييز والقيام بالتصرفات القانونيّة.

أ- نطاق أهلية الأداء:

يتحدد نطاق أهلية الأداء سواء أكانت تلك التصرفات تتم بإرادة واحد أم إرادتين، وهذه التصرفات القانونيّة تندرج ضمن ثلاثة أنواع:

١-أعمال الاغتناء: وهذه التصرفات نافعة نفعاً محضاً، وهي التي يترتب عليه اغتناء الشَّخص دون مقابل، كقبول الهبات والهدايا.

٢-أعمال التبرع: وهذه التصرفات ضارة ضرراً محضاً، وهي التصرفات التي تؤدي إلى افتقار الشَّخص دون مقابل كـ: الإبراء، والهبة.

٣-التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع: وهذه التصرفات تحتمل الكسب، كما تحتمل الخسارة، وتقسم إلى قسمين:

أ-**أعمال إدارة:** وهي تهدف إلى المحافظة على الشيء أو استغلاله دون التصرف فيه، كـ: التأجير من أجل الاستثمار أو الانتفاع.

---

(١) الصابوني، المرجع السَّابق، ص٢٤.

(٢) عمر العبد الله، المرجع السَّابق، ص٢٠٥.

ب-**أعمال التصرف:** وهي التي تهدف إلى التصرف بالشيء، كـ: بيع العقار، ورهنه، ودرجة صلاحية الشَّخص للقيام بهذه التصرفات تختلف باختلاف درجة التمييز والإدراك لديه[١].

ب- مراحل تطور أهلية الأداء:

١- مرحلة الصبي عديم التمييز:

وهي المرحلة التي يغلب حال مجهول النّسب أن يكون فيها، وتمتد هذه المرحلة منذ ولادة الإنسان حياً حتى بلوغه سن السابعة، فكل مَن لم يبلغ السابعة يسمى بـ: "الصبي غير المميز"، تكون أهلية الأداء عنده معدومة، حيث إن الصبي غير المميز يفترض انعدام العقل والإدراك لديه، فتنعدم أهليه الأداء لديه، وقد نصت على ذلك المادّة (٤٧) من القانون المدني السُّوري بقولها:

(١- لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية مَن كان فاقداً للتمييز لصغر في السن.

٢- وكل مَن لم يبلغ السابعة يعد فاقداً للتمييز).

ولهذا، فإن الصبي غير المميز لا يكون صالحاً لمباشرة أي تصرف من التصرفات القانونيّة، سواء أكانت نافعة نفعاً محضاً أم ضارة ضرراً محضاً، أم دائرة بين النفع والضرر، فلا يستطيع أن يبيع، أو يشتري، أو يؤجر، أو يستأجر، أو يهب مالاً له، أو يقبل هبة من أحدهم، وإذا قام بتصرف من هذه التصرفات، فإن تصرفه يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً، ولا تترتب عليه الآثار القانونيّة، وقد أشارت إلى ذلك المادّة (١١١) من القانون المدني السُّوري

---

(١) عمر العبد الله، المرجع السَّابق، ص٢٠٥.

بقولها: **(ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله، وتكون جميع تصرفاته باطلة)**، فالصبي غير المميز لا يستطيع مباشرة أي تصرف؛ لأنه فاقد التمييز، فلا يكون لإرادته أثر[١].

٢-مرحلة نقص الأهلية (التمييز):

تمتد هذه المرحلة من سن السابعة حتى الثامنة عشر من العمر، فالشَّخص في هذه المرحلة يسمى بـ: "الصبي المميز"، حيث يكون التمييز عنده وسطاً بين الانعدام والكمال، فهو غير متمتع بالتمييز الكامل رغم توافر بعض أسباب التمييز لديه، وذلك يعد ناقص الأهلية؛ لأنه لايزال ناقص العقل والإدراك، وهذا ما قضت به المادّة (٤٨) من القانون المدني بقولها: **(كل مَن بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد يكون ناقص الأهلية وفق ما يقرره القانون)**.

أما التصرفات التي يقوم بها ناقص التمييز، فحكمها يتوقف على نوعها، حيث أوضحت المادّة (١١٢) من القانون المدني السُّوري التي نصت على:

(١- إذا كان الصبي مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً، وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضاً.

٢- أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأصول وفق القانون).

---

(١) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص٢٠٩.

وعليه، فإن تصرفات الصبي المميز النافعة نفعاً محضاً تكون صحيحة، ويعد هذا الشَّخص كامل الأهلية بالنسبة لهذه التصرفات، أما التصرفات الضارة ضرراً محضاً، فتعد باطلة بطلانا مطلقاً، ويعد هذا الشَّخص عديم الأهلية بالنسبة لها، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فإنها تكون حسب القاعدة العامة باطلة بطلانا نسبياً، أي: قابلة للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية، حيث يجوز للنائب القانوني عنه حق إبطالها، كما يجوز له هو أيضاً أن يطلب إبطالها أو إجازة تلك التصرفات من قِبل نائبه، أو من قِبل المحكمة، أو من قِبل ناقص الأهلية نفسه خلال مدة سنة من بلوغه سن الرشد، وإلا سقط حقه في ذلك[١].

---

(١) وقد خرج المشرّع عن هذه القاعدة العامة في تصرفات ناقص الأهلية في حالات حصرية أهمها: ما نصت عليه المادّة (١١٣) من القانون المدني والمادّة (١٦) من قانون الأحوال الشَّخصية التي تنص على: (إذا بلغ الصبي المميز الخامسة عشرة من عمره، وأذن له في تسلم أمواله لإدارتها، أو تسلمها بحكم القانون، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون). وهذه المادّة مطابقة لنص المادّة (١٦٤) من قانون الأحوال الشَّخصية: (١-ليس للقاصر أن يتسلم أمواله قبل بلوغه سن الرشد. ٢-للقاضي أن يأذن له بعد بلوغه الخامسة عشرة وسماع أقوال الوصي بتسلم جانب من هذه الأموال لإدارتها).

حيث منح المشرّع في هاتين المادتين للصبي المميز البالغ الخامس عشرة من العمر الحق في إدارة أمواله أياً كان منشؤها متى أذن له القاضي بذلك، حيث يعد ذلك الصبي كامل الأهلية فيما أذن له.

كما منحت المادّة ١٦٥/د من قانون الأحوال الشَّخصية للصبي البالغ الخامسة عشر الحق في مزاولة التجارة بموافقة القاضي، فنصت على:

(١- للقاصر المأذون مباشرة أعمال الإدارة وما يتفرع عنها كـ: بيع الحاصلات، وشراء الأدوات)، وبدوها المادّة (١٦٩) أجازت للصبي البالغ الثالثة عشرة من العمر الحق في أن يتولى إدارة ماله الذي كسبه من عمله الخاص، فتكون تصرفاته بهذا الشأن كتصرفات كامل الأهلية، لكنه لا يكون ضامناً للديون الناشئة عن هذه الإدارة إلا بقدر المال الذي كسبه من عمله الخاص[١] فكان نص المادّة: (١-للقاصر متى بلغ الثالثة عشر الحق في أن يتولى إدارة ماله الذي كسبه من عمله الخاص. ٢-لا يكون القاصر ضامناً لديونه الناشئة عن هذه الإدارة إلا بقدر ذلك المال).

٣- مرحلة كمال الأهلية (الرشد):

تمتد هذه المرحلة من بلوغ الشَّخص سن الثامنة عشر، وتستمر طوال حياته، فقد نصت المادّة (٤٦) من القانون المدني على:

(١- إن كل شخص بلغ سن الرشد يتمتع بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ٢-وسن الرشد ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة).

فإذا بلغ الشَّخص سن الرشد أصبح كامل الأهلية بقوة القانون، شرط أن يكون قد بلغ هذا السن متمتعاً بقواه العقلية ولم يحكم عليه قبل بلوغها باستمرار الولاية أو الوصاية عليه، وتعد جميع التصرفات الصادرة عنه صحيحة بهذه الحالة سواء أكانت نافعة أم ضارة أم دائرة بين الضرر والنفع، أمَّا إذا حكم عليه قبل بلوغه سن الرشد باستمرار الوصاية أو الولاية عليه بسبب أحد عوارض الأهلية، فإنه يضل فاقد الأهلية أو ناقصها بحسب نوع العارض، وكذلك تنعدم أو تنقص هذه الأهلية إذا حدث العارض بعد بلوغه سن الرشد.

وهذه العوارض منها ما يطرأ على العقل، ومنها ما يطرأ على التدبير والتقدير، فالتي تصيب العقل هي: الجنون والعته، أما التي تصيب التقدير والتدبير، فهي السفه والغفلة[١]، فإذا طرأ على الشَّخص أحد عوارض الأهلية، فإنه قد يصبح غير صالح للقيام بالتصرفات القانونيّة أو بعضها، وهذا ما يستدعي أن ينوب شخصٌ عنه يتولى القيام بتلك التصرفات، وهذا ما أشار المشرّع السُّوري إليه في أحكام النيابة عن الغير، والتي سوف ندرسها في ما يلي.

---

(١) عبد الرحمن الصابوني، المدخل لدراسة التَّشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص٣٦.

ثانياً: النيابة عن مجهول النّسب:

يغلب على مجهول النّسب أن يكون دون سن التميز، بل إنه الصورة الأكثر عموماً، وهذا ما دعا المشرّع في مشروع رعاية مجهول النّسب بتحديد عمره دون السابعة، حيث عرَّفه في المادّة (١) منه: بأنه هو **(الوليد أو الطِّفل الذي لم يتم السابعة من عمره، والذي يُعثر عليه ولم يثبت نسبه، أو لم يُعرَف والداه)**.

ولا جدال بأن مجهول النّسب في هذا العمر يعد فاقداً للتمييز، لا يستطيع مباشرة الأعمال بنفسه، بل يحتاج لمن ينوب عنه في القيام بتلك الأعمال، ولأهمية هذه النيابة سوف ندرس النيابة عن مجهول النّسب سواء أكان ما تعلق بالولاية على نفسه أم ما يتعلق بالوصاية على أمواله وفق الآتي:

١: الولاية على مجهول النّسب:

٢: الوصاية على أموال مجهول النّسب:

١: الولاية على مجهول النّسب:

أ- تعريف الولاية:

في اللغة: بأنها مأخوذة من الولي وهو القرب، يقال: وليه ولياً، أي: دنا منه، وأوليته إياه أدنيته منه، وولي اليتيم: الذي يلي أمره ويقوم بكفايته، وولي المرأة الذي يلي عقد النكاح عليها ولا يدعها تستبد بعقد النكاح دونه[١].

أما اصطلاحاً: فتعني السلطة التي يتمتع بها الشَّخص في إلزام الغير وتنفيذ القول عليه شاء أم أبى.

---

(١) المعجم الوسيط، مرجع سابق، ج٢، ص ١٠٥٨.

وهي تشمل بهذا المفهوم معنيين: أولهما: الإمامة العظمى، وثانيهما: (وهو المعنى المراد بهذا البحث) قيام شخص كبير راشد بتدبير شؤون قاصر الشَّخصية والمعنوية[١].

وقد نص قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري إلى هذه الولاية في حديثه عن النيابة الشَّرعية في المادّة (١٦٣) منه حيث نصَّ على:

((١- النيابة الشَّرعية عن الغير تكون إما ولاية، وإما وصاية، وإما قوامة، وإما وكالة قضائية.

٢- الولاية للأقارب من أب أو غيره، والوصاية على الأيتام والقوامة على: المجانين، والمعتوهين، والمغفلين، والسفهاء، والوكالة القضائية عن المفقودين)).

وقد أعطى مشروع قانون الرّعاية الجديد لمجهول النّسب حكم اليتيم، وطبق عليه أحكام الوصاية الواردة في قانون الأحوال الشَّخصية، وذلك عندما أسند أمر الوصاية عليه لوزارة الشؤون الاجتماعيَّة والعمل بقوة القانون، حيث يكون لها الإشراف على رعايته وكفالته وتعليمه؛ حتى يستطيع الاعتماد على نفسه، حيث تستمر حتى بلوغه الثامنة عشرة من العمر[٢]، فيكون لها سلطة تسوغ تدبير شؤون مجهول النّسب الشَّخصية والمالية، فيقوم بتربيته ورعايته وتعليمه والاهتمام بسائر أموره الشَّخصية، والوصاية على ماله على أن تطبق في ذلك الأحكام الواردة في قانون الأحوال الشَّخصية، وعند انتقال مجهول

---

(١) سعيدي زيدان أحكام اللقيط، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، الجزائر، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، ٢٠٠٥م/٢٠٠٦م، ص٢٢.

(٢) المادّة (٩) من مشروع قانون مجهول النّسب.

النّسب إلى رعاية الكافل، فإن القانون لم يمنع من تعيين الكافل وصياً على مجهول النّسب عند تحقق الشروط المطلوبة، وعلى أن يتقيد الوصي سواء أكان جمعية أم شخصاً طبيعياً بالصلاحيات والواجبات المفروضة عليه بقانون الأحوال الشَّخصية التي سوف نشير إلى أبرز أحكامها وفق الآتي:

ب: نطاق الولاية

تشمل الولاية على النفس القيام بكل ما يتعلق بشخص الصغير من: صيانة، وحفظ، ورعاية، وعلاج، وتأديب، وتعليم، وتوجيه، وتزويج، وسائر الأمور الخاصة بالعناية بشخص القاصر، وهذه الولاية تكون للأقارب العصبات وفق الترتيب الآتي: الأبناء، وأبناء الأبناء، والآباء، ثم آباء الآباء، الإخوة، ثم أبناء الإخوة، الأعمام، ثم أبناء الأعمام، ويكون ثبوت هذه الولاية للأقارب لما لهم من صلة وقُربى بالقاصر والحرص على مصلحته(١).

ولما كان مجهول النّسب القاصر مقطوع الصلة والقربى، ولا يتصور أن يعيش بلا ولاية الإشراف على شؤونه وإلا كان عرضة للهلاك، فالولاية عليه تعود إلى الدَّولة بموجب ولايتها العامة على جميع رعاياها، فالدَّولة بموجب ولايتها العامة مسؤولة عن الجميع، ووظيفتها توفير الحماية لمحتاجيها إما بإلزام أصحاب الولايات من الأقارب والعصبات بالقيام بواجبهم، وإما بالتزامها الولاية على مَن لا يوجد له أقارب كمجهولي النّسب والأيتام(٢)، وقد اتفق العلماء على أن الولاية على النفس تثبت كذلك للسلطان أو نائبه كالقاضي ونحوه، وذلك إذا

---

(١)عبد الرحمن الصابوني، المدخل لدراسة التَّشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص٤١.

(٢) سعيدي زيدان، مرجع سابق، ص٢١٤.

انعدم الأولياء[١]، وهذا الرَّأي مأخوذ من قول النبي صلى الله عليه وسلم: ((السلطان ولي من لا ولي له))[٢]، لذلك فقد نص المشرّع السُّوري في قانون رعاية اللقطاء في المادّة (٦) منه على:

١-تقوم وزارة الشؤون الاجتماعيَّة والعمل بالولاية على نفس اللقيط حتى إتمام سن الثامنة عشرة ٢...))

كما أعطت المادّة التاسعة من مشروع القانون الجديد لوزارة الشؤون الاجتماعيَّة.

(أ- الإشراف على رعاية الطِّفل وكفالته وتعليمه حتى يستطيع الاعتماد على نفسه وكسب عيشه.

ب- الوصاية على نفس الطِّفل حتى يتم سن الثامنة عشرة، وتدخل في هذه الوصاية: سلطة التَّربية والتعليم العام والمهني، والرقابة، والعناية: الصحية، والاجتماعيَّة، والقانونيّة، والاقتصادية، والصحية، والتربوية، والثقافية، وسائر أمور العناية بشخصه، وتنتقل هذه الوصاية إلى الدار أو الأسرة حسب الحال).

بينما يرى المذهب المالكي أن الولاية على نفس اللقيط تكون للملتقط الذي تكون له أولوية بسبب سبق التقاطه إن كان جديراً بذلك[٣]، بل إنَّ المذهب المالكي يقدم في استحقاق الولاية للكافل اليتيم على الولاية العامة للدولة والسلطان[٤]، وقد قال الإمام محمد أبو زهرة في تأييده لهذا الرَّأي: (وأنه بتطبيق

---

(١) وهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج٩، ص١٨٩.

(٢) مسند الإمام أحمد، تحقيق شعيب الأرناؤوط وآخرون، مؤسسة الرّسالة، ١٩٩٩م، ط ٢، ج٤٢، ص١٩٩.

(٣) سعيدي زيدان، مرجع سابق، ص٢١٤.

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، أركان النكاح، ج٧، ص٣٨١، أيضاً، شرح تحفة الحكام، محمد أحمد ميارة، موقع الإسلام، ص٤١١.

هذا المبدأ تكون الولاية على النفس بالنّسبة للقيط لمن التقطه؛ لأنَّه هو الذي تكفل به ورباه وهذا مبدأ قويم جدير بالاعتبار؛ لأنه إن كان أهل القاصر قد أهملوه، فقد قطعوا ما أمر الله به أن يوصل، فحق عليهم الحرمان من سلطة الولاية العامة، وهذا الذي يتبرع بالكفالة والتَّربية وكفلها حتى أنبتها نباتاً هو الجدير بأن يرعى ما أنبت))[١].

وحيث إن مجهول النّسب قد يكون ناقص الأهلية أو فاقدها، فيكون بذلك أحد المستهدفين بأحكام النيابة عن الغير، ويكون في حاجة لتولي أحدهم مَن يرعى شؤونه، سواء أكان ما تعلق منها بنفسه أم تعلق بأمواله.

٢-الوصاية على مجهول النّسب:

قلنا: إن أهلية الأداء هي صلاحية الشَّخص لصدور التصرفات القانونيّة على وجه يعتد به قانوناً، لذلك عهد المشرّع إلى تعيين وصي يتولى إدارة أموره تحت رقابة المحكمة، أي: تعيين شخص تتوافر فيه شروط محددة ليكون وصياً على مال مجهول النّسب القاصر، وإن انتقال مجهول النّسب إلى رعاية الكافل لا يثير إشكالاً في إمكانية تعيين الكافل وصياً على مجهول النّسب عند تحقق الشروط الواجبة، بل مشروع القانون الجديد أوجب بعد الموافقة على طلب الكفالة المقدم من قِبل الكافل بأن يرسل نسخة من عقد الكفالة إلى المحكمة الشَّرعية لاستصدار وصاية شرعية للكافل،[٢] لكن الإشكال يثور في وصاية دار الرّعاية حيث إن الأحكام الوارد في قانون الأحوال الشَّخصية سواء أكان ما

---

(١) سعيدي زيدان، نقلاً عن أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق ص٢١٤.

(٢) المادّة ١٩/ز من مشروع قانون مجهول النّسب.

تعلق منها بآلية اختيار الوصي أم شروطه التي قد وردت بخصوص الشَّخص الطبيعي لذلك كان لابد من مزيد من الإيضاح.

وقد أعطى المشروع الجديد لدار الرّعاية أو الأسرة الوصاية على نفس مجهول النّسب بالقدر اللازم لتربيته ورعايته والوصاية على ماله، مع التقيد بالأحكام المتعلقة بالوصاية في قانون الأحوال الشَّخصية، كما أقر مسؤولية الأسرة الكافلة عن التَّعويض عن أفعال مجهول النّسب التي تلحق ضرراً بالغير وفق أحكام القانون المدني، وتستمر هذه الوصاية حتى يتم مجهول النّسب سن الرشد.

ولابد من الإشارة إلى أن الغرض من نظام الوصاية هو حماية ثروة القاصر واستثمارها في الأوجه التي تعود عليه بالمنفعة[١]، وإذا كان القانون قد أجاز أن تتولى الأسرة الوصاية على مجهول النّسب تبعاً لكفالته، فلا بد أن تنطبق على الكافل الأحكام والشروط الواردة في قانون الأحوال الشَّخصية.

أ – الأحكام المتعلقة بتعيين الوصي:

اشترط القانون أن يتوافر في الوصي: العقل، والبلوغ، والعدالة، واتحاد الدين مع الموصى له، وهذا ما نصت عليه المادّة ١٧٨/أ بقولها:

((١– يجب أن يكون الوصي عادلاً قادراً على القيام بالوصاية ذا أهلية كاملة، وأن يكون من ملة القاصر)).

وقد منع المشرّع السُّوري المحكوم عليه بالعقوبات الآتية أن يكون وصياً:

---

(١) صباطة سليمة، دور القضاء في حماية الحقوق المعنوية والمالية للطفل، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، تلمسان، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٥م/٢٠١٦م، ص ٢١١.

أ- المحكوم عليه في: جريمة سرقة، أو إساءة ائتمان، أو تزوير، أو جريمة من الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة.

ب- المحكوم بإفلاسه على أن يعاد اعتباره.

ج- مَن قرر الأب أو الجد عند عدمه حرمانه من التعيين قبل وفاته على أن يثبت ذلك بوثيقة خطية.

د- مَن كان بينه هو وأحد أصوله أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائي أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة القاصر.

وعند تعارض مصلحة القاصر مع مصلحة الوصي، أو زوجته، وأصوله، أو فروعه، أو مَن يمثله، فإن القانون يعين وصياً خاصاً مؤقتاً هذا إذا لم يبلغ التعارض في النّزاع الذي نصت عليه الفقرة (د) من المادّة آنفة الذكر، كل ذلك وفق ما نصت عليه المادّة (١٧٩) من قانون الأحوال الشَّخصية: ((ينصب القاضي وصياً خاصاً مؤقتاً عند تعارض مصلحة القاصر مع مصلحة الوصي، أو زوجه، أو أحد أصوله، أو فروعه، أو مَن يمثلهم الوصي إن لم يبلغ هذا التعارض النّزاع المنصوص عليه في المادّة السَّابقة))

ب: صلاحيات الوصي:

يتمتع الوصي في إطار المهمة المعهودة إليه بحكم مركزه القانوني المتمثل في رعاية شؤون القاصر بسلطات تمكنه من أداء هذه المهمة، وتختلف سلطته حسب نوع التصرف الذي يقوم به وفق الآتي:

١- التصرفات النافعة نفعاً محضاً:

تشير القاعدة إلى أن الوصي يقوم بالتصرفات التي تعود بالنفع المحض على القاصر حتى دون إذن المحكمة كما لو ناب عن القاصر في قبول الهبة

أو قبضها، ما دامت الهبة غير مشروطة، كما له أن يقبل الوصايا غير المقترنة بالشروط نيابة عن القاصرين[١].

٢-التصرفات الضارة ضرراً محضاً:

لا يجوز للوصي أن يقوم بهذه التصرفات مطلقاً، فليس له أن يتبرع بأموال القاصر، وكل تصرف يقع منه للغير يعد باطلاً، وقد نصت المادّة (١٨٠) من قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري على: **((تبرع الوصي بمال القاصر باطل))**.

٣- التصرفات الدائرة بين النفع والضرر:

إن هذا النوع من التصرفات على نوعين:

النوع الأول: تصرفات الإدارة:

ومثال ذلك: إيجار الأغراض الزراعية لثلاث سنوات فأقل، وإيجار المباني مدة سنة فأقل، وعليه نصت المادّة (١٨٢) في الفقرتين (د) و (هـ)، وهذه التصرفات تقع صحيحة من قِبل الوصي دون الحاجة إلى إذن من المحكمة[٢].

---

(١) أحمد عيسى، الحماية القانونيّة لحقوق القصر في التصرفات الواردة على المال الشائع، ص ٢١٣.

(٢) المادّة (١٨٢) لا يجوز للوصي دون إذن من المحكمة مباشرة التصرفات الآتية: ...
د . إيجار عقار القاصر مدة أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية وأكثر من سنة في المباني
هـ . إيجار عقار القاصر مدة تمتد إلى سنة بعد بلوغه سن الرشد.

النوع الثَّاني: التصرفات التي تمس رأس المال:

وهذه التصرفات تمس رأس المال، وتؤدي إلى إخراجه عن ملكية صاحبه أو التهديد بإخراجه، وهذا النوع من التصرفات التي لا يجوز للوصي أن يباشرها قبل أن يحصل على إذن مسبق من قِبل المحكمة ومن هذه التصرفات:

١- قسمة أموال القاصر، لا يجوز للوصي أن يتولى قسمة أموال القاصر بينه وبين غيره إلا بإذن المحكمة، على أن تصادق المحكمة بعد حصول هذه القسمة لتكون نافذة[١].

٢- البيع، والشراء، والشركة، والمقايضة، والرهن، والاقتراض، وجميع التصرفات الناقلة للملكية أو التي ترتب حقاً محدداً، فجميع هذه التصرفات لا يجوز للوصي أن يتولاها قبل أن تأذن له المحكمة[٢].

٣- تحويل الديون التي تكون للقاصر وقبول الحوالة عليه.

٤- إيجار عقار القاصر مدة أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية، ومدة سنة في المباني.

٥- إيجار عقار القاصر مدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة.

٦- قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها.

٧- الإنفاق من مال القاصر على مَن تجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة مقضياً بها من جهة مختصة.

٨- الصلح والتحكيم.

---

(١) نصت المادّة (١٨١): ((إذا كان للقاصر حصة شائعة في عقار، فللوصي بإذن من المحكمة إجراء القسمة بالتراضي مع باقي الشركاء، ولا تكون هذه القسمة نافذة إلا بتصديق القاضي)).

(٢) المادّة (١٨٢) من قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري.

٩- الوفاء بالالتزامات التي تكون على التركة أو على القاصر ما لم يكن قد صدر بها حكم واجب النفاذ.

١٠- رفع الدعاوى إلا ما يكون في تأخيره ضرر للقاصر أو ضياع حق له.

١١- التنازل عن الدعاوى وإسقاط حقه في طرق المراجعة القانونيّة.

١٢- تبديل التأمينات أو تعديلها.

١٣- إجارة الوصي لأموال القاصر لنفسه، أو زوجه، أو أحد فروعه، أو أصوله، أو أقاربه حتى الدرجة الرابعة، أو لمن يكون الوصي نائباً عنه، أي: كل عقد تكون فيه محاباة للوصي، أو من يتصل به أو يتولى الوصي تمثيله.

١٤- ما يُصرف في تزويج القاصر.

١٥-إصلاح عقار القاصر، وترميمه، وتبديل معالمه، أو إنشاء بناء عليه، أو هدمه، أو غرس غراس ونحو ذلك، ويحدد الإذن في هذه الحالة التصرف، ومداه، وخطة العمل.[١]

وتجدر الإشارة إلى أن الوصي لا يجوز له أن يحفظ مال القاصر في أي مكان، فقد ألزمه المشرّع بأن يودع باسم القاصر في إحدى خزائن الحكومة، أو في أحد المصارف التي توافق عليها المحكمة كل ما يستحصله من نقود للقاصر، وما ترى المحكمة من لزوم إيداعه من أسناد ومجوهرات، ولا يجوز له أن يتخلف عن هذا الإيداع مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمه إياها، ولا

---

(١) المادّة (١٨٢) من قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري.

يجوز لـه أن يقوم بـأي عمليـة سـحب إلا بـإذن القاضـي،[١]وبهذا الإيداع تُحفظ أموال القاصر من الضياع[٢].

لا شك أن في تطبيق نظام الولاية والوصاية الذي نص عليه قانون الأحوال الشخصية يفر الحماية القانونية على مجهول النسب، يوفر لـه الحماية القانونية لـه فيضـعه تحت إشراف القاضـي بكل مـا يتعلق بشخصـه أو بأموالـه، إلا أن العدد المتزايد للأيتام والقصر الذين يخضعون لنظام الوصاية الشرعية ، يخلق تحدياً اما دائرة الأيتام في المحكمة الشرعية للقيام بمهامها، مما يستدعي تطوير عمل هذه الدائرة.



(١) نصت المادّة (١٨٤) ((١-على الوصي أن يودع باسم القاصر في خزانة الدَّولة أو في مصرف توافق عليه المحكمة كل ما يحصله من نقوده، وما ترى المحكمة لزوماً لإيداعه من الأسناد والحلي وغيرها خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمه إياها، ولا يسحب منها شيئاً إلا بإذن القاضي ٢- يرفع من هذه الأموال قبل إيداعها مصاريف الإدارة والنفقة المقررة لشهر واحد))

(٢) أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ص٥٧٦.

المطلب الثَّاني: الحقوق المقررة لمجهول النّسب:

تمهيد:

يتمتع مجهول النّسب بمجموعة من الحقوق أسوةً بغيره من معلومي النّسب، وإن أغلب هذه الحقوق تنطبق عليه وعلى غيره من الأطفال التي تعد من الحقوق العامة كـ: حق الحياة، أو حق التعلم، أو غيره من الحقوق العامة، وهذه الحقوق لا تثير في تطبيقه على مجهول النّسب أي إشكال، إنما الإشكال يثور بتلك الحقوق التي تتعلق بحالته المدنية، أو حالته المالية ومصادر تمويله التي أولاها المشرّع عناية خاصة وهي مدار بحثنا التالي.

أولاً: **الحقوق التي تمثل الحالة المدنية لمجهول النّسب:**

١-حق مجهول النّسب في الاسم:

يعد اسم الشَّخص من الحقوق الملازمة لشخصيته، وقد عملت القوانين على ضمان هذا الحق، فالاسم هو الوسيلة التي تمكن الشَّخص من تمييزه وتعيين شخصه، [١] ويكسبه الحق في: استعماله، وحمله، وحمايته من أي اعتداء بقوة القانون، ولا يجوز التنازل عنه، أو بيعه، أو رهنه، كما لا تجوز سرقته أو انتحاله، وقد ضمن القانون السُّوري الحق في الاسم واللقب واستعمالهما وحمايتهما من اعتداء، كما أوجب التَّعويض عما لحق صاحب الاسم جراء الاعتداء عليه[٢].

---

(١) عبد المنعم فرج الصده، مبادئ القانون، لبنان، بيروت دار النهضة، طبعة ١٩٧٧م، ص٢٢٦.

(٢) نصت المادّة (٥٢) من القانون المدني السُّوري على أن: ((لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التَّعويض عما يكون قد لحقه من ضرر))، ونصت المادّة (٥٣) من القانون ذاته على: (لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه أو لقبه أو كليهما دون مبرر، ومن انتحل من الغير اسمه أو لقبه أو كليهما دون حق، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التَّعويض عما يكون قد لحقه من ضرر)).

كما أن للاسم نظاماً إدارياً يخدم أمن الدَّولة، فيمنع الخلط بين أفرادها، ويعمل على استقرار المعاملات فيها، ويحقق المصلحة العامة، فمصلحة الفرد والجماعة تقتضي أن تتميز كل شخصية إنسانية بوسيلة أو علامة للتفريق بينهما وبين الآخرين لمنع الاختلاط أو الالتباس والوسيلة الأفضل لهذا التميز هي الاسم(١).

ولما كان اسم الشَّخص يعد أحد مظاهر الشَّخصية، لذلك تسمية المولود من الأمور التي أوجبها القانون على مقدم شهادة الولادة، وعادة ما يختار الاسم للمولود من قِبل أهله وذويه.

أما مجهول النّسب الذي حُرم من أسرته، فقد عهد المشرّع بهذه المهمة وأوكلها إلى أمين السجل المدني الذي يقوم باختيار اسم لهذا الطِّفل اللقيط، ويمكن أن يسترشد بما تقترحه دور الرّعاية فيما يتعلق باسمه الأول فقط، ليقوم فيما بعد باختيار اسم لوالديه، واسم جد يكون نسبةً له وفق ما نصت عليه المادّة (٢٩) من قانون الأحوال المدنية بقولها: (..بعد أن يقوم أمين السجل المدني باختيار اسم له، ولكل من والديه، واسم جد نسبة له أو ما تقترحه دور الرّعاية بالنّسبة لاسم مجهول النّسب فقط دون أن يذكر أنه مجهول النّسب في الوثائق التي تُمنح له).

إلا أن مشروع القانون الجديد لرعاية مجهول النّسب قد عهد مهمة اختيار الاسم الأول لدار الضيافة(٢) التي تستقبل مجهول النّسب بشكل مؤقت،

---

(١) زهير حرح، الحق في الحياة الخاصة، منشورات جامعة دمشق، مركز التعليم المفتوح، ٢٠٠٦م/٢٠٠٥م، ط٢، ص٩٠.

(٢) المادّة (٥) من مشروع قانون مجهول النّسب.

فيقوم أمين السجل المدني بتسجيل الاسم المختار من قِبل دار الضيافة، ويتولى هو اختيار اسم الوالدين، والجد، وتسجيل هذا الاسم، وقد أعطى المشرّع لمعلومات مجهول النّسب الصفة السرية سواء أكان في المشروع الجديد لرعاية مجهول النّسب أم في قانون الأحوال المدنية، حيث إنه حظر على كل من: أمين السجل المدني، أو دار الضيافة، أو أي جهة أخرى الإشارة أو الدلالة في أي وثيقة رسمية على صفة جهالة نسب الطِّفل.

فيجري تسجيل هذه الواقعة بشكل سري في سجل الواقعات ولا يجوز الاطلاع عليه إلا بناء على طلب من المحكمة المختصة، وقد عاقب المشروع الجديد كل من خرق هذا الحظر بالغرامة من (٥٠٠٠٠) خمسين ألف ليرة سورية وحتى (٢٠٠٠٠٠) مائتي ألف ليرة سورية[١]، وأخيراً، فإن المشرّع في مشروع القانون الجديد قد نص على إلغاء الأحكام المتعارضة بآلية التسجيل الواردة في قانون الأحوال المدنية فيما يتعلق بتسمية مجهول النّسب وتطبيق ما ينص عليه من أحكام.[٢]

– ويمكن أن يعطى مجهول النّسب نسبة العائلة الحاضنة، وذلك بعد انتقاله إلى رعايتها، وفق ما سنراه لاحقاً، ولا بد من الإشارة إلى أن المشرّع السُّوري قد منع تسمية المولود باسم مركب مكون من أكثر من مقطعين[٣]، إلا أنه لم يضع ضوابط لاختيار هذا الاسم كما فعل نظيره الجزائري الذي اشترط أن تكون الأسماء جزائرية مع جواز أن تكون غير ذلك بالنّسبة للمولودين من أبوين غير

---

(١) المادّة (٢٨) من مشروع قانون مجهول النّسب.

(٢) المادّة (٣٣) من مشروع قانون مجهول النّسب.

(٣) نصت المادّة (٢٩) من قانون الأحوال المدنية السُّوري على: ((لا تجوز تسمية المولود باسم مركب مكون من أكثر من مقطعين)). كأن يكون اسمه: عبد الخالق عبد الكريم.

مسلمين[١]، وحبذا لو ذهب المشرّع السُّوري مذهب المشرّع الجزائري في تحديد ضوابط انتقاء الأسماء لاسيما أن الشريعة الإسلامية التي أحال إليها القانون عند عدم وجود النص أوجبت أن يكون اسم الشَّخص محموداً فقد ثبت أن النبي محمد صلى الله عليه وسلم بما روته السيدة عائشة رضي الله عنها أنَّ النبي كان يغير الاسم القبيح[٢].

٢- حق مجهول النّسب في الجنسية:

يُراد بالجنسية تلك الرابطة المعنوية والقانونيّة والسياسية التي تربط بين الفرد ودولته منذ ولادته، فيكون ولاؤه وتبعيته لها، وهي بذلك تشكل حق إحدى حقوقه الشَّخصية التي تكفلها الدَّولة للأطفال الذين يولدون على أراضيها والمكتسبين جنسيتها، فتمنحهم حق الحماية.

وقد اعتمد المشرّع السُّوري في اكتساب الجنسية العربيّة السُّورية على حق الدم كمعيار أساسي لاكتساب الجنسية، فجعل ثبوت نسب الطِّفل من أب سوري يعطيه الحق في اكتساب الجنسية العربيّة السُّورية،[٣] وفي حال عدم

---

(١) نصت المادّة (٢٨) في فقرتها الثَّانية من القانون المدني الجزائري على: ((يجب أن تكون الأسماء جزائرية، وقد يكون خلاف ذلك بالنّسبة للأطفال المولودين من أبوين غير مسلمين))، كما نصت المادّة (٦٤) في فقرتها الرابعة من قانون الحالة المدنية الجزائري على: ((يجب أن تكون الأسماء أسماء جزائرية، ويجوز أن يكون غير ذلك بالنّسبة للأطفال المولودين من أبوين منتقين ديانة غير الديانة الإسلامية، يمنع جميع الأسماء غير المخصصة في الاستعمال والعادة)).

(٢) رواه الترمذي في مسنده، تحقيق أحمد شاكر وآخرين، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ج٥.

(٣) ينص القانون رقم ٢٧٦ في العام ١٩٦٩م الخاص بتنظيم أصول اكتساب الجنسية العربيّة السُّورية، حيث نص في المادّة (٣) منه على: ((يعد سورياً حكماً:

(أ) مَن ولد في القطر أو خارجه من والد عربي سوري.

(ب) من ولد في القطر لأم سورية، ولم تثبت نسبته إلى أبيه قانوناً.

التمكن من نسبه هذا الطِّفل للأب السُّوري فيعطي الجنسية بناء على نسبته لأمه السُّورية، أما في حال جهالة نسبه لكل من والديه أو جهالة جنسيتيهما، أو كونهما لا يملكان جنسية أصلاً، فيكتسب الجنسية العربيّة السُّورية على أساس حق الإقليم ؛كونه قد وُلد على الأراضي السُّورية، وقد أعطى المشرّع لمجهول النّسب سواء أكان لقيطاً أم مَن دخل بجهالة النّسب بصورة أخرى الجنسية السُّورية، حيث نصت المادّة (١٣) في الفقرة (١) منها على: ((يُعدُّ اللقيط عربياً سورياً)).

فقد عدَّ القانون السُّوري أن مجهول النّسب قد ولد في الأراضي السُّورية وفي المكان الذي وُجد فيه ما لم يثبت العكس عملاً بالمادّة ٢٩/ب من قانون الأحوال المدنية التي تنص على: ((يعد مجهول النّسب عربياً سورياً مسلماً ومولوداً في سورية في المكان الذي عُثر عليه فيه ما لم يثبت خلاف ذلك))، وقد سار المشروع الجديد لرعاية مجهول النّسب على نفس الاتجاه في عد مجهول النّسب عربياً سورياً ما لم يثبت خلاف ذلك.

ونلاحظ أن المشرّع السُّوري قد وسَّع معياره لكسب الجنسية لكل طفلٍ، ولا سيما مَن وُجد على أرضه، فاعتمد على معيار الإقليم في اكتساب الجنسية؛ ليستوعب بذلك حالات اللقطاء ومجهولي النّسب، سواء أكانت هذه الجهالة من

= (ج) من ولد في القطر لوالدين مجهولين، أو مجهولو الجنسية، أو لا جنسية لهما، ويعد اللقيط في القطر مولوداً فيها، وفي المكان الذي عثر عليه ما لم يثبت عكس ذلك.

(د) من ولد في القطر ولم يحق له عند ولادته أن يكتسب بصلة البنوة جنسية أجنبية.

(هـ) من ينتمي بأصله للجمهورية العربيّة السُّورية، ولم يكتسب جنسية أخرى، وما لم يتقدم لاختيار الجنسية السُّورية في المهل المحددة بموجب القوانين المتخذة والسَّابقة، ويسري حكم المادّة ولو كان الميلاد قبل تاريخ العمل بهذا المرسوم)).

جهة الأب فقط أم من كل من الوالدين، لكن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن عن الحالة التي يثبت فيها أنَّ مجهول النّسب قد وُلد على غير الأراضي السُّورية، أو في حال ثبت نسبه لأب أو أم وكان جنسية أحدهما أو كليهما تعطى له.

في الواقع نجد أن المشرّع السُّوري لم يجب على هذه الحالة، مما يؤدي إحدى حالات ازدواج الجنسية، على عكس المشرّع الجزائري الذي ذهب إلى سحب الجنسية و عدَّها كأنها لم تكن إذا ثبت انتساب الطِّفل إلى أجنبي أو أجنبية، وكان قانون الوالدين أو أحدهما يعطي الطِّفل الجنسية غير أنه يُشترط أن يُعطى هذه الجنسية قبل بلوغه التاسعة عشر من العمر: (وهوسن الرشد في التَّشريع الجزائري)، أما إذا بلغ سن الرشد، فإن ثبوت الجنسية الأجنبية له لا يؤدي إلى سحب الجنسية الجزائرية[١]، حيث نصت المادّة (٧) من قانون الجنسية الجزائري على (...غير أن الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين يعد وكأنه لم يكن جزائرياً، فإذا ثبت خلال قصوره انتسابه إلى أجنبي وكان ينتمي إلى جنسية هذا الأخير وفق قانون جنسية هذا الأخير).

٣: الدين الذي ينتمي إليه مجهول النّسب:

إنَّ الإنسان لا ينفك في ديانته عن المكان والبيئة التي يُولد فيها، لذلك فقد أولى فقهاء الشريعة الإسلامية لمكان إيجاد مجهول النّسب اعتباراً في تقرير ديانته.

---

(١) منادي مليكة وبن زردة عبد العزيز، أحكام الأطفال مجهولي النّسب في القانون الجزائري رسالة ماجستير، الجزائر، جامعة د. الطاهر مولاي، سعيدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٤م/٢٠١٥م، ص٣٠.

وقد تتعدد الأديان في المجتمع الواحد، فيثور السؤال عن الدين الذي ينسب إليه مجهول النّسب.

بدايةً إنَّ المشرّع السُّوري حكم بإسلام اللقيط ما لم يتبين أنه غير مسلم، حيث نصت المادّة (٢) من قانون رعاية اللقطاء على: ((-يعد اللقيط مسلماً ما لم يثبت خلاف ذلك))[١].

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في المعيار الذي يتحدد به دين مجهول النّسب، فكان هناك معياران:

ب- **معيار المكان:** يعتمد هذا المعيار على المكان أو البلد الذي يوجد فيه مجهول النّسب سواء أكان دار إسلام أم لا، حيث ذهب الشافعية والحنابلة إلى الأخذ بهذا المعيار مع تغليبهم للحكم بإسلام مجهول النّسب ، حيث جاء: ((اللقيط حر مسلم في جميع أحكامه، إلا أن يوجد ببلد الكفر، فهو كافر، وقيل: مسلم إن كان فيه مسلم، وإلا فهو كافر))[٢].

كما ورد لدى الشافعية في اعتبارهم لمعيار المكان: ((كما يعد إسلام اللقيط في دار الإسلام بحكم الدار، فيكون مسلماً في الظّاهر، تغليباً لحكم الدار))[٣].

ب- **معيار دين الواجد:** اعتمد هذا المعيار على ديانة من يقوم بإيجاد اللقيط، وهو ما أخذ به الحنفية والمالكية، حيث ميز الحنفية بين كون الملتقط مسلماً أو ذمياً، فقد ورد في البدائع: ((وأما حاله في الإسلام والكفر، فإن

---

(١) وقد تبنى المشروع الجديد نفس الصياغة عندما نصت المادّة ٥/ج من المشروع على: (ويعد مجهول النّسب مسلماً ما لم يثبت خلاف ذلك)

(٢) المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ابن تيمية الحراني، السعودية، مكتبة المعارف، ١٤٠٤هجري، ج١، ص٣٧٣.

(٣) الحاوي في الفقه الشافعي، أبو الحسن الماوردي، دار الكتب العلمية، ج١٤، ص٢٤٦.

وجده مسلم في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم، يكن مسلماً حتى لو مات يُغسَّل ويُصلَّى عليه ويدفن في مقابر المسلمين، وإن وجده ذمي في كنيسة أو في قرية ليس فيها مسلم يكون ذمياً؛ تحكيماً للظاهر، كما إذا وجده مسلم في بيعة أو كنيسة أو في قرية من قرى أهل الذمة يكون ذمياً))[١].

بينما قال المالكية: إذا التقطه مسلم ظاهره، حكم بإسلامه، وقد ورد في نصوص المالكية: (وحكم بإسلامه (أي: اللقيط) إن وجد في قرية من قرى المسلمين، لأنه الأصل والغالب)[٢].

ثانياً: الحقوق المالية لمجهول النّسب:

إن المركز القانوني لمجهول النّسب لا يقتصر على الحقوق المعنوية التي تشكل ملامح هويته، بل إنها تشمل الحقوق المالية التي تمثل الجانب المالي لشخصية مجهول النّسب القانونيّة.

١-الحق في النفقة:

إنَّ القرابة[٣]هي السَّبب في ترتب النفقة، فالطِّفل معلوم النّسب تكون نفقته على والده لقوله تعالى: ((وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف))[١]،

---

(٣) بدائع الصنائع، علاء الدين الكاساني، بيروت، دار الكتاب العربي، طبعة عام ١٩٨٢م، ج٦،ص١٩٨. ١

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج١٦، ص٤٥٨. **http://www.al-islam.com**

(٣) اختلف الفقهاء في حدود القرابة الموجبة للنفقة، فجعلها مالك للأبوين والأولاد الصلبين دون بقية الأصول والفروع، بينما حددها الحنفية في القرابة المحرمية، وقال الشافعي: إنها قرابة الأولاد بين = الأصول والفروع، بينما ذهب أحمد بن حنبل إلى أن القرابة الموجبة للإنفاق هي القرابة التي يكون

ويظل هذا الحق قائماً طالما أنَّ الولد لا مال له وغير قادر على الكسب، هذا في حال وجود الأب، لكن المشكلة تثور في حالة جهالة النّسب، فمن الشَّخص المكلف الذي يقع عليه واجب الإنفاق على هذا الطِّفل؟

ذهب الفقهاء بأن مجهول النّسب (اللقيط) إذا كان له مال خاص به[٢] أو مال عام [٣]، فتكون نفقته من هذا المال، فإن لم يكن له مال، فتكون نفقته على بيت المال، ذلك لأن تركته بعد وفاته في حال عدم وجود وارث له تكون لبيت المال عملاً بقاعدة الغرم بالغنم [٤]، لما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: ((وعلينا نفقته))، وفي رواية ثانية: ((ونفقته على بيت المال))، وهذا ما نهجه القانون السُّوري في المادّة (١٧) من قانون رعاية اللقطاء بأنه: ((لا يطالب اللقيط بإعادة الأموال التي تنفقها الدَّولة على كفالته وتربيته))، وقد صرح القانون السُّوري بأن النفقة هذه على سبيل التبرع لا ترجع الدَّولة بما أنفقته على مجهول النّسب، حتى وإن أصبح له مال لاحقاً، وقد جعل المشروع الجديد لقانون رعاية مجهول النّسب إنفاق الكافل على مجهول النّسب من قُبيل التبرع، حيث إنه منع الأسرة الحاضنة أو ورثة الكافل من مطالبة أي

فيها القريب الموسر وارثاً للقريب المحتاج إن ترك مالاً، محمد أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ص٤٨٥.

(١) سورة البقرة الآية (٢٢٣).

(٢) وهو المال الذي يكون للقيط مما وجد معه أو في ثيابه ونحوه.

(٣) وهو المال الموقوف على اللقطاء ومجهولي النّسب.

(٤) وهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج١٠، ص٥٣٣.

جهة كانت بأي مصاريف أو بدل أتعاب لرعايتها مجهول النّسب خلال مدة الإلحاق لديها[١].

وقد اختلفت المذاهب الفقهية في عد نفقة الكافل على المكفول من قُبيل التبرع، فذهب الحنفية أن نفقة اللقيط تقع على بيت المال، وإذا أنفق عليه الملتقط كان متبرعاً؛ لأنه كان عليه أن يأتي به للإمام الذي يعطيه نفقته، فإذا أنفق عليه يكون متبرعاً في ذلك، وإذا أمره القاضي بالإنفاق عليه على أن يكون ديناً جاز ذلك[٢].

بينما ذهب المالكية إلى أن نفقة اللقيط تكون من ماله إذا كان له مال أو من المال الذي أُوصِي له أو وُهِب إليه، فإذا لم يكن له مال، فنفقته من بيت المال، فإن لم يكن هناك بيت مال أو كان لا مال فيه، فينفق عليه الذي التقطه حتى يستغني، ولا رجوع عليه وإن استأذن الإمام، وقد ذهب رأي لابن الحاجب من المذهب المالكي أنه إذا ثبت له أب وكان قد طرحه عمداً لزمه ما أنفق عليه، إلا أن تكون النفقة عليه على وجه الحسبة، فلا رجوع على الأب، وإذا أشكل الأمر، فالقول قول المنفق[٣].

وقد ذهب الشافعية بأن نفقة اللقيط من ماله الخاص إذا كان له مال، فإن لم يكن، تكن من بيت المال، لما ورد أن عمر رضي الله عنه استشار الصحابة في نفقة اللقيط، فأجمعوا أنها من بيت المال، فإن لم يكن في بيت المال شيء، استدان له القاضي، فإن لم يجد مَن يقرضه، جمع النَّاس وعد نفسه منهم وقسم

---

(١) المادّة ٢٢/هـ من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

(٢) المبسوط للسرخسي، مرجع سابق، ج٦، ص١٤٦.

(٣) منح الجليل، شرح مختصر خليل ج١٧، ص٢٥٠.

نفقة اللقيط على الأثرياء منهم، ولهم الرجوع بما أنفقوا على الواجب بالإنفاق على اللقيط، أو على اللقيط إذا ظهر له مالاً[١].

وذهب الحنابلة إلى أن نفقة اللقيط الذي لم يُوجد معه شيء تكون على بيت المال، ولا يلزم الملتقط بالنفقة، لحديث عمر في حديث أبي جميلة: اذهب فهو حر، ولك ولاؤه، وعلينا نفقته، وفي رواية: من بيت المال، وعند عدم وجود المال في بيت المال يقع على مَن يعلم بحاله الإنفاق عليه، لقول الله تعالى: **{وتعاونوا على البر والتقوى}**؛ ولأنَّ في ترك الإنفاق عليه هلاكه وهذا فرض كفاية إذا قام به قوم سقط عن الباقين، فإن تركه الكل أثموا، وهذا الإنفاق على سبيل التبرع لا رجوع على اللقيط بشيء سواء أكان المنفق الملتقط أم غيره، فإذا كان ينوي الرجوع عليه إذا أيسر، وكان هذا الإنفاق فله الرجوع بشرط أن يكون قد أنفق بأمر من الحاكم، وأن يكون قصداً بالمعروف، فإذا كان إنفاقه بدون إذن الحاكم ونوى الرجوع عليه، فقال الأمام أحمد: إن النفقة تؤخذ من بيت المال، بينما ذهب النخعي وشريح أن له الرجوع عليه إذا أشهد أنه ينوي الرجوع عليه، واشترط عمر بن عبد العزيز أن يحلف أنه كان ينوي الرجوع عليه[٢].

٢: حق مجهول النّسب في الملكية:

تتعدد المصادر المالية لملكية مجهول النّسب، فقد يكون لمجهول النّسب مال لحظة إيجاده، كما في حالة اللقيط، وما يُعثر عليه معه من نقود أو أشياء ذات قيمة، كما أن مجهول النّسب قد يعمل ويتولد عن عمله مال أو يتلقى وصيةً أو هِبةً من أحدهم، فهل له أهلية لتملك هذا المال؟

---

(١) كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، تحقيق علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، دمشق، دار الخير ١٩٩٤،ج١، ص٣٢١.

(٢) المغني، لابن قدامة المقدسي، دار الفكر بيروت الطبعة الأولى، ج٦، ص٤٠٧.

أ: المال الذي يوجد مع مجهول النّسب:

تناول المشرّع السُّوري صورة اللقيط الذي يوجد معه مال، فنصت المادّة (١٦) من قانون رعاية اللقطاء إلى: ((إذا وجد مع اللقيط مال، فهو له)) كما نصت المادّة (١٦) من قانون رعاية اللقطاء بقولها: (**-كل ما يكسبه اللقيط من ثمرة أتعابه أو ما يؤول إليه بطريق الهبة أو الوصية، فهو له).**

وعلى ذلك، فإن كل ما يعود لمجهول النّسب من مال سواء أكان مصدر هذا المال الوصية أم الهبة التي يتلقاها مجهول النّسب من الغير، وإذا كانت مصادر المال المتمثلة في الوصية والهبة وما يملكه مجهول النسب من كسبه لا يثير إشكالاً كون القواعد العامة في القانون تنطبق عليه، إلا أن تملك مجهول النسب لما يوجد معه من مال قد يثير مشكلة، وقد بحث فقهاء الشريعة الإسلامية في تملك اللقيط لهذا المال، فذهبوا إلى أن كل ما يوجد مع اللقيط في ثيابه أو مهده وما قد يكون مربوطاً به، فكل هذه الأمور وأشباهها تكون له[1]،

---

(١) (ولو كان معه مال مشدود عليه، فهو له؛ لأن الظّاهر أنه ماله، فيكون له كثيابه التي عليه، وكذا إذا وجد مشدوداً على دابة، فالدابة له كما قلنا)) بدائع الصنائع علاء الدين الكاساني، دار الكتاب العربي، بيروت، سنة النشر ١٩٩٨، ج٦، ص١٩٩، وورد في المغني: ((فأما إن وُجد مع اللقيط شيء، فهو له، وينفق عليه منه، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرَّأي؛ وذلك لأن الطِّفل يملك، وله يد صحيحة بدليل أنه يرث ويورث، ويصح أن يشتري له وليه ويبيع، ومن له ملك صحيح، فله يد صحيحة كالبالغ إذا ثبت هذا، فكل ما كان متصلاً به أو متعلقاً بمنفعته، فهو تحت يده، ويثبت بذلك ملكاً له في الظّاهر، فمن ذلك ما كان لابساً له، أو مشدوداً في ملبوسه أو في يديه، أو مجعولاً فيه كالسرير والسفط، وما فيه من فرش أو دراهم والثياب التي تحته، والتي عليه، وإن كان مشدوداً على دابة، أو كانت مشدودة في ثيابه، أو كان في خيمة أو في دار، فهي له، وأما المنفصل عنه، فإن كان بعيداً منه فليس في يده، وإن كان قريباً منه كثوب موضوع إلى جانبه، ففيه وجهان: أحدهما: ليس هو له؛ لأنه منفصل عنه، فهو كالبعيد، والثَّاني: هو له، وهو أصح لأن الظّاهر أنه ترك له، فهو له بمنزلة ما هو تحته، ولأن القريب من البالغ يكون في يده، ألا ترى أن الرجل يقعد في السوق ومتاعه بقربه ويحكم بأنه في يده، والحمال إذا جلس لاستراحة ترك حمله قريباً منه، فأما المدفون تحته، فقال ابن عقيل: إن كان الحفر طرياً، فهو له، وإلا فلا؛ لأن الظّاهر أنه إذا كان طرياً فواضع اللقيط حفره، وإذا لم يكن طرياً كان مدفوناً قبل وضعه، وقيل: ليس هو له بحال؛ لأنه بموضع لا يستحقه إذا لم يكن الحفر طرياً، فلم يكن له إذا كان طرياً كالبعيد منه؛ ولأن الظّاهر أنه لو كان له لشده واضعه في ثيابه؛ ليعلم به ولم يتركه في مكان لا يطلع عليه، وكل ما حكمنا بأنه ليس له، فحكمه حكم اللقطة.

وقد فسر الفقهاء بأن المال الذي يُوجد مع اللقيط قد يكون تركه الذي نبذه بقصد الإنفاق عليه[١].

ب: تملك اللقيط للموضع الذي يُوجد فيه:

اختلف الفقهاء في الموضع الذي يُوجد فيه مجهول النّسب كالبيت أو السيارة وغيرها من المواضع التي قد يُترك فيها، فهل هذا الموضع الذي يُوجد فيه يكون ملكاً له؟

فذهب الحنفية إلى أن الموضع لا يملكه اللقيط؛ لأن المال الذي يُوجد بالقرب منه لا يكون له، فكان الأولى ألا يحكم له بتملك الدار التي يوجد فيها، بل حتى المال الذي يكون مدفوناً في الدار الذي يُوجد به لا يكون له، فتجري على هذا المال أحكام اللقطة؛ لأنه لو كان له لربطه واضع اللقيط في ثيابه ليعلم به ولم يتركه في مكان لا يطلع عليه[٢].

بينما ذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه يُحكم له بالخيمة والدار التي ليس فيها غيره، ولا يُعرف لهما مستحق، والمال المدفون فيهما يكون له أيضاً [٣]،

---

(١) مريم الدغستاني، اللقيط في الإسلام، مصر، جامعة الأزهر، ١٩٩٢، ط١، ص٦٩.

(٢) حاشية مراقي الفلاح، الطحاوي، مصر، المطبعة الكبرى الأميرية، ١٣١٨هجري، ص٤٩٩.

(٣) (وما وجد معه) من فراش تحته أو ثياب فوقه أو مال في جيبه (أو تحته ظاهراً أو مدفوناً طرياً أو متصلاً به كحيوان أو غيره) مشدوداً بثيابه (أو) مطروحاً/ قريباً منه ف/ هو (له) عملاً بالظّاهر؛ ولأن له يداً صحيحة كالبالغ) الروض المربع شرح زاد المستقنع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، مكتبة الرياض الحديث طبعة عام ١٣٩٠هجري الرياض ج٢، ص٤٤٥. مغني المحتاج، محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر بيروت، ج٢، ص٤٢٠. (وأن وجد في دار ونحوها ولا يعرف مستحق له غيرها، فهي له، أي: الدار، أما البستان الذي يوجد فيه اللقيط، فلا يحكم له بها)؛ لأنه لا يسكن فيها عادة)).

ولابن عقيل تفصيل في المال الذي يكون مدفوناً تحت اللقيط[١]، فإذا كان الحفر تحته طرياً، فهو للقيط (مجهول النّسب)، وإلا فلا؛ لأنه لو كان طرياً لدلَّ ذلك على أنَّ واضع اللقيط قد حفره لها، فإذا لم يكن طرياً، فذلك دليل على أنَّ المال قد دُفن قبل وضعه.

ب: تركة مجهول النّسب:

إن مجهول النّسب، قد قطع نسبه لجهة الأب والأم، فإن ثبت نسبه لاحقاً لوالديه أو لإحدهما أو كان له وارثاً من زوج أو ولد، فإن الأموال التي قد يتركها تركةً تعود إليهم كونهم هم ورثته، أما إذا بقي مجهول النّسب بلا قرابة وتوفي، فقد ذهب القانون السُّوري في المادّة (١٥) من قانون رعاية اللقطاء: ((تعود أموال اللقيط بعد وفاتهم عن غير وارث إلى الدَّولة))، فساير بذلك المشرّع جمهور الفقهاء الذين يرون أن ميراث اللقيط يؤول إلى بيت المال، ويكون ميراثه للمسلمين، ولا يرثه الملتقط، بينما خالف الإمام أحمد بأن ميراثه يكون للشخص الذي التقطه،[٢] وحجته في ذلك حديث النبي صلى الله عليه وسلم:

---

(١)(فأما المدفون تحته، فقال ابن عقيل: إن كان الحفر طرياً، فهو له، وإلا فلا؛ لأن الظّاهر أنه إذا كان طرياً، فواضع اللقيط حفره، وإذا لم يكن طرياً كان مدفوناً قبل وضعه، وقيل ليس هو له بحال؛ لأنه بموضع لا يستحقه إذا لم يكن الحفر طرياً، فلم يكن له إذا كان طرياً كالبعيد منه؛ ولأن الظّاهر أنه لو كان له لشده واضعه في ثيابه ليعلم به ولم يتركه في مكان لا يطلع عليه، وكل ما حكمنا بأنه ليس له فحكمه حكم اللقط)، المغني، لابن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ج٦، ص٤٠٧.

(٢) وهبه الزُّحيلي، الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج١٠، ص٥٣٣.

((تحوز المرأة ثلاثة مواريث: عتيقها، ولقيطها، وولدها التي لاعنت عليه))[١]، وهذا الحديث يدل على أن المرأة تأخذ إرث مجهول النّسب الذي كفلته[٢].

ويبدو أن الأخذ بهذا الرَّأي قد يساعد في الحث على رعاية مجهول النّسب، ويشجع العائلات والأشخاص لإدخال مجهول النّسب ضمن العائلات، فتكون تلك الأسرة بديلاً عن عائلته الأصلية التي حُرِم رعايتها وحمايتها، وقد اختلفت الأنظمة القانونيّة في تحديد الأُطر لصياغة هذه الرّعاية البديلة وفق نوعين، نتناول بحثهما في الجزء الثَّاني من هذه الدّراسة.

---

(١) رواه الحاكم في مسنده، بيروت، دار الكتب العلمية،١٩٩٠م، ط١، ج٤، ص٣٧٨.

(٢) للتوسع أكثر في هذا الموضوع يراجع، أحكام اللقيط في الإسلام، مريم أحمد الداغستاني، مرجع سابق.

الفصل الثَّاني

النظم البديلة لرعاية مجهول النّسب (التبني والكفالة)

تمهيد:

لا شك في أنَّ الأسرة تشكل الملاذ الآمن الذي يحمي مجهول النّسب من كل مكروه، ويؤمن له النشوء الصالح،

وقد برعت الأنظمة القانونيّة في إبداع صور لإعادة مجهول النّسب ضمن الوضع العائلي ونسبته من جديد إلى عائلة تتولى شؤونه.

وتنقسم التَّشريعات الفقهية في محاولتها لتوفير رعاية عائلية بديلة لمجهول النّسب إلى نظامين:

الأول: يتمثل بنظام التبني.

والنظام الثَّاني: نظام الكفالة أو الإلحاق، حيث أخذ كل مشرع بنظام رأى فيه حلاً لمعالجة وضع جهالة النّسب لديه بأن يكون ملائماً لظروفه ومبادئه.

ولم تقتصر الاختلافات بين النظامين في الآثار التي يرتبها كل منهما، بل امتدت إلى الشروط التي خطَّها كل مشرع في كل نظام من أجل تأمين الضمانات التي تؤمِّن تحقيق المصلحة الفضلى لمجهول النّسب، هذه المصلحة الذي توخَّاها المشرّع السُّوري سواء أكان من خلال النُّصوص التَّشريعية المتوزعة في عدة تشريعات يتولى كل تشريع معالجة جانب من وضعه، أم من خلال سعيه لإعطائه مزيداً من الرّعاية في قانون رعاية اللقطاء، وتطوير هذه الرّعاية من خلال مشروع قانون رعاية مجهول النّسب، لذلك سنعالج في هذا

الفصل الأنظمة القانونيّة للرعاية البديلة لمجهول النّسب، ونخصص فيها **المبحث الأول** لدراسة التبني وموقف القانون السُّوري منه، بينما ينفرد **المبحث الثَّاني** لدراسة نظام الكفالة كبديل لنظام التبني الذي اعتمد من قِبل الدول الإسلامية.

المبحث الأول: التبني في التشريع السُّوري:

يعد التبني أحد أبرز الأنظمة للرعاية البديلة التي تتوافر لمجهول النّسب، وبالرغم من اختلاف التَّشريعات القانونيّة في إباحته أو منعه، فإنه يتمتع بخصائص جعلت منه مؤسسة قانونية متكاملة أخذت به مجتمعات محددة كحل لمسألة جهالة النّسب، لذا فإننا سوف نتناول دراسة هذه المؤسسة القانونيّة وما يميزها عن باقي المؤسّسات، ونتطرق لموقف القانون السُّوري منها.

أولاً: تعريف التبني:

ثانياً: تمييز التبني عن غيره من الأنظمة المشابهة له:

أولاً: تعريف التبني:

١-التبني في اللغة:

التبني: من بني جمع ابن مضافاً إلى النَّفس، ويقال: تبنيته، أي: ادَّعيت بنوته، وتبناه: اتخذه ابناً، وفي حديث أبي حذيفة: إنه تَبنَّى سالماً، أي: اتخذه ابناً[١].

٢-التبني في الاصطلاح:

ذكر الطبري في تفسيره بأن التبني هو إذا ادَّعى رجل رجلاً وليس بابنه[٢].

وعرفه الدكتور عبد الرحمن الصابوني: هو أن يدَّعي شخص بنوَّة ولدٍ معروف النّسب من شخص محدد أو مجهول النّسب[٣].

---

(١) ، لسان العرب، مرجع سابق، ج١٤، ص٩١.

(٢) تفسير الطبري، ضبط وتعليق شاكر محمود، بيروت، مؤسسة الرّسالة، ٢٠٠٠م، ط١، ج٢١، ص١٣٧.

(٣) عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشَّخصية، ج٢(الطَّلاق وآثاره) ط ٨، منشورات جامعة دمشق،٢٠٠٠م/٢٠٠١م، ص١٩٢.

بينما عرَّفه الدكتور توفيق حسن فرج: بأنه تصرف قانوني يُنشِئ بين شخصين علاقة أبوة وبنوة صورية ومدنية بحتة[١].

وعرفه الدكتور عبد العزيز سعد: "تزييف النّسب (التبني) هو ادعاء بنوة طفل معلوم النّسب عن طريق تجريده من نسبة أبيه وإعطائه نسب شخص آخر"[٢].

وعرفته الموسوعة الفقهية الكويتية: بأنه اتخاذ الشَّخص ولد غيره ابناً له، وكان الرجل في الجاهلية يتبنى الرجل، فيجعله كالابن المولود له، ويدعوه إليه النَّاس، ويرث ميراث الأولاد.

وشاع في استعمال العرب لفظ (ادعاء) على التبني، (ادعى فلان فلانا)، ومنه (الدعي) وهو المتبنى، قال الله تعالى: **{وما جعل أدعياءكم أبناءكم}**[٣].

---

(١) توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشَّخصية لغير المسلمين، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ١٩٨٠م، ص٦٩٧.

(٢) خليفة جاب الله، التبني في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، نقلاً عن عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على الأسرة، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، جامعة محمد خيضر بسكرة، ٢٠١٤م/٢٠١٥م، ص٦.

(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، دار السلاسل، (١٤٠٤-١٤٢٧)هجري، ط٢، ج١٠، ص١٢٠.

ورد تعريف التبني في قوانين الأحوال الشَّخصية للطوائف في سورية[١]، أما في قانون الأحوال الشَّخصية وهو القانون العام المطبق في سورية، فلم يرد على ذكر التبني.

وقد عُرِّف التبني منذ القدم، فقد عرَّفه العرب في الجاهلية، فكان العربي يتبنى الرجل منهم ولد غيره، فيقول له: أنت ابني، أرثك، وترثني، فيصبح ولده، وتجري عليه أحكام البنوَّة كلها من: الإرث، والنكاح، والطَّلاق، ومحرمات المصاهرة، وجميع ما يتعلق بأمور الابن الصلبي[٢].

كما أنَّ النبي صلى الله عليه وسلم كان قد تبنى زيد بن حارثة بعد أن أهدته إياه زوجته خديجة بنت خويلد، فتبناه، حتى أنه كان يسمى زيد بن محمد، ولما نزل قوله تعالى: ((**وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم**)). وروى الأئمة أن ابن

---

(١) حيث عرفته المادّة (٦٦) من قانون الأحوال الشَّخصية للطوائف الكاثوليكية في سورية بأنه: (التبني عقد قضائي احتفالي يُنشئ بين شخصين روابطَ مدنية لأبوةٍ وبنوّةٍ شرعيّتين).

– وعرفته المادّة (٢٢٥) من قانون الحق العائلي لطائفة الروم الأرثوذكس بأنه: (التبني عمل شرعي ثمرته أنَّ شخصاً راشداً أو قاصراً تحت ولاية غيره يصبح به بوساطة الرئاسة الروحية وبصلوات الكنيسة بمثابة الابن لزوجين شرعيين أو أحدهما).

– وعرَّفته المادّة (١٣٧) من قانون الأحوال الشَّخصية للطائفة الأرمنية الأرثوذكسية بأنه: (التبني عقد معقود لدى محكمة يُنشِئ بين المتبني والمتبنى علاقات الأب والأم والولد).

– وعرَّفته المادّة (٧٢) من قانون الأحوال الشَّخصية للمحاكم المذهبية الإنجيلية في سورية ولبنان بأنه: (التبني عقد بين إنسان وآخر تصبح بموجبه نسبة أحدهما نسبة الولد إلى والده أو والدته، وهو لا يجري سوى باتفاق عاقلين مسيحيين، وبتمام حريتيهما، وبموافقة ولي القاصر منهما أو وصيه، أو المحجور عليه وبقرار من المحكمة).

(٢) محمد علي الصابوني، تفسير آيات الأحكام، ط١، دار البيان العربي، ج٢، ص٢٦٨.

عمر قال: ((ما كنا ندعو زيد بن حارثة إلا زيد بن محمد، حتى نزلت: ((**ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله**))[١]، وبذلك تم تحريم التبني بعد أن كان مباحاً[٢].

قد يختلط التبني بغيره من الأنظمة التي تخصُّ الأطفال أو مجهولي النّسب، فكان من المفيد إبراز أهم ميزاته التي تجعله نظاماً مستقلاً.

ثانياً: تمييز التبني عن الأنظمة المشابهة له:

١-تمييز التبني عن الإقرار:

قد يتبادر إلى الذهن أنَّ الإقرار هو نفسه التبني كونه يؤدي إلى إعطاء الطِّفل المركز القانوني للابن الصلبي، إلا أن كل منهما يختلف عن الآخر بعدة أمور، منها:

- أنَّ التبني هو أن يدَّعي شخص بنوة ولد معلوم النّسب أو مجهول النّسب مع علمه أنه ليس ابنه حقيقة[٣]، وهذا محرم وممنوع في الشريعة الإسلامية والقوانين التي تستمد أحكامها منها، وهو بذلك يختلف عن الإقرار بالنّسب الذي يكون بأن يقر أحدهم صراحة أو ضمناً بأن شخصاً ما ابن له بنسب صحيح، قد حال مانع أو ظرف دون تثبيت هذا النّسب كما لو تقاعس أحدهم عن تسجيل زواجه، وقد نتج عن هذا الزّواج أولاد، وكذلك لو أنكر الأب نسب ابنه

---

(١) سورة الأحزاب: ٤، ٥.

(٢) وهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي، مرجع سابق ج١٠، ص٢.

(٣) إيناس عباس إبراهيم، رعاية الطفولة في الشريعة الإسلامية، الكويت، دار البحوث العلمية للنشر والتوزيع، ١٩٨٥م، ص١٩٥.

منه، ثم عاد وأقر بأن عقداً شرعياً كان يربطه بوالده، هذا الولد الذي نتج عن هذا الزّواج[١].

– إن الإقرار بالنّسب له شروط محددة نصَّ عليها الشارع الإسلامي والقانون السُّوري، وهي مصادقة الواقع بأن يولد للمقر ولد في مثل المقر له، وأن يكون الإقرار لمجهول نسب، وإلا يكون في الإقرار فيه حمل النّسب على الغير، وأن يصادق المقر له على هذا الإقرار[٢].

حيث يعد الإقرار بالنّسب أحد الأسباب التي يثبت بها النّسب الشَّرعي في الفقه الإسلامي والقوانين المستمدة منه إلى جانب قرينة الفراش والبينة[٣]، وتثبت به جميع الحقوق للطفل المقر له من: نفقة، وإرث، وحرمة المصاهرة[٤].

– أما التبني، فهو استلحاق شخص معروف النّسب أو مجهول النّسب، والتصريح بأنه ولده، وتنزيله منزله الولد الصلبي في الإرث، والنّسبة وباقي الحقوق التي تثبت للولد الصلبي.

– إن الإقرار كاشف للنسب، أما التبني، فهو منشأ له، فالإقرار هو طريق من طرق إثبات النّسب في حال توافرت شروطه، حيث تثبت للمقر له جميع حقوق البنوة، بينما التبني هو تصرف قانوني صوري منشأ للنسب.

---

(١) عبد الرحمن الصابوني، مرجع سابق، ج٢، ص١٩٣.

(٢) راجع الصفحة (١٦).

(٣) قاسم، يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربيّة للنشر ط١، ص٣٧٨.

(٤) محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، بيروت الدار الجامعية، ١٩٨٣، ط٤، ص٧٢٣.

– إنَّ البنوة الثابتة بالتبني تثبت بحكم القانون، فهي تثبت للطفل معلوم النّسب أو مجهوله على عكس البنوة التي تثبت بالإقرار، فلا تتحقق إلا إذا لم يكن للولد أب معروف[١].

– لم يحدد القانون والشريعة شكلاً محدداً للإقرار، فالإقرار بالنّسب ممكن أن يكون صريحاً أو ضمنياً ،كما أنه يمكن أن يكون داخل مجلس القضاء أو خارجه وفق القواعد العامة، على عكس التبني الذي يغلب عليه الطابع الشكلي الذي يجري، أما القضاء وفق شروط وإجراءات محددة وفق ما سيأتي لاحقاً.

– يتميز الإقرار بالأثر الرجعي، فالولد يثبت نسبه من المقر له من تاريخ ولادته[٢]، على عكس التبني الذي يثبت به النّسب من تاريخ مصادقة القضاء على عقد التبني، فيما سنرى لاحقاً.

٢ – تمييز التبني عن الحضانة:

تعد الحضانة إحدى الولايات الثلاث التي تثبت على الطِّفل منذ ولادته، وتسمى بولاية التَّربية ويراد بها تربية الولد في مدة لا يستغني فيها عن النساء ممن لها الحق في تربيته شرعاً[٣]، وقد عرفها الدكتور عبد الرحمن الصابوني: بأنها الالتزام بتربية الطِّفل ورعايته في سن محددة ممن له حق في ذلك شرعاً[٤].

---

(١) وهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي، ج١٠، مرجع سابق، ص٦٩٥.

(٢) أنيس سكمة، إثبات النّسب بين مدونة الأحوال الشَّخصية والقانون ١٩٩٨م، رسالة تخرج من المعهد العالي للقضاء تونس، وزارة العدل التونسية عام ٢٠٠٠م/٢٠٠١م، ص١٠٤.

(٣) يرى الإمام محمد أبو زهرة أنَّ الطِّفل منذ ولادته تثبت عليه ثلاث ولايات: الولاية الأولى: ولاية التَّربية، والولاية الثَّانية: الولاية على النفس، والولاية الثالثة: هي الولاية على المال، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ص٤٧٤.

(٤) عبد الرحمن الصابوني، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ج٢، ص٢١٦.

بينما يعد التبني عقداً يُنشئ بين شخصين علاقات صورية ومدنية محضة لأبوة وبنوة مفترضة[١]، فيُنشئ علاقة قرابة صورية مختلفة كلياً عن نظام الحضانة سواء أكان من حيث شروطه أم من حيث آثاره، **وتظهر أهم الفوارق في النقاط الآتية:**

- إن الحضانة لا تؤثر في النّسب، ولا تؤثر في أحكامه، فيبقى الولد على نسب والديه، على خلاف التبني، حيث يعد من أهم سماته هو نسبة الطِّفل المتبنى إلى العائلة المتبينة[٢].
- فالحضانة ليس لها تأثير في النّسب، ولا يترتب عليها أي أثر من: إرث، أو نفقة، أو حرمة مصاهرة، كما هو الحال في نظام التبني الذي يرتب آثاراً مباشرة عليها من: النّسب، والإرث، وموانع الزّواج وفق ما سنراه لاحقاً[٣].
- يُشترط في المرأة الحاضن ألا تكون متزوجة من أجنبي عن الطِّفل المتبنى، وإلا سقطت حضانتها إلا إذا قدرت المحكمة غير ذلك، وعلى ذلك نصت المادّة (١٣٧) من قانون الأحوال الشَّخصية في فقرتها الثَّانية على: ((يشترط في المرأة الحاضن زيادة على الشروط الواردة في الفقرة /١/ من هذه المادّة أن تكون خالية من زوج أجنبي عن المحضون، إلا إذا قدرت المحكمة خلاف ذلك لمصلحة المحضون))، وبالملاحظة، فإن أحكام التبني

---

(١) عبد الرحمن، الأحوال الشَّخصية، المرجع السَّابق، ص١٩٤.

(٢) خليفة جاب الله، مرجع سابق، ص١٢.

(٣) بيدويري كريمة، مذكرة تخرج حول موضوع الكفالة والتبني، دراسة مقارنة بين قانون الأسرة الجزائري ومجلة الأحوال التونسية، نقلاً عن حميدو زكية، مصلحة المحضون في القانون المغاربية، الجزائر، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٣م/٢٠١٤م، ص٣٩.

كونه يقيم علاقة أبوة وبنوة صورية، فإن المتبني غالباً ما يكون أجنبياً عن الطِّفل المتبنى.

- يُشترط في نظام الحضانة أن يكون الرجل الحاضن ذا رحم محرم عن الأنثى المحضون، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادّة (١٣٧) من قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري بقولها: ((يشترط في الرجل الحاضن...ب أن يكون ذا رحم محرم للمحضون إن كان أنثى)، بينما التبني لا يقيم وزناً للقرابة المحرمية بين المتبني والطِّفل المتبنى، كونهم لا تربطهم علاقة قرابة حقيقية في غالب الأحيان.
- إنَّ طلب الحضانة يكون عادة عن طريق طلب يقدم إلى المحكمة التي تتولى البت فيه في قضاء الولاية، وتقوم المحكمة بتسليم المحضون لصاحب الحق في الحضانة عن طريق دائرة التنفيذ، وبذلك نصت المادّة (١٤٦) من قانون الأحوال الشَّخصية: ((على الحاضن أن يطلب من القاضي تسليمه المحضون، وعلى القاضي أن يقرر هذا التسليم دون قضاء خصومة بعد التأكد من أحقيته في الحضانة، ويقرر أيضاً للصغير نفقة مؤقتة على مَن يراه مُكلفاً بها، ويجري تنفيذ قرار القاضي من قِبل دائرة التنفيذ لمختصة، ولمن يعارض في التسليم أو في النفقة وجوباً أو مقداراً أن يتقدم إلى المحكمة المختصة بالادعاء بالتظلم من هذا القرار، وتخضع الدعوى لإجراءات وطرق الطعن في الأحكام الشَّرعية، ولا يؤثر رفع هذه الدعوى في تنفيذ القرار المذكور إلا حين صدور حكم مبرم)).

بينما ينظم طلب التبني عادةً عن طريق عقد يجريه المتبني مع عائلة الطِّفل المتبنى إذا كان المتبنى معلوم النّسب، أو مع مَن يتولى الإشراف على الطِّفل المتبنى إذا كان مجهول النّسب وفق ما سنتطرق إليه لا حقاً.

- إن نفقة الطِّفل المحضون وأجرة الحضانة تكون على المكلف شرعاً بالإنفاق عليه، ويجري تقدير هذه النفقة بحسب حال المكلف بها، أما إذا كانت الزَّوجية ما تزال قائمة أو كانت الزَّوجة في عدة الطَّلاق، فإن الزَّوجة لا تستحق أجرة، وهذا ما قننه المشرّع السُّوري في المادّة (١٤٦) السالفة الذكر والمادتين (١٤٢) و (١٤٣) حيث تنصان على المادّة (١٤٢): (أُجرة الحضانة على المكلف بنفقة الصغير، وتقدر بحسب حال المكلف بها).

المادّة (١٤٣): (لا تستحق الأم أُجرة للحضانة في حال قيام الزَّوجية أو في عدة الطَّلاق).

أما نفقة الطِّفل المتبنى، فتكون على العائلة المتبنية في كل الأحوال.

وبذلك بعد كل هذه الفروق نجد أنَّ الحضانة كونها إحدى الولايات الثلاث التي تثبت على الطِّفل تعتمد في استحقاقها للحاضن على القرابة الشَّرعية بين الطِّفل المحضون والحاضن، فهي تخالف كلياً عن القرابة الصورية التي يفرضها التبني، والذي لا يجيزه القانون في سورية في قاعدة تطبق على جميع السوريين بكل طوائفهم، إلا أن شموليه هذه القاعدة قد يرد عليها بعض التساؤل، لذلك سوف نبين هذه القاعدة وشموليتها، وما هي حجج المعارضين لنظام التبني، وفق ما يلي:

ثانياً: منع التبني في القانون السُّوري:

١: القاعدة القانونيّة المانعة للتبني في القانون السُّوري:

ا: تأصيل القاعدة القانونيّة:

ب شمولية القاعدة في منع التبني لجميع السُّوريين:

٢: حجج المعارضين للتبني:

١: القاعدة القانونيّة المانعة للتبني في القانوني السُّوري:

لما كانت القاعدة القانونيّة لا تقتصر على نصوص التَّشريع، وإنما تشمل كذلك: قواعد الشريعة الإسلامية، ومبادئ القانون الطبيعي، وقواعد العدالة، والعرف، التي تعرف بالمصادر الرئيسة للقانون السُّوري، حيث إن النص التَّشريعي لم ينص على حكم التبني كان علينا الرجوع إلى المصدر القانوني الثَّاني المتمثل بالشريعة الإسلامية.

أ: تأصيل القاعدة القانونية:

لم ينص المشرّع في القانون السُّوري صراحة على منع التبني، وإنما تحدَّث عن النّسب وأسبابه في قانون الأحوال الشَّخصية، فنصت المادّة (١٢٨): (يثبت النّسب بالزّواج أو الإقرار أو البينة)، فحدد بذلك طرق نسبة الشَّخص، ولم يرد على ذكر التبني على أنه أحد هذه المصادر، لذا كان لابد لنا في هذه الحالة من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية كونها المصدر التَّشريعي الثَّاني بعد التَّشريع؛ عملاً بما تنص عليه المادّة ٢/١ من القانون المدني التي تنص على:

((٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حَكَمَ القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم تُوجد، فبمقتضى العُرف، وإذا لم يُوجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.))

بالعودة إلى الشريعة الإسلامية نجد أنها حرمت نظام التبني بشكل مطلق، بنصوص وردت في القرآن الكريم والسنة النبوية، أما الدليل الوارد في القران الكريم، فهو قوله تعالى: **(مَّا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِّن قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءكُمْ أَبْنَاءكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ{٤} ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُوراً رَّحِيماً)**[١].

وقوله تعالى: **(مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِنْ رِجَالِكُمْ وَلَكِنْ رَسُولَ اللَّهِ وَخَاتَمَ النَّبِيِّينَ وَكَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا)**[٢].

ودليل التحريم في السنة النبوية ما ورد عن سعد بن أبي وقاص وأبي بكرة، فقال كلاهما: سمعته أذناي، ووعاه قلبي، ومحمد صلى الله عليه وسلم يقول: **((من ادّعى إلى غير أبيه –وهو يعلم أنه غير أبيه –فالجنة عليه حرام))**، وقول النبي صلى الله عليه وسلم: **((مَن انتسب إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه، فعليه لعنة الله والملائكة والنَّاس أجمعين))**[٣].

---

(١) سورة الأحزاب، الآية ٤.٥.

(٢) سورة الأحزاب، الآية ٤٠.

(٣) سنن ابن ماجه، القزويني، بيروت، دار الفكر ، ج٢، ص٨٧٠.

وقد ذهبت المادّة (٣٥٤) من كتاب الأحكام الشَّرعية في الأحوال الشَّخصية التي نصت على: ((الدعي ليس ابناً حقيقياً، فمن تبنى ولداً معروف النّسب، فلا تلزمه نفقته ولا حضانته، ولا تحرم عليه مطلقته، ويتصاهران ولا يتوارثان).

لذلك نجد أنَّ القانون السُّوري لا يعترف في التبني بشكل مطلق، وكان من الأفضل لو صرح المشرّع بهذا الموقف ولم يكتفِ بالإحالة إلى الشريعة الإسلامية، وذلك زيادة بالوضوح التَّشريعي، كما فعل المشرّع الجزائري الذي نص على منع التبني صراحة بنص المادّة (١٤٩) من مدونة الأسرة في فقرتها الأولى على:

(يعد التبني باطلاً ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشَّرعية).

ب – شمولية القاعدة في منع التبني لجميع السُّوريين:

يعد قانون الأحوال الشَّخصية هو القانون العام لجميع السُّوريين، حيث تطبق أحكامه على جميع السُّوريين بجميع طوائفهم، ولا يختص بالمسلمين منهم؛ وذلك سنداً لأحكام المادّة (٣٠٦) من قانون الأحوال الشَّخصية التي تنص على: ((تطبق أحكام هذا القانون على جميع السُّوريين سوى ما تستثنيه المادتان التاليتان))، أما المادتان التاليتان لهذه المادّة[١] (٣٠٧) فهما تتعلقان

---

(١) **المادّة** (٣٠٧) لا يعد بالنّسبة للطائفة الدرزية ما يخالف الأحكام الآتية:

أ . يتثبت القاضي من أهلية العاقدين وصحة الزّواج قبل العقد.

ب . لا يجوز تعدد الزَّوجات.

جـ . لا تسري أحكام اللعان والرضاع على أفراد الطائفة.

د ـ إذا تزوج شخص بنتاً على أنها بكر، ثم ظهر أنها ثيب، فإن كان عالماً بذلك قبل دخوله بها، فليس له حق المطالبة بشيء من المهر أو الجهاز، وإن لم يعلم ذلك إلا بعد الدّخول بها، فله =

باستثناء الطائفة الدرزية من تطبيق قانون الأحوال الشَّخصية فيما يتعلق بـ: أهلية المتعاقدين، وصحة عقد الزّواج، وتعدد الزَّوجات، وأحكام اللعان والرضاع، وبقية الأحكام المتعلقة بالزّواج، والطَّلاق، والوصية لغير الوارث، والتركة، كما نصت المادّة (٣٠٨)[١] على تطبيق الأحكام المتعلقة بالطائفة اليهودية والطوائف المسيحية بالأمور المتعلقة بـ: الخطبة، والزّواج، وانحلاله، ونفقة الصغير، والحضانة....، ولم يرد في هاتين المادتين على استثناء هذه الطوائف من أحكام النّسب، فيكون بالتالي قانون الأحوال الشَّخصية هو القانون العام الذي يسري على السُّوريين كافة بجميع طوائفهم، وتثور في هذا المجال إشكاليتان:

الإشكالية الأولى: هي أنَّ القانون السُّوري قد منع التبني بالإحالة على المنع الوارد في الشريعة الإسلامية، حيث يطبق على جميع السُّوريين، لكن

= استرجاع نصف المهر، إذا أراد إبقاءها في عصمته، وله استرجاع كامل المهر والجهاز إن ثبت أن فض البكارة كان بسبب الزنا، وأراد تطليقها.

إذا ادعى الزَّوج كذباً أنه وجد زوجته ثيباً وطلبت التفريق منه كان لها أن تستبقي ما قبضته من مهر وجهاز.

هـ. إذا حكم على الزَّوجة بالزنا، فللزوج تطليقها واسترجاع ما دفعه من مهر وما بقي من جهاز.

إذا حكم الزَّوج بالزنا، فللزوجة طلب التفريق وأخذ كامل مهرها المؤجل.

و. لا يقع الطَّلاق إلا بحكم القاضي وبتقرير منه.

ز. لا تجوز عودة المطلقة إلى عصمة مطلقها.

ح. تنفذ الوصية للوارث ولغيره بالثلث وبأكثر منه.

ط. إن الفرع المتوفى قبل وفاة مورثه تقوم فروعه مقامه، ويأخذ نصيبه كما لو كان حياً.

(١) نصت المادّة (٣٠٨) من قانون الأحوال الشَّخصية على: (يُطبق بالنّسبة إلى الطوائف المسيحية واليهودية ما لدى كل طائفة من أحكام تشريعية دينية تتعلق في: الخطبة، وشروط الزّواج، وعقده، والمتابعة، والنفقة الزَّوجية، ونفقة الصغير، وبطلان الزّواج، وحله، وانفكاك رباطه، وفي البائنة (الدوطة) والحضانة)).

هناك نصوصاً متفرقة في بعض التَّشريعات الخاصة بالطوائف التي تنص على أحكام للتبني[١]، وإنَّ وجود هذه النُّصوص قد خلق نوعاً من الاضطراب في الدلالات التَّشريعية استدعت تدخُّل المشرّع بإصدار المرسوم (٢٧٦) في العام[٢] ٢٠١٠م، حيث ألغى جميع الأحكام المخالفة لقانون الأحوال الشَّخصية، ولا سيما أحكام التبني الواردة في الكاثوليك، وقانون طائفة الروم الأرثوذكس، وقانون طائفة السريان الأرثوذكس[٣].

---

(١) وردت أحكام للتبني في قانون الحق العائلي لطائفة الروم الأرثوذكس وقانون الأحوال الشَّخصية للطوائف الكاثوليكية والأحوال الشَّخصية للأرمن الأرثوذكس والأحوال الشَّخصية للسريان الأرثوذكس وقانون الأحوال الشَّخصية للمحاكم الإنجيلي)

(٢) نصت المادّة الثَّانية من المرسوم (٢٧٦) في العام٢٠١٠م على: (تلغى كل النُّصوص المخالفة في قانون طائفة الروم الكاثوليك رقم (٣١) في العام ٢٠٠٦م، وقانون طائفة الروم الأرثوذكس رقم (٢٣) في العام ٢٠٠٤م وقانون طائفة السريان الأرثوذكس رقم (١٠) في العام ٢٠٠٤م)

(٣) في مقاربة لذلك نص جانب من الفقه في مصر على: ((أن لا يقوم التبني إلا إذا أقره القانون، والقانون المصري –بأحكام الشريعة الإسلامية لا يعترف بالتبني)، ومن ثم تنظيم الشرائع الدينية للتبني و عدَّه مانعاً من موانع الزّواج لا يعتد به؛ لأن قواعد القانون المدني تطبق بالنّسبة للجميع، وهي لا تعترف بالتبني كنوع من أنواع القرابة[٣]، ويعد مانعاً من موانع التبني الزّواج عند طوائف الأقباط والأرمن والروم الأرثوذكس)) محمد حسين منصور، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، مرجع سابق، ص١٥٠/١٥١ نقلاً عن سمير تناغو أحكام الأسرة للمصريين غير المسلمين ١٩٦٨م، ص٢٢.

إنَّ تطبيق الشريعة الإسلامية في هذا المجال على غير المسلمين لا يطبق؛ لأنهم بهذه الصفة إنما لكونهم مصريين يخضعون للقانون المصري الذي يطبق على كل المواطنين، ويكون هذا الأمر في حالتين: الأولى: كمصدر مادي أو تاريخي اشتقت منه القاعدة القانونيّة الرسمي أو المباشر هو التَّشريع لا الشريعة الإسلامية، وقد تم هذا في مجالات كثيرة في مسائل الأحوال العينية كبعض أحكام الشفعة ومضار الجوار غير المألوفة، وكذلك في مسائل الأحوال الشَّخصية، حيث تم توحيد الكثير من المسائل وصيانتها في صورة تشريعات عامة تطبق على سائر المصريين ...،هذا فضلاً عن النص الدستوري القاضي بِعَدِّها المصدر الرئيس للتشريع، الثَّانية: تطبيق الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي على المصريين كافة بصرف النظر عن دياناتهم، فهي مصدر تكميلي يلجأ إليه القاضي إذا لم يجد حلاً للنزاع المعروض عليه في التَّشريع أو العرف...)) محمد حسين منصور، مرجع سابق،ص٤٧.

وقد أكدت محكمة النقض على عدم الاعتراف بالنّسب الناتج عن زواج باطل بقولها:

(لما كان الإقرار بالبنوة الذي يثبت به النّسب من المقر، إنما يكون لمجهول النّسب عملاً بالمادّة (١٣٤) أحوال، وكان المطعون عليه قد أقرَّ بأن الولد قد جاء من زواج يعترف بأنه غير صحيح في شرع المتقاضين الذي يحرم الزّواج بأكثر من واحدة، وكان المرء مؤاخذاً بإقراره، وكان الحكم بالنّسب متوقفاً على الزّواج، ويرجع في أمور زواج المسيحيين إلى ما لدى كل طائفة من أحكام دينية، وكان الزّواج الثَّاني باطلاً على ما يُستفاد من أحكام المادّة (٤١) من كتاب الحق العائلي كان الحكم بثبوت البنوة رغم بطلان الزّواج في غير محله القانوني ويستوجب النقض)[١].

الإشكالية الثَّانية: الاعتراض على تطبيق الشريعة الإسلامية بتحريمها للتبني على غير المسلمين، في الواقع إن تطبيق الشريعة الإسلامية في هذا المجال إنما يطبق على جميع السُّوريين بصفتهم سوريين خاضعين للقانون الوطني و ليس بصفة الانتماء لدين محدد، فالقاعدة القانونيّة تطبق على كل السُّوريين سواء أكان مصدر هذه القاعدة التَّشريع أم الشريعة الإسلامية أم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، فتطبيق الشريعة الإسلامية بشكل على جميع السُّوريين المسلمين وغير المسلمين منهم كونها مصدراً مادياً للتشريع اشتقت منها القاعدة القانونيّة، حيث نصت المادّة الثالثة من دستور الجمهورية العربيّة السُّورية في العام ٢٠١٢م على أن (الفقه الإسلامي مصدر رئيس

---

(١) عبد الرحمن الصابوني، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ص١٩٨نقلاً عن مجموعة القواعد القانونيّة التي أقرتها محكمة النقض السُّورية، ص ١٩٧.

للتشريع)، وقد تم ذلك في مجالات عديدة، مثل: أحكام تصرفات مريض الموت،، وأضرار الجوار غير المألوفة وغيرها، كما تعد الشريعة الإسلامية مصدراً احتياطياً يلجأ القاضي للحكم به عند عدم النص في التَّشريع، حيث أشار القانون المدني في المادّة ٢/١ إلى: ((٢. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى العرف، وإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة)).

٢: حجج المعارضين للتبني:

١- التبني كذب لا حقيقة له، فهو لا يجعل الطِّفل الغريب ولداً شرعياً ، فهو كذب وافتراء، فلا قرابة تربط بين الطرفين لا تشدهما مودة، فلا يعدو أن يكون لفظاً وليس بحقيقة تُنشئ حنان الأم، وعطف الأب، واحترام الأبوين[١].

٢- إن التبني يستخدم في كثير من الأوقات وسيلة للكيد والإضرار بالأقارب، فيعمد الرجل إلى تبني طفل حتى يرث ماله، ويحرم بذلك إخوته أو غيرهم أصحاب الحق في الميراث، فكان لابد من منعه وتحريمه حتى لا يتخذ ذريعة إلى: إفساد الأسرة، وإثارة الأحقاد والضغائن، وحرمان ذوي الحقوق من الوصول إلى حقوقهم؛ بسبب هذا النّسب الزائف القائم على الكذب والتزوير[٢].

---

(١) الصابوني، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ج٢، ص١٩٣، أيضاً، إيناس إبراهيم، مرجع سابق، ص١٩٦.

(٢) إيناس إبراهيم، رعاية الطفولة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص١٩٦، أيضاً، فتاوى قطاع الإفتاء بالكويت، ج٧، ص١٦٧.

٣- يكون التبني وسيلة لهدم الأسرة؛ لأنه يقوم على: الغش، والخديعة، وتزييف الحقائق؛ من أجل إشباع حاجة وملء غريزة دون أن يكون الدافع إليه الشفقة أو تكوين أسرة[١].

٤- التبني لا يكون في كثير من الأحيان بقصد رعاية الأولاد، بل كثيراً ما نرى أن البعض قد أقدم على التبني؛ وذلك بقصد ضمان الرّعاية عن المرض، وحتى بقصد الخدمة ،كما أن هناك حالات لا يكون فيها التبني بدافع الهوس دون أن يكون هناك أي تفكير في المسؤوليات أو التبعات التي تفتضيها الأبوة أو الأمومة[٢]، وإن توهم الجانب الإنساني في نظام التبني لا أساس له؛ لأن الإنسانية تتجلى في تقديم المعونة دون انتظار المقابل، أما التبني، فهو محاولة الإشباع غريزة وحاجة، ولا يكون ناتج عن عطف وحنان، وليس أدل على ذلك من أولئك الذين رُزقوا بأطفال شرعيين، بعد أن تبنوا طفلاً، فإذا بهم يهجرونه، فكان الأمر أشبه بالإعارة[٣].

٥-إنَّ التبني إذا كان لمعلوم النّسب، فهو نوع من البيع والشراء يتم بين المتبني وأهل المتبنى الفقراء غير القادرين على إعالة أطفالهم، فيتم اللجوء إلى التهرب من مسؤولياتهم عن طريق التبني، أما إذا كان التبني لمجهول النّسب، فهو وثيق لصلة بالزنا، بل هو تشجيع له، حيث يدرك الزاني أنَّ ما تثمر جريمته عنه بالزنا من أطفال سوف يتلقى الرّعاية من المجتمع عن طريق التبني، مما يخفف التفكير لديه بالعواقب التي تنشأ عن جريمته، أما لو تصور الزاني المستقبل المظلم لثمرة جريمته، فقد يعدل عن ارتكابها[٤].

---

(١) الصابوني، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ج٢، ص١٩٣.

(٢) أحمد أحمد، مرجع سابق، ص٣٩٠.

(٣) الصابوني، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ج٢، ص١٩٤.

(٤) الصابوني، المرجع سابق، ص ١٩٥.

بل إن الدول التي تقر هذا النظام نجد فيها أن نظام التبني يشجع على استمرار نظام المخادنة، حيث يتخذ المخادنون بالتبني ذريعة لإظهار المخادنة بمظهر الزّواج الشَّرعي، مع أن الوسيلة الأفضل هو تحويل المخادنة إلى زواج شرعي وشرعية الأولاد بناء على ذلك[١].

٦- إنَّ الشريعة الإسلامية بتحريمها الزنا بشكل قطعي، فهي لا تعترف بآثاره، بحيث لا تسمح برجل وامرأة بنسيبة طفلهما من الزنا لهما، ولا تسمح من باب أولى أن يُنسب هذا الطِّفل إلى غيرهما بالتبني[٢].

٧- إنَّ معظم الأطفال الذين تم تبنيهم ليسوا مجهولي نسب، وإنما هم منبوذون، أي أن أمهاتهم أحياء، وأنهن قد نبذن أطفالهن بلا شك، وقد حثها على ذلك التبني، إلى الدرجة التي أصبح فيها هناك سوق سوداء، وحتى أنَّ الحامل تُساوم على بيع ما في بطنها قبل أن تلده أو تنبذه.

٨- إنَّ التبني يُنشئ نزاعاً بين الأم النّسب الحقيقي وبين المتبني الذي ألحق الطِّفل به ولا يريد أن يرده، مما يخلق نزاعاً بين الأسرتين، كما أنَّ التبني يهدر حقوق الأم الأصلية التي لا يستطيع أحد أن يحل محلها في رعاية الطِّفل.

وعلى رغم من هذه الاعتراضات للتبني فأن بعض الأنظمة القانونية قد أخذت به ورأت فيه حلاً، لمشكلة جهالة النسب لديها ، كون الأخذ بالتبني لديهم لا يتعارض مع النظام العام ،وكانت من مقدمة هذه الدول فرنسا، وقد تبعتها في ذلك تونس والتي نصت على التبني بنصوص شبيهة للقانون المدني الفرنسي، لذل كان من المفيد الإطلاع على هذه الأنظمة القانونية في المطلب الثاني.

---

(١) أحمد أحمد، مرجع سابق، ص٣٩٠.

(٢) الصابوني، المرجع سابق، ص١٩٥.

المطلب الثَّاني: التبني في التشريع المقارن:

(التَّشريع الفرنسي والتَّشريع التونسي)

إذا كان التبني غير مسموح به في القانون السُّوري، فليس هذا الحال بالنّسبة للتشريعات الغربية والتَّشريع التونسي الذي تجيزه، فقد وجدت فرنسا في التبني حلاً للمشاكل التي واجهتا نتيجة الحربين العالميتين[١]، كما نصت تونس على التبني، فخرجت بذلك عن النهج المتبع في منع التبني لدى نظرائها في التَّشريعات العربيّة والإسلامية، وقد حددت هذه القوانين شروطاً وإجراءات للتبني في أحكامها، كما نصت على الآثار القانونيّة التي تترتب عليه، وقد عرفت فرنسا نوعين من التبني: التبني الكامل، والتبني البسيط، حيث ميزت بينهما سواء أكان في الشروط المطلوبة أم في الآثار على عكس المشرّع التونسي الذي لم يعرف هذا التمييز، حيث سنتناول أولاً دراسة هذه الشروط، ومن ثم نستطلع الحكم القضائي بالتبني وآثار هذا الحكم التي يرتبها عقد التبني.

أولاً: شروط التبني:

يعد التبني عقداً شكلياً يُشترط فيه من ناحية رضا الأطراف، ومن ناحية أخرى تصديق حاكم الناحية بموجب حكم: ((بمحضر والدَي المتبني، أو مَن يمثل السلطة الإدارية المتعهدة بالولاية العمومية على الطرف الكفيل))[٢]، حيث

---

(١)علال آمال، التبني والكفالة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير في الحقوق، الجزائر، تلمسان، جامعة أبو بكر بلقايد، مطبوعات الجامعية ١٩٩٢م، ط٣، ص٦١.

(٢) عائدة اليرماني غربال، مصلحة الطِّفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية (تونس مثلاً) رسالة لنيل شهادة الماجستير المتخصص في حقوق الطِّفل، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠٠٥م/٢٠٠٦م، ص٨٠، نقلاً عن عثمان بن فضل المجلة القانونيّة التونسية،١٩٩٧م، ص١٤٣.

إنَّ طرفَي عقد التبني هما: المتبنِّي والمتبنَّى، و الأبوان أو السلطة التي تحل محلهما، فقد اشترطت التَّشريعات المنظمة للتبني شروطاً في كل طرف؛ لكي يصبح عقد التبني مكتملاً ومهيأ للتصديق من قِبل الجهة التي تتولى تصديقه.

١: شروط المتبني:

أ:السلامة العقلية والجسدية والنفسية: يُشترط في طالب التبني أن يكون أهلاً رشيداً متمتعاً بحقوقه المدنية وسليم الجسم والعقل قادراً على القيام بشؤون المتبنَّى، وقد أشار إلى هذه الشروط الفصل التاسع من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني في تونس بقوله: ((ينبغي أن يكون المتبني: شخصاً رشيداً سواء أكان ذكراً أم أنثى، متزوجاً متمتعاً بالحقوق المدنية، ذا أخلاق حميدة، سليم العقل والجسم، قادراً على القيام بشؤون المتبنَّى))، فسلامة المتبني العقلية شرط لاستحقاقه التبني، فلو كان طالب التبني مجنوناً أو معتوهاً، فإن طلبه للتبني يُرفض، لأنه هو بحاجة إلى مَن يرعى شؤونه، فكيف يستطيع أن يرعى شؤون المتبنى؟ ولابد من الإشارة إلى أن التأكد من توافر السلامة العقلية لابد أن يكون من قِبل خبرة طبية متخصصة[١]، يُضاف إلى شرط السلامة العقلية، السلامة والقدرة الجسدية والنفسية للمتبني، مما يؤمن سلامة الطِّفل المتبنى وصحته، وأخيراً، لابد فيمن يطلب التبني أن يكون ذا سمعة حسنة مؤتمناً على المتبنى، فلو كان قد حكم عليه بجرم ماس بالأخلاق أو بجرم شائن، فإن طلب تبنيه جدير بالرفض.

---

(١) بيدويري كريمة، مذكرة تخرج حول الكفالة والتبني، نقلاً عن حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ٢٠٠٥م، ص٢٥٣.

ب-عدم وجود الأولاد الشَّرعيين: يُشترط لكي يُقبل التبني في القانون الفرنسي عدم وجود الأولاد الشَّرعيين قبل التبني، أما الأولاد الشَّرعيين الذين يرزق بهم طالب التبني بعد التبني، فلا يكون مانعاً من التبني، وكذلك الأمر بالنّسبة للأولاد بالتبني، فلم يجعل المشرّع الفرنسي وجودهم لدى طالب التبني مانعاً من التبني، وهذا ما أشار اليه القانون المدني الفرنسي، مع الإشارة إلى الإعفاءات التي تصدر من رئيس الجمهورية [١].

ج-الزّواج: يعد التبني من قُبيل الرّعاية الأسرية البديلة التي تطلبها مصلحة المتبنى، لذلك اشترطت القوانين في طالبي التبني أن يكونوا متزوجين، وهذا الشرط مستفاد من الفصل التاسع من القانون (٢٧) في العام ١٩٥٨م التونسي المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني الذي نصَّ على: ((ينبغي أن يكون المتبني شخصاً رشيداً متزوجاً...)).

بينما نجد أنَّ المشرّع الفرنسي لم يجعل شرط الزّواج إلزامياً، فقد أجاز للشخص المنفرد أن يتبنى إذا بلغ من العمر الثامنة والعشرين، إلا أنه في حال كان طالب التبني متزوجاً، فقد اشترط عليه أن يكون قد مضت على زواجه سنتان أو أكثر، أو أن يبلغا أكثر من (٢٨) سنة، أما إذا كان الشريكان لا

---

(١) نصت المادّة ١/٣٤٥ ((فيما عدا الإعفاء من رئيس الجمهورية، فإن التبني ليس مسموحاً به إلا مع عدم وجود الأولاد الشَّرعيين، ووجود أولاد التبني ليس عقبة في سبيل التبني، وليس أكثر من وجود ولد أو عدة أولاد شرعيين وُلدوا بعد ذلك، واستُقبلوا في مسكن الزَّوجية))

تجمع بينهما علاقة زواج، فإن التبني من قِبلهما يعد مستحيلاً[١]؛ لأنَّ هذا التبني يضرُّ بمصالح الطِّفل المتبنَّى[٢].

وبكل الأحوال لابد من موافقة شريك حياة المتزوج على التبني في الأحوال التي يكون فيها التَّعبير عن الموافقة ممكناً، وفق ما نص عليه الفصل الحادي عشر الذي أشار إلى: ((يجب في جميع الصور مصادقة زوج المتبني مع مراعاة الفقرتين (٢) و (٣) من الفصل التاسع)).

كما اشترط القانون الفرنسي هذه الموافقة في حال كان طالب التبني متزوجاً وليس منفصلاً جسدياً، ما لم يكن هذا الشريك عاجزاً عن التَّعبير عن إرادته.

وقد لطّف التَّشريع التونسي من هذا الشرط بالنّسبة للزوج المطلق أو الأرمل، حيث سمح للقاضي إعفاء طالب التبني منه إذا تبين له أن مصلحة الطِّفل المتبنَّى متحققة في إسناد التبني، وهنا تثور مسألة السَّبب في منع العزاب أو غير المتزوجين من التبني أسوة بالمطلقين والأرامل، ويمكن الإجابة على هذه المسألة بأن الواقع يشهد بأن حسن تربية الطِّفل المتبنَّى ورعايته لا تتحقق إلا بوجوده عند أسرة مكونة من أب وأم ، كما أن الحاجة إلى الانتماء لدى الطِّفل وازدياد ثقته بنفسه تزداد عند وجوده لدى عائلة مكونة من أب وأم، وهذا ما دعا إلى اشتراط شرط الزّواج[٣]، فضلاً عن التكوين النفسي للأب الذي

---

(١) المادّة (٣٤٦) من القانون المدني الفرنسي.

(٢) التَّشريعات الفرنسية المتعلقة بالتبني، يوم تدريب للمراسلين الجدد، **http://www.agence-adoption.fr/wp**.

(٣) بيدويري كريمة، مرجع سابق، ص٤٣.

يتطلب الوجود الفعلي أو الرمزي لصورة الأب كمرجع ذكوري، وصورة الأم كمرجع أنثوي، مما يرجح أفضلية ترجيح الأسرة المكونة من أم وأب على التبني من قِبل العزاب[١].

د- سن طالب التبني: قد حدد هذا السن المشرّع التونسي بسن الرشد، وذلك بالفصل العاشر من القانون (٢٧) في العام ١٩٥٨م في تونس، حيث قال: (ينبغي أن يكون المتبني شخصاً رشيداً))، وكانت مجلة الالتزامات والعقود التونسية قد حددت في الفصل السابع منها سن الرشد (٢٠) سنة كاملة بقولها: ((كل إنسان سواء أكان ذكراً أم أنثى تجاوز (٢٠) سنة كاملة يعد رشيداً بمقتضى هذا القانون))، وبذلك راعى المشرّع التونسي الأهلية القانونيّة للتعاقد في طالب التبني دون بقية الاعتبارات التي تتعلق بالنضج والنفسي والعاطفي في الذي يتطلب توافره فيمن يمارس دور الأب أو الأم بالتبني، وهذا ما حدا المشرّع الفرنسي إلى رفع عمر طالب التبني، حيث اشترط ألا يقل عمر طالب التبني عن الثامنة والعشرين[٢]، وقد كان موفقاً في ذلك، حيث تزيد فرص الطِّفل المتبنَّى في العيش مع أسرة قادرة على تحمل مسؤولياته[٣].

أما الحد الأقصى لسن طالب التبني، فهو غير محدد في التَّشريع التونسي، بل ترك ذلك للاجتهاد القضائي وفق المصلحة الفضلى للطفل

---

(١) رائدة غربال، مرجع سابق، ص٨٢.

(٢) نصت المادّة (٣٤٣) من القانون المدني الفرنسي على: (يمكن أن يطلب التبني أسرياً بعد خمس سنين من الزّواج بوساطة الزَّوجين غير المنفصلين جسدياً، بشرط ألا يقل عمر أحدهما عن الثلاثين عاماً)، (ويمكن أن يطلب التبني كذلك أي شخص يزيد عمره عن ال (٣٥) عاماً، وإذا كان المتبني متزوجاً وليس منفصلاً جسدياً، فمن الضروري موافقة شريك حياته ما لم يكن عاجزاً عن التَّعبير عن إرادته)، نقلاً عن أحمد أحمد، موضوع النّسب في الشريعة والقانون، دار القلم، قطر، ط١، ١٩٨٣م، ص٣٧٣.

(٣) عائدة البرماني غربال، مرجع سابق، ص٨١.

المتبنى[١]، وما يمكن قوله في هذا المجال: إن عدم تحديد سن أقصى في طالب التبني، يفتح المجال إلى تبني أطفال من قِبل المتقدمين في السن الذين قد تصيبهم الأمراض أو العجز المالي، فيجعل المتبنَّى في وضع سيئ خاصة إذا رفض ورثة المتبنين التكفل بهؤلاء الأطفال بعد وفاة متبنيهم[٢]، كما أنَّ الجانب النفسي للأطفال الذين تمَّ تبنيهم سوف يتأثر إذا كان أبواه في سن متقدمة تقارب أو تبلغ سن أجداده[٣].

ونظراً لأهمية الفرق في العمر بين المتبنِّي والمتبنَّى، فقد اشترط القانون التونسي والفرنسي أن يكون الفرق بين عمر طالب التبني والمتبنى خمس عشرة سنة على الأقل، مع مراعاة الحالة التي يكون فيها المتبنَّى ابن الزَّوج الآخر، فنص الفصل العاشر من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني على:

((ينبغي أن يكون الفرق بين عمر المتبنِّي وعمر المتبنى خمس عشرة سنة على الأقل، إلا في الصورة التي يكون فيها المتبنى ابن زوج المتبني))، وهذا مطابق لما ذهب إليه القانون المدني الفرنسي لديه الذي أوجب في الحالة التي يكون فيها المراد تبنيه هم أولاد الزَّوج، فهذا الفارق لا يكون سوى عشر سنوات، وفق ما نصت عليه المادّة (٣٤٢) من القانون المدني الفرنسي[٤].

ح-جنسية طالب التبني: أشار الفصل العاشر من قانون ١٩٥٨م إلى أنه: ((للتونسي أن يتبنى أجنبياً))، فسمح بذلك للتونسي لتبني أطفال أجانب، وبالرغم

---

(١) عائدة البرماني غربال، مرجع سابق، ص٩١.

(٢) بيدويري كريمة، مرجع سابق، ص ٤٣.

(٣) عائدة غربال، مرجع سابق، ص٨٢.

(٤) فراس كريم شيعان وأسيل سليم عبد الكريم، تنازع القوانين في التبني، دراسة مقارنة، العراق، مجلة المحقق الحلي العلوم القانونيّة والسياسية، العدد الرابع، السنة التاسعة، ٢٠١٧م، ص١٦٨، أيضاً، يوم تأهيل للمراسلين الجدد إداري، ٢٢ مايو، ٢٠١٣م، مرجع سابق.

أن تونس لم تصادق على اتفاقية لاهاي عام ١٩٩٣ المتعلقة بالتبني إلا أنَّ القضاء يشهد وجود هذه الحالات وفق ما يؤكده القرار التعقيبي: (التبني يمكن إتمامه سواء أكان المتبنى تونسياً أم أجنبياً حسب الفصل (١٠) من قانون التبني، ونتيجة لذلك، فإن خطأ المستندات في بيان الجنسية للأبناء المتبنين لا تأثير له في الحكم بالتبني ما دام أنه لا تأثير في أصل المتبني، ولا أنه يعد من باب اتصال القضاء في مسألة الجنسية)[١]، وقد سكت المشرّع التونسي عن إمكانية تبني التونسي من قِبل الأجنبي، وقد تعرض القضاء في تونس لهذه المسألة، فقد ذهب إلى تمكين الأجنبي المسلم أو معتنق الإسلام من تبني طفل تونسي، حيث صدر في هذا المجال عدة قرارات، منها: ((بعد الإدلاء بشهادة اعتناق الإسلام من طرف المتبني يكون حكم التبني فرنسياً لتونسيين صحيحاً إذا لم يكن هناك مانع قانوني)، وإذا كان الفقه القضائي قد سمح بتبني طفل تونسي من قِبل أجنبي مسلم، فإنه جازف بذلك بهوية الطِّفل الثقافية للطفل وإجباره على العيش ضمن أسرة مختلفة ثقافياً عنه[٢].

٢: شروط المتبنَّى:

بداية، إنَّ أي طفل مجهول النّسب أو معلوم النّسب أو الطِّفل المهمل الذي تركه أولياؤه تحت الولاية العمومية أو الخاضعين لولاية آباءهم يمكن أن يكون محلاً للتبني، وقد أشار القانون الفرنسي في المادّة[٣] (٣٤٧) من القانون المدني الفرنسي إلى أنه يمكن تبني الأشخاص الآتي ذكرهم:

---

(١) قرار تعقيبي مدني عدد (٧٨٢٣)، تاريخ (١٥) ديسمبر ١٩٧١م، ق. ت ١/١٩٧١م، عائدة غربال، مرجع سابق، ص٨٦

(٢) عائدة غربال، المرجع السَّابق، ص٨٣.

(٣) المادّة (٣٤٧) من القانون المدني الفرنسي.

٤. الأولاد الذين تم الاتفاق عليهم من الأب والأم أو مجلس الأسرة.

٥. أطفال الدَّولة.

٦. الأطفال المعلن قضائياً التخلي عنهم حسب الشروط المقررة في المادّة (٣٥٠)، بينما نص القانون الفرنسي وقانون الولاية العمومية والكفالة والتبني في تونس على شروط بالمتبنى، منها:

أ- أن يكون الطِّفل المتبنى قاصراً سواء أكان ذكراً أم أنثى، إلا أن القانون التونسي قد استثنى من شرط القُصَّر في التَّبنِّي الذين بلغوا سن الرشد في فترة انتقالية، شرط أن يكونوا قد كُفلوا من قِبل طالب التبني قبل بلغوهم سن الرشد، وشرط أن يوافقوا على تبنيهم، وهذا وفق نص الفصل الثَّاني عشر الذي ينص على: ((غير أنه يرخص بصفة انتقالية ومدة لا تتجاوز بداية في ديسمبر ١٩٥٩م التبني للأبناء الراشدين إذا ثبت أنهم كانوا مكفولي طالب التبني من قِبل رشدهم إلى الآن، وصرحوا بموافقتهم على تبنيهم))[١]، وإذا كان المشرّع الفرنسي قد اشترط من حيث المبدأ أن يكون عمر الطِّفل المتبنَّى ما دون الخامسة عشرة من العمر، إلا أنه قد راعى بعض الاستثناءات في الذين يتم تبنيهم الذين يزيد عمرهم عن الخامسة عشرة ولا يزيد على العشرين عاماً في حالتين: **الأولى:** إذا رُحِّب بهم قبل بلوغهم هذا العمر من قِبل النَّاس، ولم تتوافر فيهم الشروط المطلوبة للتبني في وقتها **والثَّانية:** إذا كان موضوع تبني بسيط قبل هذا العمر[٢].

---

(١) خليفة جاب الله، مرجع سابق، ص٣٨.

(٢) نصت المادّة (٣٥٤) من القانون المدني الفرنسي على: (لا يُسمح بالتبني إلى في مصلحة الأولاد الذين عمرهم أقل من خمسة عشر عاماً. ويستقبلهم آباء التبني في ستة أشهر على الأقل،=

كما يشترط أن يكون الطِّفل المتبنَّى مودعاً لدى المعهد الوطني لرعاية الطفولة[١]، وقد ذهب المشرّع الفرنسي إلى نفس الشرط بخصوص الأطفال الذين لا يتجاوز سنهم السنتين، والذين لا يكون لهم ارتباط بآباء، فقد اشترط القانون أن يجري تسليمهم مراكز ASE أو OAA، وهي مراكز تُعنى بالأطفال المهملين الذين لا كافل لهم[٢]، كما اشترط المشرّع الفرنسي أن يتم إيواء الطِّفل في منزل المتبنِّي مدة ستة أشهر على الأقل كشرط للموافقة على التبني.[٣]

=ومع ذلك إذا كان عمر المتبنى أكثر من خمسة عشر عاماً وكان قد استقبل قبل بلوغه هذه السن بشخص لم ينفذ الشروط المشروعة للتبني، أو إذا تبنياه تبنياً عادياً قبل أن يبلغ السن، فإن التبني الكامل يمكن أن يطلب، ويقوم إذا نفذت الشروط قبل بلوغه، وإذا كان عمره أكثر من خمسة عشر عاماً، فتجب موافقته شخصياً على التبني الكامل)، نقلاً عن أحمد أحمد، مرجع سابق، ٣ أيضاً المادّة (٣٤٥) من القانون المدني الفرنسي، التَّشريعات الفرنسية المتعلقة بالتبني، يوم تأهيل للمراسلين الجدد (٧٤)، مرجع سابق.

(١) فقد جاء في أحد القرارات الصادرة عن المحكمة الابتدائية بخصوص الطلب المقدم من قبل أبوي الطِّفل للتخلي عنه حيث جاء في القرار: ((وإثر الجلسة وبعد الاطلاع على أوراق الملف، وعلى رأي مندوب حماية الطفولة في تونس وعلى رأي ممثل النيابة العمومية قررنا نحن ...قاضي الأسرة بالمحكمة الابتدائية بتونس وعملاً [أحكام الفصل (٥٩) من القانون عدد (٢٧) لسنة ١٩٥٨م المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني إيداع الطِّفلة نهائياً بالمعهد الوطني لرعاية الطفولة، وبمقتضى هذا القرار يصبح الطِّفل تحت الولاية العمومية، وبالتالي، يصبح قابلاً للتبني))، قرار قاضي الأسرة بالمحكمة الابتدائية بتونس، القضية (١٢٦٨) جلسة (٢٥) ماي ٢٠٠٥م، عائدة اليرماني، مرجع سابق، ص٨٥/٨٦.

(٢) المادّة ٣٤٨/٥ من القانون المدني الفرنسي.

(٣) المادّة (٣٤٥) من القانون المدني الفرنسي.

٣.: الموافقة على عقد التبني:

إنَّ تحقق الشروط في طالب التبني ليست كافية لإبرام عقد التبني، فلا بد من موافقة العاقد الآخر، وقد اشترطت بعض التَّشريعات موافقة المتبنَّى نفسه في بعض الأحيان، وهذا ما سنتناوله:

أ: موافقة المتبنَّى: يجري التبني في العموم الغالب على القاصرين، وهؤلاء لا يملكون الأهلية اللازمة للتعاقد، ولذلك نجد أنَّ التَّشريعات، ومنها: التَّشريع التونسي في قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني في الفصل الثالث عشر منه قد حصر هذه الموافقة بوالدي المتبنَّى أو الولي العمومي، حيث نص على: (يتم عقد التبني بحكم يصدره حاكم الناحية بمكتبه بمحضر المتبني وزوجته، أو عند الاقتضاء بمحضر والدي المتبنى، أو مَن يمثل السلطة الإدارية المتعهدة بالولاية العمومية على الطِّفل الكفيل)، حيث تعد هذه الموافقة شرطاً لإصدار حكم القاضي بالتبني، كما أن المشرّع التونسي نفسه قد اشترط موافقه المتبنى، وذلك في الاستثناء الممنوح للراشدين الذين بلغوا سن الرشد، عند طلب تبنيهم من قِبل كفلائهم قبل بلوغهم سن الرشد.

كما أنَّ المشرّع الفرنسي قد اشترط هذه الموافقة في المتبنى البالغ من العمر ثلاثة عشر عاماً، أما إذا قل عن هذا العمر، فتُجرى مقابلة مع الطِّفل لأخذ رأيه[١].

٢ – موافقة مَن يمثل المتبنى: (الأبوان – السلطة المشرفة على المتبنى):

---

(١) المادّة (٣٥٤) من القانون الفرنسي السَّابق ذكرها، كذلك ورد في تنازع القوانين في التبني، مرجع سابق، ص٢٦٨، كذلك التَّشريعات الفرنسية المتعلقة بالتبني، مرجع سابق.

اشترط القانون التونسي في الفصل الثالث عشر السَّابق ذكره موافقة والدي المتبنى أو السلطة المتمثلة بالولاية العمومية ، كما اشترط القانون الفرنسي[١] موافقة الأب والأم عندما يكون النّسب ثابتاً تجاههما، وفي حال وفاة أحدهما أو عجزه عن التَّعبير أو فقد السلطة الأبوية، يُكتفى بموافقة الآخر[٢]، وعند تعذر موافقتهم على التبني بسبب الموت أو العجز عن التَّعبير أو فقد السلطة الأبوية تنتقل هذه السلطة إلى مجلس العائلة الذي يستطلع من يقوم برعاية المتبنى[٣]، كذلك تولى هذا المجلس الموافقة على التبني بالنّسبة لأطفال الدَّولة الذين لم يوافق آباؤهم على التبني[٤]، ويمكن لآباء الأشخاص الذين تم تبنيهم ومجلس الأسرة أن يوافقوا على التبني مع إعطاء الاختيار في التبني لمصلحة الخدمة الاجتماعيَّة للطفولة أو مكتب التبني الذي يستقبل أبناء التبني بشكل مؤقت[٥]، حيث تكون هذه الموافقة أمام محكمة الدائرة التي يكون فيها

---

(١) إذا كان نسب الولد ثابتاً، فلأي من الأبوين، فهو صاحب الموافقة على التبني) نقلاً عن أحمد أحمد، ص٣٧٦.

(٢) نصت المادّة (٣٤٨) من القانون المدني الفرنسي على: (عندما يكون نسب ثابتاً قبل الأب والأم، فلا بد من موافقتهما على أن يتخذ للتبني، وإذا مات أحدهما أو كان عاجزاً عن التَّعبير عن إرادتهما أو فقد السلطة الأبوية فإن موافقة الآخر تكفي) نقلاً عن أحمد أحمد، مرجع سابق، ص٣٧٦.

(٣) نصت المادّة ٢/٣٤٨ من القانون المدني الفرنسي على: (وإذا مات الأبوان أو كانا عاجزين عن التَّعبير عن إرادتهما أو فقدا السلطة الأبوية، فإن الموافقة تكون لمجلس العائلة بعد أخذ موافقة الشَّخص الذي يتولى في الواقع رعايته)، أحمد أحمد، مرجع سابق، ص٣٧٧.

(٤) نصت المادّة (٣٤٩) من القانون المدني الفرنسي على: (بالنّسبة لأطفال الدَّولة الذين لم يوافق آباؤهم على التبني، فإن الموافقة ترجع إلى مجلس عائلة هؤلاء الأطفال).

(٥) نصت المادّة ٤/٣٤٨ من القانون المدني الفرنسي على: (للأبوين أو مجلس الأسرة الموافقة على التبني مع جعل الاختيار في التبني لمصلحة الخدمة الاجتماعيَّة للطفولة أو مكتب التبني الذي يستقبل أبناء التبني بشكل مؤقت).

الشَّخص الموافق على التبني، أو أمام موثق فرنسي أو أجنبي، أو أمام موظف دبلوماسي أو قنصلي فرنسي، كما يمكن أن تكون هذه الموافقة أمام مصلحة الخدمة الاجتماعيَّة التي تتولى رعاية الطِّفل، ويمكن العدول عن هذه الموافقة خلال ثلاثة أشهر، ولابد من إبلاغ هذا الرجوع بخطاب مسجل مع علم الوصول إلى الشَّخص أو المصلحة التي تسلمت الموافقة على التبني، ويعد إرجاع الطِّفل لوالديه بناء على الطلب حتى وإن كان شفهياً بمثابة الرجوع عن التبني، فإذا انقضت مدة الثلاثة أشهر لم يعد هناك مجال للرجوع، على أنه للوالدين أن يطلبوا الاسترجاع شرط ألا يكون قد أخذ هذا الطِّفل وضعه في التبني، وفي حال رفض المتبنون جاز للأبوين رفع دعوى لاسترجاع المتبنى بصرف النظر عن مصلحة الطِّفل إذا كان هناك ما يستدعي الاسترجاع، وتعد الموافقة في هذه الحال ملغاة[١].

(١) نصت المادّة ٣/٣٤٨ من القانون المدني الفرنسي على: (الموافقة على التبني تكون بعقد صحيح أمام محكمة الدائرة التي فيها مسكن الشَّخص أو إقامته الموافق أو أمام موثق فرنسي أو أجنبي، أو أمام موظف دبلوماسي أو قنصلي فر نسي، ويمكن أن تكون أيضاً من مصلحة الخدمة الاجتماعيَّة للأطفال إذا كانت تتولى الطِّفل، ويجوز الرجوع عن هذه الموافقة في مدة ثلاثة شهور، ولا بد من أن يكون هذا الرجوع بخطاب مسجل مع علم الوصول للشخص أو المصلحة التي تسلمت الموافقة على التبني، وإرجاع الطِّفل إلى والديه بناء على طلب –ولو كان شفوياً– معناه أيضاً الرجوع عن التبني، وإذا انقضت الشهور الثلاثة لم يكن هناك رجوع، وللأبوين أن يطلبوا استرجاع الولد أيضاً بشرط ألا يكون قد أخذ وضعه في التبني، وإذا رفض المتبني إعادته، فللأبوين أن يرفعوا دعوى باسترجاعه بصرف النظر عن مصلحة الطِّفل إذا كان هناك ما يقتضي استرجاعه، والاسترجاع يجعل الموافقة على التبني ملغاة)، أحمد أحمد، مرجع سابق، ص٣٧٧.

ثانياً: الحكم بالتبني:

١: المرحلة التحضرية لعقد التبني:

تتمثل هذه المرحلة في الأعمال التحضيرية التي تسبق العقد، وفي الواقع، إنَّ المشرّع التونسي لم يقم بتنظيم هذه المرحلة، حيث ترك هذه المرحلة للتنظيم العفوي من قِبل أطراف عقد التبني، بينما عمد القانون الفرنسي إلى تنظيمها تنظيماً دقيقاً، حيث اشترط في البداية في الطِّفل المتبنى أن يكون مسلماً لدار الرّعاية، باستثناء الحالة التي يكون فيها الطِّفل هو ابن زوج المتبني، لتأتي بعدها مرحلة المعلومات التي يتلقى فيها طالبو التبني معلومات عن التبني مدة شهرين؛ لتتكون المعرفة اللازمة بالتبني، ومن ثم تجري بعدها مرحلة التحقق من طالبي التبني، حيث يجري تقييم طالب التبني نفسياً واجتماعياً لمدة تسعة أشهر، وأخيراً، يجري اعتماد طلب التبني من قِبل لجنة لمدة خمسة سنوات(١).

٢: المرحلة القضائية (المصادقة على عقد التبني):

بعد أن تتم المرحلة الإعدادية لعقد التبني، يأتي دور الجهة المخولة للمصادقة عليه، وقد عهد المشرّع التونسي هذه السلطة لحاكم الناحية الذي يتولى إصدار حكم التبني بحضور المتبني وزوجه، وعند الاقتضاء بحضور والدي المتبنَّى أو مَن يمثل السلطة التي تتولى الولاية العمومية على الطِّفل، وبعد التحقق من توافر الشروط اللازمة لعقد التبني وموافقة الحاضرين يصدر حاكم الناحية حكمه بالتبني الذي يكون بالصفة النهائية، وفق ما نص عليه الفصل الثالث عشر من قانون الولاية العمومية والتبني بقوله: (يتم عقد التبني

---

(١) التَّشريعات الفرنسية المتعلقة بالتبني، يوم تدريب للمراسلين الجدد مرجع سابق.

بحكم يصدره حاكم الناحية بمكتبه بمحضر المتبني وزوجه، أو عند الاقتضاء بمحضر والدي المتبنى، أو مَن يمثل السلطة الإدارية المتعهدة بالولاية العمومية على الطِّفل الكفيل، ويصدر حاكم الناحية حكمه بالتبني بعد التحقق من توافر الشروط القانونيّة ومن مصادقة الحاضرين، وحكمه هذا يكون نهائياً)، حيث نلاحظ هنا أن المراحل الإعدادية للتبني تجري مسبقاً من قِبل الأطراف ليأتي دور حاكم الناحية بالمصادقة على هذا العقد بعد التحقق من توافر شروطه.

بينما أسند القانون الفرنسي سلطة إصدار هذا الحكم لمحكمة الدرجة الأولى[١] التي تتحقق من توافر شروط التبني وتوافر وجود مصلحة الطِّفل المتبنى من هذا العقد، و بعد أن يكون طالب التبني قد استقبل الطِّفل مدة ستة أشهر، حيث تصدر هذه المحكمة قرارها في غرفة المذاكرة بعد أخذ رأي المدعي العام[٢]، وقد أجاز القانون الفرنسي للزوج الآخر أو ورثة طالب التبني أن يتقدموا بطلب التبني باسم المتوفى في حال وفاته بعد أن قام بتنظيم طلب استقبال الطِّفل، ولا يشترط تعليل حكم المحكمة بإصدار حكم التبني[٣]، ولابد من الذكر أن المحكمة في سعيها إلى البحث عن مصلحة الطِّفل المتبني قد تصدر حكمها بالتبني بالرغم من عدم توافر الموافقة على التبني سواء كان

---

(١) منذ تاريخ (١) يناير ٢٠١٠م أصبحت هناك محاكم فرنسية مختصة بالتبني، التَّشريعات الفرنسية المتعلقة بالتبني، يوم تدريب للمراسلين الجدد المرجع السَّابق).

(٢) التَّشريعات الفرنسية المتعلقة بالقوانين، يوم تدريب للمراسلين الجدد المرجع سابق.

(٣) نصت المادّة ١/٣٥٣ من القانون المدني الفرنسي على: (تعلن محكمة الدرجة الأولى التبني بطلب من المتبني، وهي التي تتحقق ما إذا كانت الشروط المقررة قانوناً قد نفذت، وما إذا كان التبني في مصلحة الطِّفل، وإذا مات المتبني بعد أن قام بتنظيم طلب استقبال الطِّفل، فيمكن أن يتقدم من بقي من الزَّوجين أو أحد الورثة بطلب التبني باسم المتبني المتوفى – ولا يعلل الحكم بالتبني).

الرفض من قبل الأبوين أو من قبل مجلس العائلة، فإن المحكمة تحكم بالتبني إذا رأت أن رفض التبني يضر بمصلحة الولد أو بأخلاقه[١].

ج: تسجيل حكم التبني:

وبعد صدور حكم التبني من المحكمة يأتي دور تسجيل هذا الحكم في سجلات الأحوال المدنية، حيث أشار الفصل الثالث عشر من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني في تونس إلى: (...ويحال مضمون الحكم بالتبني في ظرف ثلاثين يوماً على ضابط الحالة المدنية ذي النظر)، بينما أشار القانون الفرنسي إلى تسجيل الحكم في التبني في سجلات الأحوال المدنية لمكان ميلاد المتبنى بطلب من رئيس الجمهورية، حيث يتضمن هذا التسجيل: المكان، واليوم، وساعة ميلاد الطِّفل، وذكر نوعه، فضلاً عن اللقب المنصوص عليه بحكم التبني، كما يتضمن التسجيل: لقب المتبني، واسمه، وتاريخ ميلاده ومكانه، ومهنته، ومسكنه، ويجب ألا يتضمن التسجيل أي معلومات تتعلق بالنّسب الحقيقي للطفل، حيث يقوم هذا التسجيل مقام شهادة ولادة المتبنى وشهادة ميلاده الأصلية اللتين تعدان ملغاتين وتحت تصرف ممثل الجمهورية[٢]، وإذا كان التبني لطفل مولود خارج فرنسا، فإن الحكم بالتبني يحل

---

(١) نصت المادّة ٦/٣٤٨ من القانون المدي الفرنسي على: (للمحكمة أن تحكم بالتبني إذا رأت أن الامتناع عن الموافقة من الأبوين الشَّرعيين أو الطبيعيين أو من أحدهما-وقد كانا مهملين له- سيعرض الولد إلى سوء صحته وأخلاقه، كذلك الأمر بالنّسبة إلى الرفض الضار من مجلس العائلة).

(٢) نصت المادّة ٢/٣٥٤ من القانون المدني الفرنسي على: (يسجل الحكم بالتبني الكامل في سجلات الحالة المدنية لمكان ميلاد المتبني بطلب من ممثل الجمهورية، وهذا التسجيل يوضح: اليوم، والساعة، ومكان الميلاد، ونوع الطِّفل، وكذلك اللقب كما في نص الحكم بالتبني، ولقب المتبني، واسمه، وتاريخ ميلاده ومكانه، ومهنته، ومسكنه، ولا يتضمن التسجيل أي شيء يتعلق

محل شهادة الميلاد، أما إذا كان التبني بسيطاً، فإن شهادة الولادة لا تُلغى، وإنما تجري الإشارة فيها إلى الحكم بالتبني البسيط[١].

٢: آثار حكم التبني:

بعد صدور الحكم المصدق للتبني يأخذ الطِّفل المتبنَّى وضعه القانوني الجديد، حيث يتمتع بحقوق الابن الشَّرعي وتترتب عليه التزاماته، إلا أن التبني كعقد مدني مثله مثل باقي العقود قد يطرأ عليه ما يستوجب انقضاءه، فينتهي وجود هذا العقد، لذلك سوف ندرس في الآتي:

أ: الحقوق التي يرتبها عقد التبني. ب: انقضاء التبني.

أ: المساواة في الحقوق مع الطِّفل الصلبي:

نص الفصل الخامس عشر من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني على: ((للمتبنى نفس الحقوق للابن الشَّرعي، وعليه ما عليه من الواجبات، وللمتبنِّي إزاء المتبنَّى نفس الحقوق التي يقرها القانون للأبوين الشَّرعيين، وعليه ما يفرضه من الواجبات عليهما))، وهو مطابق لما ذهب إليه المشرّع الفرنسي في إعطاء الولد بالتبني الكامل ذات المركز القانوني للولد الشَّرعي بماله من حقوق تجاه الأبوين وما عليه من التزامات[٢]، مطبقاً مبدأ المساواة بين الولد الشَّرعي وغير الشَّرعي[٣]، بينما لم يطبق المشرّع الفرنسي هذه المساواة بالنّسبة

=بالنّسب الحقيقي للطفل والتسجيل يقوم مقام شهادة الولادة للمتبنى، وشهادة الميلاد الأصلية –وإذا أقتضى الأمر شهادة الميلاد طبقاً للمادة (٨٥) – يعدان ملغاتين وتحت تصرف ممثل الجمهورية)

(١) التَّشريعات الفرنسية المتعلقة بالتبني، يوم تدريب للمراسلين الإداريين الجدد، مرجع سابق.

(٢) نصت المادّة (٣٥٨) من القانون المدني الفرنسي على: (للمتبنى في أسرة المتبني الحقوق والواجبات نفسها كالولد الشَّرعي سواء بسواء)

(٣) علال أمال، مرجع سابق، ص٤٩.

للتبني البسيط، حيث إنه يقتصر فقط على نقل حقوق السلطة الأبوية باستثناء الحالة التي يكون فيها التبني من قبل الزَّوج[١].

١: حق المتبنى في نسب متبنيه:

كان الفصل الرابع عشر من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني التونسي قد نصَّ على: ((يحمل المتبنَّى لقب متبنيه، وينص على ذلك بحكم التبني بطلب من المتبنى))، فالاستناد إلى هذا النص يمكن للمتبنى أن يحمل لقب العائلة المتبنية بأن يضيفه إلى اسمه، كما له أن يبدل اسمه، إلا أن القانون اشترط لذلك أن يكون بطلب من المتبني وموافقة والدي المتبنى، وأن ينص على ذلك في الحكم القاضي بالتبني[٢].

أما في القانون الفرنسي، فقد ميَّز بين التبني الكامل والتبني البسيط، فأقرَّ في التبني الكامل بأن يمنح المتبني اسم متبنيه، حيث يأخذ اسم الزَّوج المتبني، وإذا كان التبني من قبل الزَّوجة، فالمحكمة لها أن تقرر بعد موافقة زوج المتبنية أن يأخذ الولد المتبنى اسمه، وعند عجزه عن الإفصاح عن إرادته أو في حال وفاته، فالمحكمة التي تقدر منحه اسم الزَّوج من عدمه بعد استشارة ورثته أو خلفه من الأقارب[٣]،حيث يحل الحكم بالتبني عند صدوره محل شهادة الولادة الأصلية للمتبنى التي تلغى بحكم التبني، فهذا التبني يقطع علاقة البنوة مع

---

(١) التَّشريعات الفرنسية، يوم تدريب للمراسلين الإداريين الجدد، مرجع سابق.

(٢) بيدويري كريمة، مرجع سابق، ص٤٨.

(٣) نصت المادّة (٣٥٧) من القانون المدني الفرنسي على: ((يأخذ الولد بالتبني اسم المتبني، ويأخذ اسم الزَّوج إذا كان المتبني الزَّوجين، وإذا المتبني امرأة متزوجة، فللمحكمة عند حكمها بالتبني أن تقرر بموافقة زوج المتبنية أن يأخذ المتبني اسمه، وإذا كان الزَّوج قد مات أو كان عاجزاً عن التَّعبير عن إرادته، فالمحكمة تقدر لك بنفسها بعد استشارة ورثة الزَّوج أو خلفائه الأقربين)..

العائلة الأصلية (باستثناء التبني من قِبل الشريك)، وذلك على عكس التبني البسيط الذي لا يقطع هذه العلاقة ، وإنما يقتصر على إضافة البنوة بالتبني إلى الأبوة الأصلية[١]، فلم يجعل المشرّع الفرنسي إعطاء الاسم حتمياً في التبني العادي، حيث يمكن للمحكمة أن تقرر بألا يحمل المتبنى اسم متبنيه بالرغم من أن التبني البسيط يعطي اسم المتبني ليضيفه المتبنى اسمه[٢]، حيث تجري إضافة اسم الشَّخص المتبني إلى المتبنى، ويشار إلى التبني في شهادة ولادة الطِّفل الأساسية إلى حصول التبني البسيط.

٢-حق الولد المتبنى في التَّربية والإشراف:

أقرَّ القانون التونسي المتعلق بالتبني في الفصل الخامس عشر أنه: ((للمتبنَّى نفس الحقوق التي للابن الشَّرعي، وعليه ما عليه من الواجبات))، وهذا ما تضمَّنه القانون المدني الفرنسي، فقد أعطى للمتبني حق الإشراف على تربيته المتبنى، وتعليمه، وجميع الحقوق التي تكون له تجاه والديه أسوة بالولد الشَّرعي بما في ذلك الموافقة على الزّواج، حيث خوَّله جميع حقوق السلطة الأبوية على المتبنى بما فيها: قواعد الإدارة الشَّرعية، والوصاية سواء استعملت من قِبل أحدهما أم كليهما، وفي حال كان المتبني شريك حياة لأب المتبنى أو

---

(١) التَّشريعات الفرنسية المتعلقة بالتبني، يوم تدريب للمراسلين الإداريين الجدد، مرجع سابق.

(٢) نصت المادّة (٣٦٣) من القانون المدني الفرنسي على: (والتبني العادي يعطي اسم المتبني ليضيفه المتبنى إلى اسمه، وللمحكمة أن تقرر مع ذلك أن المتبنى لا يحمل إلا اسم المتبنى).

شريكا لحياة أمه ، فقد أشار القانون المدني الفرنسي إلى أنَّ الأمر يكون مشاركة بينهما، لكن الذي ينفرد بالسلطة الفعلية هو المتبني وحده[١].

٣-الحقوق والواجبات المالية للمتبنى:

أ-**النفقة:** نتيجة للمساواة بين المتبنى والولد الشَّرعي الذي أشار إليه الفصل (١٥) من القانون التونسي السَّابق الذكر، فإنه يجب على المتبني النفقة على المتبنى، كما يجب في المقابل على المتبنى الإنفاق على متبنيه، كما هو الحال في النفقة على الأبوين الأصليين عند عجزهما أو مرضهما أو كبرهما بالسن، وهذا وفق ما نص عليه الفصل (٤٣) من مجلة الأحوال الشَّخصية التونسية التي تنص على: ((المستحق للنفقة بالقرابة صنفان: الأبوان والأصول من جهة الأب وإن علو، ومن جهة الأم في حدود الطبقة الأولى))، وبالرغم من أن القانون الفرنسي قد أوجب النفقة المتبادلة بين المتبني والمتبنى، إلا أنه لم يقطع واجب النفقة المتبادل بين المتبنى وأبيه وأمه الأصليَين، إلا أنه لم يُلْزِمْ والدي المتبنى الأصليَين بالإنفاق عليه إذا كان بمقدوره الحصول عليها من متبنيه[٢].

ب - الإرث: إنَّ التَّشريعات التي أقرت التبني وأنزلت المتبنى منزلة الولد الشَّرعي وقد أعطت المتبنى الحق في أن يرث متبنيه، وهذا ما تضمنه النص

---

(١) نصت المادّة (٣٦٥) من القانون المدني الفرنسي على: ((وللمتبني وحده بالنّسبة للمتبنى كل الحقوق المتعلقة بالسلطة الأبوية بما فيها حق الموافقة على الزّواج ما لم يكن شريك حياة أب المتبنى أو أمه، ففي هذه الحالة يشترك الاثنان، لكن المتبني يحتفظ بحق الممارسة الفعلية، وحقوق السلطة الأبوية يمارسها أحدهما أو كلاهما على المتبنى في الظُّروف نفسها بالنّسبة للولد الشَّرعي، وقواعد الإدارة الشَّرعية والوصاية المطبقة على الولد الشَّرعي تطبق على المتبنى).

(٢) نصت المادّة من القانون المدني الفرنسي على: (كل من المتبني والمتبنى يدين بالنفقة للآخر، والالتزام بالنفقة مستمر بين المتبنى وأبيه وأمه، ومع هذا فإن أبوي المتبنى لا يلتزمان بالنفقة إذا كان يستطيع الحصول عليها من المتبنى).

العام في مساواة بين المتبنى والطِّفل الشَّرعي الذي نص عليه الفصل الخامس عشر من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني التونسي، وهذا ما أشار إليه النص الصريح المتعلق بالإرث الذي ذكره المشرّع الفرنسي، فقد أكسب المتبنى ونسله الشَّرعي الحقوق الإرثية ذاتها للولد الشَّرعي دون أن يعطيه صفة الوارث صاحب الفرض بالنّسبة لأصول المتبني[١]، وبالمقابل إذا توفي المتبنى دون أن يكون له نسل يرثونه، فإن الأموال التي أخذها من متبنيه أو ورثها عنه ترجع للمتبني أو ورثته شرط أن تكون كما هي عند وفاته وشرط المساهمة في تسديد ديونه والاحتفاظ بحقوق غير المكتسبة، أما الأموال التي أخذها المتبنى دون مقابل من أبويه الأصليين، فإنها تعود لهما ولنسلهما بذات الطرق، وما يتبقى من تركة المتبنى تُقسم بين عائلة المتبنى الأصلية وعائلته بالتبني مع مراعاة شريك حياة المتبنى المتوفى من الإرث الذي يؤخذ من مجمل التركة[٢].

٤ – القرابة المانعة للزواج:

إن التبني كونه قد فرض قرابة قانونية، وجعل المتبنى بمنزلة الولد الشَّرعي، فمنع بذلك الزّواج بين المتبنى وأقاربه من عائلة التبني بموجب ما قرره نص الفصل الخامس عشر من قانون التبني التونسي، أو ما فصله

---

(١) نصت (٣٦٨) من القانون المدني الفرنسي على: (للمتبنى ونسله الشَّرعي الحقوق الإرثية كالولد الشَّرعي في أسرة المتبني، لكن دون اكتساب صفة الوارث صاحب الفرض بالنّسبة لأصول المتبني).

(٢) نصت المادّة ١/٣٦٨ من القانون المدني الفرنسي على: (إذا مات المتبنى دون نسل، فإن أمواله التي أخذها من المتبنى أو ورثها عنه تعود إلى المتبني أو نسله إذا كانت كما هي يوم وفاته بشرط المساهمة في تسديد ديونه والاحتفاظ بالحقوق المكتسبة للآخرين، أما الأموال التي أخذها دون مقابل من أبويه، فإنها تعود بالطريقة نفسها إليهما وإلى نسلهما، والباقي بعد ذلك من أموال المتبنى يقسم بالتساوي بين عائلة الأصل وعائلة التبني دون حيف على حق شريك حياة المتوفي الذي يؤخذ من مجموع التركة).

المشرّع الفرنسي في القانون المدني الذي جعل صلة القرابة الناشئة بالتبني تشمل أبناء المتبني الشَّرعيين، وحرم بذلك الزّواج فيما بين المتبني والمتبنى ونسلهما، كما حرم الزّواج بين المتبنى وشريك حياة المتبني، أو بين المتبني وشريك حياة المتبنى، كما حرم الزّواج فيما بين الأبناء المتبنين للمتبني، أو المتبني نفسه وبين المتبنى وأبناء المتبني على أن التحريم في الحالتين الأخيرتين يمكن الإعفاء منه بقرار من رئيس الجمهورية[١].

ولهذا نجد أن إقرار قسم من التَّشريعات للتبني لم يمكّنها من إنكار الروابط الأصلية بين المتبنى وعائلته الأصلية، فبالرغم من أن هذه التَّشريعات جعلت المتبنى ينسب للعائلة المتبنية، فإنها لم تستطع قطع جميع روابط المتبنى بعائلته الأصلية، ولا سيما ما تعلق بالقرابة المانعة للزواج، لهذا فقد نصَّ الفصل الخامس عشر من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني التونسي على: ((...إلا أنه في الصورة التي يكون فيها أقارب المتبنى معروفين تبقى موانع الزّواج المنصوص عليها بالفصول: (١٤-١٥-١٦-١٧) من مجلة الأحوال الشَّخصية قائمة))،كما أنَّ المشرّع الفرنسي لم يستطع إنكار هذه الروابط بين المتبنى وأسرته الأصلية، فجعل المتبنَّى ملتحقاً بأسرته الأصلية، ولا سيما فيما

---

(١) نصت المادّة (٣٦٦) من القانون المدني الفرنسي على: ((صلة القرابة الناشئة عن التبني تشمل الأبناء الشَّرعيين للمتبنى والزّواج محرم: ب

١- بين المتبني والمتبنى ونسله ونسلهما.

٢- وبين المتبنى وشريك حياة المتبني، وفي مقابل ذلك بين المتبنى وشريك حياة المتبنى.

٣- وبين الأبناء المتبنين للمتبني أو المتبني نفسه..

٤- وبين المتبنى وأبناء المتبني.

ومع ذلك، فإن تحريم الزّواج في (٣) و(٤) السَّابقتين يمكن أن يُلغى بإعفاء من رئيس الجمهورية بناء على أسباب خطيرة)).

يتعلق بالإرث وقرابة الزّواج المحرم المنصوص عليه في القانون الفرنسي حيث نصت المادة نصت المادّة (٣٦٤) من القانون المدني الفرنسي على: (يضل المتبنى ملتحقاً بأسرته الأصلية، ويحتفظ بكل حقوقه، ولا سيما حق الإرث، ويطبق عليه ما تقرر بالنّسبة للزواج المحرم في المواد (١٦١) إلى (١٦٤).

٥-حق المتبنى في الجنسية:

إنَّ المساواة مع الطِّفل الصلبي التي تعطيها أحكام التبني، يفترض في حصول الابن بالتبني على جنسية متبنيه، وبالرغم من أن القانون الفرنسي نصَّ على هذه المساواة إلا أنه اقتصر في منح الجنسية للابن المتبنى في التبني الكامل دون التبني البسيط، حيث لم يجعل هذا التبني ذا تأثير في حصول الطِّفل المتبنى على جنسية متبنيه(١).

ولابد من الإشارة إلى أن القانون السُّوري وقبل صدور المرسوم التَّشريعي (٧٦) في العام ٢٠١٠م الذي ألغى بموجبه الأحكام المخالفة لقانون الأحوال الشَّخصية في قوانين الطوائف المسيحية بسورية التي كانت تصدر أحكام التبني، فإن التبني في وقتها لم يعطِ المتبنى الجنسية السُّورية، حيث عدت وزارة الداخلية أنه من غير الجائز أن يؤدي التبني إلى اكتساب الأجنبي الجنسية السُّورية(٢).

ب -: انقضاء التبني:

إنَّ الصبغة التعاقدية للتبني تجعل منه قابلاً للانقضاء شأنه في ذلك شأن بقية العقود المدنية، وهذا العقد قد ينتهي إما بسحبه من قِبل السلطات

---

(١) التَّشريعات الفرنسية المتعلقة بالقوانين، يوم تدريب للمراسلين الجدد، مرجع سابق.

(٢) سام دولة، القواعد القانونيّة الصادرة عن وزارة العدل وإدارة التَّشريع دمشق، دار الخير، ص١٨٥.

القضائية التي لها ولاية الإشراف عليه عند الإخلال بالالتزامات المترتبة على المتبنى، كما قد ينقضي التبني بطلب الرجوع عنه من قِبل أطراف هذا العقد.

١: سحب التبني:

بالرغم من أن القانون التونسي الذي عدَّ أن الحكم بالتبني يكون نهائياً عندما نص على ذلك في الفصل الثالث العشر المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني (ويصدر حاكم الناحية حكمه بالتبني بعد التحقيق من توافر الشروط القانونيّة ومن مصادقة الحاضرين **وحكمه هذا يكون نهائياً**))، إلا أن هذه الصفة لا تمنع من الرجوع في التبني وسحبه عندما تضررت مصلحة الطِّفل المتبنى، فالمساواة بين الطِّفل الشَّرعي والمتبنى تكون في الحقوق والواجبات، فإذا أخلَّ المتبني بواجباته تجاه المتبنى إخلالاً خطيراً بشكل يهدد مصلحة الطِّفل والإضرار بنموه الجسدي أو النفسي، فقد مكن القانون التونسي المتعلق بالتبني وكيل الجمهورية أن يطلب من المحكمة الابتدائية الحكم بنزع حضانة المتبنى وإعطائها إلى شخص آخر وفق ما تضمنه الفصل السادس عشر من قانون التبني في تونس: (يمكن للمحكمة الابتدائية بطلب من وكيل الجمهورية أن تحكم بنزع الحضانة من المتبني وإسنادها إلى شخص آخر حسبما تقتضيه مصلحة المتبني، وذلك إن اتضح أن المتبني أخلَّ بواجباته إخلالاً فادحاً))، حيث إن مصلحة الطِّفل تعد الدافع الرئيس من الحكم بالتبني، فإذا تضررت هذه المصلحة كان الاستمرار بالتبني دون جدوى[١].

---

(١) عائدة اليرماني غربال، مرجع سابق، ص٩١.

٢- الرجوع عن التبني:

لا يقتصر انقضاء التبني على سحبه من قِبل السلطة المحددة في القانون، بل إنما التبني قد ينقضي بالرجوع عنه من قِبل أطرافه سواء أكان من قِبل الطِّفل الراشد المتبنى الذي يرغب بالانتساب إلى أبويه الأصليين أو من قِبل الوالدين بالتبني [١]، وقد نص القانون الفرنسي على إلغاء عقد التبني وإيقاف آثاره المستقبلية[٢]عند توافر أسباب قوية لذلك، وذلك بطلب من المتبني.

على أن هذا الطلب لا يقبل إذا كان عمر المتبنى أكثر من خمسة عشر عاماً، ويُقَدَّم طلب الإلغاء من قِبل المتبنى نفسه، وفي حال كان قاصراً يُقدم من قِبل أبويه الطبيعيين، وعند عدم وجودهما يحق لأي عضو من أعضاء أسرته الأصلية حتى درجة ابن العم الشقيق تقديم هذا الطلب[٣]، وقد خلى التَّشريع التونسي من أي نص يسمح بالرجوع عن التبني، فتصدى لذلك الاجتهاد القضائي، فذهبت محكمة التعقيب التونسية إلى: ((مصلحة المتبنى هي السَّبب الجوهري والرئيس لسن عقد التبني، وهذا العقد شأنه شأن بقية العقود المدنية، يمكن الرجوع فيه لفقدان أو تغيب مقوماته الشكلية والقانونيّة))[٤]، حيث أسست

---

(١) بيدويري كريمة، مذكرة، مرجع سابق، ص٥١.

(٢) نصت المادّة (٣٧٠) من القانون المدني الفرنسي على: ((إلغاء التبني يوقف كل آثاره بالنّسبة للمستقبل).

(٣) نصت المادّة (٣٧٠) من القانون المدني الفرنسي على: ((يمكن أن يُلغى التبني بطلب المتبني أو المتبنى مؤيداً بأسباب قوية، وطلب الإلغاء من المتبني لا يُقبل إذا كان عمر المتبنى أكثر من خمسة عشر عاماً، وإذا كان المتبنى قاصراً فللأب والأم من الدم هذا الطلب لذلك، وعند عدمهما فلأي عضو من الأسرة الأصلية حتى درجة ابن العم الشقيق بما فيهما هو)).

(٤) محكمة التعقيب، قرار مدني عدد (٢٩٥) بتاريخ (٢٣) مارس ١٩٩٣م نقلاً عن عائدة اليرماني غربال، مرجع سابق، ص٩٣.

هذه المحكمة قرارها إلى خلو قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني من أي نص يمنع الرجوع، فضلاً عن قرار التبني لا يعدُّ حكماً وإن كان يصدر في صيغة حكم بحسب تعبير الفصل الثالث عشر من نفس القانون(١).

وقد انتقد جانب من الفقه في تونس الرجوع عن التبني بذريعة أن المشرّع التونسي لم ينص عليه ولو سمح بالرجوع لنصَّ عليه صراحةً، كما فعل في نصه على سحب الحضانة من المتبني في الفصل السادس عشر من ذات القانون، كما أسند البعض معارضتهم وهم على صواب أن إعطاء الطِّفل القاصر في الرجوع عن التبني، فيه من تحميل القاصر أعباء جسيمة تتنافى مع سنه وحقه في العيش دون الاكتراث بمشاكل الكبار، كما أن القاصر في هذا السن لا يكون قد كوَّن أفكاره الخاصة، فضلاً عن الصعوبات الإجرائية المتعلقة بالرجوع عن التبني(٢).

إنَّ التبني لا يصلح حلاً لجهالة النّسب، بل إنه يسهم بشكل غير مباشر في زيادة مجهولي النّسب واللقطاء الذين يُتركون من قِبل آبائهم على قارعة الطريق أو على أبواب المعابد، يشجعهم في ذلك وجود نظام التبني الذي يجعلهم في مأمن أخلاقي من المسؤولية عن أبنائهم، ناهيك أن نظام التبني نفسه لم يستطع أن يجعل الأسرة المتبنية بديلاً كاملاً عن أسرة المتبنى الأصلية، حيث إن هذا النظام يعترف بالقرابة المحرمة للزواج بين المتبنى وأسرته الأصلية، كما أنه لا يقطع هذه الصلة بالأسرة الأصلية في القانون الفرنسي فيما يتعلق بالإرث، كل ذلك يوجب التساؤل عن مدى صدق

---

(١) عائدة اليرماني غربال، المرجع السَّابق ص٩٤.

(٢) عائدة اليرماني، المرجع نفسه ص ٩٦.

الاستقرار النفسي الذي يكون عليه المتبنى، والذي يكون مرتبطاً بعائلته الأصلية بـ: رباط الإرث، ورباط القرابة المحرمة بالزّواج مع إنكار نسبتها لها وقرابته لعائلته المتبنية الصورية، وبالنظر لهذه الاعتراضات أخذت جل الدول الإسلامية بنظام ثان يتولى رعاية وكفالة الأطفال المهملين ومجهولي النّسب، سُمي هذا النظام بنظام الكفالة وهو محور الدراسة في المبحث الثاني.

المبحث الثَّاني: الكفالة.

المطلب الأول: مفهوم الكفالة:

قد ينصرف الذهن في الحديث عن كفالة مجهولي النّسب إلى الكفالة المدروسة في حقل القانون المدني المتعلقة بالتأمينات الشَّخصية، وهذا يخرج عن مجال بحثنا، حيث تتطرق دراستنا إلى الكفالة كصورة من صور الرّعاية لمجهولي النّسب التي أقرتها الشريعة الإسلامية كنظام يوفر العناية الأمثل للطفل، وجعلته من أبواب القربة إلى الله، وقد وأخذت به قوانين الأسرة المستمدة من الشريعة الإسلامية، وهذا ما يحدونا إلى دراسة نظام الكفالة من مولده حتى انقضائه مروراً بالشروط والآثار...

أولاً: تعريف الكفالة:

١-الكَفالة في اللغة:

بفتح الكاف من الكفل، والكفل والكفيل، الضَّامن للشيء، كفل به يكفل كفالة، والكافل: الذي يعول إنساناً[١]، وقال تعالى: {ذَلِكَ مِنْ أَنْبَاءِ الْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ}[٢].

٢-الكفالة اصطلاحاً:

الكفالة: هي التي تتعلق بمساعدة الآخرين وعولهم، حيث عرَّفها المشرّع الجزائري في المادّة (١١٦) من قانون الأسرة الجزائري بأنها: (التزام على وجه

---

(١) المحيط في اللغة، الطالقاني، تحقيق الشيخ محمد حسن آل ياسين، عالم الكتب، بيروت١٩٩٤، ط١، ج٦، ص٢٦٧.

(٢) سورة آل عمران، الآية ٤٤.

التبرع بالقيام بولد قاصر من: نفقة، وتربية، ورعاية، وقيام الأب بابنه، وتتم بعقد شرعي).

بينما عرَّفها المشرّع التونسي في قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني بأنها: (الكفالة هي العقد الذي يقوم بمقتضاه شخص رشيد يتمتع بحقوقه المدنية أو هيئة بكفالة طفل قاصر).

كما أنَّ مجلة الأحكام العدلية التي كان معمولاً بها في سورية عرَّفتها في المادّة (٦١٣) بأنها: (الكفالة بالنفس: هي الكفالة التي يكفل فيها شخص، أي: أن الكفالة بالنفس هي الكفالة بتسليم شخص معلوم).

وقد تعرَّض المشرّع السُّوري للكفالة في مشروع قانون رعاية مجهول النّسب عندما نص في المادّة ١٥/أ من المشروع بأنها: (الكفالة: هي تقديم مبالغ مالية شهرية للطفل المقيم في دور الرّعاية، وذلك لتغطية مصاريفه داخل هذا الدار، وكل مبلغ يزيد عن حاجة ومصاريف الطِّفل يحفظ كتبرع باسمه داخل الدار).

كما تعرض لها في تعريفه لعقد الإلحاق في المادّة (١٦) من المشروع، حيث نصت: (يهدف الإلحاق إلى تأمين رعاية الطِّفل وتربيته ضمن أسرة تضمن توفير مقومات الحياة بشتى المجالات، وبما يسهم في حصوله على حقوقه التي يتمتع بها أقرانه، فضلاً عن تعزيز دوره في المجتمع).

ونلاحظ أن المشروع الجديد قد جانب الصواب في استخدامه المصطلحات في التعاريف بداية من استخدام مصطلح الإلحاق للدلالة على الكفالة بالرغم من أن مصطلح الإلحاق يستوعب كل نظام يؤدي إلى رعاية الطِّفل وتربيته ضمن عائلة بديلة لعائلته الأصلية، كما أنه قد خلط بين الكفالة

وبين مجرد تقديم العون المادي عندما نص على تعريف الكفالة: بأنها تقديم المبالغ المالية...

بالنتيجة، نرى أن الكفالة كنظام لرعاية مجهول النّسب مشتق من جذوره الإسلامية كنظام مقابل للتبني يشمل كل إعالةٍ لمجهول النّسب سواء كانت على شكل ضم طفلٍ إلى أسرة بديلة عن اسرته الاصلية دون نسبته إليها أو كان على شكل تقديم الدعم المالي والمادي فضلاً عن أوجه الرّعاية الأخرى لذلك يمكن **تعريف الكفالة: بأنها التزام على وجه التبرع بقيام شخص بـ: رعاية طفل قاصر، وتربيته، وحمايته، والقيام بشؤونه كافة.**

وإذا كانت الشريعة الإسلامية والقوانين المستمدة أحكامها منها قد منعت التبني، إلا أنها قد أوجدت نظاماً بديلاً شرعت له يحقق الرّعاية لمجهول النّسب متمثلة بالكفالة.

٣: مشروعية الكفالة:

لم تترك الشريعة الإسلامية مجهول النّسب دون رعاية، سواء أكانت مادية أم معنوية، فمجهول النّسب لا يقل مرتبة عن غير من أفراد المجتمع لقوله تعالى: **(ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم)**، فهذا الطِّفل إذا لم يعرف له والد ينتسب إليه، فهو أخ لجميع أفراد المجتمع، يتولى المجتمع رعايته وكفالته، حيث دعت الشريعة الإسلامية إلى الكفالة، وشجعت عليها كوسيلة لرعاية: الأيتام، والأطفال المهملين، واللقطاء، ومجهولي النّسب، وغيرهم من الأطفال الذين لا عائل لهم، وقد استدل العلماء على مشروعيتها بقول الله تعالى: **(وما كنت**

لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم وما كنت لديهم إذ يختصمون)[١]، وقوله تعالى: **(إذ تمشي أختك فتقول هل أدلكم على من يكفله)**[٢].

أما دليل الكفالة من السنة النبوية، فهو قول النبي صلى الله عليه وسلم فيما رواه ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (مَن قبض يتيماً من بين المسلمين إلى طعامه وشرابه، أدخله الله الجنة البتة إلا أن يعمل ذنباً لا يغفر له)[٣].

وعن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (كافل اليتيم له أو لغيره، أنا وهو كهاتين في الجنة، وأشار مالك بالسبابة والوسطى)[٤]، والإشارة أن هذه الأحاديث وإن كانت قد ورت على اليتيم، فإنها تتصرف على مجهول النّسب من باب أولى، فإذا كان اليتيم قد فقد والديه أو أحدهما، فإن مجهول النّسب مقطوع النّسب بأهله وفاقد من يعوله زيادة على ذلك.

وقد قنن المشرّع السُّوري الكفالة بنص المادّة الخامسة من قانون رعاية اللقطاء، حيث نصت على: **(تتولى وزارة الشؤون الاجتماعيَّة والعمل رعاية اللقيط وكفالته، وتعليمه حتى يستطيع الاعتماد على نفسه وكسب عيشه)**، لذلك، فإن كفالة مجهول النّسب تقع على عاتق الدَّولة ممثلة بوزارة الشؤون الاجتماعيَّة والعمل، حيث أجاز هذا القانون لوزير الشؤون الاجتماعيَّة بأن يعهد بهذا الطِّفل إلى إحدى الأسر أو إحدى النساء اللواتي يتولين الإنفاق عليه،

---

(١) سورة آل عمران، الآية٤٤.

(٢) سورة المائدة، الآية ٣٢.

(٣) كنز العمال، الهندي، مؤسسة الرّسالة، بيروت، ١٩٨٩م، ج١٥، ص٢٥٣.

(٤) صحيح مسلم، ج٤، ٢٢٨٧، وكافل اليتيم هو القائم بأموره من: نفقة، وكسوة، وتأديب، وتربية، وغير ذلك، وهذه الفضيلة تحصل لمن كفله من مال نفسه أو من مال اليتيم بولاية شرعية (له أو لغيره)، فالذي له أن يكون قريباً له كـ: جده، وأمه، وجدته، وأخيه، وأخته، وعمه، وخاله، وعمته، وخالته، وغيرهم من أقاربه، والذي لغيره أن يكون أجنبياً.

وتربيته، وتعليمه، كما سمح المشرّع بأن يتم إيداع الطِّفل مجهول النّسب إلى دور الرّعاية كـ: جمعيات الطفولة، ودور الأيتام، حيث أجاز قانون رعاية اللقطاء لوزير الشؤون الاجتماعيَّة والعمل بوضع مجهول النّسب في إحدى المؤسّسات الأهلية التي تختص برعاية مجهول النّسب وكفالته، فقد نص القانون المذكور في المادّة (١٠) منه على:

((أ- يجوز بقرار من وزير الشؤون الاجتماعيَّة والعمل، وضع اللقيط لدى إحدى الأسر أو لدى مَن ترغب بذلك من النساء، بشرط أن تكون قادرة على: رعايته، وتربيته، وكفالته، وتعليمه، والإنفاق عليه، إذا كان في ذلك مصلحة اللقيط.

ب- يجوز بقرار من وزير الشؤون الاجتماعيَّة والعمل وضع اللقطاء في المؤسّسات الأهلية القادرة على تربية الأطفال))

وقد أُخِذت بالكفالة جميع القوانين، بمن فيها قوانين الدول التي قننت التبني كتونس[١] التي نصت على أحكامها في قانون الأسرة[٢].

أما المشرّع السُّوري، فقد نص على أحكامه في قانون رعاية اللقطاء الصادر بالمرسوم (١٠٧) في العام ١٩٩٧م، والقرار رقم (٧٨٨) في العام ٢٠١٣م الصادر عن وزير شؤون الاجتماعيَّة والعمل الذي نُظِّمت من خلاله أحكام الكفالة سواء أكان قبل الأشخاص أم الهيئات، كما نص عليه مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

---

(١) نصت المشرّع التونسي على الكفالة في القانون عدد (٢٧) في العام ١٩٥٨م المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني.

(٢) نص المشرّع الجزائر على الكفالة في قانون الأسرة، حيث أفرد لتنظيمه المواد من المادّة (١١٦) ولغاية المادّة (١٢٥).

ثانياً: أنواع الكفالة:

إنَّ القانون السُّوري لم يجعل طلب الكفالة وإلحاق الطِّفل وتربيته محصورة بالشَّخص الطبيعي، بل أجاز للأشخاص الاعتبارية متمثلة بـ: جمعيات رعاية الطفولة، ودور الأيتام، وغيرها من المؤسّسات المجتمعية طلب كفالة وإلحاق الأطفال مجهولي النّسب[١] والأيتام وغيرهم، وقد خصتها بشروط محددة متميزة عن الشروط الواجب توافرها في الأشخاص الطبيعيين؛ لذلك سوف نتناول:

١: كفالة مجهولي النّسب من قِبل الشَّخص الاعتباري.

٢: الكفالة من قِبل الشَّخص الطبيعي وفق الآتي:

١: كفالة مجهول النّسب من قِبل الشَّخص الاعتباري:

أ-المرحلة التحضيرية:

أوجب القانون السُّوري على كل مَن يجد طفلاً حديث الولادة أن يقوم بأخذه وتسليمه إلى أقرب مخفر شرطة، مع كل ما يكون معه من ثياب أو أشياء أخرى قد تساعد في معرفة نسبه، لتقوم بعدها السلطات المختصة بتنظيم ضبط يُذكر فيه: عمر الطِّفل، وعلاماته الفارقة، والزمان، والمكان الذي وجد فيه، مع بيانات للشخص الذي وجده، ويُذكر في الضبط أنه لم يُعثر على والديه وفق ما نصت عليه المادّة (٢) من قانون رعاية اللقطاء[٢] بقولها:

---

(١) ذهب المشرّع التونسي بنفس الاتجاه في منح رعاية وكفالة مجهول النّسب إلى الهيئات الاعتبارية، وذلك عندما نص قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني في المادّة (٣) منه على: (الكفالة هي العقد الذي يقوم بمقتضاه شخص رشيد يتمتع بالحقوق المدنية أو هيئة بكفالة طفل قاصر)

(٢) كما نصت المادّة (٢٩) من قانون الأحوال المدنية السُّوري على: ((في حال عثر على لقيط يجب على مَن يعثر عليه تبليغ الشّرطة أو المختار فور عثوره عليه؛ بغية تنظيم المحضر اللازم بذلك، وتسليمه إلى إحدى المؤسّسات أو الأشخاص الذين تعتمدهم وزارة الشؤون الاجتماعيَّة والعمل التي تنظم له شهادة ولادة، ويسجل في السجل المدني)).

أ–على كل مَن يعثر على لقيط أن يسلمه إلى أقرب مخفر للشرطة مع الملابس التي كانت عليه وجميع الأشياء الأخرى التي وجدها معه أو بالقرب منه.

ب–على رئيس مخفر الشرطة أن يُنظِّم بذلك ضبطاً يذكر فيه: الزمان، والمكان، والظُّروف التي وُجد فيها الطِّفل، كما يبين فيه العمر التقديري للطفل، والعلامات الفارقة، والجنس. وكذلك اسم الشَّخص الذي عثر عليه، وكنيته، ومهنته، وعمره، ومحل إقامته وعنوانه. كما يُشار إلى أنه لم يُعثر على والديه.

وقد عاقب المشروع الجديد[1] لرعاية مجهول النّسب كل مَن يحتفظ بالطِّفل، ولا يقوم بتسليمه للوحدة الشرطية بالعقوبة من شهرين إلى سنتين وبالغرامة من (٥٠٠٠٠) خمسين إلى (٢٠٠٠٠٠) مائتي ألف ليرة سورية.

وبعد تنظيم الضبط يقوم مخفر الشرطة بتسليم الطِّفل إلى دار اللقطاء الموجود في المحافظة، وإذا لم توجد، يتم تسليمه إلى مستشفى حكومي للرعاية به؛ حتى يتسنى نقله إلى دار للقطاء في محافظة ثانية، إذا كانت حالته الصحية تسمح بذلك.

حيث نصت المادّة (٣) من قانون رعاية اللقطاء على:

– (يسلم مخفر الشرطة اللقيط مع الأشياء التي وُجدت معه إلى رعاية اللقطاء في المحافظة إن وجدت، وإلَّا سلّمه إلى مستشفى حكومي للعناية به ريثما يتم نقله وإيداعه إلى أقرب دار لرعاية اللقطاء في محافظة أخرى، ولا يجوز نقله إلا إذا كانت حالته الصحية تسمح بذلك).

ويبدو أنَّ المشرّع في مشروع القانون الجديد قد حافظ على هذه الآلية، وأوجب إجراء ضبط لتنظيم عملية إيجاد مجهول النّسب مع جميع ما يوجد معه

---

(١) المادّة ٢٨/ب من مشروع قانون مجهول النّسب.

من أدلة تساعد في البحث عن أهله وهويته، إلا أن المشرّع قد وسع بعض مناحي الرّعاية الصحية والاجتماعيَّة، حيث إن بعد تنظيم الضبط وبشكل متلازم بإبلاغ رئيس النيابة ودار للضيافة المعتمد في المحافظة الذي يقوم باستلام الطِّفل من الوحدة الشرطية ومرافقته إلى أقرب مستشفى أو مركز صحي ليبقى فيه الطِّفل مدة لا تقل عن (٤٨) ساعة، ولا يتم إخراجه من المستشفى إلا بموجب تقرير طبي يوضح: حالته الصحية، وعمره التقريبي، وجنسه، وسلامته، وجميع الملاحظات الطبية.

وفي حال كانت حال الطِّفل الصحية جيدة يتم تسليمه لدار الضيافة، حيث يبقى فيها مدة لا تزيد عن (١٥) يوماً، حيث يتم بعد هذه المدة انتقاله إلى دار رعاية مجهولي النّسب، ما لم يكن مصاباً بإعاقة، حيث تتم إحالته إلى المركز المختص بإعاقته[١].

ونلاحظ أن مشروع القانون الجديد جاء أكثر تطوراً من سابقه، حيث إنه وسع آليه هذه المرحلة التحضرية التي تسبق إيداع الطِّفل في دار رعاية مجهول النّسب، ولا سيما من الناحية الصحية.

كما أن المشرّع استحدث ما سماه: "**دار للضيافة**" وعرَّفها في المادّة الأولى من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب بأنها: (الدار التابعة لوزارة الشؤون الاجتماعيَّة والعمل، أو هي أقسام الضيافة المخصصة من قِبل الجمعيات والمؤسّسات الخاصة والمعتمدة من قِبل الوزارة في كل محافظة لاستقبال مجهولي النّسب واستضافتهم ومتابعة أمورهم طيلة الفترة اللازمة

---

(١) المادّة ٤/ ج / د / هـ / و / ز من مشروع قانون مجهول النّسب.

لاستكمال الإجراءات القانونيّة المتعلقة بهم، وتسليمهم إلى دار رعاية مجهولي النّسب المختصة).

ب: كفالة مجهول النّسب في دار الرّعاية:

تتولى وزارة الشؤون الاجتماعيَّة إنشاء دور لرعاية مجهولي النّسب من جميع المناحي التربوية والاجتماعيَّة والصحية؛ حتى يستطيعوا العيش معتمدين على أنفسهم.

حيث نصت على ذلك المادّة الثامنة في قانون رعاية اللقطاء بقولها: (-تُنشأ دور لرعاية اللقيط، ومهمتها كفالة اللقطاء ورعايتهم من المناحي الصحية والتربوية والاجتماعيَّة؛ وذلك حتى يستطيعوا العيش معتمدين على أنفسهم، ويتم إحداثها بقرار من وزير الشؤون الاجتماعيَّة والعمل في المحافظة التي يرى ضرورة لإنشائها فيها).

وفي سعي المشرّع لتوفير مزيد من فرص الرّعاية لمجهول النّسب، فقد منح فرصة التكفّل به إلى المؤسّسات والجمعيات الأهلية، فأجاز القرار (٧٨٨) لدور رعاية الأطفال والجمعيات والمؤسّسات التي تتبع وزارة الشؤون الاجتماعيَّة بأن تعهد بكفالة مجهولي النّسب ورعايتهم إلى هذه المؤسّسات وفق نص المادّة (١) من القرار المذكور: (يجوز لدار رعاية الأطفال مجهولي النّسب أو الجمعية أو المؤسسة التي ترعى هؤلاء الأطفال إلحاق الطِّفل مجهول النّسب بإحدى الأسر، أو من ترغب من النساء، **أو** وضعه في المؤسّسات الأهلية وفق الشروط الواردة في هذا القرار)، وقد أجاز مشروع القانون الجديد أن تحدث

بقرار من وزير الشؤون الاجتماعيَّة والعمل وحسب حاجة كل محافظة دور خاصة لرعاية مجهولي النّسب[١].

وبعد إيداع الطِّفل في دار الرّعاية، فإنه يبقى فيها حتى بلوغه الثامنة عشر من العمر، ويصبح قادراً في الاعتماد على نفسه وكسب عيشه، ويجوز لإدارة دار الرّعاية وبعد موافقة مديرية الشؤون الاجتماعيَّة تمديد مدة بقائه لمدة محددة إضافية إذا اقتضت مصلحته ذلك، كما يمكن إخراجه من الدار حتى قبيل إتمامه سن الثامنة عشر إذا تبين أن بقاءه في الدار يلحق الضرر المادي أو المعنوي أو الأخلاقي ببقية الأطفال أو العاملين، حيث أجاز المشروع ذلك بقرار يصدر عن الوزير يقضي إخراجه من الدار وإحالته إلى مكان ملائم لوضعه[٢].

أ: الشروط المطلوبة في كفالة المؤسّسات الأهلية:

فصل القرار (٧٨٨) في المادّة (٧) منه الشروط الواجب توافرها في الهيئة طالبة الكفالة وفق الآتي:

- (أ–أن تكون مشهرة حسب القوانين والأنظمة في القطر).
- (ب–أن يكون مقرها ضمن أراضي الجمهورية العربيّة السُّورية، وأن يكون المكان المخصص لرعاية الأطفال بحالة جيدة / ويكون واسعاً وصحياً).
- (ج–أن تتقدم بتعهد خطي بـ: حسن العناية بالطِّفل، ورعايته، وعدم إساءة معاملته).

---

(١) المادّة (٨) من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

(٢) المادّة (٧) من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

- (د–أن تتقدم بتعهد خطي بعدم تسليم الطِّفل لأي جهة /أسرة، أو امرأة، أو جمعية/ إلا بعد الحصول على موافقة خطية ومسبقة من وزارة الشؤون الاجتماعيَّة.
- (هـ–أن تكون إمكانات الجمعية المادية والبشرية بحالة جيدة تمكنها من تأمين الرّعاية الاجتماعيَّة والصحية المناسبة للطفل).
- عند توافر هذه الشروط والظُّروف المناسبة للأطفال في هذه الجمعيات والمؤسّسات، فلوزارة الشؤون الاجتماعيَّة أن تعمد لوضع مجهول النّسب لديها وفق ما تضمنته المادّة (٨) من القرار (٧٨٨).

ولا شك أنَّ هذه الجمعيات والمؤسّسات الأهلية بما يتوافر لديها من كوادر بشرية وإمكانات مادية تكون قادرة على توفير العناية والرّعاية لمجهول النّسب، إلا أن ذلك يتطلب أن تكون هذه الجمعيات تحت الإشراف الدائم من قِبل وزارة الشؤون الاجتماعيَّة، وتطبيق صارم ومنتظم لزيارات دورية ومفاجئة[١]؛ لضمان أن تكون تنشئة هؤلاء الأطفال متناسبة مع قيم المجتمع السُّوري ومبادئه.

لهذا، فإن مشروع القانون الجديد قد حدد أهداف دور الرّعاية بما يحقق تنشئة سليمة لمجهولي النسب، حيث ألقت المادّة (٦) من المشروع الجديد واجبات تضمن هذه الرّعاية.

---

(١) نصت المادّة (١٤) من القرار (٧٨٨) على: (تقوم الدار أو الجمعية أو المؤسسة التي ترعى الأطفال مجهولي النّسب بتتبع أحوال الطِّفل لدى الجهة الحاضنة عن طرق الزيارات الدورية مرة كل أربعة أشهر، وكلما دعت الحاجة)، هذه المادّة وإن كانت قد وردت بخصوص زيارة الدار للعائلات الكافلة إلا أنها يجب تطبيقها من باب أولى على الطِّفل المودع في المؤسّسات الأهلية.

٣: التزامات دار الرّعاية:

ألقى المشرّع في مشروع القانون الجديد جملة من المهام والواجبات على عاتق دار الرّعاية للعناية بمجهولي النّسب، وتأمين مستلزماتهم: المعيشية، والتربوية، والاجتماعيَّة، والصحية (العلاجية والوقائية)، والنفسية، والتعليمية، والشَّرعية، والقانونيّة، والقضائية، والاقتصادية اللازمة لهم، حيث تتولى على وجه الخصوص الآتي[١]:

١٣- غرس القيم النبيلة، وترسيخ المبادئ والأخلاق السامية لديهم.

١٤- تعزيز الهوية الوطنية واحترام الطِّفل لهويته، ولغته، وللقيم الوطنية، وتنشئته على الانتماء إلى الوطن.

١٥- ترسيخ قيم المساواة بين الأفراد، وعدم التمييز بينهم بسبب أي شكل من أشكال التمييز.

١٦- تهيئة الطِّفل وإعداده لحياة مسؤولة في مجتمع متماسك متضامن قائم على التلازم والتكامل بين الوعي بالحقوق والالتزام بالواجبات.

١٧- تنمية: شخصية الطِّفل، ومواهبه، وقدرته البدنية والعقلية (الإبداعية والفكرية)، واستثمارها في صقل شخصيته.

١٨- تنمية احترام مجهول النّسب للحقوق والحريات العامة والاختلاف بالرَّأي مع الآخر والتَّعبير عن الذات.

١٩- توفير فرص تعليم متكافئة في مراحل التعليم المختلفة في جميع المؤسّسات التعليمية وفق الإمكانيات المتاحة لهذا الدور حتى العمر

---

(١) المادّة (٦) من مشروع قانون مجهول النّسب.

المحدد وفق للقوانين والأنظمة النافذة، وتأمين التعليم الجامعي والدّراسات العليا لمن يرغب.

٢٠- توفير وسائل المعرفة والاتصال، وإتاحة استخدام التقنيات الحديثة التي تساعد في تنمية قدرات الأطفال، وتوسيع مداركهم، وتشجيع البحث العلمي من خلال العمل على توفير الكتب والوسائل التي ترفع مستوى وعي الأطفال وتنمي معارفهم ومهاراتهم.

٢١- توفير التدريب والتأهيل المهني اللازم والمتوافق مع ميول مجهول النّسب وإمكاناته؛ تحضيراً لتخرجهم من الدار.

٢٢- تأمين: الرّعاية، والتَّربية الروحية والدينية اللازمة لتنشئة الطِّفل تنشئة سليمة وبما يتوافق ودينه.

٢٣- مشاركة الدور مع الأطفال في الأنشطة الثقافية والفنية، مثل: المسارح، والسينما، والمعارض، والمحاضرات، أو الندوات، والورشات بما يتناسب مع أعمارهم.

٢٤- دمج الأطفال مجهولي النّسب مع أقرانهم في مختلف المناسبات والفعاليات، وتوفير الأنشطة المناسبة لهم، وخاصة في حال وجود ذوي أطفال الإعاقة منهم.

٢: الكفالة الأسرية:

يشكل الحرمان من الرّعاية الأسرية المعاناة الأكبر لمجهول النّسب، وقد عمل المشرّع من أجل تعويض مجهول النّسب عن هذا الحرمان بأن فتح الباب للأسرة والنساء غير المتزوجات لكفالة الأطفال مجهولي النّسب، فقد حدد في المادّة (١٦) من المشروع الجديد الهدف من إلحاق الطِّفل مجهول النّسب

بالأسرة؛ لتأمين رعاية الطِّفل وتربيته ضمن بيئة تضمن توفير مقومات الحياة بشتى المجالات، وبما يسهم في حصوله على حقوقه التي يتمتع بها أقرانه فضلاً عن تعزيز دوره في المجتمع، وقد اشترط من أجل تحقيق هذا الهدف الآتي:

أ-شروط طلب الكفالة:

١: أن يكون الطلب مقدماً من الأشخاص الذي رخَّص لهم المشرّع طلب الكفالة، وهم:

- أن يُقدَّم طلبٌ من أسرة مؤلفة من زوج وزوجة، أو امرأة غير متزوجة، حيث نص المشرّع في المادّة (١٠) من قانون رعاية اللقطاء[١] على: (يجوز بقرار من وزير الشؤون الاجتماعيَّة والعمل، وضع اللقيط لدى إحدى الأسر، أو لدى مَن ترغب بذلك من النساء بشرط أن تكون قادرة على: رعايته، وتربيته، وكفالته، وتعليمه، والإنفاق عليه، إذا كان في ذلك مصلحة اللقيط في سبيل تحقيق الرّعاية الأمثل)، فقد حصر المشرّع طالب الكفالة بالأسرة المؤلفة من زوج وزوجة أو من قِبل امرأة غير متزوجة، وبذلك حجب المشرّع طلب الكفالة عن الأسر التي لا تتكون من زوجين، كما منع الرجل الأرمل من طلب الكفالة.

- وفي حال تزاحم طالبي الكفالة نصت المادّة (٤) من القرار (٧٨٨) المذكور على: (تُعطى الأفضلية في حضانة الطِّفل للأسر التي يتقدم فيها الزَّوجان أو أحدهما بشهادة صحية تثبت عدم القدرة على الإنجاب (العقم)، فقد فضَّل

---

(١) كذلك نصت المادّة (١) من القرار (٧٨٨) الذي يعد بمثابة التعليمات التنفيذية لقانون رعاية اللقطاء أنه: (يجوز لدار رعاية الأطفال مجهولي النّسب أو الجمعية أو المؤسسة التي ترعى هؤلاء الأطفال إلحاق الطِّفل مجهول النّسب بإحدى الأسر أو لمن ترغب من النساء....).

المشرّع في إعطاء الكفالة التي يقدم فيها الزَّوجان أو أحدهما شهادة طبية بالعقم، وقد يعلل هذا الشرط بأن وضع مجهول النّسب في أسرة ليس لديها أولاد يجعله بعيداً عن مزاحمة الأولاد الصلبيين.

– وقد غفل مشروع قانون رعاية مجهول النّسب بأن يشترط مضي مدة على الزّواج، حيث تكون الحياة العائلية لدى الأسرة طالبة الكفالة قد استقرت ونضج القرار لديهم بتربية وكفالة مجهول النّسب.

٢– **سن طالب الكفالة والمكفول:** إن رعاية مجهول النّسب تتطلب فيمن يقوم بها أن يكون بعمر محدد يتيح له الخبرة الكافية والوعي والدراية اللازمة في تربية الأولاد، لهذا فقد اشترط القرار (٧٨٨) الصادر عن وزير الشؤون الاجتماعيَّة والعمل المنظم لإلحاق مجهول النّسب بالأسر والنساء ودور الرّعاية أن يبلغ طالب الكفالة سناً محدداً، إلا أنه فرَّق بين أن يكون طالب الكفالة زوجين وبين كون طالب الكفالة إحدى النساء.

أ– **طالب الكفالة زوجين:** في حال كون طالب الكفالة أسرة مؤلفة من زوجين، فقد اشترط القرار المذكور أعلاه ألا يقل عمر أي زوج من الزَّوجين عن ثلاثين سنة، وألا يتجاوز الستين، مع مراعاة أن يتم استثناء الزَّوجين من هذا الشرط بقرار وزير الشؤون الاجتماعيَّة تحقيقاً لمصلحة الطِّفل، فنص القرار في المادّة ٢/أ: (ألا يقل عمر أي زوج من الزَّوجين عن **ثلاثين سنة**، وألا يتجاوز الستين، ويجوز الاستثناء من هذا الشرط إذا ارتأت الوزارة مصلحة الطِّفل في ذلك.)

ب– **طالب الكفالة إحدى النساء:** إذا كان من يطلب إلحاق الطِّفل وكفالته إحدى النسوة، فقد اشترط القرار ألا يقل عمرها عن أربعين سنة، ولا يزيد عن

الستين في حال لم يسبق لها الزّواج، أما إذا كانت أرملة أو مطلقة، فقد خفض القرار الحد الأدنى بألا يقل عن ثلاثين سنة، وفق ما ذكرته المادّة ٥/أ التي نصت على أن تتوافر في المرأة طالبة الحضانة الشروط الآتية:

.أ- (ألا يقل عمرها عن أربعين سنة، ولا يتجاوز الستين بالنّسبة للمرأة غير المتزوجة، وألا يقل عن الثلاثين بالنّسبة لأي مرأة مطلقة؛ بسبب عدم القدرة على الإنجاب، أو المرأة الأرملة التي ليس لديه أولاد).

بينما نجد أنَّ مشروع قانون رعاية مجهول النّسب اشترط في الأسرة الكافلة بألا يقل سن كل منهما عن ثلاثين عاماً ولا يتجاوز الخامسة والخمسين[١]، وفي حال كانت طالبة الكفالة امرأة غير متزوجة، فقد حدد سنها بألا يقل عن الخامسة والثلاثين[٢].

ويلاحظ أن مشروع قانون رعاية مجهول النّسب كان موفقاً بتخفيض الحد الأعلى؛ لأن طالب الكفالة بعد تجاوز هذا السن لا يكون قادراً في أغلب الأحيان على رعاية الطِّفل والقيام بأمره، كما أنه أصاب عند اشتراطه ألا يقل الحد الأدنى للسن عن ثلاثين سنة في الأسرة والخامسة والثلاثين في طالبة الكفالة غير المتزوجة، حيث يوفر ذلك الخبرة الكافية والنضج اللازم لرعاية الطِّفل فيمن يطلب كفالته.

إلا أننا مع إبقاء الحد الأدنى عندما تكون طالبة الكفالة غير متزوجة بأربعين سنة، حيث إنها بهذا العمر تكون قد أخذت قرارها بعدم الزّواج بشكل نهائي.

---

(١) المادّة ١٧/أ من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

(٢) المادّة١٧/ب من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

وعموماً، فإن المشرّع السُّوري سواء أكان في المشروع الجديد أم في القرار (٧٨٨) قد تقدم على نظيره التونسي الذي جعل من بلوغ سن الرشد كافياً لطلب الكفالة[١].

٣-سن الطِّفل مجهول النّسب: هذا الشرط نص عليه مشروع القانون الجديد، حيث نص بألا يزيد سن مجهول النّسب عن السادسة في حال كان من تطلب كفالته امرأة غير متزوجة، ويبدو أن المشرّع في شرطه هذا قد راعى المناحي الدينية والعادات التي لا تقبل في أن يسكن طفل بالغ مع امرأة لا تربطه بها أي قرابة محرمية.

٤-جنسية طالب الكفالة: اشترط القرار (٧٨٨) أن يكون طالبا الكفالة (الزَّوجان) متمتعين بالجنسية السُّورية، أو بجنسية إحدى الدول العربيّة، وأن يكونا مقيمين في سورية بشكل دائم، فنصت المادّة ج/٢ يجب أن يتوافر في الزَّوجين طالبي الحضانة الآتي:

ج ـ (أن يحملا جنسية الجمهورية العربيّة السُّورية أو إحدى البلاد العربيّة، شريطة أن يكونا مقيمين في الجمهورية العربيّة السُّورية إقامة دائمة)، وقدد خفف مشروع قانون الرّعاية هذا الشرط بأن اكتفى بتمتع الزَّوج بالجنسية السُّورية أو أحدى الدول العربيّة، فراعى بذلك الأسر التي تكون فيها الزَّوجة غير عربية أو سورية مع شرط الإقامة في البلاد[٢].

---

(١) نصت المادّة (٣) من القانون عدد (٢٧) في العام ١٩٥٨م المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني بتونس على: (الكفالة هي العقد الذي يقوم بمقتضاه شخص رشيد يتمتع بحقوقه المدنية بكفالة قاصر).

(٢) المادّة ١٧/أ من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

وفي حال كانت طالبة الكفالة إحدى النساء نصت المادّة ٥/ب من القرار(٧٨٨)على: (أن تحمل جنسية الجمهورية العربيّة السُّورية أو إحدى البلاد العربيّة، شريطة أن تكون مقيمة في الجمهورية العربيّة السُّورية إقامة دائمة).

وقد ضمن المشرّع أن يكون الطِّفل تحت الرقابة الدائمة، فألزم بأن يتعهد طالب الكفالة بإبقاء الطِّفل داخل البلاد، وعند رغبته في مغادرة البلاد بشكل نهائي تجب عليه إعادة الطِّفل إلى الدار، أما إذا كانت المغادرة لفترة وجيزة، فيتعهد طالب الكفالة خطياً بإعادة الطِّفل الى البلاد خلال مدة لا تتجاوز أربعة أشهر، حيث نصت المادّة ٣/ح من القرار (٧٨٨) على هذا الشرط ضمن الوثائق المقدمة لطلب الكفالة: (تعهد خطي من طالبي الحضانة بإبقاء الطِّفل ضمن أراضي الجمهورية العربيّة السُّورية وإعادته إلى الدار في حال مغادرتهما القطر مغادرة دائمة، أما في حال المغادرة المؤقتة للقطر، فيتعهدان بعدم إبقاء الطِّفل خارج القطر مدة لا تزيد كحد أقصى عن أربعة أشهر)[١]، ويبدو أنَّ المشرّع في القانون الجديد قد سمح للأسرة في سفر الطِّفل بشكل نهائي أو لفترة مؤقتة بعد أخذ موافقة الوزير[٢]، إلا أنه قد يرد التساؤل حول جدوى هذا الشرط في الحالة التي يخالف بها طالب الكفالة تعهده ويمتنع عن إعادة الطِّفل الى أراضي البلاد، حيث إن الملاحقة الجزائية قد لا تؤتي ثمارها في كل الأحوال، فكان من الأفضل أن تكون هناك ضمانات لعودة الطِّفل كالكفالات العقارية والمالية.

---

(١) اشترط القرار ذاته التعهد وبصياغة مشابهة بالنّسبة للأوراق المطلوبة من قِبل إحدى النساء اللواتي يطلبن الكفالة في نص المادّة ٦/ز

(٢) المادّة (٢٠) من مشروع قانون مجهول النّسب.

كما أن المشروع الجديد عند سماحه بسفر الطِّفل بشكل نهائي، يكون قد غفل عن خطر تعريض الطِّفل للإتجار به، ويكون قد أبعده عن رقابة الدَّولة عليه والتأكد من وضعه داخل الأسرة.

٥- **الاتحاد بالدين بين طالب الكفالة ومجهول النّسب:** هذا الشرط لم يورده القرار (٧٨٨)، إنما نصَّ عليه مشروع قانون رعاية مجهول النّسب، حيث اشترط في كفالة الأسرة أن يكون الزَّوج متحداً مع دين مجهول النّسب، وفي حالة كفالة المرأة غير المتزوجة أن تكون متحدة في الدين مع الطِّفل(١).

٦ - **تحقق مصلحة مجهول النّسب:** لا شك أنَّ الأسباب الدافعة لتشريع الكفالة هي لتحقيق مصلحة الطِّفل المكفول، وقد اشترط القرار (٧٨٨) لتحقيق ذلك مجموعة من الشروط التي تشكل بعضها معايير عامة لصحة عقد الكفالة(٢):

---

(١) المادّة ١٧/أ/ب من مشروع قانون مجهول النّسب.

(٢) نصت المادّة (٢) من القرار (٧٨٨) على الآتي: يجب أن يتوافر في الزَّوجين طالبي الحضانة الآتي: أ- ألا يقل عمر الزَّوجين عن ثلاثين سنة، ولا يتجاوز الستين، ويجوز الاستثناء من هذا الشّرط إذا ارتأت الوزارة مصلحة الطِّفل في ذلك. ب-أن يكون قد مضى على زواجهما خمس سنوات على الأقل، ويستثنيان من هذا الشّرط إذا تقدم كلاهما او أحدهما بشهادة صحية تثبت عدم القدرة على الإنجاب. ج-أن يحملا جنسية الجمهورية العربيّة السُّورية أو إحدى البلاد العربيّة شريطة أن يكونا مقيمين في الجمهورية العربيّة السُّورية إقامة دائمة د-أن يكونا سالمين من الأمراض السارية والعقلية. هـ-أن يكونا حسنَي السيرة والسلوك، ولم يحكم علي أي منهما بجناية أو جنحة مخلة بالشرف. و-أن يكونا قادرين على تربية الطِّفل وتهذيبه. ز-أن يكونا حسنَي القصد، ولا يبغيان استخدام الطِّفل خلافاً للعرف والعادة والآداب. ح-أن يكونا صالحين لرعاية الطِّفل من حيث سلامة الجو الأسري وحسن العلاقة بينهما.

بينما نصت المادّة (٥) على الشروط الخاصة بإلحاق الأطفال بالنساء: يجب أن تتوافر في المرأة طالبة الحضانة الشروط الآتية:=

أ: **الخلو من الأمراض السارية والعقلية:** إن طالب الكفالة المريض بأحد الأمراض السارية أو الأمراض العقلية يشكل خطراً على الطِّفل المكفول، وقد صيغ هذا الشرط في مشروع قانون الجديد أكثر دقة وشمولاً، فاشترط في طالب الكفالة الخلو من الأمراض السارية والمعدية أو أي مرض عضال[١]، كما أن اشتراط الخلو من هذه الأمراض يوفر له حماية أكثر للطفل.

ب: **القدرة على تربية الطِّفل وتهذيبه:** حتى ينشأ الطِّفل نشأة صحيحة لابد من أن تتوافر في طالب الكفالة القدرة على: رعاية مجهول النّسب، وتربيته، وتهذيبه، ورعايته في جو أسري سليم، وحمايته من أي استغلال أو إساءة أو تشهير، ولا تقتصر هذه القدرة على القدرة الجسدية، بل تمتد إلى القدرة المالية في الإنفاق على المكفول، وقد نص مشروع القانون الجديد على هذا الشرط، وأكد بأن تتوافر في طالب الكفالة القدرة على الإنفاق على مجهول النّسب وباقي إفراد أسرة طالب الكفالة[٢].

ج: أن يكون طالب الكفالة من أصحاب السيرة الحسنة والسلوك الجيد، وألا يكون قد سبق أن حكم عليه بعقوبة جنائية أو بجنحة مخلة بالشرف.

=أ- ألا يقل عمرها عن أربعين سنة، ولا يتجاوز الستين بالنّسبة للمرأة غير المتزوجة، أو لا يقل عن ثلاثين سنة بالنّسبة لأي مرأة مطلقة؛ بسبب عدم القدرة على الإنجاب، أو الأرملة التي ليس لديها أولاد. ب- أن تحمل جنسية الجمهورية العربيّة السُّورية أو إحدى البلاد العربيّة شريطة أن تكون مقيمة في الجمهورية العربيّة السُّورية إقامة دائمة. ج- أن تكون سالمة من الأمراض السارية والعقلية. د- أن تكون حسنة السيرة والسلوك، ولم يحكم عليها بجناية أو جنحة مخلة بالشرف. هـ- أن تكون قادرة على تربية الطِّفل وتهذيبه. و-أن تكون حسنة القصد ولا تبغي استخدام الطِّفل خلافاً للعرف والعادة والآداب..

(١) المادّة ١٧ /أ من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

(٢) المادّة (١٧/أ) من مشروع قانون مجهول النّسب.

د: أن يكون طالب الكفالة حسن القصد من وراء طلبه للكفالة، بحيث لا ينوي أن يستعمل الطِّفل بأمور مخالفة للعادات والعرف والآداب العامة[١].

فضلاً عن هذه الشروط نجد أن المشروع الجديد قد اشترط عدم وجود الأولاد في الأسرة طالبة الكفالة[٢].

وعند توافر هذه الشروط يكون بمقدور طالب الكفالة أن يتقدم مصحوباً بما يطلبه القانون من وثائق لطلب الكفالة وفق آلية سوف نتناولها بالشرح الآتي:

٢- إجراءات الكفالة:

يعد أول شرط إجرائي في عقد كفالة الأطفال، هو تقديم طلب من قِبل طالب الكفالة سواء أكان أسرة أم امرأة أم هيئة، يبدي فيه رغبته بكفالة طفل، مع مجموعة من الوثائق[٣]التي تختلف باختلاف الجهة[٤]، وبعد تقديم الطلب

---

(١) نص المشرّع على هذه الشروط ضمن المادّة (١٠) من القرار (٧٨٨) ومشروع القانون الجديد في المادّة (١٧) منه

(٢) المادّة ١٧/أ من مشروع قانون مجهول النّسب.

(٣) اشترطت المادّة (١٠) من القرار (٧٨٨): (يجب في الوثائق المذكورة في المواد: /٣،٥،٦،٧/ حديثة، ولم يمض على استخرجها أكثر من ثلاثة أشهر)

(٤) **الوثائق المطلوبة من قِبل الزَّوجين:**

٢- قيد مدني مصدق أصولاً. ٢- صورة عن عقد الزّواج مصدق، يظهر فيه تاريخ الزّواج بشكل واضح.٣- بيان عائلي يوضح وجود أولاد لطالبي الكفالة من عدمه. ٤- تقرير طبي يثبت الخلو من الأمراض السارية والعقلية. ٥- تقرير طبي يثبت القدرة على الإنجاب من عدمه (العقم) من طبيب مختص. ٦- خلاصة سجل عدلي (لا حكم عليه) لكل من الزَّوجين الكفالة.٧- تعهد خطي بإبقاء الطِّفل داخل أراضي الجمهورية العربيّة السُّورية وإعادة الطِّفل إلى دار الرّعاية في حال الرغبة بمغادرة البلاد بشكل دائم، أما إذا كانت المغادرة بشكل مؤقت، فيتعهد الزَّوجان بعدم إبقاء الطِّفل خارج البلاد أكثر من أربعة أشهر. ٨- تعهد خطي يثبت نية الزَّوجين الحسنة وعدم استخدام الطِّفل فيما يخالف العرف والآداب العامة[٤].

أما إذا كان طالب الكفالة إحدى النساء، فالوثائق المطلوبة هي:

مشفوعاً بالوثائق المطلوبة تتولى دار الرّعاية دراسة هذا الطلب، حيث تقوم في سبيل ذلك بتحقيق اجتماعي وزيارات ميدانية[١]؛ للتأكد من حسن سيرة وسلوك طالب الكفالة ، والقدرة على تربية الطِّفل والعناية به، وتوافر العلاقة الأسرية الحسنة، والقصد الحسن من الكفالة لضمان عدم استخدام الطِّفل بما يخالف العادات والعرف والآداب العامة[٢]، ولاشك أنه يجب أن يكون من ضمن اللجنة التي تتولى الدّراسة اختصاصي اجتماعي يعهد إليه ذلك، كما يجب أن تتأكد اللجنة عندما يكون طالب الكفالة مؤسسة أو جمعية أهلية من توافر الإمكانات المالية والكوادر البشرية الجيدة التي توفر للطفل الرّعاية المناسبة والتنشئة الصّحيحة[٣]، وبعد انتهاء اللجنة من الدّراسة تقوم بإبداء رأيها، ومن ثم تقوم

٢- قيد مدني مصدق أصولاً.٢- سند إقامة مصدق أصولاً. ٣- تقرير طبي يثبت الخلو من الأمراض السارية والعقلية.٤- تقرير طبي يثبت القدرة على الإنجاب من عدمه (العقم) من طبيب مختص. ٥- خلاصة سجل عدلي (لا حكم عليه) لكل من الزَّوجين الكفالة.٦- تعهد خطي بإبقاء الطِّفل داخل أراضي الجمهورية العربيّة السُّورية وإعادته إلى دار الرّعاية في حال الرغبة بمغادرة البلاد بشكل دائم، أما إذا كانت المغادرة بشكل مؤقت، فتتعهد المرأة بعدم إبقاء الطِّفل خارج البلاد أكثر من أربعة أشهر.٧- تعهد خطي يثبت نية طالبة الكفالة الحسنة وعدم استخدام الطِّفل فيما يخالف العرف والآداب العامة.

أما في حال كون طالب الكفالة هو شخص اعتباري كالجمعيات والمؤسّسات الأهلية التي تتوافر فيها الشروط المطلوبة، فقد استلزم القرار (٧٨٨) منها أن تتقدم بطلب خطي مرفقاً بـ:

- تعهد خط برعاية الطِّفل وعنايته بشكل حسن، وعدم إساءة معاملته.
- تعهد بعدم تسليم الطِّفل لأي أسرة أو امرأة أو جمعية إلا بعد أخذ موافقة خطية مسبقة من قِبل وزارة الشؤون الاجتماعيَّة.

(١) نصت المادّة (١١) من القرار (٧٨٨) على: (تقوم الدار أو الجمعية أو المؤسسة التي ترعى الأطفال مجهولي النّسب بإجراء دراسة اجتماعية عن واقع الأسرة أو المرأة طالبة الحضانة بشكل مفصل بعد إجراء زيارات ميدانية للجهة طالبة الحضانة).

(٢) الفقرة أ/٩ من القرار ٧٨٨.

(٣) الفقرة ب/٩ من القرار ٧٨٨ .

برفع الطلب إلى مديرية الشؤون الاجتماعيَّة التي تقوم بدورها بإبداء مطالعتها بخصوص الطلب وتقوم برفعه إلى وزارة الشؤون الاجتماعيَّة صاحبة القرار[١]، التي تقوم بدراسة الطلب في ضوء مطالعة الدار، ومطالعة مديرية الشؤون الاجتماعيَّة بالموافقة على طلب الكفالة أو رفضه في مدة أقصاها خمسة عشر يوماً من تاريخ تسجيل الطلب في ديوانها[٢].

وعند موافقة الوزارة تقوم الدار التي تتولى الرّعاية بإبرام عقد الكفالة (الإلحاق)[٣] مع طالب الكفالة ولمدة سنتين يمدد تلقائياً، يخضع لتصديق وزير الشؤون الاجتماعيَّة[٤]، إلا أن المشرّع في مشروعه الجديد قد جعل مدة العقد التمهيدية خمس سنوات إذا كان عمر الطِّفل خمس سنوات فما دون، أما إذا كان عمره فوق هذا السن، فإن الدار تبرم عقداً لمدة سنتين فقط، ليجري بعدها إبرام عقد دائم[٥]، كما أوجب المشروع الجديد على الدار في حال الموافقة على إلحاق مجهول النّسب بالأسرة أن ترسل نسخة عن عقد الإلحاق إلى المحكمة الشَّرعية لاستصدار وصاية شرعية لطالب الكفالة ليتولى مسؤوليته عن الطِّفل المكفول وإدارة شؤونه طيلة فترة الكفالة[٦].

---

(١) المادّة (١٢) من القرار ٧٨٨.

(٢) المادّة (١٣) من القرار (٧٨٨).

(٣) نموذج عن عقد لإلحاق نهاية البحث.

(٤) المادّة (١٥) من القرار (٧٨٨).

(٥) المادّة ١٦/ج من مشروع قانون مجهول النّسب.

(٦) المادّة ١٩/ز من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

المطلب الثَّاني: التزامات الكافل:

بمجرد إبرام عقد الكفالة (الإلحاق) يصبح الطِّفل في عهدة الكافل سواء أكان أُسَراً، أم امرأة غير متزوجة، يرتب هذا العقد عدداً من الالتزامات على الكافل على أطرافه من أجل تأمين العناية بمجهول النسب وورعايته، وإدارة أمواله، والقيام بجميع ما تقتضيه العناية به، وتستمر هذه الكفالة لتنتهي إما بالأسباب العامة لانتهاء العقود وإما بسحب هذه الكفالة وفسخ عقد الإلحاق وفق ما يتوضح لنا في الآتي:

أولاً- تربية الطِّفل المكفول: يجب على الكافل العناية بالطِّفل المكفول وتربيته التَّربية الحسنة، وإلا قد يتعرض إلى فسخ عقد الكفالة من قِبل وزير الشؤون الاجتماعيَّة ، كما أنه من مشتملات التَّربية: تعليم الطِّفل، ومتابعة تحصيله العلمي أو المهني، ومتابعة جميع أموره الشَّخصية كالعلاج والزّواج، التي تعد من مستلزمات الولاية على النفس التي أشارت إليها المادّة ٢٠/ب من المشروع الجديد على التزام الأسرة الراعية بتربية الطِّفل تربية حسنة، وغرس المبادئ والقيم النبيلة والأخلاق السامية، وتعزيز مفهوم الهوية الوطنية والمواطنة لدى الطِّفل.

ثانياً-الإنفاق على الطِّفل المكفول: الأصل أن الدَّولة ممثلة بوزارة الشؤون الاجتماعيَّة هي مَن تتولى الإنفاق على الطِّفل وفق ما يُفهم من نص المادّة (١٧) من قانون رعاية اللقطاء بقولها:

(لا يطالب اللقيط بإعادة الأموال التي تنفقها الدَّولة على كفالته وتربيته)، وبانتقال مجهول النّسب لرعاية الكافل، فإن نفقته تكون عليه، وهذا يمكن

استنتاجه من اشتراط القدرة على تربية الطِّفل فيمن يطلب الكفالة، حيث إن مما ينطوي تحت مفهوم القدرة هي القدرة المالية بالإنفاق على مجهول النّسب.

ثالثاً- منح المكفول لقب الكافل: مرَّ معنا عند الحديث عن حق مجهول النّسب في الاسم أنَّ المشرّع السُّوري لم يتركه من دون هوية، بل كلف أمين السجل المدني باختيار اسم ونسبة لمجهول النّسب وفق ما تقترحه دار الرّعاية التي يُودَع لديها، وعند انتقال مجهول النّسب لرعاية الأسرة الكافلة وتوطد علاقته بهذه الأسرة ليصبح أحد أفرادها، هنا يبرز الاختلاف بين لقب الكافل ولقب الطِّفل، فيشكل أحد حواجز الاندماج بهذه الأسرة، ناهيك عن الحرج الذي يتولد لدى مجهول النّسب عندما يعرف عن اسمه ونسبته، وتلافياً لذلك؛ فقد منح المشرّع السُّوري لرب الأسرة الكافلة إمكانية منح لقب أسرته للطفل المكفول، فقد نصت المادّة ٢٩/د من قانون الأحوال المدنية على:

(- يجوز منح مجهول النّسب نسبة الأسرة الحاضنة، بناء على طلبٍ خطي من رب الأسرة، وموافقة مجهول النّسب الذي تجاوز الثامنة عشرة من عمره، وتُصحح نسبته في المسكن الخاص به تبعاً لذلك).

إلا أنَّ المشرّع قد قصر حق منح الاسم في الحالة التي تكون فيها الكفالة من قِبل أسرة دون المرأة الحاضنة، وقد اشترط المشرّع لذلك:

٤- أن يتقدم رب الأسرة (الزَّوج) بطلب خطي إلى أمانة السجل المدني يطلب فيه هذا المنح، وبذلك حصر تقديم الطلب بالزَّوج دون الزَّوجة.

٥- أن يُرفق مع الطلب ما يثبت حضانته لمجهول النّسب ب فضلاً عن بيان عائلي لأسرته.

٦- موافقة مجهول النّسب الذي يبلغ الثامنة عشرة من العمر على هذا المنح[١].

ويؤخذ على هذه المادّة أنها لم تشترط موافقة والدة مجهول النّسب عندما تكون معلومة عند إمكانها التَّعبير عن هذه الإرادة، بينما نجد **أن** القانون الجزائري الذي سار على ذات الاتجاه قد اشترط موافقة والدة مجهول النّسب عندما تكون معلومة وعلى قيد الحياة[٢]، ونتمنى على المشرّع السُّوري أن ينص على موافقة الأم عندما يكون بالإمكان الحصول عليها، محققاً التوزان بين احترام وجود الأم وصلتها بابنها و فرصة الطِّفل في الحصول على مزيد من الاندماج بالأسرة الكافلة.

وقد احتج البعض على منح المكفول نسبة الكافل، بأنه تزييف للنسب وتشريع للتبني بشكل غير مباشر، وقد رد على هذا الاعتراض بأنه لا يؤدي

---

(١) نصَّت التعليمات التنفيذية الخاصة بتطبيق قانون الأحوال المدنية على: (....٤-في حال رغبة الأسرة الحاضنة في منح نسبتها لمجهول النّسب، فعلى رب الأسرة التقدم بطلب خطي إلى أمانة السجل المدني مكان قيد مجهول النّسب مرفقاً ببيان عائلي لرب الأسرة ووثيقة تثبت حضانته لمجهول النّسب صادرة عن دار الرّعاية المختصة .٥- في حال تجاوز مجهول النّسب الثامنة عشرة من عمره، فعلى أمين السجل المدني أن يدوّن على الطلب المُقدم من رب الأسرة حضور مجهول النّسب وموافقته على التصحيح، ويقوم مجهول النّسب بالتوقيع على الطلب إلى جانب توقيع وختم أمين السجل المدني. ٦- يجري تصحيح نسبة مجهول النّسب على قيده في سجل الواقعات والسجل المدني أصولاً ويُشار إلى ذلك في حقل ملاحظات القيد.

٧- لا يجوز تصحيح اسم والد مجهول النّسب إلى اسم رب الأسرة الحاضنة بِعَدِّ التبني محرم شرعاً .

(٢) نص المشرّع الجزائري في المرسوم ٢٤/٩٢ على: (كما يمكن أن يتقدم الشَّخص الذي كفل في إطار الكفالة، ولداً قاصراً مجهول النّسب من الأب، أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائدته، وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي، وعندما تكون أم الولد القاصر معلومة وعلى قيد الحياة، فينبغي أن ترفق موافقتها المُقدَّمة في شكل عقد شرعي بالطلب).

هذا المنح إلى التوارث بين الكافل والمكفول ولا إلى انتساب الطِّفل إلى الكافل[١]، وهذا ما أكدته التعليمات التنفيذية لقانون الأحوال المدنية التي أوجبت أن يُشار إلى هذا المنح والتصحيح في نسبة المكفول في حقل ملاحظات القيد المدني، كما منعت وبشكل قاطع أن يتم تصحيح اسم والد مجهول النّسب ليطابق اسم رب الأسرة الكافلة، وعللت ذلك بأن التبني ممنوع في القانون[٢].

ولا بد من القول: إن التعليمات التنفيذية لقانون الأحوال المدنية أوجبت التنويه إلى منح المكفول نسبة الكافل في حقل ملاحظات القيد المدني، وهذا يثير التساؤل عن الفائدة من هذا المنح ما دام قد أُشير على أنه مستعار في حقل القيد، فتكون الغاية من هذه المادّة تجنيب الحرج عن الطِّفل بإعطائه نفس نسبة الكافل قد أُجهضت، وقد عالج المشرّع ذلك بأن جعل هذه القيود سرية لا يجري الاطلاع عليها إلا من قِبل المحكمة المختصة[٣].

ثانياً: انقضاء الكفالة: تتعدد الأسباب التي تنتهي بها الكفالة، منها: الأسباب العامة لنهاية العقود، أو الأسباب خاصة، فترجع لطبيعة هذا العقد كونه عقداً ينصبُّ على رعاية مجهول النّسب على وجه التبرع.

---

(١) هجيرة نشيدة مداني، حقوق الطِّفل بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، ٢٠١١م/ ٢٠١٢م، ص٩٢.

(٢)- نصت التعليمات التنفيذية لقانون الأحوال المدنية على: (٦...-يجري تصحيح نسبة مجهول النّسب على قيده في سجل الواقعات والسجل المدني أصولاً، ويشار إلى ذلك في حقل ملاحظات القيد. ٧-لا يجوز تصحيح اسم والد مجهول النّسب إلى اسم رب الأسرة الحاضنة بِعَدِّ التبني محرم شرعاً).

(٣) راجع الصفحة (٧٧) .

١: الأسباب العامة لانقضاء الكفالة.

ب-**انتهاء المدة التمهيدية للعقد:** كانت المادّة (٦) من القرار (٧٨٨) قد نصَّت على أن عقد الإلحاق يبرم لمدة سنتين تُجدد تلقائياً باتفاق الفريقين، إلا أنَّ مشروع القانون الجديد قد جعل مدة العقد التمهيدية خمس سنوات إذا كان عمر الطِّفل خمس سنوات فما دون، أما إذا كان قد تجاوز هذا السن، فإن الدار تبرم عقداً لمدة سنتين فقط، ليجري بعدها إبرام عقد دائم(١).

ب: **وفاة الكافل أو المكفول:** ينقضي عقد الكفالة وفق القواعد العامة بوفاة أحد طرفي العقد.

- **وفاة الطِّفل مجهول النّسب:** بوفاة المكفول ينقضي عقد الإلحاق، حيث إن محل هذا العقد وهو الرّعاية لمجهول النّسب تصبح منعدمة، فينقضي العقد تبعاً لذلك.

- **وفاة الكافل:** سواء أكان الكافل المرأة التي تتولى رعاية مجهول النّسب أم وفاة الزَّوجين معاً أو أحد الزَّوجين، وعدم تقديم الزَّوج الآخر طلباً للاستمرار برعاية مجهول النّسب من قِبل أقارب الكافل، وفق ما نص عليه مشروع القانون

---

(١) المادّة (١٦/ج) من مشروع قانون مجهول النّسب.

الجديد[١]، حيث إن عقد الإلحاق لا ينتقل للورثة على عدٍّ أن الانقضاء قد وقع بحكم القانون[٢].

في الواقع، إن استمرار الكفالة وانتقالها إلى بقية أفراد الأسرة لابد أن يؤخذ بالحسبان، كما أنَّ انتقال المكفول إلى دار الرّعاية من جديد أو انتقاله إلى كفالة جديدة، قد ينعكس عليه سلباً، لذلك لابد من منح استثناءات لبقية أفراد الأسرة الذين يرغبون في تولي الكفالة بعد وفاة ذويهم، وقد لحظت المادّة (٢٤) من المشروع الجديد هذه الناحية، فمنحت الأفضلية عند تعدد طلبات إلحاق الطِّفل بالأسرة لأقارب الأسرة التي تحصل لديها حالة وفاة أو طلاق، ولا تطالب باستمرار رعاية الطِّفل.

ج- **فقدان أهلية الكافل:** عقد الكفالة ينقضي مثل بقية العقود بفقدان أهلية الكافل أو نقصانها[٣].

د- بلوغ الطِّفل سن الرشد: تستمر حتى بلوغ الطِّفل سن الرشد، حيث يصبح مجهول النّسب قادراً على تولي أموره دون الحاجة إلى رعاية، وقد نصت المادّة

---

(١) نصت المادّة (٢٤) من مشروع القانون الجديد على: (أ-إذا تُوفي أحد الزَّوجين، فيحق للآخر التقدم بطلب إلى اللجنة لاستمرار برعاية الطِّفل، ويصدر الوزير قراره بالموافقة أو الرفض بناء على اقتراح اللجنة وفق ما تقتضيه مصلحة الطِّفل. ب-تسري أحكام الفقرة السَّابقة في حال انفصال الزَّوجين وطلب أحدهما الاستمرار برعاية الطِّفل، أما في حال تقدم كلاهما بطلبين للاستمرار بالرّعاية، فتكون الأفضلية لمن تكون لديه مصلحة أفضل للطفل مع مراعاة رغبة الطِّفل نفسه. ج- في حال عدم رغبة الأسرة باستمرار رعاية الطِّفل أو حدوث حالة طلاق أو وفاة وعدم المطالبة باستمرار رعاية الطِّفل يستطيع أي شخص من أقارب الأسرة السَّابقة التقدم بطلب لإلحاق الطِّفل، حيث تقوم اللجنة باتباع الإجراءات ذاتها المطبقة على طلب الإلحاق لأول مرة).

(٢) المادّة (٨٢) من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

(٣) المادّة (٢١) من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

(٦) من قانون رعاية اللقطاء على: (تقوم وزارة الشؤون الاجتماعيَّة والعمل بالولاية على نفس اللقيط حتى إتمام سن الثامنة عشرة)[١].

٢: فسخ عقد الكفالة:

يعد عقد الكفالة الذي تبرمه الدار من العقود التي يُراد بها تحقق مصلحة الطِّفل المكفول، فيجب على الدار أن تستقصي أوضاع مجهولي النّسب بعد إبرام العقد، حيث تقوم الدار بزيارات دورية، وكلما دعت الحاجة لمتابعة أوضاعه عند الكافل[٢]، وقد حدد المشرّع سواء أكان في القرار (٧٨٨) أم في مشروع قانون رعاية مجهول النّسب الحق لوزير الشؤون الاجتماعيَّة فسخ هذا العقد في الحالات الآتية:

ذ- إذا تبين أن مصلحة الطِّفل غير متحققة من استمرار عقد الكفالة.

ر- عدول طالب الكفالة عن رعاية الطِّفل.

ز- إخلال طالب الكفالة بالشروط المطلوبة لطلب الحضانة باستثناء شرط العمر.

س- عند طلب والد الطِّفل المكفول (مجهول النّسب) الذي ثبتت بنوّته له بموجب حكم قضائي، عودة الطِّفل إلى كنفه[٣]، حيث يجب وفق مشروع

---

(١) وهذا مطابق لنص التاسعة من مشروع قانون مجهول النّسب الفقرة أ – ب.

(٢) نصت المادّة (١٤) من القرار (٧٨٨) على: تقوم الدار أو الجمعية أو المؤسسة التي ترعى الأطفال مجهولي النّسب بتتبع أحوال الطِّفل لدى الجهة الحاضنة عن طريق الزيارات الدورية مرة كل أربعة أشهر، وكلما دعت الحاجة).

(٣) نصت المادّة (١٦) من القرار (٧٨٨) على: (لوزير الشؤون الاجتماعيَّة فسخ عقد الحضانة (الإلحاق) في إحدى الحالات الآتية:

١-إذا عدلت الجهة طالبة الحضانة عن تربية الطِّفل.

٢-إذا أخلت الجهة طالبة الحضانة بشروط الحضانة الواردة في هذا القرار.

القانون إخراجه من الدار قبل بلوغه سن الثامنة عشرة عندما يطلب والدا مجهول النّسب أو والدته التي ثبت النّسب منها أو من أحداهما بحكم قضائي[١]، وقد أضاف مشروع قانون رعاية مجهول النّسب إلى هذه الشروط[٢].

ش- طلب الأسرة إنهاء عقد الإلحاق وإعادة مجهول النّسب.

ص- انفصال الزَّوجين وعدم تقدم أي منهما بطلب استمرار رعاية مجهول النّسب.

ض- ثبوت تكرار مخالفة الأسرة بالتزاماتها المحددة في هذا القانون رغم التنبيه أو الإنذار الخطي الموجه إليها.

ط- ارتكاب الأسرة مخالفة جسمية لأحكام قانون رعاية مجهول النّسب.

ولابد من الإشارة إلى أن المشروع الجديد قد ميَّز بين الحالات التي تنتهي فيها الكفالة بقوة القانون، وهي: حالات وفاة الكافل، أو المكفول، أو عدول الكافل عن الكفالة، حيث جعل هذا الانقضاء بقرار من قِبل القاضي الشَّرعي وبين بقية الحالات التي جعل فيها انقضاء العقد بقرار من وزير الشؤون الاجتماعيَّة، وكان من الأولى أن يعهد أمر تقرير انقضاء هذا العقد بكل أسبابه للقضاء الشَّرعي، سيما أنَّ الحالات التي أعطى فيها المشروع الجديد

٣-إذا ثبت أن مصلحة الطِّفل غير متحققة لدى الجهة الحاضنة.

٤-إذا ظهر والد الطِّفل وأثبت بنوّته له بموجب قرار مبرم صادر عن المحكمة المختصة، وتقدم بطلب خطي يطلب فيه تسليمه الطِّفل).

(١) المادّة (٢٦) من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

(٢) المادّة ٢١/ب من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

لاختصاص لوزير الشؤون الاجتماعيَّة حالات وأسباب قد تحتاج إلى البحث والتفنيد يكون فيها القاضي الشَّرعي أجدر على مناقشتها.

وسواء أتم إنهاء العقد بقوة القانون أم بفسخه بقرار من قِبل وزير الشؤون الاجتماعيَّة والعمل، فإن المادّة (٢٢) من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب يرتب الآثار الآتية:

٤- تقوم إدارة الدار بالتنسيق مع لجنة الرّعاية الأسرية عند انتهاء الكفالة للأسباب العامة أو إنهائها باستعادة مجهول النّسب من الأسرة الراعية.

٥- يُعاد مجهول النّسب إلى الدار التي كان فيها قبل الإلحاق بنفس الحقوق والواجبات والميزات المتقدمة إلى أقرانه، حيث تتابع حالته النفسية والاجتماعيَّة دورياً؛ للتأكد من عدم حدوث أو تفاقم أي تأثيرات أو منعكسات سلبية لعودته إلى الدار، وتنتهي حكماً وصاية الأسرة على الطِّفل، كما تنتهي مسؤوليتها مدنياً عن أفعاله الضارة بالغير.

٦- لا يحق للأسرة الراعية ولا لورثتها مطالبة أي جهة كانت بأي مصاريف أو بدل أتعاب؛ لرعايتها مجهول النّسب خلال مدة الإلحاق لديها.

وعند امتناع الأسرة الكافلة عن تسليم الطِّفل، فإنها تتعرض للعقوبة التي نصَّ عليها مشروع قانون رعاية مجهول النّسب[1]، وهي الغرامة من (١٠٠٠٠٠) مائة ألف ليرة سورية وحتى (٢٥٠٠٠٠) مائتين وخمسين ألف ليرة سورية، والحبس من شهر إلى ستة أشهر.

---

(١) نصت المادّة ٢٨/ز من مشروع قانون مجهول النّسب على: يعاقب بالحبس من شهر على سنة، والغرامة من (١٠٠٠٠٠) مائة إلى (٢٥٠٠٠٠) مائتين وخمسين ألف ليرة سورية كل أسرة عهد إليها برعاية طفل بموجب عقد إلحاق نظامي، وامتنعت عن التسليم عند انتهاء العقد المذكور..

كما يجب على الكافل عند تعيينه وصياً على مجهول النّسب، فإن قانون الأحوال الشَّخصية يفرض عليه أن يقدم حساباً مؤيداً بالمستندات، كما يجب عليه تسليم الأموال التي لديه (لحساب مجهول النّسب) خلال مدة ثلاثين يوماً من انتهاء وصايته وفق ما ينص عليه قانون الأحوال الشَّخصية[١]، في أن يعيد الأموال التي تكون لمجهول النّسب وإلا لُوحق بجرم إساءة الأمانة.

يتميز عقد الكفالة بعدة خصائص التي تميزها عن غيرها من العقود:

ثالثاً: خصائص عقد الكفالة

تنفرد الكفالة بعدة خصائص تجعل منها نظاماً فريداً يولي تحقيق المصلحة الفضلى لمجهول النّسب في الرّعاية والتَّربية والتنشئة الصّحيحة، تتمثل أبرز هذه الخصائص في:

– أن رعاية مجهول النّسب والعناية به هي محل هذا العقد، أما سبب هذا العقد، فهو نية التبرع لدى الكافل، وقد عدَّ البعض أنَّ محل العقد هو مجهول النّسب، أما العناية به، فهي بسبب هذا العقد[٢].

---

(١) نصت المادّة (١٩) من قانون الأحوال الشَّخصية: ((كل وصي انتهت وصايته وامتنع دون عذر عن تسليم أموال القاصر لمن حل محله في الوصاية في المدة المحددة في المادّة السَّابقة، أحيلت قضيته إلى النيابة العامة بعد إنذاره بعشرة أيام لإقامة الدعوى عليه بإساءة الائتمان))

(٢) عارف مولاه عبد المهتدي، الرّعاية القانونيّة لمجهول النّسب، بحث علمي مقدم لنيل درجة الأستاذ لدى نقابة المحامين فرع حماه، ٢٠١٩م، ص٧٣ نقلاً عن أحمد عبد الدايم، مصادر الالتزام، جامعة حلب، ٢٠٠٥م، ص٤٣–٥٩.

- تعد الكفالة التزاماً على وجه التبرع من قِبل الكافل، فلا يترتب على المكفول أي التزام أو واجب بالمقابل[١]، وقد أكدته المادّة الأولى من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب عند تعريفها عقد الإلحاق، فقالت: (رعاية مجهول النّسب وتربيته والإنفاق عليه والاهتمام بشؤونه كافة ضمن أسرة من دون أن يترتب على ذلك أي حق في النّسب أو الإرث وينظم بعقد).
- الكفالة تولي المكفول نفس الرّعاية التي يوليها الأب لأبنائه.
- الكفالة تحمي الحقوق الإرثية، فهي لا تعطي المكفول أي نصيب من تركه الكافل بعد وفاته، وإن كانت الشريعة الإسلامية تسمح بأن يوصي الكافل للمكفول بأمواله، فهي مقيدة بحدود الثلث، وما يتجاوز عن الثلث يحتاج إذن الورثة وفق أحكام الوصية، وفي هذا السماح تأكيد على أنَّ المكفول ليس من ورثة الكافل الشَّرعيين، حيث إنه لا وصية لوارث[٢].
- تعد الكفالة من العقود المسماة، حيث نظمها المشرّع سواء أكان في القرار (٧٨٨) أم في مشروع قانون رعاية مجهول النّسب تحت مسمى: عقد الإلحاق الذي أفرد له أحكاماً وشروطاً تفصيلية.
- يعد عقد الكفالة من عقود الإذعان، حيث إن الإرادة هنا محددة بالموافقة على الشروط المفروضة من قِبل وزارة الشؤون الاجتماعيَّة التي لا تقبل المفاوضات، حيث يقتصر دور الإرادة إما على الموافقة وإما على الرفض دون أن يملك طالب الكفالة أي سلطة لمناقشة بنود العقد[٣].

---

(١) بيدويري كريمة، مرجع سابق، ص ٨، نقلاً عن عبد القادر قرموش، كفالة الأطفال المهملين (دراسة تحليلية نقدية لظهير ١٣ يونيو ٢٠٠٢م على ضوء أحكام مدونة الأسرة)، ط١، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، ٢٠٠٨م، ص٨٧.

(٢) نصت المادّة (٢٣٨) من قانون الأحوال الشَّخصية على: (١-تنفذ الوصية لغير الوارث بثلث ما يبقى من التركة بعد وفاء الدين من غير إجازة الورثة. ٢- ولا تنفذ للوارث ولا بما زاد عن الثلث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكان المجيز كامل الأهلية. ٣- تنفذ وصية من لا دين عليه ولا إرث له بكل ما له من غير توقف على إجازة أحد).

(٣) عارف مولاه عبد المهتدي، مرجع سابق، ص٧٣.

الخاتمة

يتضحُ لنا في هذه الدّراسة (المركز القانوني لمجهول النّسب) كيف أنَّ المشرّع السُّوري قد أولاه عناية خاصة سواء أكان من خلال تعريفه أم من أجل تبيان الحقوق التي يتمتع بها، وحل المشكلات التي تعتري أمر تطبيقها، والتي تشكل بمجملها الهوية القانونية له، وقد سعى المشرّع لتطوير النُّصوص القانونية لتحقيق رعاية قانونية واجتماعيّة لمجهول النّسب، لتعويضه عن حرمانه من أسرته الأصلية والآثار الناجمة عن ذلك، وقد تجلت أبرز النتائج التي توصلنا إليها في هذه الدّراسة في الآتي:

١- إنَّ المشرّع السُّوري عدل عن تسمية اللقيط إلى مجهول النّسب، سواء أكان ذلك في المرسوم التَّشريعي الذي أوجب استبدال كلمة (اللقيط) بـ (مجهول النّسب) أينما وردت في قانون الأحوال المدنية أم من خلال التأكيد على تسميته هذه في المشروع الجديد لقانون رعاية مجهول النّسب، وهو لا يعد بذلك تعديلاً من الناحية الشكلية، بل إنَّ له بُعداً عملياً يتجلى من خلال شمولية مفهوم (مجهول النّسب) للكثير من الصور كـ: الطِّفل الضال، والطِّفل الناتج عن علاقة غير شرعية، وصور جهالة النّسب الأخرى.

٢- إنَّ المشرّع السُّوري قد عنى بحماية (مجهول النّسب) بداية من التقاطه وآلية تسجيله في الأحوال المدنية، كما نظم مسألة الولاية عليه مع الإحالة في ذلك إلى ما ينص عليه قانون الأحوال الشَّخصية، كما نظم مسألة الإنفاق عليه، ومسألة تملكه لما يوهب إليه، أو يوصى إليه، أو ما يوجد معه حال التقاطه.

٣-تبنى المشرّع السُّوري نظام الكفالة كنظام قانوني لرعاية (مجهول النّسب) بعد أن منع التبني معتمداً في ذلك على ما تنص عليه الشريعة الإسلامية كمصدر تشريعي يرجع إليه عند خلو النص التَّشريعي، مع تطبيق هذا المنع على جميع السُّوريين بجميع طوائفهم.

٤-نجد أن المشرّع السُّوري بأخذه نظام الكفالة قد حقق التوازن بين ضرورة إيجاد أسرة بديلة تتولى رعاية مجهول النّسب، وبيَّن وجوب احترام نظام النّسب كأساس يُبنى عليه نظام العائلة في التَّشريع السُّوري.

٥-وقد سعى المشرّع إلى تطوير النُّصوص المُتعلِّقة بمجهول النّسب بما يوفّر المزيد لحماية المركز القانوني لمجهول النّسب وبلورته من خلال مشروع قانون رعاية مجهول النّسب والذي يعد إعادة تجميع النُّصوص القانونية المنثورة في المراسيم والقوانين السُّورية التي تتناول مجهول النّسب في القوانين والمراسيم التَّشريعية.

ومن التوصيات المقترحة في نهاية الدّراسة:

١- تشجيع الأسر على ضم مجهولي النّسب ضمن أسرهم من خلال نظام الكفالة، وذلك بإعطائهم معونات مالية شهرية تكفل الإنفاق على مجهولي النّسب، سيما أنَّ هناك كثيراً من العائلات التي ترغب في إلحاق أطفال بأسرهم ولا يملكون القدرة المالية لذلك.

٢- إذا كان المشرّع قد غيَّر التسمية من (لقيط) لـ (مجهول النّسب)، فإنَّه يتطلب أن تتعاون مؤسسات الدولة كافة لتغير نظرة المجتمع لمجهولي النّسب، وتصحيح التصور الخاطئ عنه بأنه ابن زنا أو لقيط، كونه لا يد له في جهالة

نسبه، وتأصيل القاعدة التي أسسها التَّشريع الإسلامي وهي: الإخوة المجتمعية: **(فإن لم تعلموا آبائهم فإخوانكم في الدين ومواليكم)**.

٣- إزالة الإشكال المتعلق بالبصمة الوراثية ودورها في إثبات النّسب من خلال نص تشريعي واضح يبين الحجية القانونية لها، ولا شك في أن النضج التَّشريعي لدور البصمة في إثبات النّسب إذا ما ترافق مع وجود قاعدة بيانات للبصمة الوراثية لأفراد الشعب السُّوري مع اتصاف هذه المعلومات بالسرية الكافية، بحيث لا يطلع عليها إلا القضاء، قد يساعد في معرفة أهالي مجهولي النّسب، مما قد يسهم في عودة هؤلاء إلى كنفهم إمَّا طوعاً وإمَّا محاسبتهم على تركهم وإهمالهم.

٤- إنشاء مراكز يتم فيها التخلي عن الأطفال من قِبل أمهاتهم، وقد يكون هذا الاقتراح مستهجن في بادئ الأمر، إلا أنَّه أفضل من أن يُترك الأطفال على الأبواب والطُّرقات مما يعرضه للخطر، مع ضرورة أن يترافق الأمر بأخذ معلومات عن المتخلي تتمتع بسرية، وهذا يساعد في استرجاع الطِّفل من قِبل ذويه لاحقاً بعد أن يصيبهم الندم أو تتحسن ظروفهم، وهذا يتطلب أن يلغى نص المادة (٤٨٦) من قانون العقوبات الذي يعفي الأم من العقاب عندما تُقدِم على ترك وليدها أو تسييبه صيانة لشرفها)، حيث إن المبرر لإعفاء الأم من هذه العقاب قد انتفى بوجود هذه المراكز التي تتمتع إجراءات التخلي فيها بالسرية.

٥- التَّشدد التَّشريعي في معاقبة الجرائم التي تؤدِّي إلى جهالة النّسب ورفع سقف العقوبة عليها، لما تلقيه هذه الجرائم من آثار سلبية على المجتمع بشكل عام والأطفال بشكل خاص.

٦- إلزام الأسر التي ترغب بالسفر بالأطفال المكفولين من قِبلهم في أن يودعوا كفالات مالية أو عقارية عند السفر بالمكفول لخارج القطر، وبعد أخذ موافقة من الوزير المختص يقدر فيها كل حالة على حدة، مع منع الموافقة على السَّفر بالمكفول بشكل دائم.

٧- إلزام الزاني بنسب الولد الناتج عن زناه، حتى لا يعد منع هذا النّسب نوعاً من المكافأة للزاني، وخاصة بالنّسبة لحالات الاغتصاب، وهذا يتطلب دراسة فقهية وقانونية لتأصيل هذا النّسب، ومدى تعارض هذا النّسب مع قاعدة الولد للفراش، حيث يكون هذا الإشكال عنواناً لدارسة مستقلة.

والحمد لله رب العالمين.

((المراجع))

المراجع العامة

القرآن وتفسيره:

٣- تفسير آيات الأحكام، محمد علي الصابوني، ط١، دار البيان العربي.

٤- جامع البيان عن تأويل القرآن المعروف بتفسير الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير، ضبط وتعليق شاكر محمود، ج٢١، ط١، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

الحديث النبوي:

١- الجامع الصّحيح المختصر (صحيح البخاري)، دار ابن كثير، بيروت، ط٣، تحقيق د. مصطفى البغا.

٢- سنن ابن ماجه، محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني، دار الفكر، بيروت، ج٢.

٣- صحيح مسلم، ،مسلم بن الحجاج الحسين القشيري النيسابوري ،تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ،دار إحياء التراث العربي.

٤- مسند الترمذي،الجامع الصحيح، محمد بن عيسى الترمذي السلمي،تحقيق أحمد شاكر وآخرون،دار إحياء التراث العربي.

٥- مسند الإمام أحمد، تحقيق شعيب الأرناؤوط وآخرون، مؤسسة الرّسالة.

٦- مسند الحاكم، محمد بن عبد الله أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٠م.

الكتب الفقهية التراثية:

٢٠- الاختيار لتعليل المختار، الموصلي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٠م.

٢١- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت.

٢٢- البهجة في شرح التحفة، أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤١٨ هـ، ١٩٩٨م، ط١.

٢٣- الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير، أبو عبد الله محمد بن حسن الشيباني، عالم الكتب بيروت.

٢٤- الحاوي في الفقه الشافعي، أبو الحسن الماوردي، دار الكتب العلمية.

٢٥- المبسوط للسرخسي، الناشر محمد أفندي المغربي.

٢٦- المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، عبد السلام بن عبدالله بن أبي قاسم بن تيمة الحراني، مكتبة المعارف.

٢٧- بدائع الصنائع، علاء الدين الكاساني، دار الكتاب العربي بيروت طبعة عام، ١٩٨٢، ج٦.

٢٨- حاشية رد المختار على الدر المختار لابد عابدين ج٤، دار الكتب العلمية بيروت.

٢٩- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، أركان النكاح.

٣٠- كنز العمال، علي بن حسام الدين المتقي الهندي، مؤسسة الرّسالة، بيروت ١٩٨٩م، ج١٥.

٣١- كشف القناع منصور بن يونس إدريس البهوتي دار الفكر، بيروت طبعة عام ١٤٠٣ هجري.

٣٢- كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، تقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الحصيني، تحقيق علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، دار الخير دمشق، ط١٩٩٤م.

٣٣- شرح تحفة الحكام، محمد أحمد ميارة، موقع الإسلام.

٣٤- شرح تحفة الحكام لابن عاصم بهامش البهجة في شرح التحفة للتسولي، مطبعة مصطفى محمد مصر ج٢، طبعة دار الفكر.

٣٥- شرح المنار لابن مالك.

٣٦- مغني المحتاج لابن قدامة المقدسي، دار الفكر، بيروت، ط١.

٣٧- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر بيروت.

٣٨- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، أبو عبد الله محمد بن محمد عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب الرعينين، مجلد الخامس، دار الكتب العلمية في بيروت، أبو عبد الله التاوري.

المراجع الحديثة:

١-الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، ط٢، دار السلاسل، الكويت.

٢-أحمد عيسى، الحماية القانونيّة لقوق القصر في التصرفات الواردة على المال الشائع.

٣-أحمد أحمد، موضوع النّسب في الشريعة والقانون، دار القلم، قطر، ط١.

٤-أحمد فرج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، جامعة بيروت العربيّة، كلية الحقوق، ١٩٩٨م، الدار الجامعية.

٥-إيناس عباس إبراهيم، رعاية الطفولة في الشريعة الإسلامية، كلية الدّراسات الإنسانية، جامعة الأزهر الشريف، دار البحوث العلمية للنشر والتوزيع، الكويت.

٦-توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشَّخصية لغير المسلمين، الدار الجامعية للطباعة والنشر،١٩٨٠م.

٧-خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الاحكام الفقهية، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة ٢٠٠٢م.

٨-زهير حرح، الحق في الحياة الخاصة، منشورات جامعة دمشق، مركز التعليم المفتوح، ط٢، ٢٠٠٥م/٢٠٠٦م.

٩-سعد الدين الهلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشَّرعية، مكتبة الكويت الوطنية، الكويت، ط١، ٢٠٠١م.

١٠-صفية الوناس الحسين، المؤتمر الدولي عن الرحمة في الإسلام، قسم الدّراسات كلية التَّربية، مجهول النّسب بين رحمة الإسلام والقانون الوضعي.

١١-عبد الرحمن الصابوني، المدخل لدراسة التَّشريع الإسلامي كلية الحقوق، دمشق منشورات جامعة دمشق، ١٩٩٩م/٢٠٠٠م.

١٢-عمر العبد الله، المدخل إلى علم القانون، كلية العلوم السياسية، منشورات جامعة دمشق ٢٠٠٩م /٢٠١٠م.

١٣-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الالتزام، دار النهضة العربيّة، القاهرة، ط٢.

١٥-عبد المنعم فرج الصده، مبادئ القانون، دار النهضة بيروت، طبعة ١٩٧٧م.

١٦-عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشَّخصية، ج٢ (الطَّلاق وآثاره) ط٨، منشورات جامعة دمشق،٢٠٠٠م/٢٠٠١م.

١٧-عبد المجيد المطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، دار النهضة العربيّة، عام ١٩٩٤م.

١٨-محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزّواج وآثاره، دار الفكر العربي، دمشق.

١٩-محمد أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، دار الفكر، دمشق، ط٢.

٢٠-محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية، بيروت١٩٨٣م، ط٤.

٢١-محمد حسين منصور، كلية الحقوق، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، جامعة الإسكندرية، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية.

٢٢ -محمد يوسف موسى، النّسب وآثاره، معهد البحوث والدّراسات العربيّة، ط٢، ١٩٦٧م.

٢٣-محمد قدري باشا، الفوائد العلية في الأحوال الشَّخصية، بقلم يوسف بن محمود الحاج أحمد، دار الشلاح، دمشق، ط١.

٢٤-محمد سعيد المجاهد، الأحوال الشَّخصية، دار الرّسالة العالمية، ط١،٢٠١٦م.

٢٥-مريم الدغستاني، اللقيط في الإسلام جامعة الأزهر، ط١، ١٩٩٢م.

٢٦-وهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط٢، ١٩٨٥م، دار الفكر.

٢٧-وهبة الزُّحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجمع الفقه الإسلامي، السعودية، ط١.

٢٨-يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربيّة للنشر، ط١.

المراجع الخاصة:

١٨- أنيس سكمة، إثبات النّسب بين مدونة الأحوال الشَّخصية والقانون ١٩٩٨م، رسالة تخرج من المعهد العالي للقضاء تونس، وزارة العدل التونسية، عام ٢٠٠٠م/٢٠٠١م.

١٩- بومجان سولاف، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، إثبات النّسب ونفيه وفقاً لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، الدفعة ١٦، عام ٢٠٠٥م/٢٠٠٨م، دار شروقي محترف.

٢٠- حميد وزكية، مصلحة المحضون في القانون المغاربية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بلقايد، تلمسان، ٢٠٠٥م.

٢١- خليفة جاب الله، التبني في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، ٢٠١٤م/ ٢٠١٥م.

٢٢- خالد خليفة السعد ويوسف القرضاوي، الاستلحاق والتبني، مكتبة وهبة للطباعة والنشر، مصر، ٢٠٠٠م.

٢٣- سعيدي زيدان أحكام اللقيط، دراسة تفصيلية، جامعة الجزائر كلية العلوم الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قسم الشريعة، تخصص أصول فقه، ٢٠٠٥م/ ٢٠٠٦م.

٢٤- صباطة سليمة، دور القضاء في حماية الحقوق المعنوية والمالية للطفل، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة أبو البكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، ٢٠١٥م/ ٢٠١٦م.

٢٥- صرصار محمد ومغربي نوال، الحماية الجنائية الموضوعية للطفل في التَّشريع الجزائري مذكرة مقدمة الاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص أسرة، جامعة مصطفى إسطمولي، معسكر كلية الحقوق والعلوم الأساسية قسم الحقوق، عام ٢٠١٦م/ ٢٠١٧م.

٢٦- عائدة اليرماني غربال، مصلحة الطِّفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية (تونس مثلاً)، رسالة لنيل شهادة الماجستير المتخصص في حقوق الطِّفل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة اللبنانية، ٢٠٠٥م/ ٢٠٠٦م.

٢٧- عارف مولاه عبد المهتدي، الرّعاية القانونيّة لمجهول النّسب، بحث علمي مقدم لنيل درجة الأستاذ لدى نقابة المحامين فرع حماه، ٢٠١٩م.

٢٨- علال أمال، التبني والكفالة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق.

٢٩- عريبي حسيبة ومحرز حنان، الحماية القانونيّة للطفل في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، جامعة الجيلالي بو نعامة خميس مليانة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، سنة ٢٠١٤م/ ٢٠١٥م.

٣٠- كاعو ليندة وإقدلان كهينة، نفي النّسب في قانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية وقانونية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة ،بجاية ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، عام ٢٠١٣م/ ٢٠١٤م.

٣١- محمد نبيل سعد الشاذلي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربيّة، القاهرة، ط٨٩، إثبات النّسب ونفيه وفقاً لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دار شروقي، ٢٠٠٥م.

٣٢- محمد أوشو، الولد غير الشَّرعي في القانون الغربي، الحماية والقصور، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، مكناس، ٢٠١٣م.

٣٣- منادي مليكة وبن زردة عبد العزيز، أحكام الأطفال مجهولي النّسب في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، اختصاص قانون الأسرة، جامعة د. الطاهر مولاي، سعيدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٤م / ٢٠١٥م

٣٤- هجيره نشيدة مداني، حقوق الطِّفل بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، ٢٠١١م/ ٢٠١٢م.

المجلات العلمية والمواقع الإلكترونية:

١- مجلة المحامون.

٢- مجلة المحقق الحلي العلوم القانونيّة والسياسية، العدد الرابع، السنة التاسعة، ٢٠١٧م فراس كريم شيعان وأسيل سليم عبد الكريم، تنازع القوانين في التبني، دراسة مقارنة، العراق.

٣-إبراهيم بن ناصر الحمود، مقال حول البصمة الوراثية على الموقع www.islamtoday.net.

٤-التَّشريعات الفرنسية المتعلقة بالتبني، يوم تأهيل للمراسلين الجدد إداري٢٢ مايو ٢٠١٣م. http://www.agence-adoption.fr/wp

٥-إثبات النّسب بالطرق العلمية البيولوجية الحديثة # http://droit٧.blogspot.com

٦- مقال حول حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب.

https//www.dossierfamille.com/famille/administrative-et-etat-civil/test-and-de-paternite-le-pretendu-pere-doit-etre-consentant٣٤٣١٨٣

الاجتهادات القضائية:

٣- القواعد القانونيّة الصادرة عن وزارة العدل، بسام دولة، وإدارة التَّشريع، دار الخير.

٤- مجموعة أحكام النقض في قضايا الأحوال الشَّخصية من عام ١٩٨٨م إلى ٢٠٠٤م، إعداد عبد القادر الآلوسي، المكتبة القانونيّة.

الفهرس

المقدمة.	١
المبحث التمهيدي: أسباب النّسب.....	٧
تمهيد.....	٧
تعريف النّسب.....	٧
المطلب الأول: الأسباب المنشئة للنسب.....	٨
أولاً: نسب الولد الناتج عن العلاقة الزَّوجية الصّحيحة (الولد للفراش).....	٨
ثانياً- شبهة الفراش.....	١٤
المطلب الثاني: الأسباب الكاشفة للنسب.....	١٦
أولاً-الإقرار بالنّسب.....	١٦
١-الإقرار على النفس.....	١٧
٢: الإقرار بالنّسب على الغير.....	٢٠
ثانياً: إثبات النّسب بالبينة.....	٢٢
ثالثاً: البصمة الوراثية.	٢٥
١: المفهوم العلمي للبصمة الوراثية.....	٢٥
٢:الحجية القانونيّة للبصمة الوراثية.....	٢٧
ب-حجية الإثبات بالبصمة الوراثية فيما بين الزَّوجين.....	٢٨
ب- الحجية القانونيّة للبصمة الوراثية تجاه أدلة إثبات النّسب الأخرى.....	٣٠
الفصل الأول: هوية مجهول النّسب.....	٣٣
تمهيد.....	٣٣
المبحث الأول: الحماية القانونيّة لمجهول النّسب في التشريع السُّوري.....	٣٥
المطلب الأول: مفهوم مجهول النّسب.....	٣٦
أولاً: تعريف مجهول النّسب.....	٣٦
ثانياً: صور مجهول النّسب.....	٣٨

المطلب الثَّاني: الأسباب الداعية لجهالة النّسب.....	٥٢
أولاً- الحروب والكوارث.....	٥٢
ثانياً- خطف الأولاد أو سرقتهم أو تبديلهم.....	٥٢
ثالثاً- تسييب الطِّفل.....	٥٤
رابعاً- تزوير سجلات الأحوال المدنية.....	٥٦
خامساً- كتم الهوية.....	٥٦
جريمة كتم الولادة.....	٥٨
سادساً- العجز عن إثبات نسب الطِّفل.....	٦٠
المبحث الثَّاني: الحماية المقررة لمجهول النّسب في التشريع السُّوري.....	٦٣
المطلب الأول: الشخصية القانونيّة لمجهول النّسب.....	٦٤
أولاً: الأهلية القانونية لمجهول النسب.....	٦٤
١- أهلية الوجوب.....	٦٤
٢-أهلية الأداء.....	٦٥
ثانياً: النيابة عن مجهول النّسب.....	٧١
١- الولاية على مجهول النّسب.....	٧١
٢- الوصاية على مجهول النّسب.....	٧٥
المطلب الثَّاني: الحقوق المقررة لمجهول النّسب.....	٨٢
تمهيد.....	٨٢
أولاً: الحقوق التي تمثل الحالة المدنية لمجهول النّسب.....	٨٢
١-حق مجهول النّسب في الاسم.....	٨٢
٢- حق مجهول النّسب في الجنسية.....	٨٥
٣- الدين الذي ينتمي إليه مجهول النّسب.....	٨٧
ثانياً: الحقوق المالية لمجهول النّسب.....	٨٩
١- الحق في النفقة.....	٨٩
٢- حق مجهول النّسب في الملكية.....	٩٢
الفصل الثَّاني: النظم البديلة لرعاية مجهول النّسب (التبني	٩٧

والكفالة).....	
تمهيد.....	٩٧
المبحث الأول: التبني في التشريع السُّوري.....	٩٩
أولاً: تعريف التبني.....	٩٩
ثانياً: تمييز التبني عن الأنظمة المشابهة له.....	١٠٢
١-تمييز التبني عن الإقرار.....	١٠٢
٢ – تمييز التبني عن الحضانة.....	١٠٤
ثانياً: منع التبني في القانون السُّوري.....	١٠٨
١: القاعدة القانونيّة المانعة للتبني في القانوني السُّوري.....	١٠٨
أ: تأصيل القاعدة القانونية.....	١٠٨
ب – شمولية القاعدة في منع التبني لجميع السُّوريين.....	١١٠
٢: حجج المعارضين للتبني.....	١١٤
المطلب الثَّاني: التبني في التشريع المقارن.....	١١٧
أولاً: شروط التبني.....	١١٧
١: شروط المتبني.....	١١٨
٢: شروط المتبنَّى.....	١٢٣
.٣: الموافقة على عقد التبني.....	١٢٦
ثانياً: الحكم بالتبني.....	١٢٩
١: المرحلة التحضرية لعقد التبني.....	١٢٩
٢: المرحلة القضائية (المصادقة على عقد التبني).....	١٢٩
ج: تسجيل حكم التبني.....	١٣١
٢: آثار حكم التبني.....	١٣٢
١: حق المتبنى في نسب متبنيه.....	١٣٣
٢-حق الولد المتبنى في التَّربية والإشراف.....	١٣٤
٣-الحقوق والواجبات المالية للمتبنى.....	١٣٥
ب -: انقضاء التبني.....	١٣٨
١: سحب التبني.....	١٣٩

٢- الرجوع عن التبني.....	١٤٠
المبحث الثَّاني: الكفالة.....	١٤٣
المطلب الأول: مفهوم الكفالة.....	١٤٣
أولاً: تعريف الكفالة.....	١٤٣
ثانياً: أنواع الكفالة.....	١٤٨
١: كفالة مجهول النّسب من قِبل الشَّخص الاعتباري.....	١٤٨
أ-المرحلة التحضيرية.....	١٤٨
ب: كفالة مجهول النّسب في دار الرّعاية.....	١٥١
أ: الشروط المطلوبة في كفالة المؤسّسات الأهلية.....	١٥٢
٣: التزامات دار الرّعاية.....	١٥٤
٢: الكفالة الأسرية.....	١٥٥
أ-شروط طلب الكفالة.....	١٥٦
٢- إجراءات الكفالة.....	١٦٣
المطلب الثَّاني: التزامات الكافل.....	١٦٦
أولاً- تربية الطِّفل المكفول.....	١٦٦
ثانياً-الإنفاق على الطِّفل المكفول.....	١٦٦
ثالثاً- منح المكفول لقب الكافل.....	١٦٧
ثانياً: انقضاء الكفالة.....	١٦٩
١: الأسباب العامة لانقضاء الكفالة.....	١٧٠
٢: فسخ عقد الكفالة.....	١٧٢
ثالثاً: خصائص عقد الكفالة.....	١٧٥
الخاتمة.....	١٧٧
المراجع.....	١٨١
الفهرس.....	١٩١

المبحث التمهيدي: أسباب النّسب.

يحتل النّسب أهمية كبيرة لدى الشعوب العربيّة، سواء أكان في حياة الأفراد أم الجماعات، حتى أن العرب كانوا في المعارك لا يرتضون المنازلة إلا ممن يكافئهم نسباً، بل إن النّسب كان من الدوافع لاختيار الزَّوجة، حيث ورد في الحديث الشريف، (تُنكح المرأة لأربع: لمالها، ولحسبها، ولجمالها، ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك).

وقد عُني المشرّع السُّوري بتنظيم النّسب، فنصَّ على أحكامه في قانون الأحوال الشَّخصية، كونه الحلقة التي تربط الولد بأبيه وجده، لذلك كان الداعي إلى إدراك مفهوم النّسب، وما الأسباب التي يثبت بها النّسب كي تكون الصورة جلية في معرفة مجهول النّسب؟

تعريف النّسب:

ذهبت المراجع اللغوية في تعريف النّسب بأنه القرابة، وقيل: هو في الآباء خاصة، وقيل: النّسبة مصدر الانتساب .[١]، فقال الله تعالى في سورة الأحزاب: **((ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله))**[٢].

ونسبة الشَّخص لعائلةٍ ما أو لأبيه لا تأتي دونما سبب، بل إن هناك نظاماً للقرابة وأسباباً ينشأ منها النّسب، وإذا كان المشرّع قد اكتفى بالولادة كطريق لنسبة الولد لأمه، فمتى جاءت المرأة بولد ثبت نسبه منها دون التوقف على أي شيء آخر من فراش أو إقرار أو بينة، وسواء أكانت هذه الولادة من عقد زواج صحيح أم فاسد أم شبهة أم حتى من سفاح[٣].

فإذا كانت الولادة تعد من الظواهر المحسوسة لارتباط المولود بوالدته، فهذا الارتباط يغشاه الغموض بالنّسبة للأب، الأمر الذي حدا بالمشرّع لوضع أسباب محددة لنسبة الولد إلى أبيه، وهذا ما سوف نفصله من خلال شرح أسباب النّسب في مطلبين: نخصص الأول منهما لبحث الأسباب المُنشِئة للنسب، بينما يبحث الثَّاني عن الأسباب الكاشفة له.

المطلب الأول: الأسباب المنشئة للنسب:

أولاً: نسب الولد الناتج عن العلاقة الزَّوجية الصّحيحة (الولد للفراش):

إنَّ الأصل الشَّرعي في ثبوت النّسب قاعدة الولد للفراش وهي مشتقة من قول النبي صلى الله عليه وسلم: (الولد للفراش وللعاهر الحجر)[٤]، ومعنى هذا

---

(١) ابن المنظور، لسان العرب، لبنان، دار صادر، تاريخ النشر (غير معروف) ط١،ج١، ص٧٥٥.

(٢) سورة الأحزاب، الآية ٤.

(٣) محمد سعيد المجاهد، الأحوال الشَّخصية، لبنان، دار الرّسالة العالمية،٢٠١٦م، ط١، ص٢٣٩.

(٤) إن الحادثة التي كانت سبباً لورود هذا الحديث (عن عائشة أنها قالت: اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم، فقال سعد: يا رسول الله، ابن أخي عتبة

الحديث: إنَّ الولد الناتج عن علاقة شرعية المتمثلة بالزّواج بين الأم والأب يُنسب بالضرورة للأب، فلا يجوز لأحد أن يدعي بنوَّته بحجة أنه جاء من مسافحة لوالدة الطِّفل، فهذا الزنا مهدور وغير معتبر في النّسب، وقد كان العرب قبل الإسلام ينسبون الولد للزاني، فجاء الإسلام وأبطل ذلك(١).

إن قاعدة الولد للفراش هي من القواعد المقررة في قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري، ذلك أنَّ السَّبب في اتصال الزَّوجين ببعضهما واختصاص كل منهما بالآخر هو عقد الزّواج، فإذا نتج عن هذا الاتصال والاختصاص فالاحتمال أنه منهما لا من غيرهما؛ لأنَّ الأصل حمل النَّاس على الصلاح، حتى يثبت العكس ويترتب على ذلك أن يلحق الولد بوالديه بالاعتماد على عقد الزّواج دون الحاجة إلى إقرارهما أو أي دليل آخر، لذلك كان النّسب يثبت من الرجل من صفة هذا الفراش الصّحيح وما لحق به(٢).

ويعرف الزّواج في اللغة: بأنه الاقتران والاختلاط،(٣) أمَّا في الاصطلاح، فهو عقد يفيد حل استمتاع الزَّوجين بعضهما ببعض على الوجه المشروع، ويجعل لكل منهما حقوقاً وواجبات تجاه الآخر(١).

بن أبي وقاص عهد إلي أنه ابنه، انظر إلى شبهه، وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله ولد على فراش أبي، فنظر رسول الله صلى الله عليه و سلم إلى شبهه، فرأى شبهاً بيناً بعتبة، فقال: هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر، واحتجبي منه يا سودة ابنة زمعة، قالت فلم ير سودة قط)، مسند الإمام أحمد، مصر، الناشر: مؤسسة قرطبة – القاهرة.

(١) خالد خليفة السعد ويوسف القرضاوي، الاستلحاق والتبني، مصر، مكتبة وهبة للطباعة والنشر، ٢٠٠٠م، ص ٢٢/٢١.

(٢) محمد أوشو الولد غير الشَّرعي في القانون المغربي (القصور والحماية) رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، المغرب، مكناس ٢٠١٣م، ص١٥ أيضاً، أحمد فرج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، جامعة بيروت العربيّة، لبنان، بيروت، الدار الجامعية ١٩٩٨م، ص ٢٤٧.

(٣) المنجد في اللغة العربيّة المعاصرة، دار الشرق، بيروت ، ٢٠٠٨ ط٣، ص ٢٤٥.

وقد عرفته المادّة (١) من قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري (الزَّواج: هو عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنّسب)، كما عرفته المادّة (٢٠) من قانون الأحوال الشَّخصية للمحاكم الإنجيلية في سورية ولبنان: (الزّواج: هو عقد يجري بين ذكر وأنثى يقصد به الاقتران الجنسي الطبيعي والاشتراك في المعيشة العائلية مدى العمر).

وقد وضع الفقهاء لعقد الزّواج بعض الشروط والأركان؛ لكي ينشأ الزّواج صحيحاً أشارت إليها المادّة (٤٧) من قانون الأحوال الشَّخصية السورية بقولها: (إذا توافرت في عقد الزَواج أركانه وشرائط التعاقد كافة كان صحيحاً)، وترتبت على هذا الزّواج جميع آثاره من: التوارث، والنّسب، وحرمة المصاهرة ...[٢]

لذلك، فإن عقد الزّواج يقسم بحسب توافر هذه الأركان والشروط أو تخلفها إلى:

١-**عقد الزّواج الصّحيح النافذ اللازم:** وهو العقد المستجمع لجميع أركانه وشروط انعقاده وصحته، ومن ثم يسمى بعقد نكاح صحيح لازم، أي: لا يجوز الاعتراض عليه بفسخه، فهو نافذ في مواجهة ولي النكاح الذي له حق الاعتراض عليه في العقد الموقوف، **وترتب على هذا العقد ثبوت النّسب وغيره من آثار عقد الزّواج**[٣].

---

(١) عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري، منشورات جامعة دمشق، كلية الشريعة، ١٩٩٣م/١٩٩٤م، ط٦، ج ١، ص٧٨.

(٢) نصت المادّة (٤٩) من قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري على (الزَواج الصّحيح النافذ تترتب عليه جميع آثاره من الحقوق الزَّوجية كـ: المهر، ونفقة الزَّوجة، ووجوب المتابعة، وتوارث الزَّوجين، ومن حقوق الأسرة كـ: نسب الأولاد، وحرمة المصاهرة).

(٣) نصت المادّة (٤٩) من قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري ((الزّواج الصّحيح النافذ تترتب عليه جميع آثاره من الحقوق الزَّوجية كـ: المهر، ونفقة الزَّوجة، ووجوب المتابعة، وتوارث الزَّوجين في حقوق كـ: نسب الأولاد، وحرمة المصاهرة)).

٢-عقد الزّواج الصّحيح النافذ غير اللازم: وهو عقد الزّواج الذي فقد شرط اللزوم، أي: يمكن فسخه أو الاعتراض عليه كأن يكون الزَّوج غير كفء[١].

٣-عقد الزّواج الموقوف: وهو الزّواج الذي تتراخى فيه أحكامه الشَّرعية، ويتوقف على الإجازة، ومثاله: عقد الزّواج الفضولي الذي يتوقف على إجازة الغائب، وعقد زواج الصغير الذي يتوقف على إجازة الولي.[٢]

٤-عقد الزّواج الفاسد: وهو وما عرفته المادّة (٤٨) من قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري ((كل زواج تم ركنه بالإيجاب والقبول واختلت بعض شرائطه فهو فاسد))، مثاله: الزّواج بغير شهود، وهذا الزّواج لا يرتب شيئاً من الأحكام قبل الدّخول، أما بعد الدّخول، فيثبت به النّسب والعدة وغيرها[٣]، وإلى ذلك أشار السرخسي في المبسوط بقوله: ((وأما النكاح الفاسد، فلا حكم له قبل الدّخول، أما بعد الدّخول، فيتعلق به أحكام منها ثبوت النّسب، ووجوب العدة، وهو حكم الدّخول في الحقيقة ...)[٤].

ويترتب على هذا الزّواج بأقسامه ثبوت النّسب، إلا أن هذا الثبوت قيَّده المشرّع الإسلامي بشروط لازمة، وهي:

---

(١) الاختيار لتعليل المختار، للموصلي، الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٨٠م، ج٣٠، ص٣٥، عبد المجيد المطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، مصر، القاهرة، مؤسسة المختار، عام ٢٠٠٤م، ط، ص٧٢.

(٢) المبسوط، السرخسي، ج٢، ص١٢٥بتصرف ج٥، ص٢١٠، دار المعرفة، بيروت، أيضاً الاختيار لتعليل المختار، مرجع سابق، ج٣، ص٣٢.

(٣) نصت الفقرة ب من المادّة (٥٠) من قانون الأحوال الشَّخصية بقولها: ((الزّواج الفاسد قبل الدّخول في حكم الباطل وتترتب على الوطء فيه النتائج الآتية:

أ.....

ب نسب الأولاد بنتائجه المبينة في المادّة (١٣٣) من هذا القانون))

(٤) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق،ج٢، ص٣٣٥.

أ-**أن يكون الزَّوج ممن يتصور الحمل منه،** بأن يكون بالغاً أو مراهقاً على الأقل، فإذا كان صغيراً لا يتصور الحمل منه، لا يثبت النّسب؛ لأنَّ هذه القرينة قاطعة على أن الحمل ليس منه، وهذا شرط كان محل اتفاق بين جميع الفقهاء[١].

ب-إمكانية التلاقي بين الزَّوجين:

اختلف الفقهاء حول تحقق هذا الشرط لثبوت النّسب، فذهب الحنفية إلى أن مجرد العقد وحده كافٍ لإلحاق النّسب بالزَّوج صاحب الفراش، فالحنفية لا يشترطون دخول الزَّوج بالزَّوجة لكي يُلْحِقوا ما تأتيه به الزَّوجة من أولاد، بل هم يكتفون بمجرد العقد[٢].

د-**أن تأتي الزَّوجة بالولد خلال ستة أشهر فأكثر من تاريخ الزّواج ولا تزيد عن مرور سنة من تاريخ الطَّلاق،** فقد اتفق الفقهاء على أن أقل مدة الحمل التي يثبت بها النّسب هي ستة أشهر من تاريخ الزّواج[٣]، وبهذا أخذ قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري بنص ٣/١٨٢ على أن (أقل مدة الحمل مائة وثمانون يوماً وأكثرها ثلاثمائة وخمس وستون يوماً).

٥-عقد الزّواج الباطل:

وهو العقد الذي اختل فيه ركن من أركانه أو شرط من شروط انعقاده، فقد نصت المادّة (٥٠) من قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري على أن ((الزّواج الباطل لا يرتب شيئاً من آثار الزّواج الصّحيح ولو حصل فيه دخول)).

---

(١) أبو زهرة، محاضرات في عقد الزّواج وآثاره، مكان النشر (غير معروف)، دار الفكر العربي تاريخ الطبعة (غير معروف)، ص ٨١، أيضاً أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص ٢٥١.

(٢) أبو زهرة، محاضرات في عقد الزّواج وآثاره، المرجع السَّابق، ص ٨١.

(٣) محمد أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، دار الفكر، دمشق، ط٢، ص٤٥١.

والحقيقة أن المحققين من فقهاء الحنفية لا يفرقون بين الزّواج الباطل والفاسد، وفي ذلك يقول الفقيه كمال الدين بن همام: (إن العقد الباطل والفاسد في النكاح سواء)، فالحكم واحد سواء أكان الخلل قد وقع في ركن العقد وهو ما يعبر عنه بالباطل أم كان الخلل في وصفه وهو ما يعبر عنه بالفاسد، فليس للنكاح إلا وجود قسمين: صحيح، وغير صحيح.

أثر عقد الزّواج الباطل:

إن عقد الزّواج الباطل لا يترتب عليه أي أثر؛ لأن أصل العلاقة بين الرجل والمرأة التحريم، حتى يوجد سبب شرعي ينقلها إلى الحل وهو عقد الزّواج الصّحيح، فإذا لم يوجد هذا العقد أو وجد غير مستوفٍ الأركان والشرائط فهو غير معترف فيه من قِبل المشرع ولا يترتب عليه أي أثر[١]، وفي ذلك نصت المادّة (٥٠) من قانون الأحوال الشَّخصية (الزّواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار الزّواج الصّحيح ولو حصل فيه دخول)، إلا أن الدخول قد رتب عليه المشرّع آثاراً، منها: النّسب، وهذا ما أكدته الفقرة الثَّانية من المادّة(٥١) سالفة الذكر بقولها: (....٢- وتترتب على الوطء فيه النتائج الآتية: أ . ..... ب . نسب الأولاد بنتائجه المبينة في المادّة (١٣٣) من هذا القانون...):

فهذه الواقعة المتمثلة بالدّخول هي السَّبب الحقيقي في ثبوت النّسب، فإذا حصل دخول حقيقي وجاء الولد بعد ستة أشهر فأكثر من تاريخ الدّخول يثبت النّسب من الزَّوج ولا يقبل النفي بعده، وهذه المدة تبتدئ من تاريخ الدّخول لا من تاريخ العقد، أما إن كانت الزَّوجة معتدة، فإن هذه المدة تمتد إلى سنة شمسية من تاريخ المتاركة أو التفريق، فيثبت نسب الولد الذي يأتي خلال هذه

---

(١) محمد أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ص١٤٩.

المدة،[١] وقد نص على ذلك قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري في المادّة (١٣٢) بقولها:

(١- المولود من زواج فاسد بعد الدّخول إذا ولد لمئة وثمانين يوماً فأكثر من تاريخ الدخول ثبت نسبه من الزَّوج.

٢- إذا كانت ولادته بعد متاركة أو تفريق لا يثبت نسبه إلا إذا جاءت به خلال سنة من تاريخ المتاركة أو التفريق).

ثانياً- شبهة الفراش:

الشبهة: ((هي ما يُشابه الشيء الثابت وليس بثابت في نفس الأمر))[٢].

فالموطوءة بشبهة هي التي زُفت إلى غير زوجها والموجودة ليلاً على فراشه إذا ادعى الاشتباه، فالرجل يمكن أن يطأ غير زوجته لحدوث خطأ في ذلك، وقد أوضح بعض المحدثين ذلك بقوله: (وقد يدخل الرجل بامرأة معتقداً أنها فراش صحيح له، ثم يظهر له أنه اشتبه عليه، وأنها ليست حلالاً له، فيكون ذلك وقاعاً منه بشبهة، وهذا له أثر وحكمة في ثبوت النّسب)[٣].

وقد قسم الإمام ابن عابدين شبهة الفراش إلى ثلاثة أنواع: وهي:

١- **شبهة في المحل:** كمن وطأ جارية ابنه ظناً منه أنها ملكه لحديث أنت ومالك لأبيك.

---

(١) محمد أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، المرجع سابق، ص٣٨٧.

(٢) حاشية رد المختار على الدر المختار، ابن عابدين، بيروت، دار الكتب العلمية، ج٤، ص١٨.

(٣) محمد يوسف موسى، النّسب وآثاره، معهد البحوث والدّراسات العربيّة، ط٢، ١٩٦٧م، ص١٢.

٢- **شبه اشتباه في الفعل:** مثال ذلك كمن يطأ امرأة زُفت إليه، ويقال له: إنها زوجتك، فهذا شبهة في الفعل الوطء.

٣- **شبهة في العقد:** أي أن يوجد العقد صورة لا حقيقة، كمن يعقد على أخته من الرضاع ويطأها دون علم منه.

وأن النّسب المتولد من كل هذه الشبهات ثابت إذا كان هناك دخول بالمرأة وكان الولد قد جاء بين أقل مدة الحمل وأكثرها، فيثبت نسبه من الواطئ وفق ما نصت عليه المادّة (١٣٣) من قانون الأحوال الشّخصية بقولها:(الموطوءة بشبهة إذا جاءت بولد ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها يثبت نسبه من الواطىء. ٢- متى ثبت النسب ولو بنكاح فاسد أو شبهة ترتب جميع نتائج القرابة، فيمنع النكاح في الدرجات الممنوعة وتستحق به النفقة من القرابة والإرث)

ولابد من الإشارة إلى أن المحكمة العليا في الجزائر ذهبت إلى عد الاغتصاب الثابت بحكم قضائي بأنه وطء بإكراه يكيف على أنه شبهة يثبت بها النّسب(١).

أن المشرع أعترف بنسب الطفل المتولد عن علاقة شرعية بين الرجل والمرأة، يستدل عليها بوجود الفراش الصحيح المتمثل بعقد الزواج أو شبهه، وأن وجود دلائل تكشف على نسب الطفل من الرجل، فهي لا تعدو أن تكون وسائل

---

(١) المحكمة العليا في الجزائر في القرار رقم (٦١٧٣٧٤) الصادر بتاريخ ١٩٩٣/١٢/١٥م، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد (١) لعام ٢٠١٢م، ص٢٩٧، نقلاً عن عريبي حسيبة ومحرز حنان، الحماية القانونيّة للطفل في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، الجزائر، جامعة الجيلالي بو نعامة خميس مليانة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة ٢٠١٤م/ ٢٠١٥م، ص١١.

كاشفة على وجود النسب الصحيح جاءت هذه القرائن والأدلة لتكشف وجوده لذلك سوف ندرس هذه الأدلة في المطلب الثاني.



المطلب الثاني: الأسباب الكاشفة للنسب:

ذكر المشرّع طرقاً محددة للكشف عن النّسب، وهذه الطرق المتمثلة بـ: الإقرار، والشَّهادة، والبصمة الوراثية، وتعتبر هذه الأسباب أدلة كاشفة على وجود النسب الصحيح.

أولاً–الإقرار بالنّسب:

عرَّفت المادّة (٩٣) من قانون الإثبات المصري الإقرار بأنه: (هو إخبار الخصم أمام المحكمة بحقٍ عليه للآخر)[١].

أما الإقرار بالنّسب، فيعرف أنه إخبار الشَّخص بوجود القرابة بينه وبين شخص آخر[١]، ويأتي الإقرار بالنّسب في المرتبة الثَّانية في إثبات النّسب بعد

(١) كما أشارت المادّة (٩٤) من ذات القانون إلى الإقرار القضائي (اعتراف الخصم أو من ينوب عنه نيابة خاصة، بواقعة قانونية مدعى بها، وذلك أمام القضاء أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة).

الفراش الصّحيح، ويعد من الطرق الكاشفة لوجود النّسب، ذاك أن المقر لا ينشأ هذا الحق إنما يخبر ويكشف عن وجوده.

والإقرار بهذه القرابة يأتي على نوعين:

١-الإقرار على النفس (الإقرار المباشر): وهو إقرار ليس فيه تحميل على الغير، ومثاله: أن يقر الأب بنسب الولد منه أو يقر الابن بالوالد.

٢-الإقرار بالنّسب على الغير كالإقرار بالإخوة[٢].

١-الإقرار على النفس:

يُشترط لصحة الإقرار بالنّسب على النفس شروط محددة، وهي:

أ- **مصادقة الواقع بأن يولد للمقر ولد في مثل المقر له،** فقد نصت المادّة ١/١٣٤ من قانون الأحوال الشَّخصية على: (الإقرار بالبنوّة ولو في مرض الموت لمجهول النّسب يثبت به النّسب من المقر إذا كان فارق السن بينهما يحتمل هذه البنوة)، بحيث يكون فارق السن بينهما يحتمل ذلك، أما إذا كان المقر له في سن مساوياً لسن المقر له، فلا يثبت النّسب من هذا الإقرار، وهذا الشرط ضروري لعدم معارضة الإقرار للواقع، فلو خالف الواقع، لكان الإقرار

---

(١) بومجان سولاف، إثبات النّسب ونفيه وفق تعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، دار شروقي، ٢٠٠٥م، ص٢٥. نقلاً عن محمد نبيل سعد الشاذلي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، والقرابة إما أن تكون قرابة مباشرة: وهي الصلة بين الأصول والفروع لدرجة واحدة كـ: البنوة، والأبوة، والأمومة، أو غير مباشرة: وهي قرابة الحواشي الذين يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهما فرعاً من الآخر كالأخوة والعمومة.

(٢) وهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط٢، ١٨٩٥م،ج٧، ص ٦٩٠، أيضاً، عبد الرحمن الصابوني، شرح الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ج٢، ص١٧٥.

كاذباً كما لو أقر شخص عمره ثلاثون ببنوة شخص عمره أربعون، فهذا الإقرار لا يصح لمخالفته الواقع[١].

فإذا أقر أكثر من شخص ببنوة الطفل لا يثبت الإقرار؛ لأنه إذا تعارضت الإقرارات لم يكن إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر[٢]، فإذا تعارض الإقرار مع إقرار آخر أو دليل آخر لثبوت النّسب، فلا يثبت الإقرار، ولا يقبل لوحده لثبوت النّسب دون دليل يرجحه.

ب- **أن يكون المقر له مجهول النّسب:** إنَّ الإقرار بالنّسب لا يكون إلا لمجهول النّسب، ومجهول النّسب عند الحنفية هو الذي لا يُعْلَم له أبٌ في البلد الذي وُلِد فيه، فإذا كان المقر له معروف النّسب، فإن هذا الإقرار لا يصح.

وقد استثنى الفقهاء الولد الملاعن، فهذا لا يصح ادعاء نسبه أو إلحاقه بغير الأب الملاعن، لاحتمال رجوع أبيه الملاعن، وتكذيب نفسه فيما ادعاه، بأن الولد ليس منه[٣].

ج: **مصادقة المقر له على الإقرار:** لا بد أن يصادق مجهول النّسب على الإقرار، فقد اشترطت المادّة (١٣٥) من قانون الأحوال الشَّخصية بنصها: (إقرار مجهول النّسب بالأبوة أو بالأمومة يثبت به النسب إذا صادقه المقر...) إذا كان أهلاً للمصادقة، أي: إذا كان بالغاً عاقلاً عند الجمهور، ومميزاً عند الحنفية؛ وذلك لأن الإقرار حجة قاصرة، فلا تتعدى إلى غير المقر إلا بدليل أو

---

(١) عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص ١٧٥.

(٢) أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ص ٣٩٧ أيضاً وهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج٧، ص ٦٩١.

(٣) وهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج٧، ص ٦٩١، أيضاً أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ص ٣٩٧.

بمصادقة الغير، أما إذا كان المقر له لا يتمتع بالأهلية اللازمة للإقرار كما لو كان صغيراً أو مجنوناً فلا تشترط المصادقة[١].

د: **ألا يكون في الإقرار حمل النّسب على الغير سواء أكذبه المقر له أم صدقه:** فالإقرار حجة قاصرة على المقر لا تتعدى على غيره، فالإقرار على الغير إما شهادة أو دعوى، وشهادة الفرد فيما لا يطلع عليه الرجال غير مقبولة، وهذا الادعاء المقر به ليس بدليل [٢].

هـ: **ألا يذكر أنه ولد من زنا:** لأنَّ الزنا لا يصلح أن يكون سبباً لثبوت النّسب لتعارضه مع قول النبي صلى الله عليه وسلم: (الولد للفراش وللزاني الحجر).

لا بد من الإشارة أنَّ فقهاء الحنفية قالوا بأن الإقرار بالنّسب يصح دونما الحاجة إلى بيان سببه، فلو سكت المقر دون أن يبين سبب العلاقة بينه وبين ولده، فيحمل على أن السَّبب شرعي صحيح، كأن يكون الرجل قد تزوج سراً بأم الولد وأخفى زواجه لأمرٍ ما، بل إنَّهم ذهبوا أكثر من ذلك، وقالوا بثبوت النّسب بالإقرار ودون الحاجة لبيان السَّبب الذي يقوم عليه النّسب حتى وإن كان الظّاهر يكذب هذا الادعاء، فهم مدفوعون لهذا الرَّأي بمبررات عدة منها: حمل النَّاس على الصلاح، وإنقاذ لنسب الطِّفل[٣].

بينما لم يوافق المالكية على هذا الرَّأي، فلم يكتفوا لثبوت النّسب بالإقرار المجرد، بل إنهم اشترطوا لصحة الإقرار ألا يكذبه الظّاهر، كأن يكون الولد

---

(١) أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، المرجع سابق، ص٤٠١، أيضاً، وهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج٧، ص ٦٩١.

(٢) وهبة الزُّحيلي ، الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج٧، ص ٦٩١.

(٣) عبد الرحمن الصابوني ، شرح قانون الأحوال، مرجع سابق، ج٢، ص١٧٦.

لقيطاً لم يبين المقر بنسبه سبباً معقولاً لهذا النّسب، أو أن يكون الطِّفل قد وجد في بلاد لم يدخلها المقر بحياته[١].

ويترتب على الإقرار الصّحيح جميع آثار النّسب، فتكون للولد جميع الحقوق، وتترتب عليه جميع الواجبات، كما أن هذا النّسب الناتج عن الإقرار لا يقبل الانفكاك، فإذا أقرَّ شخص لطفل غير مميز بالنّسب وثبت نسبه بذلك، فلا يصح تكذيبه من قِبل الصغير إذا بلغ سن الرشد؛ لأن النّسب متى ثبت لا يقبل الإبطال[٢].

وبقي أن نشير أنه كما يثبت نسب الولد من الرجل الذي يقر ببنوته، كذلك يثبت نسب الولد من المرأة التي تقر بأمومته في تحقق الشروط التي سبق ذكرها.

٢: الإقرار بالنّسب على الغير:

أ- إقرار الزَّوجة

إن إقرار المرأة ببنوة شخص يصح إذا استوفت الشروط اللازمة للإقرار على النفس، فإذا كانت متزوجة، فلا يثبت نسب الولد من هذا الزَّوج إلا إذا أقرَّ وصادقَ على هذا الإقرار، فقد نصت المادّة ٢/١٣٤ من قانون الأحوال الشَّخصية على: (إذا كان المقر امرأة متزوجة أو معتدة لا يثبت نسب الولد من زوجها إلا بمصادقته أو بالبينة) فإذا أنكر الأب هذا الولد، فلا يكفي إقرار

---

(١) عبد الرحمن الصابوني، المرجع سابق، ص١٧٦، وأيضاً أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ص٤٥٤.

(٢) عبد الرحمن الصابوني المرجع السابق، ص١٧٧.

الزَّوجة لثبوت نسب الولد منها ومنه، بل لابد لها من إقامة الدليل لإثبات الزَّوجية بينهما، ثم لإثبات نسب الولد(١).

ب- إقرار الحواشي:

قد يكون الإقرار بالنوع الثَّاني من القرابة، وهي قرابة الحواشي، كـ: الإقرار بالإخوة والعمومة، فإذا قال شخص: هذا أخي، كان ذلك إقراراً بالنّسب على أبيه؛ لأن معناه هذا ابن أبي، وإذا قال: هذا عمي، كان هذا إقراراً بالنّسب على جده؛ لأن معناه هذا ابن جدي، وقد أشار المشرّع السُّوري إلى هذا الإقرار في المادّة (١٣٦) من قانون الأحوال الشَّخصية بقوله: (الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه).

وقد اشترط القانون السُّوري لِعَدِّ هذا الإقرار سارياً في حق الغير تصديقه، فهذا الإقرار غير المباشر لا يصلح وحده لثبوت النّسب في حق الغير، بل يجب مصادقة الغير فضلاً عن شروط الإقرار السَّابقة، وعند ذلك لا يكون لإقرار المقر أي أثر في ثبوت النّسب، إنما النّسب يثبت بمصادقة الغير على هذا الإقرار الذي يعده بدوره إقراراً مبتدئاً(٢).

ويترتب على الإقرار غير المباشر نوعان من الآثار:

١-النّسب: وهذا لا يترتب إلا بالمصادقة أو البينة.

٢-الآثار المالية: فإذا مات الأب في المثال السَّابق، فإن المقر له يشارك المقر في حصته من التركة، أما بقية الورثة، فتبقى حصصهم كاملة ما دام أنهم لم يصادقوا على إقرار المقر، ولم يصادق أبوهم على هذا الإقرار.

---

(١) عبد الرحمن الصابوني، مرجع سابق، ج٢، ص١٧٩.

(٢) بومجان سولاف، مرجع سابق، ص ٢٧.

كما أنه يستحق النفقة من مال المقر في حال احتاج إليها وتوافرت شروطها، وإذا مات المقر دون وراث استحق المقر له كامل تركته في حال توافرت الشروط الآتية:

أ- عدم ثبوت نسب المقر له بالنّسب من الغير المقر عليه.

ب-عدم رجوع المقر له عن الإقرار.

ج-ألا يتوافر في المقر له مانع من موانع الإرث.

د-حياة المقر له عند وفاة موت المقر أو عدّه ميتاً.

وهذه الشروط نصَّ عليها قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري في المادّة (٢٩٨): (إذا أقر شخص بالنسب على غيره لمجهول النسب استحق المُقِر له التركة بالشرائط الآتية:

١- ألا يثبت نسب المقر له من المقر عليه.

٢- ألا يرجع المقر عن إقراره.

٣- ألا يقوم به مانع من موانع الإرث.

٤- أن يكون المقر له حياً وقت وفاة المقر أو وقت الحكم بِعدّه ميتا).

ثانياً: إثبات النّسب بالبينة:

تعد البينة إحدى طرق إثبات النّسب القانونيّة، وقد نصت المادّة (١٢٨) من قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري على: (يثبت النّسب بالزّواج أو الإقرار أو البينة)، ولابد من أن نوضح أنَّ للبينة مدلولين:

المدلول العام للبينة: ويقصد به الحجة والبرهان[١]، وقد أكد المشرّع المصري هذا المعنى للبينة في المادّة (١) من قانون الإثبات الذي عُرّفت فيه البينة

(١) بومجان سولاف، مرجع سابق، ص٣٣.

بأنها: (هي أي وسيلة يتم بها إثبات أو نفي أي تصرف أو واقعة بدعوى أمام المحكمة....).

المدلول الخاص للبينة (الشَّهادة): التي تعرف بأنها قيام شخص من غير خصوم الدعوى بالإخبار أمام القضاء عما أدركه بحاسة من حواسه، كـ: السمع أو البصر بشأن الواقعة المتنازع عليها، وقد أكد صياغة المادّة (١٢٨) من قانون الأحوال الشَّخصية السَّابقة الذكر هذا المعنى الخاص للبينة، فهذه المادّة عددت الطرق التي يثبت بها النّسب، وأشارت إلى البينة بمعنى الشَّهادة كطريق مستقل لإثبات النّسب؛ لأن البينة بالمدلول العام تستغرق جميع طرق الإثبات، وعلى هذا فلو ادعى أحدهم النّسب من شخص كما لو ادعى البنوة أو الأبوة وأنكر المُدَّعى عليه دعواه فلجأ لإثبات دعواه بالشَّهادة، لقبلت منه.

ويعد إثبات النّسب بالشَّهادة أقوى من ثبوت النّسب بالإقرار، فالإقرار هو حجة قاصرة على المقر بينما الشَّهادة هي حجة متعدية لا يقتصر أثرها على المُدَّعَى عليه، كذلك أن النّسب الذي ظهر بالإقرار غير مؤكد؛ لأنَّه يحتمل البطلان بالبينة[١].

نصاب الشَّهادة: يختلف نصاب الشهادة فيما إذا كان النزاع يدور حول واقعة الولادة أم يتعلق بتعيين المولود:

إذا اختلف الزَّوج مع زوجته في وقت الولادة كأن تدعي الزَّوجة بأن الولادة قد تمت في وقت محدد وأنكر الزَّوج حدوثها، أو قد يكون الخلاف في تعيين المولود كما لو ادعت أن المولود هو ذلك الولد وأنكر الزَّوج فما هو النصاب المعتبر من الشهود اللازم لإثبات الدعوى؟

---

(١) وهبه الزُّحيلي، الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج٧، ص٦٩٥.

ذهب أبو حنيفة وأصحابه وأحمد بن حنبل بأنه يكفي لإثبات الولادة أو المولود شهادة القابلة؛ لأن النّسب ثابت بوجود الفراش والولادة، واكتُفي بشهادة القابلة (الطبيب) من غير اشتراط العدد،

وبذلك أشارت المادّة (٣٤٨) من مجلة الأحكام إلى ذلك: ((إذا ادعت الزوجة المنكوحة الولادة وجحدها الزوج تثبت بشهادة امرأة مسلمة حرة عادلة، كما لو أنكر تعيين الولد، فإنه يثبت بتعيينه بشهادة القابلة المتصفة بما ذكر))[١].

بينما اشترط الإمام مالك شهادة امرأتين واشترط الشافعي شهادة أربعة إذا كان الخلاف حال قيام الزَّوجية[٢].

أما بعد انقضاء الزَّوجية سواء أكان بوفاة الزَّوج أم بالطَّلاق، وقد أنكر الزَّوج أو الورثة الولادة أو اختلفوا في تعيين المولود (إذا لم يقر الورثة أو الزَّوج بالحمل أو لم يكن هذا الحمل ظاهراً)، فلابد من ثبوت الشَّهادة النصاب الكامل للشهادة عند أبي حنيفة، وهي شهادة رجلين أو لرجل وامرأتين، وحجته في ذلك أن الرابطة الزَّوجية انقضت بالعدة وانقضت معها جميع علائقها وأصبحت الزَّوجة أجنبية، ودعوى ثبوت النّسب من أجنبي لابد لها من النصاب الكامل[٣]، فنصت بذلك المادّة (٣٤٩) كم مجلة الأحكام الشَّرعية على: ((إذا ادعت معتدة الطلاق الرجعي أو البائن أو معتدة الوفاة، الولادة لأقل من سنتين

---

(١) محمد قدري باشا، الفوائد العلية في الأحوال الشَّخصية، المحامي محمد مهر الشقفة، مجموعة قوانين الأحوال الشَّخصية، دمشق، مؤسسة النوري،١٩٩٦م، ط (لا يوجد)، ص١٥٩.

(٢) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية مرجع سابق، ص٤٦١.

(٣) محمد أبو زهرة، المرجع السابق،٤٦٢

من وقت الفرقة وجحدها الزَّوج، أو الورثة، فلا تثبت إلا بحجة تامة ما لم يكن الزَّوج أو الورثة قد أقروا بالحبل أو كان الحبل ظاهراً غير خافٍ ...))[١]

بينما ذهب الصاحبان بأن الولادة تبقى ثابتة بشهادة القابلة؛ لأن الزّواج وآثاره باقية في عدة الطَّلاق أو الوفاة، والزَّوجة عند الولادة لم تكن أجنبية، بل هي قد ولدت، وهي ما تزال على فراش الزَّوجية، فيُكتفى بشهادة القابلة، أما إن سبق الولادة إقرار بالحمل أو كان الحمل ظاهراً، فيُكتفي أبي حنيفة بيمين الزَّوجة دون الحاجة لشهادة القابلة بينما اكتفى بالإخبار عند الصاحبين.

أما إن كان الخلاف في المولود لا في الولادة وحدوثها، فقد أتفق الصاحبان والإمام أبي حنيفة على الاكتفاء بشهادة القابلة وبذلك أخذت مجلة الأحكام العدلية في المادة السابقة الذكر[٢].

ثالثاً: البصمة الوراثية:

تعد البصمة الوراثية من المستجدات العلمية الحديثة، وقد اختلفت الاتجاهات الفقهية الحديثة حول الاعتماد والاستفادة منها في مجال إثبات النّسب، وكانت الدول الأوربية في مقدمة الدول التي اعتمدت على نظام البصمة الوراثية، وتلتها في ذلك الدول العربيّة، ومن ضمنها القانون السُّوري في تعديله الأخير لقانون الأحوال الشَّخصية، لذلك كان من المستوجب بدايةً التعرف على نظام البصمة، ومن ثم التطرق إلى حجيتها كدليل من أدلة الإثبات.

١: المفهوم العلمي للبصمة الوراثية:

---

(١) محمد قدري باشا، المرجع السَّابق، ص١٥٩.

(٢) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص٤٦٣.

– تعرف البصمة في اللغة بأنها العلامة، وهو مأخوذ من البصم، وهي البصمة أثر الختم بالإصبع[١].

والوراثة: هو علم يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل إلى آخر، وتفسير الظواهر المتعلقة بذلك.[٢]

والبصمة الوراثية في معناها الاصطلاحي: هي العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الأصول إلى الفروع، أي: إنها المادّة الحاملة للعوامل الوراثية والجينات في الكائنات الحية،[٣] وتعد النواة الموجودة في كل خلية في جسم الإنسان ما عدا كريات الدم الحمراء مستودع المادّة الوراثية التي توجد على الكروموزمات أو الصبغيات التي تختلف من كائن إلى آخر، وعددها عند الإنسان (٤٦) كروموزم خلافاً للكروموزمات الجنسية[٤]، وبذلك كل كروموزوم من سلسلة من المادّة الوراثية ADN يعرف الحامض النووي الريبوزي اللاأوكسجيني ويتركب من قواعد: الأدنتين(A)، والتاميين (T)، والجوانتين (G)، والسانتوزين (C)، فضلاً عن السكر الخماسي والفوسفور، وبعد اتصال هذه القواعد مع بعضها تتكون ADN تلتف على شكل سلاسل حلزونية [٥]

---

(١) المعجم الوسيط ـ معجم الوسيط، إبراهيم مصفى وأحمد الزيات وآخرون، دار الدعوى، تحقيق مجمع اللغة العربيّة، ج٢، ص٦٠.

(٢) إثبات النّسب بالطرق العلمية البيولوجية الحديثة، ص ٤١، http://droit٧.blogspot.com

(٣) سعد الدين الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشَّرعية، الكويت، مكتبة الكويت الوطنية، ٢٠٠١م، ط١، ص٢٥.

(٤) إبراهيم بن ناصر الحمود، مقال حول البصمة الوراثية على الموقع www.islamtoday.net.

(٥) إثبات النّسب بالطرق العلمية البيولوجية الحديثة، مرجع سابق، ص ٤١، نقلاً عن عصام أحمد البهيجي، تعويض الأضرار الناتجة عن تطبيقات الهندسة الوراثية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية، دار الجامعة الجديدة للنشر طبعة ٢٠٠٦م، ص٣٣.

مُشكِّلةً سلسلتين ملتويتين، تمثل إحدى السلسلتين الصفات الوراثية للأب، أما الثَّانية، فهي تشكل الصفات الوراثية من الأم، ومن مجموع هذه السلسلتين يتميز الإنسان بصفات تميزه عن غيره، وهو ما يسمى بـ: "الشيفرة الوراثية".

أما عن كيفية استخدام الهندسة الوراثية في مجال إثبات النّسب ونفيه، فإن المادّة الوراثية للطفل تتكون من الأبوين مناصفة، فالعدد الصبغي والكروموزمات الموجودة في كل خلية من خلايا الطِّفل هي ستة وأربعون، ثلاثة عشرون من نطفة الأب وثلاثة وعشرون من بويضة الأم، ولإثبات نسب طفل من أب محدد أو أم محددة يدعي أحدهما أو كلاهما نفي أو إثبات نسبه منه، فنأخذ عينات كل من الأب والأم المزعومين والطِّفل لإجراء المطابقة فيما بينهما، فإذا كان أحد هذه الوالدين والداً لهذا الطِّفل فإن نصف الADN الطِّفل سوف تكون متطابقة مع الـADN الأب، كذلك الأمر بالنّسبة للأم، أما عندما يختلف الـADN للطفل مع الـADN الأبوين، فإنهما قطعاً ليسا والدي الطِّفل، وبهذا يمكن نفي نسب الطِّفل من هذين الأبوين[١].

٢:الحجية القانونيّة للبصمة الوراثية:

يحتل إثبات النسب بواسطة البصمة الوراثية مكانة مهمة في التشريع الفرنسي حيث سمح المشرع الفرنسي إجراء البحث عن الأبوة عن طريق اختبار الحمض النووي بالنسبة للأب الذي لم يكن له مع الأم رابطة زواج والذي لم يعترف على الطفل عند الولادة [٢]، وكذلك فعل المشرع التونسي عندما جاء بالفصل

---

(١) إبراهيم بن ناصر الحمود، المرجع السَّابق، ص٤٨.

(٢) ولابد أولاً أن تتم الاختبارات في مختبرات وافقت عليها المحكمة وثانياً موافقة الطرف المعني بإجراء الخبرة عليه حيث لا يمكن القيام هذا الاختبار قبل موافقة الطرف المستهدف الصريحة بناء

الأوّل من قانون ٢٨ أكتوبر ١٩٩٨ المتعلّق بإسناد اللّقب العائلي للأطفال المهملين ومجهولي النسب حيث نص:" يمكن للأب أو للأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصّة لطلب إسناد لقب الأب للطفل الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أنّ هذا الشخص هو أب ذلك الطفل. "وهذا يقود إلى الاعتراف بالطفل غير الشرعي وهذا ما عارضه المشرع السوري الذي حصر ثبوت النسب بالطرق الشرعية وفق ما نص عليه في المادة ١٢٨ من قانون الأحوال الشخصية (يثبت النّسب بالزواج والإقرار والبينة) حيث جعل المشرع السوري وسائل إثبات النسب المذكور محصور بالنسب الشرعي الناتج على الزواج

ونظرا للتطور العلمي للبصمة الوراثية فقد نص المشرع السوري في تعديله لقانون الأحوال الشَّخصية الصادر بالقانون رقم(٤) في العام ٢٠١٩م في ٢/١٢٨ منه على:

على استدعاء المحكمة، حيث يمكنه رفض إجراء هذه الخبرة ولا يمكن إجباره على القيام بالاختبار إلا أن رفضه يمكن يعتبر بمثابة اعتراف بالأبوة ما لم يتمكن من نفي هذه الأبوة (بإثبات العقم مثلا)، وقد اشتهرت في هذا المجال الحكم الصادر عن القضاء الاسباني الذي قضى بثبوت أبوة المغني خوليو إيغليسياس لأحد الأطفال، بعد أن ادعت أم الطفل أن المغني قد أقام علاقة معها في عام ١٩٧٥ أثناء حفل موسيقي وعلى الرغم من أنكار المغني ورفضه القيام بأي اختبار للحمض النووي ،تمكن أحد المخبرين من الاقتراب من أحد أبناء المغني بينما كان الأخير على الشاطئ واستطاع جمع الحمض النووي الخاص به دون علمه وقد استخدم ذلك لاحقاً دليلاً نتج عنه الحكم بأبوة الطفل، وبعد إثبات البنوة بالبصمة الوراثية، يثبت أبوة الوالد للطفل بأثر رجعي، كما يؤدي إلى تغيير الحالة المدنية للطفل، ويجوز للمحكمة أن تحكم في ممارسة السلطة ألأبوية وإعالة الطفل وتعليمه وتغيير اسمه.

(٢) https//www.dossierfamille.com/famille/administrative-et-etat-civil/test-and-de-paternite-le-pretendu-pere-doit-etre-consentant٣٤٣١٨٣

(٢-فيما عدا الزَّوجين عند التنازع بين إثبات نسب الطِّفل أو نفيه تتم الاستفادة من استخدام البصمة الوراثية) ليمهد بذلك قرينة جديدة يمكن الركون إليها في حل مشكلة النسب.

بداية فرق المشرّع السُّوري بين حجية البصمة في مواجهة عقد الزّواج وبين الحجية التي تكون لها في مواجهة الأسباب الأخرى للنسب.

ت-حجية الإثبات بالبصمة الوراثية فيما بين الزَّوجين:

ذهب مجمع الفقهي الإسلامي إلى أن الفراش يعد من أقوى الأدلة في ثبوت النّسب ولا يعلو عليه سوى اللعان، ولا يلجأ إلى البصمة الوراثية إلا عند النّزاع[١]، غير أن المشرّع السُّوري لم يعطِ البصمة الوراثية أي حجية في النّزاع على النّسب بين الزَّوجين، وقد حصر إمكانية اللجوء إلى البصمة الوراثية في إثبات النّسب أو نفيه خارج العلاقة الزَّوجية، فمنع الزَّوجين من الاعتماد على البصمة الوراثية كدليل يمكن الركون إليه في النّزاع على نسب الطِّفل بين الزَّوجين متبنياً الرَّأي الفقهي الذي لا يجيز اللجوء إلى البصمة الوراثية متى كان النّسب ثابتاً بالاعتماد على فراش الزَّوجية والإقرار والشَّهادة والبينة[٢]، إلا أنه إذا كان المشرّع السُّوري قد منع الزَّوجين من اللجوء إلى البصمة الوراثية في حسم النّزاع حول نسب المولود بينهما، فقد حصره بالزّواج الصّحيح، فيُخْرِج بذلك حالة نسب الولد في الوطء بشبهة والنكاح الفاسد كزواج الأرملة أو المطلقة قبل انتهاء العدة والوقوع في الحيرة في نسبة الولد للزوج الأول أو

---

(١) من قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة عشر.

(٢) خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الاحكام الفقهية، الأردن، دار النفائس٢٠٠٦م، ط١، ص ١٤٨.

الثَّاني[١]، ومما يؤكد هذا الرَّأي أنَّ هناك اتجاهاً من الفقه الحنفي يرى بأن مصطلحي الفاسد أو الباطل يُراد بهما الزّواج غير الصّحيح الذي لا تُعطى فيه صفة الزّواج، حيث إن هذا الاتجاه يرى أن النّسب في الزّواج الفاسد أو الباطل ما هو إلا أثر للوطء بشبهة الذي يكون هذا الفساد إحدى حالاته، وهو الحالة التي لا يكون فيها الفراش ثابتاً قطعاً.

كذلك يمكن الاستفادة من البصمة الوراثية في حال النّزاع على تعيين المولود كما في حالة الاختلاط بين المواليد في المستشفيات، فإذا اختلطت المواليد في مستشفيات الولادة يمكن اللجوء إلى البصمة الوراثية لحل هذه المعضلة.

ب-الحجية القانونيّة للبصمة الوراثية تجاه أدلة إثبات النّسب الأخرى:

لم يحدد المشرّع السُّوري حجية البصمة الوراثية في مواجهة أدلة إثبات النّسب ونفيه، إنما اكتفى بالإشارة بعبارة لا تخلو من الغموض بأنه يمكن الاستفادة من البصمة الوراثية في إثبات النّسب ونفيه وفق المادّة (١٢٨) من قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري المشار إليها سابقاً، أما الفقه، فقد ذهب إلى إعطاء البصمة الوراثية مركزاً قانونياً متأخراً. فيرى الدكتور وهبة الزُّحيلي: (وتُقدَّم على البصمة الوراثية الطرائق المتبعة في شريعتنا لإثبات النّسب أو نفيه، أما الإثبات، فيكون بالبينة والاستلحاق أو الإقرار بالنّسب والفراش، أي: العلاقة الزَّوجية؛ لأن هذه الطرائق أقوى في تقدير الشَّرع، فلا يلجأ إلى غيرها إلا عند التنازع في الإثبات وعدم الدليل القوي أو عند تعارض الأدلة)[٢].

---

(١) خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، الأردن، دار النفائس الأردن، ط١، ٢٠٠٦م، ص٢١٩، نقلاً عن نجم عبد الله عبد الواحد، البصمة الوراثية وأثرها على النّسب نفياً وإثباتاً، بحث مقدم للمجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته (١٥) عام ١٤١٩ هـ، ص ١٣.

(٢) وهبة الزُّحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجمع الفقه الإسلامي، ط١، ص٢٣.

فذهب الفقه أنَّ الشَّهادة تقدم على العمل بالبصمة الوراثية؛ وذلك لأن الشَّهادة وردت بالنص والإجماع، كما أنه لا يجوز تعطيل العمل بالأدلة الشَّرعية من أجل العمل بدليل علمي قد يشوبه الخطأ والتلاعب، وإن كان يأخذ على هذا الرَّأي أن الشَّهادة كدليل يمكن أن يعتريها الخطأ والتلاعب والتزوير، إلا أنه يبقى الفيصل هو رأي القاضي وقناعته، وقد أشار الفقه إلى الحالات التي يمكن اللجوء فيها إلى البصمة مع الشَّهادة، وهي:

حالة التنازع في نسب مجهول النّسب، وكان لكل مدعٍ دليل من شهادة، فتكون البصمة الوراثية هي الدليل الذي يرجح بين هاتين الشهادتين، وكذلك حالة الشَّخص الذي يدعي نسب ولديه بينة نسب طفل عند آخر قد نُسِب إليه بلا بينة[١].

أما حجية البصمة تجاه الإقرار، فقد أجمع الفقهاء على تقديم الإقرار على البصمة الوراثية، وعند توافر شروط الإقرار المعتبرة، فلا مجال للبحث للجوء إلى البصمة الوراثية، كما لو أقر رجل بنسب شخص فصادق المقر له على ادعائه، فلا يجوز اللجوء إلى البصمة،[٢] ومع هذا يذهب جانب من الفقهاء إلى جواز اللجوء إلى البصمة الوراثية عندما يكذب المقر له المقر، فيبقى النّسب حقاً للوالد الذي له أن يثبته بأي دليل شرط أن يرضى المقر له بإجراء البصمة الوراثية[٣].

---

(١) وهبة الزُّحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السَّابق، ص١٥.

(٢) بومجان سولاف، مرجع سابق، ص٤٧.

(٣) وهبه الزُّحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مرجع سابق، ص١٥.

ومتى توافرت هذه الأدلة سواء أكان من زواج أم إقرار أم شهادة أم البصمة كقرينة على نسبة الطِّفل لأبيه وأسرته، استقر حق الطِّفل في نسبته لأبويه وأسرته، لكن الإشكال يثور عند انعدام الأسباب التي تؤكد النّسب، فنقع هنا في معضلة جهالة النّسب، ومعرفة مفهومها، والحقوق التي تكون لمجهول النّسب، وهذا ما سنتعرف عليه في الفصل الأول من هذه الدّراسة.



الفصل الأول: هوية مجهول النّسب

تمهيد:

كان المشرّع ولا يزال هو المكلف بالإجابة عن كل ظاهرة اجتماعية، ولما كان مجهول النّسب إحدى هذه الظواهر فوجب عليه أمر تنظيم مسألة جهالة النّسب وتقنينها، وهذا ما يشكل المحور الأساسي الذي ينطلق به المشرّع لبيان المركز القانوني الذي يتمتع به مجهول النّسب، هذا المركز لا يوضح إلا من خلال دراسة كاملة لوضعه، تبدأ بتعريفه وبيان هويته، وبيان الحالات التي تدخل تحت مفهوم مجهول النّسب، والبحث بالأسباب التي أدت إلى وجود ظاهرة جهالة النّسب، والتكييف القانوني لمسألة مجهول النّسب، وما هي الأحكام التي تتناوله والسُّبل التي نحاها المشرّع للمعالجة القانونيّة للمركز القانوني لمجهول النّسب، ومعرفة الشَّخصية القانونيّة له، ومدى الأهلية التي يتمتع بها لممارسة الحقوق والواجبات، وهل يستطيع مباشرتها بنفسه، أم أنه يحتاج لمن ينوب عنه في مباشرة هذه الحقوق التي يتمتع بها؟ وهذا ما سوف ندرسه عن طريق المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: الحماية القانونيّة لمجهول النّسب في التشريع السُّوري

المبحث الثَّاني: الحقوق التي يتمتع بها مجهول النّسب في التشريع السُّوري.

المبحث الأول: الحماية القانونيّة لمجهول النّسب في التشريع السُّوري:

إن مفهوم مجهول النّسب يبدأ بتعريفه والاصطلاح القانوني والفقهي الذي يطلق عليه، وبيان الصور التي تشكل حالات متشابهة تجمعها جهالة النّسب، وهذا يكون محور المطلب الأول، تعريف مجهول النّسب. من ثم نستعرض الأسباب الداعية لجهالة النّسب في المطلب الثَّاني.

المطلب الأول: مفهوم مجهول النّسب:

أولاً: تعريف مجهول النّسب:

١- **مجهول النّسب لغة:** مجهول النّسب مركب إضافي مؤلف من كلمتين: مجهول، ونسب.

مجهول: اسم مفعول، من جهل الشيء لم يعرفه، أجهلهُ جعله جاهلاً (جهله) نسبه إلى الجهل(١).

أما النّسب: فإن المراجع اللغوية قد عرفته بأنه القرابةُ وهو انتساب الولد لأبيه وعلاقته به، فالنّسب هو رابطة القرابة على أساس الدم بين الولد وأبيه عامة، وهو الناتج عن طريق الزّواج(٢).

٢- **مجهول النّسب في الاصطلاح:**

عرفته المادّة الأولى في الفصل الأول من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب بأنه: **((الوليد أو الطِّفل الذي لم يتم السابعة من عمره والذي يعثر عليه ولم يثبت نسبه، أو لم يُعرَف والداه))**، وبذلك يكون المشرّع في هذا المشروع قد حقق تقدماً في تعريفه لمجهول النّسب عن قانون رعاية اللقطاء الذي اقتصر على تعريف الصورة الشائعة لجهالة النّسب وهي اللقيط، حيث نصت المادّة (١) من قانون رعاية اللقطاء: **(اللقيط هو الوليد الذي يعثر عليه ولم يُعرف والداه).**

---

(١) المعجم الوسيط، إبراهيم مصفى وأحمد الزيات وآخرون، دار الدعوة، تحقيق مجمع اللغة العربيّة، ج١، ص١٤٣.

(٢) ابن المنظور، لسان العرب، المجلد الرابع، دار الفكر العربي، لبنان ص٣١٢، سبق لنا أن تعرضنا لتعريف النّسب في المبحث التمهيدي، وكان لابد من إعادة التعريف في هذا الموضع لضرورة اتساق التعريف بمجهول النّسب.

ويؤخذ على المشرّع في قانون رعاية اللقطاء بأنه جعل صورة اللقيط هي القاعدة الأم التي طبَّقَ أحكامها على مجهولي النّسب، حيث نصت المادّة (١٨) من قانون رعاية اللقطاء أحكام اللقيط، فقال: ((**يعد بحكم اللقطاء، وتسري عليهم أحكام هذا المرسوم التَّشريعي:**

أ) –الأطفال مجهولو النسب الذين لا يوجد من هو مكلف بإعالتهم شرعا.

ب) –الأطفال الذين يضلون الطريق ولا يملكون المقدرة للإرشاد عن ذويهم لصغر سنهم، أو لضعفهم العقلي، أو لأنهم صم بكم، ولا يحاول أهلهم استردادهم)).

وهكذا نرى بأن المشروع الجديد للقانون قد أعاد الأمور إلى نصابها بتعريفه مجهول النّسب كونه هو المفهوم العام الذي تندرج تحته كثير من صوره، كـ: اللقيط، والأطفال الذين ضاعوا عن ذويهم ....، وغيرهم من صور مجهولي النّسب الذين سيأتي الحديث عنهم لاحقاً.

ونلاحظ أن المشروع في تعريفه مجهول النّسب قد حدد سنه بالسابعة من العمر فما دون، وهي سن التمييز، على عد أن الطِّفل الذي يبلغ هذا العمر سليماً يفترض علمه بذويه، ومن ينتسب إليهم، فلا يكون بذلك مجهول النّسب.

إلا أننا لسنا مع تحديد سن محدد لمجهول النّسب، فسن مجهول النّسب لا يعد العلة في تعريفه، فالفيصل في جهالة النّسب هو عدم معرفة أهل مجهول النّسب وذويه، أما ارتباطه بما دون سن التمييز، فهذه الحالة تنطبق فيها على اللقيط فقط، كما أن جهالة النّسب صفة قد ترافق الشَّخص لما بعد بلوغه سن التمييز، فلا يجوز ربط جهالة النّسب بسن محدد.

ثانياً: صور مجهول النّسب:

تتعدد الصور التي تتجلى بها جهالة النّسب سواء أكان من خلال الأطفال حديثي الولادة الذين يتم تركهم على الطرقات وأبواب المعابد أم من خلال الأطفال الذين يضلون عن أهلهم، أم من خلال الأطفال غير الشَّرعيين الذين تنقطع نسبتهم بوالديهم البيولوجيين.

١- **الطِّفل اللقيط:** يعد اللقيط الصورة الشائعة لجهالة النّسب، حيث عرَّفته المراجع الفقهية بأنه: اسم لحي طرحه أهله خوفاً من العيلة، أو فراراً من تهمة الريبة[١]، أو هو طفل ضائع لا كافل له،[٢] أو الطِّفل المنبوذ[٣]، ومن الملاحظ على هذه التعريفات نجد أنها تعنى بالأطفال الذين لا يُعرف نسبهم وهم بحاجة إلى الرّعاية الذين هم عادة ما يكونون دون سن التمييز، وقد ساير المشرّع السُّوري هذا النهج في تعريف اللقيط، فعرَّفه بالمادّة (١) من قانون اللقطاء[٤] (اللقيط هو الوليد الذي يُعثر عليه ولم يُعرف والداه).

٢- **الطِّفل الضال:** يعد الطِّفل الذي يتوه عن والديه وأسرته ويفقد الارتباط بهما، من صور مجهول النّسب، وقد أدخل المشرّع السُّوري هذه الصور ضمن الحالات التي تُطبَّق عليها أحكام اللقيط، فقد نصَّ في المادّة ١٨/ب من قانون رعاية اللقطاء على:

((يعد بحكم اللقطاء، وتسري عليهم أحكام هذا المرسوم التَّشريعي..أ...

---

(١) السرخسي، المبسوط، نشر محمد أفندي المغربي، ج٦، ص١٤٦.

(٢) مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، موقع الإسلام، ج١٦، ص٤٩٤.

(٣) ويسمى ملقوطاً بِعَدِّ أنه يلقط، ومنبوذاً بِعَدِّ أنه ينبذ إذا ألقي في الطريق ونحوه) مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، محمد الخطيب الشربيني، بيروت، دار الفكر، ج٢، ص٤١٧.

(٤) قانون اللقطاء السُّوري الصادر بالمرسوم ١٠٧ في العام ١٩٩٧م.

ب) – الأطفال الذين يضلون الطريق ولا يملكون المقدرة للإرشاد عن ذويهم لصغر سنهم، أو لضعفهم العقلي، أو لأنهم صم بكم، ولا يحاول أهلهم استردادهم)):

وغالبا ما يكون الأطفال الضائعين لا يقدرون على الإرشاد إلى أهلهم إما لصغر سنهم، وإما لإصابتهم بإحدى العاهات، وإما التخلف العقلي، وما إلى ذلك من أسباب، فضلاً عن أن الأهل نفسهم قد يقصرون في البحث عن هذا الطِّفل، أو قد تمنعهم الظُّروف من الاستهداء إليهم، ولا شك أن ظروف الحرب وما أدت إليه من: نزوح العائلات وتشتتها، كان له الدور الأبرز في زيادة هؤلاء أطفال.

٣- طفل العلاقة غير الشَّرعية: نصت المادّة (٦٥) من قانون الأحوال الشَّخصية للمحاكم المذهبية الإنجيلية في سورية ولبنان على تعريف هذا الطِّفل بأنه: ((البنوة غير الشَّرعية هي البنوة الحاصلة من اقتران غير شرعي))

هذه الحالة بِعَدّها من حالات جهالة النّسب قد نص عليها المشرّع صراحة في مشروع القانون الجيد، وذلك بنص المادّة ٣/ج بقوله:

(يعد بحكم مجهولي النّسب، وتسري عليهم أحكام هذا القانون: أ...ب...ج- المولود من علاقة غير شرعيّة).

تعد الزَّوجية هي السَّبب الرئيس لثبوت النّسب لقوله صلى الله عليه وسلم: (الولد للفراش وللعاهر الحجر) ، فيتطلب لثبوت النّسب وجود عقد زواج صحيح بين الرجل والمرأة الذي يعد أساس العلاقة الشَّرعية بينهما، وكان المشرّع السُّوري قد نصَّ في قانون الأحوال الشَّخصية في المادّة ١/١٢٩ على

((-ولد كل زوجة في النكاح الصحيح ينسب إلى زوجها بالشرطين الآتيين ....٢....)

كما عرف القانون (١٠٣) من نظام سر الزّواج للكنيسة الشرقية الولد الشَّرعي بقوله: **((الأولاد الشَّرعيون هم الذين حبل بهم أو ولدوا من زواج صحيح أو موهم))**[١]، وعلى ذلك، فإن توافر العلاقة الشَّرعية المتمثلة بعقد الزّواج الصّحيح يعد من الأسس الثابتة لثبوت النّسب، حيث إن المشرّع السُّوري خاصةً والفقه الإسلامي عموماً لا يبني على العلاقة الجنسية غير الشَّرعية أي أثر، فالزنا لا يصلح أساساً لثبوت النّسب، فلابن المولود من علاقة غير شرعية، وإن كانت بنوّته تمثل النتيجة الطبيعية للاتصال الجنسي بين المرأة والرجل، فهذه البنوة وإن تحققت فعلاً فإنها تكون مجرد علاقة بيولوجية لا شرعية؛ لأن المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً،[٢] فهي بنوة غير شرعية غير معترف بها في إطار القانون السُّوري والفقه الإسلامي.

وقد تتعدد الحالات التي يكون فيها الطِّفل غير شرعي إما لكونه قد ولد نتيجة علاقة سفاح محضة بين رجل وامرأة، وهو ما جرى شرحه، أو قد يوجد مانع يعرقل تأسيس النّسب على عقد الزّواج رغم وجوده، وتتمثل هذه الحالات في الآتي:

---

(١) وهو معمول به لدى الطوائف الكاثوليكية الشرقية (الروم الكاثوليك، والسريان الكاثوليك، والأرمن الكاثوليك، والموارنة، والكلدان، والاتين) عن نسخة رسمية مودعة في مكتبة وزارة العدل.

(٢) محمد أوشو، الولد غير الشَّرعي في القانون الغربي، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، مكناس، ٢٠١٣م، ص١١. نقلاً عن عبد الله السوسي التناني، شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلتها دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة، الدار البيضاء، مطبعة النجاح،٢٠١٠م، ج٣، ص١٦.

أ –نفي النّسب لعدم تحقق شرط التلاقي.

ب –نفي النّسب لعدم تحقق شرط أقل مدة الحمل.

ج –نفي النّسب لوجود الملاعنة.

أ– نفي النّسب لعدم تحقق شرط التلاقي:

لكي يثبت النّسب بالاعتماد على عقد الزّواج لابد من أن تتحقق إمكانية التلاقي بين الزَّوجين، فلو كانت هذه الإمكانية غير متوافرة، كأن يكون الزَّوج مسجوناً أو مسافراً، فإن عقد الزّواج هذا لا يكون سبباً صالحاً لثبوت النّسب، وهذه الإمكانية اشترطها المشرّع السُّوري بنص المادّة ١٢٩/ب من قانون الأحوال الشَّخصية: **(ولد كل زوجة من النكاح الصّحيح ينسب إلى زوجها بالشرطين الآتيين:١.....٢– ألا يثبت عدم التلاقي بين الزَّوجين بصورة محسوسة كما لو كان أحد الزَّوجين سجيناً أو غائباً في بلدٍ بعيد أكثر من مدة الحمل)**[١].

إلا أن الفقهاء كانوا قد اختلفوا حول توافر هذا الشرط لثبوت النّسب من عقد الزّواج، فذهب الحنفية أنَّ مجرد العقد وحده كافٍ لإلحاق النّسب بالزَّوج صاحب الفراش[٢]، فقال أبو حنيفة: (إنَّ العقد الصّحيح كافٍ في ثبوت النّسب متى كانت الولادة حال قيام الزَّوجية، وكانت لستة أشهر من وقت الزّواج، وكان الزَّوج يتصور الحمل منه، فيثبت النّسب في هذه الحالة ولو لم يلتقِ الزَّوجان فعلاً على جواز التلاقي بينهما عقلاً).

---

(١) كذلك نصت المادّة (٥٨) من قانون المحاكم الإنجيلية في سورية ولبنان على: ((إذا ثبت أن الحمل قد وقع أثناء انفصال الزوجين الفعلي أو أن الولادة قد حصلت قبل مرور مائة وثمانين يوما على عقد الزواج، لا يكون الزوج مكلفا بإقامة أي دليل آخر يثبت عدم شرعية البنوة)).

(٢) أبو زهرة، محاضرات في عقد الزّواج وآثاره، مرجع سابق، ص ٨١.

فإذا تزوج مشرقي من مغربية عن طريق المراسلة أو الوكالة، وأتت بولد لستة أشهر فأكثر من وقت الزّواج، وكان الزَّوج بالغاً أو مراهقاً ثبت نسبه من الزَّوج، ولو لم يتلاق الزَّوجان بعد العقد بالفعل[١]، أمَّا جمهور الفقهاء، فقد اشترطوا لثبوت النّسب من الزّواج إمكانية التلاقي بين الزَّوجين، وفائدة الخلاف بين الجمهور والحنفية هو أن النّسب ينتفي عند الجمهور دون الحاجة إلى اللعان، أمَّا عند الحنفية، فإنَّ النّسب ثابت في العقد لا يمكن نفيه إلا باللعان[٢].

ولا بد من الإشارة إلى أن المحاكم المصرية كانت تعمل بما ذهب إليه الحنفية في أن العقد كافٍ لثبوت النّسب حال قيام الزَّوجية، لكن المشرّع المصري قد عدل عن هذا الرَّأي بالقانون رقم (٢٥) في العام ١٩٢٩م الذي نصَّ فيه على: **(لا يسمع عند الإنكار دعوى النّسب لولد الزَّوجة يثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد، ولا لزوجة أتت بعد سنة من غيبة الزوج عنها، ولا لولد المطلقة المتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطَّلاق أو الوفاة)**[٣].

فالفرق بين القانون السُّوري والقانون المصري هو أن القانون السُّوري قد أخذ بشكل صريح بمذهب الجمهور في اشتراط إمكانية التلاقي بصورة محسوسة، أما القانون المصري في المادّة الآنفة الذكر، فهو إن كان قد اتفق

---

(١) أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص ٢٥١.

(٢) وهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق، دار الفكر، ١٩٨٥، ط٢، ج٧، ص٦٨٣.

(٣) جاء في المذكرة التفسيرية لهذا القانون (٢٥) في العام ١٩٢٩ (بما أنه يجوز لولي الأمر أن يمنع قضائه من سماع بعض الدعاوى التي يشاع فيها التزوير والاحتيال، ودعوى نسب ولد من زوج لم يتلاق مع زوجته في وقتٍ ما ظاهر فيها الاحتيال والتزوير، ولذلك وضعت هذه المادة في هذا القانون) محمد أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، دار الفكر العربي، مصر، ط٣، ص ٣٩٥.

في اشتراط التلاقي إلا أنه لم يجعله شرطاً لثبوت النّسب كما فعل القانون السُّوري، وإنما جعله شرطاً في سماع الدعوى بنسب الولد، ورتب على ثبوت عدم التلاقي عدم جواز سماع الدعوى، فالمشرّع المصري بذلك وبهذا النص ترك نسب الولد محل الاحتمال بأن يدعيه الزَّوج ويقر به، وأبعد عن الزَّوجة تهمة الزنا.[١]

وحبذا لو عمد المشرّع السُّوري إلى الأخذ بما أخذ به المشرّع المصري في جعل إمكانية التلاقي شرطاً لسماع دعوى النّسب، كون الفقه الإسلامي متشوقاً لإثبات النّسب وإبعاداً للطفل عن خطر جهالة النّسب، كما أن الزَّوجة قد يصعب عليها أحياناً إثبات التلاقي، وخاصة بالنّسبة للأزواج الذين يعبرون الحدود بطريقة غير شرعية.

ويلحق بنفي النّسب لعلة عدم التلاقي بين الزَّوجين، نفي النّسب لعلة عدم الإنجاب، كما لو كان الزَّوج صغيراً ليس أهلاً لتحمل الزَّوجة منه، أو كونه عقيماً أو مصاباً بمرض يمنعه من الإنجاب، فهذه قرينة قاطعة على أنَّ الحمل ليس من الزَّوج، وهذا محل اتفاق بين جميع الفقهاء في الشريعة الإسلامية[٢].

أما في القانون، فإمكانية الحمل هذه مأخوذة من مفهوم المادّة ٢/١٢٩ من قانون الأحوال الشَّخصية التي نصَّت على: (...ألا يثبت عدم التلاقي بين الزَّوجين بصورة محسوسة كما لو كان أحد الزَّوجين سجيناً أو غائباً في بلدٍ بعيد أكثر من مدة الحمل)، وقد بيَّن هذا الشرط صراحة المشرّع الموريتاني في المادّة (٦٢) من قانون الأحوال الشَّخصية، فقال: (لا يثبت النّسب إذا لم يثبت اجتماع

---

(١) أحمد فراج الحسين، مرجع سابق، ص ٢٥٢.

(٢) أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ص٤٥٦.

الزَّوجين، أو كان الزوج حين الدّخول صبياً أو مصاباً بعلة تمنع الوطء، وصرح بهذا الشرط أيضاً المشرع الكويتي في المادّة (١٨٦) من قانون الأحوال الشَّخصية لديه بقوله: (تستعين بأهل الخبرة من لا يثبت النّسب من الرجل إذا ثبت أنه غير مخصب، أو لا يمكن أن يأتي من الولد لمانع حقيقي أو مرض)، وكان يفضل من المشرّع السُّوري أن يعمد إلى توضيح هذه الحالة وإدراجه بشكل واضح كما فعل غيره من المشرّعين العرب، ولا سيما المشرّع الكويتي.

ب- نفي نسب الولد لعدم تحقق شرط أقل مدة الحمل:

إنَّ المرأة تلد في مدة تسعة أشهر، وقد تنقص هذه المدة ونادراً ما تزيد، وإذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية قد اختلفوا في أقصى مدة الحمل، فإنهم قد اتفقوا في حدها الأدنى التي يثبت بها النّسب وهي ستة أشهر من تاريخ الزّواج[١]، وقد نص على ذلك في قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري وشابهه في ذلك الكثير من القوانين العربيّة[٢]، فذكرت المادّة ٢/١٢٨ ذلك: **(أقل مدة الحمل مائة وثمانون يوماً وأكثرها ثلاثمائة وخمس وستون يوماً)**[٣].

---

(١) محمد أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ص٤٥١.

(٢) نصت المشرّع الموريتاني على ذلك في المادّة (٦٠) والمادّة (٦١) فقال: (النسب الشرعي يثبت للولد الذي يأتي بعد ستة أشهر من تاريخ العقد أو ولد في مدة لا تتجاوز أقصى مدة الحمل من يوم الطَّلاق أو الوفاة، أما (أقصى مدة الحمل فحدده بسنة قمرية) كذلك نص المشرّع الكويتي في المادّة (١٦٦) من قانون الأحوال الشَّخصية الكويتي على (أقل مدة الحمل ستة أشهر قمرية وأكثرها خمسة وستون وثلاثمائة يوم)، ونص المشرّع المغربي في المادّة (١٣٥) على أقصى مدة الحمل سنة من تاريخ الطَّلاق أو الوفاة).

(٣) حدد قانون المحاكم الإنجيلية في سورية ولبنان الحد الأقصى للحمل بثلاثمائة يوم، فنص في المادّة (٥٤) منه على ((الولد الذي يولد أثناء الزواج أو الذي يولد بعد انفصال الزَّوجين بأي سبب كان بمدة لا تتجاوز ثلاثمائة يوم من انفصال الزَّوجين يعد ولداً شرعياً ما لم يقم دليل على أنه غير شرعي)) .والمادّة (٥٥) منه التي نصت: ((الولد الذي يولد بعد ثلاثمائة يوم من انفصال الزَّوجين بأي مسبب كان لا يعد شرعياً لذينك الوالدين ما لم يعترف الزَّوج ببنوته))

أما الحد الأدنى للحمل، فقد حدده هذا القانون بمائة وثمانين يوماً، وهذا من مفهوم المادّة (٥٨) والمادّة (٥٩) اللتين نصتا على:

وتبدأ هذه المدة عند الحنفية من تاريخ عقد الزّواج، وعند الجمهور من تاريخ عقد الزّواج مع إمكانية التلاقي، أما عند الجعفرية، فتبدأ من تاريخ الدّخول الحقيقي لا من وقت العقد[١]، فإذا جاءت الزَّوجة بالولد بعد أن يكون قد مضى ستة أشهر من تاريخ الدّخول على رأي الحنفية أو من تاريخ العقد مع إمكانية الدّخول على رأي الجمهور أو من تاريخ الدّخول الحقيقي على رأي الجعفرية، فإن الولد ينتسب لوالديه تأسيساً على فراش الزَّوجية الصّحيح، أما إذا جاءت الزَّوجة بالولد لأقل من ستة أشهر من تاريخ عقد الزّواج، فهذا الولد لا ينتسب لأبيه إلا أذا أقرَّ به، وهذا الإقرار قد يكون صراحة أو ضمناً وعلى شرط ألا يقول الزَّوج: إن هذا ابني من زنا.

فلو عقد شخص على امرأة وكانت حاملاً وحملها ظاهر، فهذا دليل على أن الحمل منه، ويكون الزّواج الرسمي الحاصل بينهما ما هو إلا دليل على قيام زوجية سابقة بينهما، فيثبت النّسب في هذه الحالة[٢]، كما أن معرفة الزَّوج بولادة زوجته ومرور فترة زمنية، تجعل دعوى نفي النّسب منه غير مسموعة، حيث نصت محكمة النقض السُّورية على أن (ادعاء الزَّوج بنفي نسب المولود بعد مرور أكثر من سنة على معرفة الزَّوج بالولادة يجعل دعوى نفي النّسب

= المادّة (٥٨) (لا يحق للزوج إنكار بنوة الولد الشَّرعية إذا ولد ذلك الولد على الأقل بعد مرور مائة وثمانين يوماً على عقد الزّواج الشّرعي ما لم يبرهن أنه ليس أباً لذلك الولد)
المادّة(٥٩): ((إذا ثبت أن الحمل قد وقع أثناء انفصال الزَّوجين الفعلي أو أن الولادة قد حصلت قبل مرور مائة وثمانين يوماً على عقد الزّواج لا يكون الزَّوج مكلفاً بإقامة أي دليل آخر يثبت عدم شرعية البنوة)).

(١) أحمد فراج الحسين، مرجع سابق، ص ٢٤٩.

(٢) كاعو ليندة وإقدلان كهينة، نفي النّسب في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، الجزائر، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، في العام ٢٠١٣م/٢٠١٤م، ص٢٥.

غير مسموعة)، فيمكن عد مرور المدة الزمنية مع سكوت الزَّوج إقراراً ضمنياً منه بنسب الطِّفل.[١]

كذلك إذا أقرت المطلقة أو الأرملة بانقضاء عدتها، فإنه يلزم حتى يثبت نسب الطِّفل بالاعتماد على عقد الزّواج أن يولد الطِّفل لأقل من (١٨٠) يوماً من تاريخ الإقرار، أو أقل من سنة من تاريخ الوفاة أو الطَّلاق، وفق ما نصَّ عليه المشرّع السُّوري في المادة١٣١ من قانون الأحوال الشخصية بقولها: (المطلقة أو المتوفى عنها زوجها المقرتان بانقضاء العدة يثبت نسب ولدهما إذا ولد لأقل من (١٨٠) يوماً من وقت الإقرار وأقل من سنة من وقت الطَّلاق أو الموت).

هذا إذا كانت العلاقة الزَّوجية ما زالت مستمرة، أما إذا انتهت هذه العلاقة بالطَّلاق أو الوفاة وكانت الزَّوجة لم تقر بانقضاء عدتها، فلا بد ليُحلق الولد بنسبة أبيه، أن تأتي به أمه خلال سنة من تاريخ الطَّلاق أو الوفاة، وهي الحد الأقصى الذي حدده القانون السُّوري في المادّة (١٢٨) من قانون الأحوال الشَّخصية، فإذا مرت مدة السنة، فلا بد أن يثبت نسبه من والديه من إقرار الزَّوج أو الورثة، إلا أننا في هذه الحالة لا يكون ثبوت النّسب من آثار عقد الزّواج، وإنما يعد من آثار الإقرار بالنّسب وفق نص المادّة (١٣٠)من قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري بقولها (إذا لم تقر المطلقة أو المتوفى عنها زوجها بانقضاء عدتها يثبت نسب ولدها إذا ولدته خلال سنة من تاريخ الطَّلاق أو الوفاة، ولا يثبت لأكثر من ذلك إلا إذا ادعاه الزوج أو الورثة).

---

(١) قرار ٢٢٠٩ أساس ٢٣٣٥، تاريخ ١٩٩٧/١٠/٢٧م، مجموعة أحكام النقض في قضايا الأحوال الشَّخصية من العام ١٩٨٨م-٢٠٠٤م، إعداد عبد القادر الآلوسي، المكتبة القانونيّة، ص٩٩٩.

قد يكون الزّواج صحيحاً، وتتحقق جمع أسباب النّسب إلا أنه قد يرى الزَّوج زوجته في حالة زنا، كما قد يشك الزَّوج في نسبة الطِّفل منه، ولا يكون له أي دليل على ذلك من أجل نفي نسب هذا الطِّفل منه، فلا يكون أمامه سوى طريق اللعان كونه السبيل الذي حدده المشرّع الإسلامي والقانون السُّوري لنفي نسب هذا الطِّفل منه.

ج- طفل الملاعنة:

بعد ثبوت النّسب من الزّواج الصّحيح وتحقق شروطه، فلا سبيل لفك عُرى النّسب إلا بطريق وحيد نصَّت عليه الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشَّخصية السُّوري في المادّة (١٢٩) من قانون الأحوال الشَّخصية: (... لا ينتفي نسب المولود إلا باللعان)، وهذا ما استقرت عليه محكمة النقض السُّورية، حيث نصت بأنه: (الولد للفراش ولا ينتفي النّسب إلا باللعان....)[١].

وقد عرّف فقهاء المذاهب الإسلامية اللعان، وحددوا له شروطاً لسلوكها كالآتي:

١- **تعريف اللعان:** في اللغة: لعنه، كمنعه، أي: طرده وأبعده، فهو لعين وملعون، وجمعه: ملاعين[٢].أما في الاصطلاح الفقهي: فقد اختلفت التعريفات الفقهية للعان، فهو عند الحنفية والحنابلة شهادات مؤكدات بالأيمان موثقات باللعن والغضب[٣]، أما عند المالكية، فيعرف اللعان بأنه حلف الزَّوج على زنا

---

(١) قرار ١٩٢٨م، أساس ١٢١٨، تاريخ ١٩٩٤/١١/٢٩م، مجموعة أحكام النقض في قضايا الأحوال الشَّخصية مرجع سابق، ص٩٩٣.

(٢) القاموس المحيط، الفيروزآبادي، ج١، ص١٥٨٨.

(٣) الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير، أبو عبد الله حسن الشيباني، بيروت، عالم الكتب، ١٤٠٦ هجري، ج١، ص ٢٤٢، أيضاً كشف القناع، البهوتي، بيروت، دار الفكر، طبعة عام ١٤٠٣ هجري، ج٥، ص٣٨٩.

زوجته أو نفيه حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم قاض[١]، أما الشافعية، فقد عرَّفوه بأنه كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه وألحق العار به، أو إلى نفي ولد[٢].

وقد نصَّ القانون السُّوري على اللعان عند حديثه عن أسباب ثبوت النّسب، فنص في المادّة (١٢٩) على:

(١- ولد كل زوجة في النكاح الصّحيح ينسب إلى زوجها بالشرطين الآتيين:

أ . أن يمضي على عقد الزّواج أقل مدة الحمل.

ب . ألا يثبت عدم التلاقي بين الزَّوجين بصورة محسوسة كما لو كان أحد الزوجين سجيناً أو غائباً في بلد بعيد أكثر من مدة الحمل.

٢- إذا انتفى أحد هذين الشرطين لا يثبت نسب الولد من الزَّوج إلا إذا أقر به أو ادَّعاه.

٣- إذا توافر هذان الشرطان لا ينفى نسب المولود عن الزَّوج إلا باللعان))[٣].

٢- **كيفية اللعان:** إن اللعان لا يكون إلا لأمرين:

الأول: هو إتهام الزَّوجة بالزنا من قِبل الزَّوج، **والثَّاني:** هو نفي نسب الولد، فإذا أصر الزَّوج على إتهام زوجته بالزنا أو على نفي نسب الولد منه

---

(١) البهجة في شرح التحفة، أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨م، ط١،ج١، ص٥٢٥.

(٢) الاقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، محمد الخطيب الشربيني، بيروت، دار الفكر، ج٢، ص٤٥٩.

(٣) نص على اللعان كذلك المشرّع الجزائري في المادّة (١٣٨) من قانون الأسرة ((يمنع من الإرث اللعان وآلة اللعان)) بينما نص المشرّع الكويتي عليه في المادّة (١٧٦) من قانون الأحوال الشَّخصية في باب نفي النّسب (اللعان)، فنص على: (يجوز للرجل أن ينفي عنه نسب الولد خلال سبعة أيام من وقت الولادة أو العلم بها، بشرط ألا يكون قد اعترف بالنسب صراحة أو ضمناً))، كما نصت المادّة (١٧٧) من ذات القانون على: (يجب أن تتخذ إجراءات دعوى اللعان خلال خمسة عشر يوماً من وقت الولادة أو العلم بها)).

حلَّفه القاضي أربع مرات بأنه من الصادقين فيما رمى به زوجته من الزنا أو من نفي نسب الولد منه، وفي المرة الخامسة يقول: إن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، وبعد ذلك ينتقل القاضي إلى الزَّوجة لتدافع عن نفسها وتحلف أنه من الكاذبين فيما رماها به من تهمة الزنا أو من نفي نسب الولد، تكرر ذلك أربع مرات، وفي المرة الخامسة تقول: إن لعنة الله عليها أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين، وهذه الكيفية قد حددها القرآن الكريم بقوله: **((وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (٦) وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (٧) وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ (٨) وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ (٩) وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ وَأَنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ حَكِيمٌ (١٠))**[1]، وبهذا اللعان تقع الفرقة بين الزَّوجين، كما يتم نفي نسب الولد بشروط حددها الفقهاء.

٣- شروط نفي النّسب باللعان:

ذهب الحنفية أنه يشترط لنفي نسب الولد عدة شروط، هي:

أ- صدور قرار القاضي بالتفريق؛ لأن الزّواج قائم قبل التفريق، فلا يجب نفي النّسب.

ب- أن يكون نفي النّسب بعد الولادة مباشرة أو بعدها بيوم أو يومين إلى سبعة أيام، مدة التهنئة بالمولود عادةً، بينما حدد الصاحبان هذه المدة بأربعين يوماً، وهي مدة النفاس.

---

(١) سورة النور، الآيات (٦-٧-٨-٩-١٠).

ج- ألا يتقدم إقرار بالمولود ولو دلالة أو ضمناً، كقبول هدايا التهنئة مع عدم الرد.

د- توافر حياة الولد وقت التفريق القضائي باللعان.

هـ- ألا تلد الزَّوجة بعد التفريق ولداً آخر من بطن واحد، فإن ولدت الزَّوجة ولداً فنفاه عنه، وفرق بين الزَّوجين، ثم ولدت الزَّوجة ولداً آخر من الغد لزمه الولدان جميعاً لثبوت نسب الولد الثَّاني الذي لم يشمله اللعان؛ لأن حكم اللعان قد بطل بالتفريق، فيثبت نسب الولد الثَّاني، ثم ثبت نسب الولد الأول.

و- ألا يكون محكوماً بثبوت نسب الولد شرعاً، كأن تلد الزَّوجة ولداً يتسبب بموت رضيع آخر بأن ينقلب عليه، فيقضى بالدية على الأب، فيقوم الأب بنفي نسب الولد منه، فيلاعن القاضي بينهما، ولا يقطع نسب الولد؛ لأن القضاء بالدية يكون على عاتقة الأب كون الولد منه، ولا ينقطع النّسب بعده.[١]

وبهذا اللعان ينتفي نسب الولد من أبيه، ويلحق بأمه، فتحققت لدينا جهالة النّسب من جهة الأب، وينقطع من جهة الأب، ويترتب على نفي النّسب منه، عدم التوارث بينهما، وعدم الإلزام بالنفقة، سواء أكان نفقة الآباء على الأبناء أم نفقة الأبناء على الآباء، بينما تبقى بعض الأحكام بالنّسبة للولد منها عدم جواز شهادة الولد لأصله الملاعن أو الأصل لفرعه، وعدم صحة إلحاق نسب هذا الولد بالغير لاحتمال رجوع الرجل عن اللعان وتكذيب نفسه، وبقاء المحرمية، فلا يجوز للرجل أن يزوج ابنته ممن نفى نسبه منه؛ لأنه يُحتمل أن يكون من أبنائه.

---

(١) وهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص٥٦٧.

الخلاصة: قد تتعدد الحالات والصور التي يكون بها مجهول النّسب، وتتعدد على أثر ذلك التسميات، فقد سُمي منبوذاً بِعَدِّ أنه يُنبذ، وسُمي لقيطاً؛ لأنه يُلقط من قارعة الطريق، كما أنه ينطبق على الطِّفل المتولد عن علاقة غير شرعية، أو هو الطِّفل ينفى نسب الأب عنه، أو طفل طرحه أهله خوفاً من تهمة الزنا، فيكون مجهول النّسب كل مَن لا يُعرف نسبه سواء أكان لقيطاً أم ضالاً، أم منفي النّسب عنه.

أن وجود هذه الصور هي دراسة لما هو كائن، ويفترض من أجل دراسة قانونية سليمة معرفة الأسباب التي أدت إلى جهالة النسب، ليصار إلى معالجتها، معرفة الحلول القانونية التي خطها المشرع في القانون السوري لتقنين هذه الأسباب والحالات التي دعت لجهالة النسب.

المطلب الثَّاني: الأسباب الداعية لجهالة النّسب:

إنَّ مجهول النّسب لم يأتِ من العدم، وإنما هو مخلوق من أب وأم طبيعيين (بيولوجيين)، وقد أبعدته أسباب محددة عنهما سواء أكانت هذه الأسباب متعلقة بالوالدين أم بأحدهما كما في حالة اللقيط، أو خارج عن هذه الإرادة كما في حالة الكوارث والحروب أو غيرها من الأسباب التي يكون فيها الطِّفل هو الضحية الأولى؛ لذلك سوف نتناول بالدّراسة هذه الأسباب التي أدت إلى جهالة النّسب.

أولاً- **الحروب والكوارث:**

إنَّ الحروب والكوارث لا تترك ورائها إلا الدمار والخراب، وإنَّ ما شهدته سورية من: ويلات الحرب، ونزوح، وتشرد للعائلات داخل الوطن وخارجه بيَّنَ أنَّ الأطفال هم الضحية الأولى لهذه الأزمة.

فهذه الكوارث والحروب تُخرِج النَّاس من بيوتهم وتشردهم في مغارب الأرض ومشارقها؛ قهراً وعنوةٍ بفعل القتل والتدمير، فيموت الأبوان ويتركان ورائهم أطفالاً تمتنع معرفة نسبهم، فيتم التعامل معهم على أنهم مجهولو النّسب[1].

ثانياً- خطف الأولاد أو سرقتهم أو تبديلهم:

قد يُسرَق الطِّفل وهو في المهد من أهله بقصد الإيذاء، أو بقصد طلب الفدية، أو بقصد الإتجار بالأطفال وبيعهم لأسرة لا تستطيع الإنجاب، أو قد يكون الخطف والسرقة بقصد استغلال الأطفال بالتسول، وقد يندم الفاعل

---

(١) صفية الوناس الحسين، مجهول النّسب بين رحمة الإسلام والقانون الوضعي، المؤتمر الدولي عن الرحمة في الإسلام، الجزائر، قسم الدّراسات كلية التَّربية، ص٤٢٢.

ويخشى أن يُكشف أمره، فيلقي الطِّفل في مكانٍ ما؛ تخلصاً منه، ولا شك في أنَّ هذه الأفعال تؤدي إلى ضياع نسب الطِّفل ووجود ظاهرة جهالة النّسب، وهذه الأفعال عاقب عليها القانون السُّوري، فنصَّ في المادّة (٤٧٨) من قانون العقوبات السُّوري على:

((١- مَن خطف أو خبأ ولداً دون السابعة من عمره، أو بدل ولداً بآخر، أو نسب إلى امرأة ولداً لم تلده، عوقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات.

٢ـ ولا تنقص العقوبة عن سنة إذا كان الغرض من الجريمة، أو كانت نتيجتها، إزالة أو تحريف البينة المتعلقة بأحوال الولد الشَّخصية أو تدوين أحوال شخصية صورية في السجلات الرسمية.))

وكثيراً ما توجد هذه الجرائم مترافقة مع ولادة الطِّفل، حيث يقوم المجرم بخطف الرضيع أو إبداله بغيره أو نسبته لغير والديه، وقد شدد المشرّع العقوبة على هذه الجريمة إذا كان الدافع إليها تغيير في البيانات المتعلقة بالطِّفل أو إذا أدت إلى ذلك، كتدوين معلومات مغايرة للحقيقة في شهادة ولادة الطِّفل، سواء أتعلقت بجنسه أم نسبته إلى والديه أم تاريخ ولادته أم غيرها من الأمور التي تؤدي إلى جهالة نسبه.

كما دعا المشروع الجديد لرعاية مجهول النّسب أوجب تشديد عقوبة خطف وسرقة الأولاد الوارد في قانون العقوبات العام[١].

---

(١) المادّة ٢٨/ي من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

ثالثاً- تسييب الطِّفل:

تتمثل هذه الحالة بكل مَن ترك طفلاً غير قادر على العودة إلى أهله، سواء أكان لنقص في تمييزه أم كونه من ذوي الإعاقة، وغيرهم ممن لا يستطيعون حماية أنفسهم، وقد عاقب المشرّع السُّوري على هذه الجريمة بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة، وإذا كان هذا الترك في مكان خالٍ من النَّاس مما يشكل خطراً على الطِّفل، فقد رفع الحد الأقصى للعقوبة لتصل بالسجن من سنة إلى ثلاث سنوات، وفق ما نصت عليه المادّة (٤٨٤) من قانون العقوبات السُّوري:

((١- مَن طرح أو سيّب ولداً دون السابعة من عمره أو أي شخص آخر عاجز عن حماية نفسه بسبب حالة جسدية أو نفسية عوقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة.

٢-إذا طرح الولد أو العاجز أو سيب في مكان قفرٍ كان العقاب من سنة إلى ثلاث سنوات)).

وقد شدد المشرّع العقوبة في حال نتج عن الفعل مرض أو أذى، أو أفضت الجريمة إلى الموت، حيث نصت المادّة (٤٨٥) من قانون العقوبات السُّوري على: ((إذا سببت الجريمة للمجني عليه مرضاً أو أذى أو أفضت به إلى الموت أو أخذ بها المجرم وفق أحكام المادّة (١٩٠)[1] في حالة الطرح والتسييب في مكان غير مقفر إذا لم يكن قد توقع تلك النتيجة أو اعتقد أن

---

(١) نصت المادة ١٩٠ من قانون العقوبات على (تكون الجريمة غير مقصودة سواء لم يتوقع الفاعل نتيجة فعله أو عدم فعله المخطئين وكان في استطاعته أو من واجبه أن يتوقعها فحسب أن بإمكانه اجتنابها).

بإمكانه اجتنابها، وأخذ بها وفق أحكام المادّة (١٨٨)[١] في حالة الطرح أو التسييب في مكان مقفر كلما توقع النتيجة وقَبِل بالمخاطر))

كما شدد المشرّع العقوبة في حال كان الفاعل أحد أصول الطِّفل أو أحد الأشخاص المعهودة إليهم مهمة معالجة، أو تربية، أو حراسة، أو مراقبة الطِّفل، إلا إذا كان الفاعل أو المشترك في الفعل الأم التي عمدت إلى تسييب ابنها أو تركه صيانة لشرفها، فقد منع المشرّع تفعيل هذا النص بحقها، فنصت المادة نصت المادّة (٤٨٦) من قانون العقوبات على (إذا كان المجرم أحد أصول الولد، أو العاجز، أو أحد الأشخاص المولين حراسته، أو مراقبته، أو معالجته، أو تربيته، شددت العقوبة على نحو ما نصت عليه المادّة (٢٤٧)[٢]،٢- لا يطبق هذا النص على الوالدة التي أقدمت محرضة أو فاعلة أو متدخلة على طرح مولودها أو تسييبه صيانه لشرفها).

ويبدو من الأفضل لو يعمل المشرّع السُّوري على استيعاب هذه الحالات بأن ينص على استقبال الأطفال في مراكز رعاية الطفولة والجمعيات أو هيئات متخصصة في ذلك من قِبل أمهاتهم كي لا يتم اللجوء إلى تركهم في الأماكن العامة.

---

(١) نصت المادة ١٨٨ من قانون العقوبات على(تعد الجريمة مقصودة وإن تجاوزت النتيجة الجرمية الناشئة عن الفعل أو عدم الفعل قصد الفاعل إذا كان قد توقع حصولها فقبل بالمخاطرة).

(٢) نصت المادة ٢٤٧من قانون العقوبات على (إذا لم يعين القانون مفعول سبب مشدد، أوجب السبب المذكور تشديد العقوبة على الوجه التالي:

يبدل الإعدام من الأشغال الشاقة المؤبدة وتزداد كل عقوبة موقتة من الثلث إلى النصف وتضاعف الغرامة).

رابعاً- تزوير سجلات الأحوال المدنية:

قد تقع بعض الجرائم على سجلات الدَّولة بغية تحريفها أو إزالتها، كجرائم التزوير التي تقع على الوثائق الصادرة عن الأحوال المدنية، أو السجلات الرسمية التي تُدوَّن فيها الواقعات المتعلقة بالأشخاص، ولا شك أنَّ مثل هذه الجريمة تؤدي إلى الخلل بتلك الوثائق والسجلات التي تضمن نسب الأفراد، وقد لحظ المشرّع هذه الجريمة، وعاقب الفاعل الذي يقصد من وراء جريمته تحريف هذه البيانات بنص المادّة (٤٧٨) من قانون العقوبات التي تنص (١-....٢-**ولا تنقص العقوبة عن سنة إذا كان الغرض من الجريمة، أو كانت نتيجتها، إزالة أو تحريف البينة المتعلقة بأحوال الولد الشَّخصية أو تدوين أحوال شخصية صورية في السجلات الرسمية**))، بل إن المشرّع عاقب على كل فعل يرمي فاعله إلى تحرف البيانات المتعلقة ببيانات الأفراد أو إزالتها بعقوبة الحبس، حيث نص بالمادّة (٤٨٠) من قانون العقوبات على: (كل عمل غير الأعمال التي ذكرت في المواد السَّابقة يرمي إلى إزالة وتحريف البينة المتعلقة بأحوال أحد النَّاس الشَّخصية يعاقب عليه بالحبس).

وحبذا لو رفع المشرّع السُّوري العقوبة المنصوص عليها في المادّة (٤٨٠) من قانون العقوبات، ولم يكتفِ بالحبس لما لهذه الجريمة من آثار سيئة في جهالة نسب الأطفال وضياعهم.

خامساً-كتم الهوية:

إن الطِّفل قد يكون غير قادر على الإفصاح عن هويته، فمَن يعثر على طفل، فإنه يجب عليه إعادته إلى أسرته أو تسليمه لأقرب قسم للشرطة، إلا أن البعض قد يعمد إلى إيداع طفل في أحد دور اللقطاء موثقاً نسبه في السجلات

الرسمية، ويتعمد كتم هويته سواء أكان هذا الطِّفل شرعياً أم غير شرعي، وقد عاقب المشرّع السُّوري على هذه الجريمة في قانون العقوبات، فنصَّ في المادّة (٤٧٩) على: ((**مَن أودع ولداً مأوى اللقطاء، وكتم هويته حال كونه مقيداً في سجلات النفوس ولداً شرعياً أو غير شرعي معترف به عُوقب بالحبس من شهرين إلى سنتين**))، وكان من المفترض تشديد العقوبة على هذه الجريمة لما لها من آثار سلبية بضياع نسب طفل وإبعاده عن أهله.

كما أن مشروع القانون لرعاية مجهول النّسب قد نص في المادّة ٢٨/ج على: (يُعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين والغرامة من: (٥٠٠٠٠) خمسين إلى (٢٠٠٠٠٠) مائتي ألف ليرة سورية مَن أقدم قصداً على إخفاء هوية الطِّفل أو نسبه الحقيقي أو أي معلومات تتعلق به).

وقد شدد المشروع الجديد العقوبة عندما يكون كتم أو إخفاء المعلومات المتعلقة بهوية الطِّفل؛ بقصد عدم التعرف على والدي الطِّفل أو أحدهما أو أصوله قد ارتكب من قِبل أحد العاملين في الوزارة أو في الدار، حيث أوجب المشرّع أن تكون عقوبة الفاعل الاعتقال المؤقت من ثلاث سنوات إلى ست سنوات، والغرامة (٤٠٠٠٠٠) أربعمائة ألف ليرة سورية[١].

وحَسَنٌ ما ذهب إليه المشروع الجديد من تشديد عقوبة الفاعل في هذه الجرائم لما لها من آثار سيئة على الطِّفل من ضياع نسبه وجهالته.

يتفرع عن هذه الجريمة وهي كتم معلومات تتعلق بهوية الطِّفل جريمة كتم ولادة الطِّفل.

---

(١) المادّة ٢٨/ح من مشروع قانون مجهول النّسب.

جريمة كتم الولادة:

لا شك في أنَّ عدم التصريح بالولادة يعد من أهم الأسباب التي تؤدي إلى جهالة النّسب، فالولادة كواقعة طبيعية وقانونية تعد من الركائز الأساسية لنظام النّسب،[١] وهذا ما دعا المشرّع السُّوري إلى الاهتمام البالغ بواجب التبليغ عن الولادات، وحدد الأشخاص الذين يجب عليهم هذا الإبلاغ عن الولادات في: الوالد، والوالدة، وأقارب المولود البالغين في حال غياب الوالد، كما ألزم مديري المشافي والسجون والمحاجر والمؤسّسات المعنية كافة بمسك سجلات لتدوين واقعة الولادة الحاصلة لديهم، فقد نص المشرّع في المادّة (٢٣) من قانون الأحوال المدنية السُّوري على: **((يقع واجب التبليغ عن واقعات الولادة على الفئات التالية حسب الترتيب الآتي:**

أ . الوالد وفي حال غيابه يعود هذا الواجب على: الوالدة، أو أقرباء المولود البالغين.

ب . مديري المؤسّسات المعنية كـ: المشافي العامة والخاصة، والسجون، والمحاجر، وتلزم هذه المؤسّسات بمسك سجلات خاصة لتدوين هذه الواقعة)).[٢]

---

(١) صرصار محمد ومغربي نوال، الحماية الجنائية الموضوعية للطفل في التَّشريع الجزائري مذكرة مقدمة الاستكمال متطلبات نيل شهادة الماجستير في الحقوق، الجزائر، جامعة مصطفى إسطمولي – معسكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية ٢٠١٦م/٢٠١٧م، ص٥٨.

(٢) (نصت التعليمات التنفيذية للمادة (٢٨) من قانون الأحوال المدنية على مديري المؤسّسات المشار إليهم بالفقرة /ب/ من هذه المادّة أن يقوموا بتنظيم الشهادات الواجب عليهم تقديمها إلى أمين السجل المدني في منطقتهم استناداً إلى الوثائق التي بحوزة صاحب العلاقة ضمن المدة القانونيّة وإرسالها بالبريد الرسمي أو بوساطة دفتر الذمة دون حاجة إلى تصديقها من المختار وعليهم أن يمسكوا سجلات خاصة لتدوين الواقعات فيها).

بل إن المشرّع وزيادة في حرصه على تسجيل الولادات الحاصلة كان قد سمح لغير الأشخاص المكلفين بالتصريح بالولادات وتقديم شهادات ولادة أصولية وإن كانوا غير مكلفين بالتصريح، فقد نصت التعليمات التنفيذية الخاصة بالمادّة (٢٣) من قانون الأحوال المدنية على: **((حددت هذه المادّة الأشخاص الذين يجب عليهم تقديم شهادة الولادة أينما وقعت، وعينت تسلسل إلقاء هذا الواجب على عاتقهم، وهؤلاء الأشخاص مسؤولون عن عدم قيامهم بهذا الواجب ولا يعني ذلك عدم قبول الشَّهادة التي نُظِّمت بصورة أصولية وقُدِّمت من قِبل شخص غير واجب عليه تقديمها))**[١] وحبذا لو اتبع المشرّع السُّوري منهج نظيره الجزائري الذي عدَّ عدم التصريح بالولادة جريمة يعاقب عليها القانون، كما حدد للقيام بالتصريح بمهل محددة تحت طائلة العقوبة القانونيّة[٢].

---

(١) كان المشرّع الجزائري قد سار على نهج القانون السُّوري، حيث نص في المادّة (٦٢) من الأمر المؤرخ (١٩) شباط الخاص بالحالة المدنية نص على: (يصرح بولادة الطِّفل الأب أو الأم، وإلا فالأطباء والقابلات أو أي شخص آخر حضر الولادة، وعندما تكون الأم ولدت خارج مسكنها فالشَّخص الذي ولدت عنده)).

(٢) فقد نص المشرّع الجزائري في المادّة (٦١) من قانون الحالة المدنية على أنه يجب أن يكون التصريح خلال (٥) أيام من تاريخ الولادة (باستثناء ولايتي الساورة والواحات، وكذلك الولادات في البلاد الأجنبية، فالمدة هي (١٠) أيام قابلة للتجديد) لدى ضابط الحالة المدنية للمكان، وإلا فرضت العقوبات القانونيّة المنصوص عليها في المادّة (٤٢٢) من قانون العقوبات الجزائري، وهي الحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر، وبغرامة من (٨٠٠٠) دينار جزائري إلى (١٦٠٠٠٠) أو إحدى هاتين العقوبتين.

سادساً- العجز عن إثبات نسب الطِّفل:

قد يكون الولد ثمرة لزواج عجز أطرافه عن إثباته إما لعدم وجود مستندات أو أدلة تثبته، أو قد يكون هذا الزّواج باطلاً لم يرتب أي أثر[1]، وقد عالج المشرّع السُّوري هذه الحالة التي يعجز فيها الأم أو الأب عن إثبات نسبة طفلهما؛ بسبب تعذر إثبات عقد الزّواج، فنص في المادّة (٢٨) من قانون الأحوال المدنية السُّوري على: (أ ....ب . إذا كان المولود غير شرعي لا يذكر اسم الأب أو الأم أو كليهما معاً في سجل الولادة إلا بناء على **طلب صريح منهما أو بحكم قضائي.**

حيث إن المشرّع قد حدد طريقين لتسجيل الطِّفل غير الشَّرعي:

١-**الطريق الإداري:** حيث يقدم كلا الوالدين أو أحدهما الذين تعذر تسجيل زواجهما بطلب خطي يُقدم لأمين السجل المدني الذي يتحقق من هذا الطلب، فإذا استوثق من صحته عمد إلى تنظيم ضبط بذلك يجري تصديقه من قِبل المديرية العامة للأحوال المدنية، ويجري بعد ذلك ذكر البيانات المتعلقة بذلك في سجل واقعات التصحيح، ومن ثم في السجل المدني.

٢-**الطريق القضائي:** حيث أجاز المشرّع السُّوري لكل الوالدين أو أحدهما رفع دعوى قضائية يطلب فيها المدعي بالإقرار بنسبه على الطِّفل، والحصول على حكم يثبت نسبة الطِّفل من المقر بمعزل عن تثبيت عقد الزّواج، وذلك سند لأحكام المادّة (١٣٤) من قانون الأحوال الشَّخصية التي تنص على: ((**-الإقرار بالبنوة ولو في مرض الموت لمجهول النّسب يثبت به النّسب من المقر إذا كان فرق السن بينهما يحتمل هذه البنوة**))، كما أنَّ محكمة النقض

---

(١) انظر الزّواج غير الصّحيح في الصفحة (٢٩).

السُّورية كانت قد ذهبت إلى أن الإقرار بالنّسب لا يُشترط فيه سوى أن يكون المقر له مجهول النّسب، وأن يكون بينه وبين المقر فارق في السن يحتمل ذلك،[١] حيث إن المشرّع لم يجعل الإقرار معلقاً على سبق الزَّوجية من والدة المقر له، وبمجرد الحصول على حكم قضائي يجري تسجيل هذا الحكم في الأحوال المدنية، لكن المشرّع وبكل الأحوال سواء أتم تسجيل هذا الطِّفل قضائياً أم إدارياً قد منع تسجيل البيانات المتعلقة بالوالد أو الوالدة في حالات نصَّت عليها التعليمات التنفيذية لقانون الأحوال المدنية، وهي:

أ ـ إذا كان الوالدان من المحارم المنصوص عنها في المادتين (٣٣) و(٣٤) من قانون الأحوال الشَّخصية ممن لا يجوز زواجهما من بعضهما كالشقيقين مثلاً، ففي هذه الحالة يذكر اسم أحدهما.

ب . إذا كانت متزوجة وكان المولود من غير زوجها إلا إذا كانت الولادة حاصلة قبل تاريخ الزّواج.

ج- إذا كان الوالد متزوجاً ووُلِد له ولد من غير زوجته الشَّرعية إلا إذا كانت الولادة قبل الزّواج أو بعد فسخه، ويستثنى من ذلك الأشخاص الذين يعتنقون ديناً يجيز تعدد الزَّوجات.

ويستثنى مما ذكر في الفقرات السَّابقة: (أ ـ ب ـ ج ـ) الولد الذي يثبت نسبه لوالديه[٢].

---

(١) نقض شرعي أساس (٣٠٢) قرار (٢٩٩) تاريخ ١٩٧٠/٦/١٦م، مجلة المحامون، العدد ١٢/١٠/ في العام ١٩٧٥م، ص٧٦٢.

(٢) التعليمات التنفيذية للمادة (٢٨) من قانون الأحوال المدنية السُّوري.

ويبدو أنَّ المشرّع عندما نصَّ على تسجيل الطِّفل في هذه الحالات بالرغم من عدم وجود عقد زواج قد غلّب مصلحة الطِّفل من هذا التسجيل، سيما أن المشرّع قد جعل من الإقرار وحده سبباً كافياً لتثبيت نسب الطِّفل من المقر دون التوقف على أي سبب آخر سوى، ألا يصرح المقر بأن هذا الطِّفل وليدٌ من زنا.[١]

إنَّ المعرفة الكاملة لمصطلح مجهول النّسب، ومعرفة الصور التي تنطبق عليها، والأسباب الداعية لهذه الجهالة تشكل، الدعامة الأولى لتقرير الحماية القانونيّة له، هذه الحماية التي تتطلب معرفة الوضع القانوني لمجهول النسب من خلال بيان أهليته القانونية وصلاحيته لممارسة الحقوق التي له، ومعرفة الحقوق التي تحتاج إلى مزيد من الدراسة لبيان مركزه القانوني، وهذا ما سوف نتناوله في المبحث الثاني من هذا الفصل وتفصيل الحقوق التي تثير إشكالاً في تطبيقها عليه.

(١) انظر الصفحة (١٦) الإقرار بالنّسب، وهذا يقودنا إلى البحث عن نسبة ولد الزنا من الزاني وشرعية الطِّفل الطبيعي، وهذا يخرج عن نطاق دراستنا..

المبحث الثَّاني: الحماية المقررة لمجهول النّسب في التشريع السُّوري

تبدأ حماية مجهول النّسب من الناحية القانونيّة بالاعتراف له بالشَّخصية القانونيّة كونه أحد أفراد المجتمع، فجهالة نسب الشَّخص لا تجعله بحال من الأحوال غير متمتع بالشَّخصية القانونيّة، فهي تثبت له بمجرد ثبوت أهليته كغيره من معلومي النّسب، فتشكل هذه الأهلية الأرضية القانونيّة للحقوق التي تثبت له التي تثير في تطبيقها إشكالاً يرتبط بجهالة نسبه، دون غيرها من الحقوق التي لا تثير مشكلة في انطباقها وتطبيقها على مجهول النّسب.

وهذا وفق مبحثين نخصصهما وفق الآتي:

المطلب الأول: الشخصية القانونية لمجهول النّسب.

المطلب الثَّاني: الحقوق المقررة لمجهول النّسب.

المطلب الأول: الشخصية القانونيّة لمجهول النّسب:

تُعدُّ الأهلية من أهم الخصائص التي تُبنى عليها الشَّخصية القانونيّة، وقد عدَّها البعض (ولا سيما أهلية الوجوب) بأنها أحد وجهي هذه الشَّخصية القانونيّة[١]، وتُعرَّف الأهلية: بأنها صلاحية الشَّخص لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات (أهلية وجوب)، وإجراء التصرفات القانونيّة بنفسه (أهلية الأداء)،

أولاً: الأهلية القانونية لمجهول النسب:

استمدت أحكام الأهلية في سورية من الشريعة الإسلامية، وهي منظمة بقانون الأحوال الشَّخصية كما نظم القانون المدني السُّوري بعض أحكامها، ويذهب فقهاء الشريعة والقانون إلى تقسيمها إلى: أهلية أداء، وأهلية الوجوب[٢].

٥- أهلية الوجوب:

٦- أهلية الأداء:

١- أهلية الوجوب:

هي صلاحية الشَّخص لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات، أي: صلاحية الشَّخص لثبوت الحق له وعليه، فقدرة الشَّخص على اكتساب الحقوق تعني أن يكون صاحب حق محدد، كأن يكون دائناً أو مالكاً، أما قدرة الشَّخص على الالتزام بالواجبات، فتعني أن يكون مكلفاً بالقيام بالتزام محدد، كأن يكون

---

(١) يرى فريق من الفقه وفي مقدمتهم الدكتور عبد الرزاق السنهوري: (فإذا انعدمت أهلية الوجوب انعدمت الشَّخصية معها، وذلك كالجنين يولد ميتاً، وكالميت بعد سداد ديونه، وكجماعة من النَّاس ليس لهم شخصية قانونية معنوية...)، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، القاهرة، دار النهضة العربيّة، ط٢، تاريخ الطبعة ١٩٦٨م، ج١، ص٢٨٤.

(٢) عبد الرحمن الصابوني، المدخل لدراسة التَّشريع الإسلامي، دمشق مطبعة الداودي،١٩٩٩م/٢٠٠٠م، ط٦، ص٢٤.

مديناً أو ملتزماً بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل، ومناط هذه الأهلية الصفة الإنسانية من غير النظر إلى السن أو العقل، وهي تثبت لكل إنسان إلا أنها تكون ناقصة بالنّسبة للجنين، حيث يكون له بموجبها بعض الحقوق التي يقررها القانون كحقه في الانتساب لوالده، وحقه في احتسابه عند توزيع التركة بين الورثة مع تعليق ثبوت هذه الحقوق على ولادته حياً، وتكمل هذه الأهلية عند ولادة الجنين حياً وترافقه طوال حياته مهما حصل له من موانع وعوارض، وعليه، فإن كل شخص يتمتع بأهلية وجوب كاملة تخوله القدرة على أن يكون صاحب حق محدد أو يكون مكلفاً بالتزام(١).

٢-أهلية الأداء:

عرَّفها علماء الأصول في الشريعة الإسلامية: بأنها صلاحية المكلف لصدور الأفعال على وجه يعتد به شرعاً،(٢) بينما عرفها فقهاء القانون: بأنها صلاحية الشَّخص أو قدرته على القيام بالأعمال والتصرفات القانونيّة بنفسه وعلى وجه يعتد به قانوناً، ومناط هذه الأهلية العقل والإدراك، فمن كمل عقله كملت أهلية الأداء لديه، ومن نقص عقله وإدراكه نقصت لديه، ومن انعدم إدراكه وعقله انعدمت أهلية أدائه تبعاً لذلك(٣)، وعليه، فإن أهلية الأداء تتدرج بحسب سن الإنسان وتبعاً لمراحل تطوره ونموه واكتمال ملكاته العقلية.

---

(١)عمر العبد الله، المدخل الى علم القانون، كلية العلوم السياسية، منشورات جامعة دمشق ٢٠٠٩م/٢٠١٠م، ط٤، ص٢٠٣.

(٢) عبد الرحمن الصابوني، المدخل لدراسة التَّشريع الإسلامي، المرجع السَّابق، ص٣٠، نقلاً عن شرح المنار لابن مالك، ص٣٣٣.

(٣) عبد الرحمن الصابوني، المرجع السَّابق، ص٣١.

إن وجود أهلية الأداء يفترض وجود أهلية الوجوب وليس العكس، فأهلية الأداء لا تتوافر في شخص لا تثبت له أهلية الوجوب[١].

وبما أن أهلية الأداء هي صلاحية الشَّخص للقيام بالتصرفات القانونيّة، فينحصر دور هذه الأهلية بالتصرفات القانونيّة دون الوقائع التي ليست سوى أعمال مادية تترتب آثارها بحكم القانون وبصرف النظر عن اتجاه الشَّخص أو عدمه لإحداث أثر قانوني[٢]، وأهلية الأداء تتدرج بتدرج السن، وتتفاوت بمدى قدرة الشَّخص على التمييز والقيام بالتصرفات القانونيّة.

أ- **نطاق أهلية الأداء:**

يتحدد نطاق أهلية الأداء سواء أكانت تلك التصرفات تتم بإرادة واحد أم إرادتين، وهذه التصرفات القانونيّة تتدرج ضمن ثلاثة أنواع:

١-**أعمال الاغتناء:** وهذه التصرفات نافعة نفعاً محضاً، وهي التي يترتب عليه اغتناء الشَّخص دون مقابل، كقبول الهبات والهدايا.

٢-**أعمال التبرع:** وهذه التصرفات ضارة ضرراً محضاً، وهي التصرفات التي تؤدي إلى افتقار الشَّخص دون مقابل كـ: الإبراء، والهبة.

٣-**التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع:** وهذه التصرفات تحتمل الكسب، كما تحتمل الخسارة، وتقسم إلى قسمين:

أ-**أعمال إدارة:** وهي تهدف إلى المحافظة على الشيء أو استغلاله دون التصرف فيه، كـ: التأجير من أجل الاستثمار أو الانتفاع.

---

(١) الصابوني، المرجع السَّابق، ص٢٤.

(٢) عمر العبد الله، المرجع السَّابق، ص٢٠٥.

ب-**أعمال التصرف:** وهي التي تهدف إلى التصرف بالشيء، كـ: بيع العقار، ورهنه، ودرجة صلاحية الشَّخص للقيام بهذه التصرفات تختلف باختلاف درجة التمييز والإدراك لديه[١].

ب- مراحل تطور أهلية الأداء:

١- مرحلة الصبي عديم التمييز:

وهي المرحلة التي يغلب حال مجهول النّسب أن يكون فيها، وتمتد هذه المرحلة منذ ولادة الإنسان حياً حتى بلوغه سن السابعة، فكل مَن لم يبلغ السابعة يسمى بـ: "الصبي غير المميز"، تكون أهلية الأداء عنده معدومة، حيث إن الصبي غير المميز يفترض انعدام العقل والإدراك لديه، فتنعدم أهليه الأداء لديه، وقد نصت على ذلك المادّة (٤٧) من القانون المدني السُّوري بقولها:

(١- لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية مَن كان فاقداً للتمييز لصغر في السن.

٢- وكل مَن لم يبلغ السابعة يعد فاقداً للتمييز).

ولهذا، فإن الصبي غير المميز لا يكون صالحاً لمباشرة أي تصرف من التصرفات القانونيّة، سواء أكانت نافعة نفعاً محضاً أم ضارة ضرراً محضاً، أم دائرة بين النفع والضرر، فلا يستطيع أن يبيع، أو يشتري، أو يؤجر، أو يستأجر، أو يهب مالاً له، أو يقبل هبة من أحدهم، وإذا قام بتصرف من هذه التصرفات، فإن تصرفه يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً، ولا تترتب عليه الآثار القانونيّة، وقد أشارت إلى ذلك المادّة (١١١) من القانون المدني السُّوري

---

(١) عمر العبد الله، المرجع السَّابق، ص٢٠٥.

بقولها: **(ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله، وتكون جميع تصرفاته باطلة)**، فالصبي غير المميز لا يستطيع مباشرة أي تصرف؛ لأنه فاقد التمييز، فلا يكون لإرادته أثر[١].

٢-مرحلة نقص الأهلية (التمييز):

تمتد هذه المرحلة من سن السابعة حتى الثامنة عشر من العمر، فالشَّخص في هذه المرحلة يسمى بـ: "الصبي المميز"، حيث يكون التمييز عنده وسطاً بين الانعدام والكمال، فهو غير متمتع بالتمييز الكامل رغم توافر بعض أسباب التمييز لديه، وذلك يعد ناقص الأهلية؛ لأنه لايزال ناقص العقل والإدراك، وهذا ما قضت به المادّة (٤٨) من القانون المدني بقولها: **(كل مَن بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد يكون ناقص الأهلية وفق ما يقرره القانون)**.

أما التصرفات التي يقوم بها ناقص التمييز، فحكمها يتوقف على نوعها، حيث أوضحت المادّة (١١٢) من القانون المدني السُّوري التي نصت على:

(١- إذا كان الصبي مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً، وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضاً.

٢- أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأصول وفق القانون).

---

(١) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص٢٠٩.

وعليه، فإن تصرفات الصبي المميز النافعة نفعاً محضاً تكون صحيحة، ويعد هذا الشَّخص كامل الأهلية بالنسبة لهذه التصرفات، أما التصرفات الضارة ضرراً محضاً، فتعد باطلة بطلانا مطلقاً، ويعد هذا الشَّخص عديم الأهلية بالنسبة لها، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فإنها تكون حسب القاعدة العامة باطلة بطلانا نسبياً، أي: قابلة للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية، حيث يجوز للنائب القانوني عنه حق إبطالها، كما يجوز له هو أيضاً أن يطلب إبطالها أو إجازة تلك التصرفات من قِبل نائبه، أو من قِبل المحكمة، أو من قِبل ناقص الأهلية نفسه خلال مدة سنة من بلوغه سن الرشد، وإلا سقط حقه في ذلك[١].

---

(١) وقد خرج المشرّع عن هذه القاعدة العامة في تصرفات ناقص الأهلية في حالات حصرية أهمها: ما نصت عليه المادّة (١١٣) من القانون المدني والمادّة (١٦) من قانون الأحوال الشَّخصية التي تنص على: (إذا بلغ الصبي المميز الخامسة عشرة من عمره، وأذن له في تسلم أمواله لإدارتها، أو تسلمها بحكم القانون، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون). وهذه المادّة مطابقة لنص المادّة (١٦٤) من قانون الأحوال الشَّخصية: (١-ليس للقاصر أن يتسلم أمواله قبل بلوغه سن الرشد. ٢-للقاضي أن يأذن له بعد بلوغه الخامسة عشرة وسماع أقوال الوصي بتسلم جانب من هذه الأموال لإدارتها).

حيث منح المشرّع في هاتين المادتين للصبي المميز البالغ الخامس عشرة من العمر الحق في إدارة أمواله أياً كان منشؤها متى أذن له القاضي بذلك، حيث يعد ذلك الصبي كامل الأهلية فيما أذن له.

كما منحت المادّة ١٦٥/د من قانون الأحوال الشَّخصية للصبي البالغ الخامسة عشر الحق في مزاولة التجارة بموافقة القاضي، فنصت على:

(١- للقاصر المأذون مباشرة أعمال الإدارة وما يتفرع عنها كـ: بيع الحاصلات، وشراء الأدوات)، وبدوها المادّة (١٦٩) أجازت للصبي البالغ الثالثة عشرة من العمر الحق في أن يتولى إدارة ماله الذي كسبه من عمله الخاص، فتكون تصرفاته بهذا الشأن كتصرفات كامل الأهلية، لكنه لا يكون ضامناً للديون الناشئة عن هذه الإدارة إلا بقدر المال الذي كسبه من عمله الخاص[١] فكان نص المادّة: (١-للقاصر متى بلغ الثالثة عشر الحق في أن يتولى إدارة ماله الذي كسبه من عمله الخاص. ٢-لا يكون القاصر ضامناً لديونه الناشئة عن هذه الإدارة إلا بقدر ذلك المال).

٣- مرحلة كمال الأهلية (الرشد):

تمتد هذه المرحلة من بلوغ الشَّخص سن الثامنة عشر، وتستمر طوال حياته، فقد نصت المادّة (٤٦) من القانون المدني على:

(١- إن كل شخص بلغ سن الرشد يتمتع بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ٢-وسن الرشد ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة).

فإذا بلغ الشَّخص سن الرشد أصبح كامل الأهلية بقوة القانون، شرط أن يكون قد بلغ هذا السن متمتعاً بقواه العقلية ولم يحكم عليه قبل بلوغها باستمرار الولاية أو الوصاية عليه، وتعد جميع التصرفات الصادرة عنه صحيحة بهذه الحالة سواء أكانت نافعة أم ضارة أم دائرة بين الضرر والنفع، أمَّا إذا حكم عليه قبل بلوغه سن الرشد باستمرار الوصاية أو الولاية عليه بسبب أحد عوارض الأهلية، فإنه يضل فاقد الأهلية أو ناقصها بحسب نوع العارض، وكذلك تنعدم أو تنقص هذه الأهلية إذا حدث العارض بعد بلوغه سن الرشد.

وهذه العوارض منها ما يطرأ على العقل، ومنها ما يطرأ على التدبير والتقدير، فالتي تصيب العقل هي: الجنون والعته، أما التي تصيب التقدير والتدبير، فهي السفه والغفلة[١]، فإذا طرأ على الشَّخص أحد عوارض الأهلية، فإنه قد يصبح غير صالح للقيام بالتصرفات القانونيّة أو بعضها، وهذا ما يستدعي أن ينوب شخصٌ عنه يتولى القيام بتلك التصرفات، وهذا ما أشار المشرّع السُّوري إليه في أحكام النيابة عن الغير، والتي سوف ندرسها في ما يلي.

---

(١) عبد الرحمن الصابوني، المدخل لدراسة التَّشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص٣٦.

ثانياً: النيابة عن مجهول النّسب:

يغلب على مجهول النّسب أن يكون دون سن التميز، بل إنه الصورة الأكثر عموماً، وهذا ما دعا المشرّع في مشروع رعاية مجهول النّسب بتحديد عمره دون السابعة، حيث عرَّفه في المادّة (١) منه: بأنه هو **(الوليد أو الطِّفل الذي لم يتم السابعة من عمره، والذي يُعثر عليه ولم يثبت نسبه، أو لم يُعرَف والداه)**.

ولا جدال بأن مجهول النّسب في هذا العمر يعد فاقداً للتمييز، لا يستطيع مباشرة الأعمال بنفسه، بل يحتاج لمن ينوب عنه في القيام بتلك الأعمال، ولأهمية هذه النيابة سوف ندرس النيابة عن مجهول النّسب سواء أكان ما تعلق بالولاية على نفسه أم ما يتعلق بالوصاية على أمواله وفق الآتي:

١: الولاية على مجهول النّسب:

٢: الوصاية على أموال مجهول النّسب:

١: الولاية على مجهول النّسب:

أ- تعريف الولاية:

في اللغة: بأنها مأخوذة من الولي وهو القرب، يقال: وليه ولياً، أي: دنا منه، وأوليته إياه أدنيته منه، وولي اليتيم: الذي يلي أمره ويقوم بكفايته، وولي المرأة الذي يلي عقد النكاح عليها ولا يدعها تستبد بعقد النكاح دونه[١].

أما اصطلاحاً: فتعني السلطة التي يتمتع بها الشَّخص في إلزام الغير وتنفيذ القول عليه شاء أم أبى.

---

(١) المعجم الوسيط، مرجع سابق، ج٢، ص ١٠٥٨.

وهي تشمل بهذا المفهوم معنيين: أولهما: الإمامة العظمى، وثانيهما: (وهو المعنى المراد بهذا البحث) قيام شخص كبير راشد بتدبير شؤون قاصر الشَّخصية والمعنوية[١].

وقد نص قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري إلى هذه الولاية في حديثه عن النيابة الشَّرعية في المادّة (١٦٣) منه حيث نصَّ على:

((١- النيابة الشَّرعية عن الغير تكون إما ولاية، وإما وصاية، وإما قوامة، وإما وكالة قضائية.

٢- الولاية للأقارب من أب أو غيره، والوصاية على الأيتام والقوامة على: المجانين، والمعتوهين، والمغفلين، والسفهاء، والوكالة القضائية عن المفقودين)).

وقد أعطى مشروع قانون الرّعاية الجديد لمجهول النّسب حكم اليتيم، وطبق عليه أحكام الوصاية الواردة في قانون الأحوال الشَّخصية، وذلك عندما أسند أمر الوصاية عليه لوزارة الشؤون الاجتماعيَّة والعمل بقوة القانون، حيث يكون لها الإشراف على رعايته وكفالته وتعليمه؛ حتى يستطيع الاعتماد على نفسه، حيث تستمر حتى بلوغه الثامنة عشرة من العمر[٢]، فيكون لها سلطة تسوغ تدبير شؤون مجهول النّسب الشَّخصية والمالية، فيقوم بتربيته ورعايته وتعليمه والاهتمام بسائر أموره الشَّخصية، والوصاية على ماله على أن تطبق في ذلك الأحكام الواردة في قانون الأحوال الشَّخصية، وعند انتقال مجهول

---

(١) سعيدي زيدان أحكام اللقيط، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، الجزائر، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، ٢٠٠٥م/٢٠٠٦م، ص٢٢.

(٢) المادّة (٩) من مشروع قانون مجهول النّسب.

النّسب إلى رعاية الكافل، فإن القانون لم يمنع من تعيين الكافل وصياً على مجهول النّسب عند تحقق الشروط المطلوبة، وعلى أن يتقيد الوصي سواء أكان جمعية أم شخصاً طبيعياً بالصلاحيات والواجبات المفروضة عليه بقانون الأحوال الشَّخصية التي سوف نشير إلى أبرز أحكامها وفق الآتي:

ب: نطاق الولاية

تشمل الولاية على النفس القيام بكل ما يتعلق بشخص الصغير من: صيانة، وحفظ، ورعاية، وعلاج، وتأديب، وتعليم، وتوجيه، وتزويج، وسائر الأمور الخاصة بالعناية بشخص القاصر، وهذه الولاية تكون للأقارب العصبات وفق الترتيب الآتي: الأبناء، وأبناء الأبناء، والآباء، ثم آباء الآباء، الإخوة، ثم أبناء الإخوة، الأعمام، ثم أبناء الأعمام، ويكون ثبوت هذه الولاية للأقارب لما لهم من صلة وقُربى بالقاصر والحرص على مصلحته(١).

ولما كان مجهول النّسب القاصر مقطوع الصلة والقربى، ولا يتصور أن يعيش بلا ولاية الإشراف على شؤونه وإلا كان عرضة للهلاك، فالولاية عليه تعود إلى الدَّولة بموجب ولايتها العامة على جميع رعاياها، فالدَّولة بموجب ولايتها العامة مسؤولة عن الجميع، ووظيفتها توفير الحماية لمحتاجيها إما بإلزام أصحاب الولايات من الأقارب والعصبات بالقيام بواجبهم، وإما بالتزامها الولاية على مَن لا يوجد له أقارب كمجهولي النّسب والأيتام(٢)، وقد اتفق العلماء على أن الولاية على النفس تثبت كذلك للسلطان أو نائبه كالقاضي ونحوه، وذلك إذا

---

(١)عبد الرحمن الصابوني، المدخل لدراسة التَّشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص٤١.

(٢) سعيدي زيدان، مرجع سابق، ص٢١٤.

انعدم الأولياء[١]، وهذا الرَّأي مأخوذ من قول النبي صلى الله عليه وسلم: ((السلطان ولي من لا ولي له))[٢]، لذلك فقد نص المشرّع السُّوري في قانون رعاية اللقطاء في المادّة (٦) منه على:

١-تقوم وزارة الشؤون الاجتماعيَّة والعمل بالولاية على نفس اللقيط حتى إتمام سن الثامنة عشرة ٢...))

كما أعطت المادّة التاسعة من مشروع القانون الجديد لوزارة الشؤون الاجتماعيَّة.

(أ- الإشراف على رعاية الطِّفل وكفالته وتعليمه حتى يستطيع الاعتماد على نفسه وكسب عيشه.

ب- الوصاية على نفس الطِّفل حتى يتم سن الثامنة عشرة، وتدخل في هذه الوصاية: سلطة التَّربية والتعليم العام والمهني، والرقابة، والعناية: الصحية، والاجتماعيَّة، والقانونيّة، والاقتصادية، والصحية، والتربوية، والثقافية، وسائر أمور العناية بشخصه، وتنتقل هذه الوصاية إلى الدار أو الأسرة حسب الحال).

بينما يرى المذهب المالكي أن الولاية على نفس اللقيط تكون للملتقط الذي تكون له أولوية بسبب سبق التقاطه إن كان جديراً بذلك[٣]، بل إنَّ المذهب المالكي يقدم في استحقاق الولاية للكافل اليتيم على الولاية العامة للدولة والسلطان[٤]، وقد قال الإمام محمد أبو زهرة في تأييده لهذا الرَّأي: (وأنه بتطبيق

---

(١) وهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج٩، ص١٨٩.

(٢) مسند الإمام أحمد، تحقيق شعيب الأرناؤوط وآخرون، مؤسسة الرّسالة، ١٩٩٩م، ط ٢، ج٤٢، ص١٩٩.

(٣) سعيدي زيدان، مرجع سابق، ص٢١٤.

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، أركان النكاح، ج٧، ص٣٨١، أيضاً، شرح تحفة الحكام، محمد أحمد ميارة، موقع الإسلام، ص٤١١.

هذا المبدأ تكون الولاية على النفس بالنّسبة للقيط لمن التقطه؛ لأنَّه هو الذي تكفل به ورباه وهذا مبدأ قويم جدير بالاعتبار؛ لأنه إن كان أهل القاصر قد أهملوه، فقد قطعوا ما أمر الله به أن يوصل، فحق عليهم الحرمان من سلطة الولاية العامة، وهذا الذي يتبرع بالكفالة والتَّربية وكفلها حتى أنبتها نباتاً هو الجدير بأن يرعى ما أنبت))[١].

وحيث إن مجهول النّسب قد يكون ناقص الأهلية أو فاقدها، فيكون بذلك أحد المستهدفين بأحكام النيابة عن الغير، ويكون في حاجة لتولي أحدهم مَن يرعى شؤونه، سواء أكان ما تعلق منها بنفسه أم تعلق بأمواله.

٢-الوصاية على مجهول النّسب:

قلنا: إن أهلية الأداء هي صلاحية الشَّخص لصدور التصرفات القانونيّة على وجه يعتد به قانوناً، لذلك عهد المشرّع إلى تعيين وصي يتولى إدارة أموره تحت رقابة المحكمة، أي: تعيين شخص تتوافر فيه شروط محددة ليكون وصياً على مال مجهول النّسب القاصر، وإن انتقال مجهول النّسب إلى رعاية الكافل لا يثير إشكالاً في إمكانية تعيين الكافل وصياً على مجهول النّسب عند تحقق الشروط الواجبة، بل مشروع القانون الجديد أوجب بعد الموافقة على طلب الكفالة المقدم من قِبل الكافل بأن يرسل نسخة من عقد الكفالة إلى المحكمة الشَّرعية لاستصدار وصاية شرعية للكافل،[٢] لكن الإشكال يثور في وصاية دار الرّعاية حيث إن الأحكام الوارد في قانون الأحوال الشَّخصية سواء أكان ما

---

(١) سعيدي زيدان، نقلاً عن أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق ص٢١٤.

(٢) المادّة ١٩/ز من مشروع قانون مجهول النّسب.

تعلق منها بآلية اختيار الوصي أم شروطه التي قد وردت بخصوص الشَّخص الطبيعي لذلك كان لابد من مزيد من الإيضاح.

وقد أعطى المشروع الجديد لدار الرّعاية أو الأسرة الوصاية على نفس مجهول النّسب بالقدر اللازم لتربيته ورعايته والوصاية على ماله، مع التقيد بالأحكام المتعلقة بالوصاية في قانون الأحوال الشَّخصية، كما أقر مسؤولية الأسرة الكافلة عن التَّعويض عن أفعال مجهول النّسب التي تلحق ضرراً بالغير وفق أحكام القانون المدني، وتستمر هذه الوصاية حتى يتم مجهول النّسب سن الرشد.

ولابد من الإشارة إلى أن الغرض من نظام الوصاية هو حماية ثروة القاصر واستثمارها في الأوجه التي تعود عليه بالمنفعة[١]، وإذا كان القانون قد أجاز أن تتولى الأسرة الوصاية على مجهول النّسب تبعاً لكفالته، فلا بد أن تنطبق على الكافل الأحكام والشروط الواردة في قانون الأحوال الشَّخصية.

أ – الأحكام المتعلقة بتعيين الوصي:

اشترط القانون أن يتوافر في الوصي: العقل، والبلوغ، والعدالة، واتحاد الدين مع الموصى له، وهذا ما نصت عليه المادّة ١٧٨/أ بقولها:

((١– يجب أن يكون الوصي عادلاً قادراً على القيام بالوصاية ذا أهلية كاملة، وأن يكون من ملة القاصر)).

وقد منع المشرّع السُّوري المحكوم عليه بالعقوبات الآتية أن يكون وصياً:

---

(١) صباطة سليمة، دور القضاء في حماية الحقوق المعنوية والمالية للطفل، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، تلمسان، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٥م/٢٠١٦م، ص ٢١١.

أ- المحكوم عليه في: جريمة سرقة، أو إساءة ائتمان، أو تزوير، أو جريمة من الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة.

ب- المحكوم بإفلاسه على أن يعاد اعتباره.

ج- مَن قرر الأب أو الجد عند عدمه حرمانه من التعيين قبل وفاته على أن يثبت ذلك بوثيقة خطية.

د- مَن كان بينه هو وأحد أصوله أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائي أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة القاصر.

وعند تعارض مصلحة القاصر مع مصلحة الوصي، أو زوجته، وأصوله، أو فروعه، أو مَن يمثله، فإن القانون يعين وصياً خاصاً مؤقتاً هذا إذا لم يبلغ التعارض في النّزاع الذي نصت عليه الفقرة (د) من المادّة آنفة الذكر، كل ذلك وفق ما نصت عليه المادّة (١٧٩) من قانون الأحوال الشَّخصية: ((ينصب القاضي وصياً خاصاً مؤقتاً عند تعارض مصلحة القاصر مع مصلحة الوصي، أو زوجه، أو أحد أصوله، أو فروعه، أو مَن يمثلهم الوصي إن لم يبلغ هذا التعارض النّزاع المنصوص عليه في المادّة السَّابقة))

ب: صلاحيات الوصي:

يتمتع الوصي في إطار المهمة المعهودة إليه بحكم مركزه القانوني المتمثل في رعاية شؤون القاصر بسلطات تمكنه من أداء هذه المهمة، وتختلف سلطته حسب نوع التصرف الذي يقوم به وفق الآتي:

١- التصرفات النافعة نفعاً محضاً:

تشير القاعدة إلى أن الوصي يقوم بالتصرفات التي تعود بالنفع المحض على القاصر حتى دون إذن المحكمة كما لو ناب عن القاصر في قبول الهبة

أو قبضها، ما دامت الهبة غير مشروطة، كما له أن يقبل الوصايا غير المقترنة بالشروط نيابة عن القاصرين[١].

٢-التصرفات الضارة ضرراً محضاً:

لا يجوز للوصي أن يقوم بهذه التصرفات مطلقاً، فليس له أن يتبرع بأموال القاصر، وكل تصرف يقع منه للغير يعد باطلاً، وقد نصت المادّة (١٨٠) من قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري على: **((تبرع الوصي بمال القاصر باطل))**.

٣- التصرفات الدائرة بين النفع والضرر:

إن هذا النوع من التصرفات على نوعين:

النوع الأول: تصرفات الإدارة:

ومثال ذلك: إيجار الأغراض الزراعية لثلاث سنوات فأقل، وإيجار المباني مدة سنة فأقل، وعليه نصت المادّة (١٨٢) في الفقرتين (د) و (هـ)، وهذه التصرفات تقع صحيحة من قِبل الوصي دون الحاجة إلى إذن من المحكمة[٢].

---

(١) أحمد عيسى، الحماية القانونيّة لحقوق القصر في التصرفات الواردة على المال الشائع، ص ٢١٣.

(٢) المادّة (١٨٢) لا يجوز للوصي دون إذن من المحكمة مباشرة التصرفات الآتية: ...
د . إيجار عقار القاصر مدة أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية وأكثر من سنة في المباني
هـ . إيجار عقار القاصر مدة تمتد إلى سنة بعد بلوغه سن الرشد.

النوع الثَّاني: التصرفات التي تمس رأس المال:

وهذه التصرفات تمس رأس المال، وتؤدي إلى إخراجه عن ملكية صاحبه أو التهديد بإخراجه، وهذا النوع من التصرفات التي لا يجوز للوصي أن يباشرها قبل أن يحصل على إذن مسبق من قِبل المحكمة ومن هذه التصرفات:

١- قسمة أموال القاصر، لا يجوز للوصي أن يتولى قسمة أموال القاصر بينه وبين غيره إلا بإذن المحكمة، على أن تصادق المحكمة بعد حصول هذه القسمة لتكون نافذة[١].

٢- البيع، والشراء، والشركة، والمقايضة، والرهن، والاقتراض، وجميع التصرفات الناقلة للملكية أو التي ترتب حقاً محدداً، فجميع هذه التصرفات لا يجوز للوصي أن يتولاها قبل أن تأذن له المحكمة[٢].

٣- تحويل الديون التي تكون للقاصر وقبول الحوالة عليه.

٤- إيجار عقار القاصر مدة أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية، ومدة سنة في المباني.

٥- إيجار عقار القاصر مدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة.

٦- قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها.

٧- الإنفاق من مال القاصر على مَن تجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة مقضياً بها من جهة مختصة.

٨- الصلح والتحكيم.

---

(١) نصت المادّة (١٨١): ((إذا كان للقاصر حصة شائعة في عقار، فللوصي بإذن من المحكمة إجراء القسمة بالتراضي مع باقي الشركاء، ولا تكون هذه القسمة نافذة إلا بتصديق القاضي)).

(٢) المادّة (١٨٢) من قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري.

٩- الوفاء بالالتزامات التي تكون على التركة أو على القاصر ما لم يكن قد صدر بها حكم واجب النفاذ.

١٠- رفع الدعاوى إلا ما يكون في تأخيره ضرر للقاصر أو ضياع حق له.

١١- التنازل عن الدعاوى وإسقاط حقه في طرق المراجعة القانونيّة.

١٢- تبديل التأمينات أو تعديلها.

١٣- إجارة الوصي لأموال القاصر لنفسه، أو زوجه، أو أحد فروعه، أو أصوله، أو أقاربه حتى الدرجة الرابعة، أو لمن يكون الوصي نائباً عنه، أي: كل عقد تكون فيه محاباة للوصي، أو من يتصل به أو يتولى الوصي تمثيله.

١٤- ما يُصرف في تزويج القاصر.

١٥-إصلاح عقار القاصر، وترميمه، وتبديل معالمه، أو إنشاء بناء عليه، أو هدمه، أو غرس غراس ونحو ذلك، ويحدد الإذن في هذه الحالة التصرف، ومداه، وخطة العمل.[١]

وتجدر الإشارة إلى أن الوصي لا يجوز له أن يحفظ مال القاصر في أي مكان، فقد ألزمه المشرّع بأن يودع باسم القاصر في إحدى خزائن الحكومة، أو في أحد المصارف التي توافق عليها المحكمة كل ما يستحصله من نقود للقاصر، وما ترى المحكمة من لزوم إيداعه من أسناد ومجوهرات، ولا يجوز له أن يتخلف عن هذا الإيداع مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمه إياها، ولا

---

(١) المادّة (١٨٢) من قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري.

يجوز لـه أن يقوم بـأي عمليـة سـحب إلا بـإذن القاضـي،[١]وبهذا الإيداع تُحفظ أموال القاصر من الضياع[٢].

لا شك أن في تطبيق نظام الولاية والوصاية الذي نص عليه قانون الأحوال الشخصية يفر الحماية القانونية على مجهول النسب، يوفر لـه الحماية القانونية لـه فيضـعه تحت إشراف القاضـي بكل مـا يتعلق بشخصـه أو بأموالـه، إلا أن العدد المتزايد للأيتام والقصر الذين يخضعون لنظام الوصاية الشرعية ، يخلق تحدياً اما دائرة الأيتام في المحكمة الشرعية للقيام بمهامها، مما يستدعي تطوير عمل هذه الدائرة.



(١) نصت المادّة (١٨٤) ((١-على الوصي أن يودع باسم القاصر في خزانة الدَّولة أو في مصرف توافق عليه المحكمة كل ما يحصله من نقوده، وما ترى المحكمة لزوماً لإيداعه من الأسناد والحلي وغيرها خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمه إياها، ولا يسحب منها شيئاً إلا بإذن القاضي ٢- يرفع من هذه الأموال قبل إيداعها مصاريف الإدارة والنفقة المقررة لشهر واحد))

(٢) أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ص٥٧٦.

المطلب الثَّاني: الحقوق المقررة لمجهول النّسب:

تمهيد:

يتمتع مجهول النّسب بمجموعة من الحقوق أسوةً بغيره من معلومي النّسب، وإن أغلب هذه الحقوق تنطبق عليه وعلى غيره من الأطفال التي تعد من الحقوق العامة كـ: حق الحياة، أو حق التعلم، أو غيره من الحقوق العامة، وهذه الحقوق لا تثير في تطبيقه على مجهول النّسب أي إشكال، إنما الإشكال يثور بتلك الحقوق التي تتعلق بحالته المدنية، أو حالته المالية ومصادر تمويله التي أولاها المشرّع عناية خاصة وهي مدار بحثنا التالي.

أولاً: **الحقوق التي تمثل الحالة المدنية لمجهول النّسب:**

١-حق مجهول النّسب في الاسم:

يعد اسم الشَّخص من الحقوق الملازمة لشخصيته، وقد عملت القوانين على ضمان هذا الحق، فالاسم هو الوسيلة التي تمكن الشَّخص من تمييزه وتعيين شخصه، [١] ويكسبه الحق في: استعماله، وحمله، وحمايته من أي اعتداء بقوة القانون، ولا يجوز التنازل عنه، أو بيعه، أو رهنه، كما لا تجوز سرقته أو انتحاله، وقد ضمن القانون السُّوري الحق في الاسم واللقب واستعمالهما وحمايتهما من اعتداء، كما أوجب التَّعويض عما لحق صاحب الاسم جراء الاعتداء عليه[٢].

---

(١) عبد المنعم فرج الصده، مبادئ القانون، لبنان، بيروت دار النهضة، طبعة ١٩٧٧م، ص٢٢٦.

(٢) نصت المادّة (٥٢) من القانون المدني السُّوري على أن: ((لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التَّعويض عما يكون قد لحقه من ضرر))، ونصت المادّة (٥٣) من القانون ذاته على: (لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه أو لقبه أو كليهما دون مبرر، ومن انتحل من الغير اسمه أو لقبه أو كليهما دون حق، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التَّعويض عما يكون قد لحقه من ضرر)).

كما أن للاسم نظاماً إدارياً يخدم أمن الدَّولة، فيمنع الخلط بين أفرادها، ويعمل على استقرار المعاملات فيها، ويحقق المصلحة العامة، فمصلحة الفرد والجماعة تقتضي أن تتميز كل شخصية إنسانية بوسيلة أو علامة للتفريق بينهما وبين الآخرين لمنع الاختلاط أو الالتباس والوسيلة الأفضل لهذا التميز هي الاسم(١).

ولما كان اسم الشَّخص يعد أحد مظاهر الشَّخصية، لذلك تسمية المولود من الأمور التي أوجبها القانون على مقدم شهادة الولادة، وعادة ما يختار الاسم للمولود من قِبل أهله وذويه.

أما مجهول النّسب الذي حُرم من أسرته، فقد عهد المشرّع بهذه المهمة وأوكلها إلى أمين السجل المدني الذي يقوم باختيار اسم لهذا الطِّفل اللقيط، ويمكن أن يسترشد بما تقترحه دور الرّعاية فيما يتعلق باسمه الأول فقط، ليقوم فيما بعد باختيار اسم لوالديه، واسم جد يكون نسبةً له وفق ما نصت عليه المادّة (٢٩) من قانون الأحوال المدنية بقولها: (..بعد أن يقوم أمين السجل المدني باختيار اسم له، ولكل من والديه، واسم جد نسبة له أو ما تقترحه دور الرّعاية بالنّسبة لاسم مجهول النّسب فقط دون أن يذكر أنه مجهول النّسب في الوثائق التي تُمنح له).

إلا أن مشروع القانون الجديد لرعاية مجهول النّسب قد عهد مهمة اختيار الاسم الأول لدار الضيافة(٢) التي تستقبل مجهول النّسب بشكل مؤقت،

---

(١) زهير حرح، الحق في الحياة الخاصة، منشورات جامعة دمشق، مركز التعليم المفتوح، ٢٠٠٦م/٢٠٠٥م، ط٢، ص٩٠.

(٢) المادّة (٥) من مشروع قانون مجهول النّسب.

فيقوم أمين السجل المدني بتسجيل الاسم المختار من قِبل دار الضيافة، ويتولى هو اختيار اسم الوالدين، والجد، وتسجيل هذا الاسم، وقد أعطى المشرّع لمعلومات مجهول النّسب الصفة السرية سواء أكان في المشروع الجديد لرعاية مجهول النّسب أم في قانون الأحوال المدنية، حيث إنه حظر على كل من: أمين السجل المدني، أو دار الضيافة، أو أي جهة أخرى الإشارة أو الدلالة في أي وثيقة رسمية على صفة جهالة نسب الطِّفل.

فيجري تسجيل هذه الواقعة بشكل سري في سجل الواقعات ولا يجوز الاطلاع عليه إلا بناء على طلب من المحكمة المختصة، وقد عاقب المشروع الجديد كل من خرق هذا الحظر بالغرامة من (٥٠٠٠٠) خمسين ألف ليرة سورية وحتى (٢٠٠٠٠٠) مائتي ألف ليرة سورية[١]، وأخيراً، فإن المشرّع في مشروع القانون الجديد قد نص على إلغاء الأحكام المتعارضة بآلية التسجيل الواردة في قانون الأحوال المدنية فيما يتعلق بتسمية مجهول النّسب وتطبيق ما ينص عليه من أحكام.[٢]

– ويمكن أن يعطى مجهول النّسب نسبة العائلة الحاضنة، وذلك بعد انتقاله إلى رعايتها، وفق ما سنراه لاحقاً، ولا بد من الإشارة إلى أن المشرّع السُّوري قد منع تسمية المولود باسم مركب مكون من أكثر من مقطعين[٣]، إلا أنه لم يضع ضوابط لاختيار هذا الاسم كما فعل نظيره الجزائري الذي اشترط أن تكون الأسماء جزائرية مع جواز أن تكون غير ذلك بالنّسبة للمولودين من أبوين غير

---

(١) المادّة (٢٨) من مشروع قانون مجهول النّسب.

(٢) المادّة (٣٣) من مشروع قانون مجهول النّسب.

(٣) نصت المادّة (٢٩) من قانون الأحوال المدنية السُّوري على: ((لا تجوز تسمية المولود باسم مركب مكون من أكثر من مقطعين)). كأن يكون اسمه: عبد الخالق عبد الكريم.

مسلمين[١]، وحبذا لو ذهب المشرّع السُّوري مذهب المشرّع الجزائري في تحديد ضوابط انتقاء الأسماء لاسيما أن الشريعة الإسلامية التي أحال إليها القانون عند عدم وجود النص أوجبت أن يكون اسم الشَّخص محموداً فقد ثبت أن النبي محمد صلى الله عليه وسلم بما روته السيدة عائشة رضي الله عنها أنَّ النبي كان يغير الاسم القبيح[٢].

٢- حق مجهول النّسب في الجنسية:

يُراد بالجنسية تلك الرابطة المعنوية والقانونيّة والسياسية التي تربط بين الفرد ودولته منذ ولادته، فيكون ولاؤه وتبعيته لها، وهي بذلك تشكل حق إحدى حقوقه الشَّخصية التي تكفلها الدَّولة للأطفال الذين يولدون على أراضيها والمكتسبين جنسيتها، فتمنحهم حق الحماية.

وقد اعتمد المشرّع السُّوري في اكتساب الجنسية العربيّة السُّورية على حق الدم كمعيار أساسي لاكتساب الجنسية، فجعل ثبوت نسب الطِّفل من أب سوري يعطيه الحق في اكتساب الجنسية العربيّة السُّورية،[٣] وفي حال عدم

---

(١) نصت المادّة (٢٨) في فقرتها الثَّانية من القانون المدني الجزائري على: ((يجب أن تكون الأسماء جزائرية، وقد يكون خلاف ذلك بالنّسبة للأطفال المولودين من أبوين غير مسلمين))، كما نصت المادّة (٦٤) في فقرتها الرابعة من قانون الحالة المدنية الجزائري على: ((يجب أن تكون الأسماء أسماء جزائرية، ويجوز أن يكون غير ذلك بالنّسبة للأطفال المولودين من أبوين منتقين ديانة غير الديانة الإسلامية، يمنع جميع الأسماء غير المخصصة في الاستعمال والعادة)).

(٢) رواه الترمذي في مسنده، تحقيق أحمد شاكر وآخرين، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ج٥.

(٣) ينص القانون رقم ٢٧٦ في العام ١٩٦٩م الخاص بتنظيم أصول اكتساب الجنسية العربيّة السُّورية، حيث نص في المادّة (٣) منه على: ((يعد سورياً حكماً:

(أ) مَن ولد في القطر أو خارجه من والد عربي سوري.

(ب) من ولد في القطر لأم سورية، ولم تثبت نسبته إلى أبيه قانوناً.

التمكن من نسبه هذا الطِّفل للأب السُّوري فيعطي الجنسية بناء على نسبته لأمه السُّورية، أما في حال جهالة نسبه لكل من والديه أو جهالة جنسيتيهما، أو كونهما لا يملكان جنسية أصلاً، فيكتسب الجنسية العربيّة السُّورية على أساس حق الإقليم ؛كونه قد وُلد على الأراضي السُّورية، وقد أعطى المشرّع لمجهول النّسب سواء أكان لقيطاً أم مَن دخل بجهالة النّسب بصورة أخرى الجنسية السُّورية، حيث نصت المادّة (١٣) في الفقرة (١) منها على: ((يُعدُّ اللقيط عربياً سورياً)).

فقد عدَّ القانون السُّوري أن مجهول النّسب قد ولد في الأراضي السُّورية وفي المكان الذي وُجد فيه ما لم يثبت العكس عملاً بالمادّة ٢٩/ب من قانون الأحوال المدنية التي تنص على: ((يعد مجهول النّسب عربياً سورياً مسلماً ومولوداً في سورية في المكان الذي عُثر عليه فيه ما لم يثبت خلاف ذلك))، وقد سار المشروع الجديد لرعاية مجهول النّسب على نفس الاتجاه في عد مجهول النّسب عربياً سورياً ما لم يثبت خلاف ذلك.

ونلاحظ أن المشرّع السُّوري قد وسَّع معياره لكسب الجنسية لكل طفلٍ، ولا سيما مَن وُجد على أرضه، فاعتمد على معيار الإقليم في اكتساب الجنسية؛ ليستوعب بذلك حالات اللقطاء ومجهولي النّسب، سواء أكانت هذه الجهالة من

= (ج) من ولد في القطر لوالدين مجهولين، أو مجهولو الجنسية، أو لا جنسية لهما، ويعد اللقيط في القطر مولوداً فيها، وفي المكان الذي عثر عليه ما لم يثبت عكس ذلك.

(د) من ولد في القطر ولم يحق له عند ولادته أن يكتسب بصلة البنوة جنسية أجنبية.

(هـ) من ينتمي بأصله للجمهورية العربيّة السُّورية، ولم يكتسب جنسية أخرى، وما لم يتقدم لاختيار الجنسية السُّورية في المهل المحددة بموجب القوانين المتخذة والسَّابقة، ويسري حكم المادّة ولو كان الميلاد قبل تاريخ العمل بهذا المرسوم)).

جهة الأب فقط أم من كل من الوالدين، لكن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن عن الحالة التي يثبت فيها أنَّ مجهول النّسب قد وُلد على غير الأراضي السُّورية، أو في حال ثبت نسبه لأب أو أم وكان جنسية أحدهما أو كليهما تعطى له.

في الواقع نجد أن المشرّع السُّوري لم يجب على هذه الحالة، مما يؤدي إحدى حالات ازدواج الجنسية، على عكس المشرّع الجزائري الذي ذهب إلى سحب الجنسية و عدَّها كأنها لم تكن إذا ثبت انتساب الطِّفل إلى أجنبي أو أجنبية، وكان قانون الوالدين أو أحدهما يعطي الطِّفل الجنسية غير أنه يُشترط أن يُعطى هذه الجنسية قبل بلوغه التاسعة عشر من العمر: (وهوسن الرشد في التَّشريع الجزائري)، أما إذا بلغ سن الرشد، فإن ثبوت الجنسية الأجنبية له لا يؤدي إلى سحب الجنسية الجزائرية[١]، حيث نصت المادّة (٧) من قانون الجنسية الجزائري على (...غير أن الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين يعد وكأنه لم يكن جزائرياً، فإذا ثبت خلال قصوره انتسابه إلى أجنبي وكان ينتمي إلى جنسية هذا الأخير وفق قانون جنسية هذا الأخير).

٣: الدين الذي ينتمي إليه مجهول النّسب:

إنَّ الإنسان لا ينفك في ديانته عن المكان والبيئة التي يُولد فيها، لذلك فقد أولى فقهاء الشريعة الإسلامية لمكان إيجاد مجهول النّسب اعتباراً في تقرير ديانته.

---

(١) منادي مليكة وبن زردة عبد العزيز، أحكام الأطفال مجهولي النّسب في القانون الجزائري رسالة ماجستير، الجزائر، جامعة د. الطاهر مولاي، سعيدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٤م/٢٠١٥م، ص٣٠.

وقد تتعدد الأديان في المجتمع الواحد، فيثور السؤال عن الدين الذي ينسب إليه مجهول النّسب.

بدايةً إنَّ المشرّع السُّوري حكم بإسلام اللقيط ما لم يتبين أنه غير مسلم، حيث نصت المادّة (٢) من قانون رعاية اللقطاء على: ((-يعد اللقيط مسلماً ما لم يثبت خلاف ذلك))[١].

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في المعيار الذي يتحدد به دين مجهول النّسب، فكان هناك معياران:

ت- **معيار المكان:** يعتمد هذا المعيار على المكان أو البلد الذي يوجد فيه مجهول النّسب سواء أكان دار إسلام أم لا، حيث ذهب الشافعية والحنابلة إلى الأخذ بهذا المعيار مع تغليبهم للحكم بإسلام مجهول النّسب ، حيث جاء: ((اللقيط حر مسلم في جميع أحكامه، إلا أن يوجد ببلد الكفر، فهو كافر، وقيل: مسلم إن كان فيه مسلم، وإلا فهو كافر))[٢].

كما ورد لدى الشافعية في اعتبارهم لمعيار المكان: ((كما يعد إسلام اللقيط في دار الإسلام بحكم الدار، فيكون مسلماً في الظّاهر، تغليباً لحكم الدار))[٣].

ب- **معيار دين الواجد:** اعتمد هذا المعيار على ديانة من يقوم بإيجاد اللقيط، وهو ما أخذ به الحنفية والمالكية، حيث ميز الحنفية بين كون الملتقط

---

(١) وقد تبنى المشروع الجديد نفس الصياغة عندما نصت المادّة ٥/ج من المشروع على: (ويعد مجهول النّسب مسلماً ما لم يثبت خلاف ذلك)

(٢) المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ابن تيمية الحراني، السعودية، مكتبة المعارف، ١٤٠٤هجري، ج١، ص٣٧٣.

(٣) الحاوي في الفقه الشافعي، أبو الحسن الماوردي، دار الكتب العلمية، ج١٤، ص٢٤٦.

مسلماً أو ذمياً، فقد ورد في البدائع: ((وأما حاله في الإسلام والكفر، فإن وجده مسلم في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم، يكن مسلماً حتى لو مات يُغسَّل ويُصلَّى عليه ويدفن في مقابر المسلمين، وإن وجده ذمي في كنيسة أو في قرية ليس فيها مسلم يكون ذمياً؛ تحكيماً للظاهر، كما إذا وجده مسلم في بيعة أو كنيسة أو في قرية من قرى أهل الذمة يكون ذمياً))[١].

بينما قال المالكية: إذا التقطه مسلم ظاهره، حكم بإسلامه، وقد ورد في نصوص المالكية: (وحكم بإسلامه (أي: اللقيط) إن وجد في قرية من قرى المسلمين، لأنه الأصل والغالب)[٢].

ثانياً: الحقوق المالية لمجهول النّسب:

إن المركز القانوني لمجهول النّسب لا يقتصر على الحقوق المعنوية التي تشكل ملامح هويته، بل إنها تشمل الحقوق المالية التي تمثل الجانب المالي لشخصية مجهول النّسب القانونيّة.

١-الحق في النفقة:

إنَّ القرابة[٣]هي السَّبب في ترتب النفقة، فالطِّفل معلوم النّسب تكون نفقته على والده لقوله تعالى: ((وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف))[١]،

---

(٣) بدائع الصنائع، علاء الدين الكاساني، بيروت، دار الكتاب العربي، طبعة عام ١٩٨٢م، ج٦،ص١٩٨. ١

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج١٦، ص٤٥٨.**http://www.al-islam.com**

(٣) اختلف الفقهاء في حدود القرابة الموجبة للنفقة، فجعلها مالك للأبوين والأولاد الصلبين دون بقية الأصول والفروع، بينما حددها الحنفية في القرابة المحرمية، وقال الشافعي: إنها قرابة الأولاد بين

ويظل هذا الحق قائماً طالما أنَّ الولد لا مال له وغير قادر على الكسب، هذا في حال وجود الأب، لكن المشكلة تثور في حالة جهالة النّسب، فمن الشَّخص المكلف الذي يقع عليه واجب الإنفاق على هذا الطِّفل؟

ذهب الفقهاء بأن مجهول النّسب (اللقيط) إذا كان له مال خاص به[٢] أو مال عام [٣]، فتكون نفقته من هذا المال، فإن لم يكن له مال، فتكون نفقته على بيت المال، ذلك لأن تركته بعد وفاته في حال عدم وجود وارث له تكون لبيت المال عملاً بقاعدة الغرم بالغنم [٤]، لما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: ((وعلينا نفقته))، وفي رواية ثانية: ((ونفقته على بيت المال))، وهذا ما نهجه القانون السُّوري في المادّة (١٧) من قانون رعاية اللقطاء بأنه: ((لا يطالب اللقيط بإعادة الأموال التي تنفقها الدَّولة على كفالته وتربيته))، وقد صرح القانون السُّوري بأن النفقة هذه على سبيل التبرع لا ترجع الدَّولة بما أنفقته على مجهول النّسب، حتى وإن أصبح له مال لاحقاً، وقد جعل المشروع الجديد لقانون رعاية مجهول النّسب إنفاق الكافل على مجهول النّسب من قُبيل التبرع، حيث إنه منع الأسرة الحاضنة أو ورثة الكافل من مطالبة أي

= الأصول والفروع، بينما ذهب أحمد بن حنبل إلى أن القرابة الموجبة للإنفاق هي القرابة التي يكون فيها القريب الموسر وارثاً للقريب المحتاج إن ترك مالاً، محمد أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ص٤٨٥.

(١) سورة البقرة الآية (٢٢٣).

(٢) وهو المال الذي يكون للقيط مما وجد معه أو في ثيابه ونحوه.

(٣) وهو المال الموقوف على اللقطاء ومجهولي النّسب.

(٤) وهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج١٠، ص٥٣٣.

جهة كانت بأي مصاريف أو بدل أتعاب لرعايتها مجهول النّسب خلال مدة الإلحاق لديها[١].

وقد اختلفت المذاهب الفقهية في عد نفقة الكافل على المكفول من قُبيل التبرع، فذهب الحنفية أن نفقة اللقيط تقع على بيت المال، وإذا أنفق عليه الملتقط كان متبرعاً؛ لأنه كان عليه أن يأتي به للإمام الذي يعطيه نفقته، فإذا أنفق عليه يكون متبرعاً في ذلك، وإذا أمره القاضي بالإنفاق عليه على أن يكون ديناً جاز ذلك[٢].

بينما ذهب المالكية إلى أن نفقة اللقيط تكون من ماله إذا كان له مال أو من المال الذي أُوصِي له أو وُهِب إليه، فإذا لم يكن له مال، فنفقته من بيت المال، فإن لم يكن هناك بيت مال أو كان لا مال فيه، فينفق عليه الذي التقطه حتى يستغني، ولا رجوع عليه وإن استأذن الإمام، وقد ذهب رأي لابن الحاجب من المذهب المالكي أنه إذا ثبت له أب وكان قد طرحه عمداً لزمه ما أنفق عليه، إلا أن تكون النفقة عليه على وجه الحسبة، فلا رجوع على الأب، وإذا أشكل الأمر، فالقول قول المنفق[٣].

وقد ذهب الشافعية بأن نفقة اللقيط من ماله الخاص إذا كان له مال، فإن لم يكن، تكن من بيت المال، لما ورد أن عمر رضي الله عنه استشار الصحابة في نفقة اللقيط، فأجمعوا أنها من بيت المال، فإن لم يكن في بيت المال شيء، استدان له القاضي، فإن لم يجد مَن يقرضه، جمع النَّاس وعد نفسه منهم وقسم

---

(١) المادّة ٢٢/هـ من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

(٢) المبسوط للسرخسي، مرجع سابق، ج٦، ص١٤٦.

(٣) منح الجليل، شرح مختصر خليل ج١٧، ص٢٥٠.

نفقة اللقيط على الأثرياء منهم، ولهم الرجوع بما أنفقوا على الواجب بالإنفاق على اللقيط، أو على اللقيط إذا ظهر له مالاً[١].

وذهب الحنابلة إلى أن نفقة اللقيط الذي لم يُوجد معه شيء تكون على بيت المال، ولا يلزم الملتقط بالنفقة، لحديث عمر في حديث أبي جميلة: اذهب فهو حر، ولك ولاؤه، وعلينا نفقته، وفي رواية: من بيت المال، وعند عدم وجود المال في بيت المال يقع على مَن يعلم بحاله الإنفاق عليه، لقول الله تعالى: **{وتعاونوا على البر والتقوى}**؛ ولأنَّ في ترك الإنفاق عليه هلاكه وهذا فرض كفاية إذا قام به قوم سقط عن الباقين، فإن تركه الكل أثموا، وهذا الإنفاق على سبيل التبرع لا رجوع على اللقيط بشيء سواء أكان المنفق الملتقط أم غيره، فإذا كان ينوي الرجوع عليه إذا أيسر، وكان هذا الإنفاق فله الرجوع بشرط أن يكون قد أنفق بأمر من الحاكم، وأن يكون قصداً بالمعروف، فإذا كان إنفاقه بدون إذن الحاكم ونوى الرجوع عليه، فقال الأمام أحمد: إن النفقة تؤخذ من بيت المال، بينما ذهب النخعي وشريح أن له الرجوع عليه إذا أشهد أنه ينوي الرجوع عليه، واشترط عمر بن عبد العزيز أن يحلف أنه كان ينوي الرجوع عليه[٢].

٢: حق مجهول النّسب في الملكية:

تتعدد المصادر المالية لملكية مجهول النّسب، فقد يكون لمجهول النّسب مال لحظة إيجاده، كما في حالة اللقيط، وما يُعثر عليه معه من نقود أو أشياء ذات قيمة، كما أن مجهول النّسب قد يعمل ويتولد عن عمله مال أو يتلقى وصيةً أو هِبةً من أحدهم، فهل له أهلية لتملك هذا المال؟

---

(١) كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، تحقيق علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، دمشق، دار الخير ١٩٩٤،ج١، ص٣٢١.

(٢) المغني، لابن قدامة المقدسي، دار الفكر بيروت الطبعة الأولى، ج٦، ص٤٠٧.

أ: المال الذي يوجد مع مجهول النّسب:

تناول المشرّع السُّوري صورة اللقيط الذي يوجد معه مال، فنصت المادّة (١٦) من قانون رعاية اللقطاء إلى: ((إذا وجد مع اللقيط مال، فهو له)) كما نصت المادّة (١٦) من قانون رعاية اللقطاء بقولها: (**-كل ما يكسبه اللقيط من ثمرة أتعابه أو ما يؤول إليه بطريق الهبة أو الوصية، فهو له).**

وعلى ذلك، فإن كل ما يعود لمجهول النّسب من مال سواء أكان مصدر هذا المال الوصية أم الهبة التي يتلقاها مجهول النّسب من الغير، وإذا كانت مصادر المال المتمثلة في الوصية والهبة وما يملكه مجهول النسب من كسبه لا يثير إشكالاً كون القواعد العامة في القانون تنطبق عليه، إلا أن تملك مجهول النسب لما يوجد معه من مال قد يثير مشكلة، وقد بحث فقهاء الشريعة الإسلامية في تملك اللقيط لهذا المال، فذهبوا إلى أن كل ما يوجد مع اللقيط في ثيابه أو مهده وما قد يكون مربوطاً به، فكل هذه الأمور وأشباهها تكون له[1]،

---

(١) (ولو كان معه مال مشدود عليه، فهو له؛ لأن الظّاهر أنه ماله، فيكون له كثيابه التي عليه، وكذا إذا وجد مشدوداً على دابة، فالدابة له كما قلنا)) بدائع الصنائع علاء الدين الكاساني، دار الكتاب العربي، بيروت، سنة النشر ١٩٩٨، ج٦، ص١٩٩، وورد في المغني: ((فأما إن وُجد مع اللقيط شيء، فهو له، وينفق عليه منه، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرَّأي؛ وذلك لأن الطِّفل يملك، وله يد صحيحة بدليل أنه يرث ويورث، ويصح أن يشتري له وليه ويبيع، ومن له ملك صحيح، فله يد صحيحة كالبالغ إذا ثبت هذا، فكل ما كان متصلاً به أو متعلقاً بمنفعته، فهو تحت يده، ويثبت بذلك ملكاً له في الظّاهر، فمن ذلك ما كان لابساً له، أو مشدوداً في ملبوسه أو في يديه، أو مجعولاً فيه كالسرير والسفط، وما فيه من فرش أو دراهم والثياب التي تحته، والتي عليه، وإن كان مشدوداً على دابة، أو كانت مشدودة في ثيابه، أو كان في خيمة أو في دار، فهي له، وأما المنفصل عنه، فإن كان بعيداً منه فليس في يده، وإن كان قريباً منه كثوب موضوع إلى جانبه، ففيه وجهان: أحدهما: ليس هو له؛ لأنه منفصل عنه، فهو كالبعيد، والثَّاني: هو له، وهو أصح لأن الظّاهر أنه ترك له، فهو له بمنزلة ما هو تحته، ولأن القريب من البالغ يكون في يده، ألا ترى أن الرجل يقعد في السوق ومتاعه بقربه ويحكم بأنه في يده، والحمال إذا جلس لاستراحة ترك حمله قريباً منه، فأما المدفون تحته، فقال ابن عقيل: إن كان الحفر طرياً، فهو له، وإلا فلا؛ لأن الظّاهر أنه إذا كان طرياً فواضع اللقيط حفره، وإذا لم يكن طرياً كان مدفوناً قبل وضعه، وقيل: ليس هو له بحال؛ لأنه بموضع لا يستحقه إذا لم يكن الحفر طرياً، فلم يكن له إذا كان طرياً كالبعيد منه؛ ولأن الظّاهر أنه لو كان له لشده واضعه في ثيابه؛ ليعلم به ولم يتركه في مكان لا يطلع عليه، وكل ما حكمنا بأنه ليس له، فحكمه حكم اللقطة.

وقد فسر الفقهاء بأن المال الذي يُوجد مع اللقيط قد يكون تركه الذي نبذه بقصد الإنفاق عليه[١].

ب: تملك اللقيط للموضع الذي يُوجد فيه:

اختلف الفقهاء في الموضع الذي يُوجد فيه مجهول النّسب كالبيت أو السيارة وغيرها من المواضع التي قد يُترك فيها، فهل هذا الموضع الذي يُوجد فيه يكون ملكاً له؟

فذهب الحنفية إلى أن الموضع لا يملكه اللقيط؛ لأن المال الذي يُوجد بالقرب منه لا يكون له، فكان الأولى ألا يحكم له بتملك الدار التي يوجد فيها، بل حتى المال الذي يكون مدفوناً في الدار الذي يُوجد به لا يكون له، فتجري على هذا المال أحكام اللقطة؛ لأنه لو كان له لربطه واضع اللقيط في ثيابه ليعلم به ولم يتركه في مكان لا يطلع عليه[٢].

بينما ذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه يُحكم له بالخيمة والدار التي ليس فيها غيره، ولا يُعرف لهما مستحق، والمال المدفون فيهما يكون له أيضاً [٣]،

---

(١) مريم الدغستاني، اللقيط في الإسلام، مصر، جامعة الأزهر، ١٩٩٢، ط١، ص٦٩.

(٢) حاشية مراقي الفلاح، الطحاوي، مصر، المطبعة الكبرى الأميرية، ١٣١٨هجري، ص٤٩٩.

(٣) (وما وجد معه) من فراش تحته أو ثياب فوقه أو مال في جيبه (أو تحته ظاهراً أو مدفوناً طرياً أو متصلاً به كحيوان أو غيره) مشدوداً بثيابه (أو) مطروحاً/ قريباً منه ف/ هو (له) عملاً بالظّاهر؛ ولأن له يداً صحيحة كالبالغ) الروض المربع شرح زاد المستقنع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، مكتبة الرياض الحديث طبعة عام ١٣٩٠هجري الرياض ج٢، ص٤٤٥. مغني المحتاج، محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر بيروت، ج٢، ص٤٢٠. (وأن وجد في دار ونحوها ولا يعرف مستحق له غيرها، فهي له، أي: الدار، أما البستان الذي يوجد فيه اللقيط، فلا يحكم له بها)؛ لأنه لا يسكن فيها عادة)).

ولابن عقيل تفصيل في المال الذي يكون مدفوناً تحت اللقيط[١]، فإذا كان الحفر تحته طرياً، فهو للقيط (مجهول النّسب)، وإلا فلا؛ لأنه لو كان طرياً لدلَّ ذلك على أنَّ واضع اللقيط قد حفره لها، فإذا لم يكن طرياً، فذلك دليل على أنَّ المال قد دُفن قبل وضعه.

ب: تركة مجهول النّسب:

إن مجهول النّسب، قد قطع نسبه لجهة الأب والأم، فإن ثبت نسبه لاحقاً لوالديه أو لإحدهما أو كان له وارثاً من زوج أو ولد، فإن الأموال التي قد يتركها تركةً تعود إليهم كونهم هم ورثته، أما إذا بقي مجهول النّسب بلا قرابة وتوفي، فقد ذهب القانون السُّوري في المادّة (١٥) من قانون رعاية اللقطاء: ((تعود أموال اللقيط بعد وفاتهم عن غير وارث إلى الدَّولة))، فساير بذلك المشرّع جمهور الفقهاء الذين يرون أن ميراث اللقيط يؤول إلى بيت المال، ويكون ميراثه للمسلمين، ولا يرثه الملتقط، بينما خالف الإمام أحمد بأن ميراثه يكون للشخص الذي التقطه،[٢] وحجته في ذلك حديث النبي صلى الله عليه وسلم:

---

(١)(فأما المدفون تحته، فقال ابن عقيل: إن كان الحفر طرياً، فهو له، وإلا فلا؛ لأن الظّاهر أنه إذا كان طرياً، فواضع اللقيط حفره، وإذا لم يكن طرياً كان مدفوناً قبل وضعه، وقيل ليس هو له بحال؛ لأنه بموضع لا يستحقه إذا لم يكن الحفر طرياً، فلم يكن له إذا كان طرياً كالبعيد منه؛ ولأن الظّاهر أنه لو كان له لشده واضعه في ثيابه ليعلم به ولم يتركه في مكان لا يطلع عليه، وكل ما حكمنا بأنه ليس له فحكمه حكم اللقط)، المغني، لابن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ج٦، ص٤٠٧.

(٢) وهبه الزُّحيلي، الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج١٠، ص٥٣٣.

((تحوز المرأة ثلاثة مواريث: عتيقها، ولقيطها، وولدها التي لاعنت عليه))[١]، وهذا الحديث يدل على أن المرأة تأخذ إرث مجهول النّسب الذي كفلته[٢].

ويبدو أن الأخذ بهذا الرَّأي قد يساعد في الحث على رعاية مجهول النّسب، ويشجع العائلات والأشخاص لإدخال مجهول النّسب ضمن العائلات، فتكون تلك الأسرة بديلاً عن عائلته الأصلية التي حُرِم رعايتها وحمايتها، وقد اختلفت الأنظمة القانونيّة في تحديد الأُطر لصياغة هذه الرّعاية البديلة وفق نوعين، نتناول بحثهما في الجزء الثَّاني من هذه الدّراسة.

---

(١) رواه الحاكم في مسنده، بيروت، دار الكتب العلمية،١٩٩٠م، ط١، ج٤، ص٣٧٨.

(٢) للتوسع أكثر في هذا الموضوع يراجع، أحكام اللقيط في الإسلام، مريم أحمد الداغستاني، مرجع سابق.

الفصل الثَّاني

النظم البديلة لرعاية مجهول النّسب (التبني والكفالة)

تمهيد:

لا شك في أنَّ الأسرة تشكل الملاذ الآمن الذي يحمي مجهول النّسب من كل مكروه، ويؤمن له النشوء الصالح،

وقد برعت الأنظمة القانونيّة في إبداع صور لإعادة مجهول النّسب ضمن الوضع العائلي ونسبته من جديد إلى عائلة تتولى شؤونه.

وتنقسم التَّشريعات الفقهية في محاولتها لتوفير رعاية عائلية بديلة لمجهول النّسب إلى نظامين:

الأول: يتمثل بنظام التبني.

والنظام الثَّاني: نظام الكفالة أو الإلحاق، حيث أخذ كل مشرع بنظام رأى فيه حلاً لمعالجة وضع جهالة النّسب لديه بأن يكون ملائماً لظروفه ومبادئه.

ولم تقتصر الاختلافات بين النظامين في الآثار التي يرتبها كل منهما، بل امتدت إلى الشروط التي خطَّها كل مشرع في كل نظام من أجل تأمين الضمانات التي تؤمِّن تحقيق المصلحة الفضلى لمجهول النّسب، هذه المصلحة الذي توخَّاها المشرّع السُّوري سواء أكان من خلال النُّصوص التَّشريعية المتوزعة في عدة تشريعات يتولى كل تشريع معالجة جانب من وضعه، أم من خلال سعيه لإعطائه مزيداً من الرّعاية في قانون رعاية اللقطاء، وتطوير هذه الرّعاية من خلال مشروع قانون رعاية مجهول النّسب، لذلك سنعالج في هذا

الفصل الأنظمة القانونيّة للرعاية البديلة لمجهول النّسب، ونخصص فيها **المبحث الأول** لدراسة التبني وموقف القانون السُّوري منه، بينما ينفرد **المبحث الثَّاني** لدراسة نظام الكفالة كبديل لنظام التبني الذي اعتمد من قِبل الدول الإسلامية.

المبحث الأول: التبني في التشريع السُّوري:

يعد التبني أحد أبرز الأنظمة للرعاية البديلة التي تتوافر لمجهول النّسب، وبالرغم من اختلاف التَّشريعات القانونيّة في إباحته أو منعه، فإنه يتمتع بخصائص جعلت منه مؤسسة قانونية متكاملة أخذت به مجتمعات محددة كحل لمسألة جهالة النّسب، لذا فإننا سوف نتناول دراسة هذه المؤسسة القانونيّة وما يميزها عن باقي المؤسّسات، ونتطرق لموقف القانون السُّوري منها.

أولاً: تعريف التبني:

ثانياً: تمييز التبني عن غيره من الأنظمة المشابهة له:

أولاً: تعريف التبني:

١-التبني في اللغة:

التبني: من بني جمع ابن مضافاً إلى النَّفس، ويقال: تبنيته، أي: ادَّعيت بنوته، وتبناه: اتخذه ابناً، وفي حديث أبي حذيفة: إنه تَبنَّى سالماً، أي: اتخذه ابناً[١].

٢-التبني في الاصطلاح:

ذكر الطبري في تفسيره بأن التبني هو إذا ادَّعى رجل رجلاً وليس بابنه[٢].

وعرفه الدكتور عبد الرحمن الصابوني: هو أن يدَّعي شخص بنوَّة ولدٍ معروف النّسب من شخص محدد أو مجهول النّسب[٣].

---

(١) ، لسان العرب، مرجع سابق، ج١٤، ص٩١.

(٢) تفسير الطبري، ضبط وتعليق شاكر محمود، بيروت، مؤسسة الرّسالة، ٢٠٠٠م، ط١، ج٢١، ص١٣٧.

(٣) عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشَّخصية، ج٢(الطَّلاق وآثاره) ط ٨، منشورات جامعة دمشق،٢٠٠٠م/٢٠٠١م، ص١٩٢.

بينما عرَّفه الدكتور توفيق حسن فرج: بأنه تصرف قانوني يُنشِئ بين شخصين علاقة أبوة وبنوة صورية ومدنية بحتة[١].

وعرفه الدكتور عبد العزيز سعد: "تزييف النّسب (التبني) هو ادعاء بنوة طفل معلوم النّسب عن طريق تجريده من نسبة أبيه وإعطائه نسب شخص آخر"[٢].

وعرفته الموسوعة الفقهية الكويتية: بأنه اتخاذ الشَّخص ولد غيره ابناً له، وكان الرجل في الجاهلية يتبنى الرجل، فيجعله كالابن المولود له، ويدعوه إليه النَّاس، ويرث ميراث الأولاد.

وشاع في استعمال العرب لفظ (ادعاء) على التبني، (ادعى فلان فلانا)، ومنه (الدعي) وهو المتبنى، قال الله تعالى: **{وما جعل أدعياءكم أبناءكم}**[٣].

---

(١) توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشَّخصية لغير المسلمين، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ١٩٨٠م، ص٦٩٧.

(٢) خليفة جاب الله، التبني في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، نقلاً عن عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على الأسرة، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، جامعة محمد خيضر بسكرة، ٢٠١٤م/٢٠١٥م، ص٦.

(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، دار السلاسل، (١٤٠٤-١٤٢٧)هجري، ط٢، ج١٠، ص١٢٠.

ورد تعريف التبني في قوانين الأحوال الشَّخصية للطوائف في سورية[١]، أما في قانون الأحوال الشَّخصية وهو القانون العام المطبق في سورية، فلم يرد على ذكر التبني.

وقد عُرِّف التبني منذ القدم، فقد عرَّفه العرب في الجاهلية، فكان العربي يتبنى الرجل منهم ولد غيره، فيقول له: أنت ابني، أرثك، وترثني، فيصبح ولده، وتجري عليه أحكام البنوَّة كلها من: الإرث، والنكاح، والطَّلاق، ومحرمات المصاهرة، وجميع ما يتعلق بأمور الابن الصلبي[٢].

كما أنَّ النبي صلى الله عليه وسلم كان قد تبنى زيد بن حارثة بعد أن أهدته إياه زوجته خديجة بنت خويلد، فتبناه، حتى أنه كان يسمى زيد بن محمد، ولما نزل قوله تعالى: ((**وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم**)). وروى الأئمة أن ابن

---

(١) حيث عرفته المادّة (٦٦) من قانون الأحوال الشَّخصية للطوائف الكاثوليكية في سورية بأنه: (التبني عقد قضائي احتفالي يُنشئ بين شخصين روابطَ مدنية لأبوةٍ وبنوّةٍ شرعيّتين).

– وعرفته المادّة (٢٢٥) من قانون الحق العائلي لطائفة الروم الأرثوذكس بأنه: (التبني عمل شرعي ثمرته أنَّ شخصاً راشداً أو قاصراً تحت ولاية غيره يصبح به بوساطة الرئاسة الروحية وبصلوات الكنيسة بمثابة الابن لزوجين شرعيين أو أحدهما).

– وعرَّفته المادّة (١٣٧) من قانون الأحوال الشَّخصية للطائفة الأرمنية الأرثوذكسية بأنه: (التبني عقد معقود لدى محكمة يُنشِئ بين المتبني والمتبنى علاقات الأب والأم والولد).

– وعرَّفته المادّة (٧٢) من قانون الأحوال الشَّخصية للمحاكم المذهبية الإنجيلية في سورية ولبنان بأنه: (التبني عقد بين إنسان وآخر تصبح بموجبه نسبة أحدهما نسبة الولد إلى والده أو والدته، وهو لا يجري سوى باتفاق عاقلين مسيحيين، وبتمام حريتيهما، وبموافقة ولي القاصر منهما أو وصيه، أو المحجور عليه وبقرار من المحكمة).

(٢) محمد علي الصابوني، تفسير آيات الأحكام، ط١، دار البيان العربي، ج٢، ص٢٦٨.

عمر قال: ((ما كنا ندعو زيد بن حارثة إلا زيد بن محمد، حتى نزلت: ((**ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله**))[١]، وبذلك تم تحريم التبني بعد أن كان مباحاً[٢].

قد يختلط التبني بغيره من الأنظمة التي تخصُّ الأطفال أو مجهولي النّسب، فكان من المفيد إبراز أهم ميزاته التي تجعله نظاماً مستقلاً.

ثانياً: تمييز التبني عن الأنظمة المشابهة له:

١-تمييز التبني عن الإقرار:

قد يتبادر إلى الذهن أنَّ الإقرار هو نفسه التبني كونه يؤدي إلى إعطاء الطِّفل المركز القانوني للابن الصلبي، إلا أن كل منهما يختلف عن الآخر بعدة أمور، منها:

- أنَّ التبني هو أن يدَّعي شخص بنوة ولد معلوم النّسب أو مجهول النّسب مع علمه أنه ليس ابنه حقيقة[٣]، وهذا محرم وممنوع في الشريعة الإسلامية والقوانين التي تستمد أحكامها منها، وهو بذلك يختلف عن الإقرار بالنّسب الذي يكون بأن يقر أحدهم صراحة أو ضمناً بأن شخصاً ما ابن له بنسب صحيح، قد حال مانع أو ظرف دون تثبيت هذا النّسب كما لو تقاعس أحدهم عن تسجيل زواجه، وقد نتج عن هذا الزّواج أولاد، وكذلك لو أنكر الأب نسب ابنه

---

(١) سورة الأحزاب: ٤، ٥.

(٢) وهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي، مرجع سابق ج١٠، ص٢.

(٣) إيناس عباس إبراهيم، رعاية الطفولة في الشريعة الإسلامية، الكويت، دار البحوث العلمية للنشر والتوزيع، ١٩٨٥م، ص١٩٥.

منه، ثم عاد وأقر بأن عقداً شرعياً كان يربطه بوالده، هذا الولد الذي نتج عن هذا الزّواج[١].

– إن الإقرار بالنّسب له شروط محددة نصَّ عليها الشارع الإسلامي والقانون السُّوري، وهي مصادقة الواقع بأن يولد للمقر ولد في مثل المقر له، وأن يكون الإقرار لمجهول نسب، وإلا يكون في الإقرار فيه حمل النّسب على الغير، وأن يصادق المقر له على هذا الإقرار[٢].

حيث يعد الإقرار بالنّسب أحد الأسباب التي يثبت بها النّسب الشَّرعي في الفقه الإسلامي والقوانين المستمدة منه إلى جانب قرينة الفراش والبينة[٣]، وتثبت به جميع الحقوق للطفل المقر له من: نفقة، وإرث، وحرمة المصاهرة[٤].

– أما التبني، فهو استلحاق شخص معروف النّسب أو مجهول النّسب، والتصريح بأنه ولده، وتنزيله منزله الولد الصلبي في الإرث، والنّسبة وباقي الحقوق التي تثبت للولد الصلبي.

– إن الإقرار كاشف للنسب، أما التبني، فهو منشأ له، فالإقرار هو طريق من طرق إثبات النّسب في حال توافرت شروطه، حيث تثبت للمقر له جميع حقوق البنوة، بينما التبني هو تصرف قانوني صوري منشأ للنسب.

---

(١) عبد الرحمن الصابوني، مرجع سابق، ج٢، ص١٩٣.

(٢) راجع الصفحة (١٦).

(٣) قاسم، يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربيّة للنشر ط١، ص٣٧٨.

(٤) محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، بيروت الدار الجامعية، ١٩٨٣، ط٤، ص٧٢٣.

– إنَّ البنوة الثابتة بالتبني تثبت بحكم القانون، فهي تثبت للطفل معلوم النّسب أو مجهوله على عكس البنوة التي تثبت بالإقرار، فلا تتحقق إلا إذا لم يكن للولد أب معروف[١].

– لم يحدد القانون والشريعة شكلاً محدداً للإقرار، فالإقرار بالنّسب ممكن أن يكون صريحاً أو ضمنياً ،كما أنه يمكن أن يكون داخل مجلس القضاء أو خارجه وفق القواعد العامة، على عكس التبني الذي يغلب عليه الطابع الشكلي الذي يجري، أما القضاء وفق شروط وإجراءات محددة وفق ما سيأتي لاحقاً.

– يتميز الإقرار بالأثر الرجعي، فالولد يثبت نسبه من المقر له من تاريخ ولادته[٢]، على عكس التبني الذي يثبت به النّسب من تاريخ مصادقة القضاء على عقد التبني، فيما سنرى لاحقاً.

٢ – تمييز التبني عن الحضانة:

تعد الحضانة إحدى الولايات الثلاث التي تثبت على الطِّفل منذ ولادته، وتسمى بولاية التَّربية ويراد بها تربية الولد في مدة لا يستغني فيها عن النساء ممن لها الحق في تربيته شرعاً[٣]، وقد عرفها الدكتور عبد الرحمن الصابوني: بأنها الالتزام بتربية الطِّفل ورعايته في سن محددة ممن له حق في ذلك شرعاً[٤].

---

(١) وهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي، ج١٠، مرجع سابق، ص٦٩٥.

(٢) أنيس سكمة، إثبات النّسب بين مدونة الأحوال الشَّخصية والقانون ١٩٩٨م، رسالة تخرج من المعهد العالي للقضاء تونس، وزارة العدل التونسية عام ٢٠٠٠م/٢٠٠١م، ص١٠٤.

(٣) يرى الإمام محمد أبو زهرة أنَّ الطِّفل منذ ولادته تثبت عليه ثلاث ولايات: الولاية الأولى: ولاية التَّربية، والولاية الثَّانية: الولاية على النفس، والولاية الثالثة: هي الولاية على المال، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ص٤٧٤.

(٤) عبد الرحمن الصابوني، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ج٢، ص٢١٦.

بينما يعد التبني عقداً يُنشئ بين شخصين علاقات صورية ومدنية محضة لأبوة وبنوة مفترضة[١]، فيُنشئ علاقة قرابة صورية مختلفة كلياً عن نظام الحضانة سواء أكان من حيث شروطه أم من حيث آثاره، **وتظهر أهم الفوارق في النقاط الآتية:**

- إن الحضانة لا تؤثر في النّسب، ولا تؤثر في أحكامه، فيبقى الولد على نسب والديه، على خلاف التبني، حيث يعد من أهم سماته هو نسبة الطِّفل المتبنى إلى العائلة المتبينة[٢].
- فالحضانة ليس لها تأثير في النّسب، ولا يترتب عليها أي أثر من: إرث، أو نفقة، أو حرمة مصاهرة، كما هو الحال في نظام التبني الذي يرتب آثاراً مباشرة عليها من: النّسب، والإرث، وموانع الزّواج وفق ما سنراه لاحقاً[٣].
- يُشترط في المرأة الحاضن ألا تكون متزوجة من أجنبي عن الطِّفل المتبنى، وإلا سقطت حضانتها إلا إذا قدرت المحكمة غير ذلك، وعلى ذلك نصت المادّة (١٣٧) من قانون الأحوال الشَّخصية في فقرتها الثَّانية على: ((يشترط في المرأة الحاضن زيادة على الشروط الواردة في الفقرة /١/ من هذه المادّة أن تكون خالية من زوج أجنبي عن المحضون، إلا إذا قدرت المحكمة خلاف ذلك لمصلحة المحضون))، وبالملاحظة، فإن أحكام التبني

---

(١) عبد الرحمن، الأحوال الشَّخصية، المرجع السَّابق، ص١٩٤.

(٢) خليفة جاب الله، مرجع سابق، ص١٢.

(٣) بيدويري كريمة، مذكرة تخرج حول موضوع الكفالة والتبني، دراسة مقارنة بين قانون الأسرة الجزائري ومجلة الأحوال التونسية، نقلاً عن حميدو زكية، مصلحة المحضون في القانون المغاربية، الجزائر، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٣م/٢٠١٤م، ص٣٩.

كونه يقيم علاقة أبوة وبنوة صورية، فإن المتبني غالباً ما يكون أجنبياً عن الطِّفل المتبنى.

- يُشترط في نظام الحضانة أن يكون الرجل الحاضن ذا رحم محرم عن الأنثى المحضون، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادّة (١٣٧) من قانون الأحوال الشَّخصية السُّوري بقولها: ((يشترط في الرجل الحاضن...ب أن يكون ذا رحم محرم للمحضون إن كان أنثى)، بينما التبني لا يقيم وزناً للقرابة المحرمية بين المتبني والطِّفل المتبنى، كونهم لا تربطهم علاقة قرابة حقيقية في غالب الأحيان.
- إنَّ طلب الحضانة يكون عادة عن طريق طلب يقدم إلى المحكمة التي تتولى البت فيه في قضاء الولاية، وتقوم المحكمة بتسليم المحضون لصاحب الحق في الحضانة عن طريق دائرة التنفيذ، وبذلك نصت المادّة (١٤٦) من قانون الأحوال الشَّخصية: ((على الحاضن أن يطلب من القاضي تسليمه المحضون، وعلى القاضي أن يقرر هذا التسليم دون قضاء خصومة بعد التأكد من أحقيته في الحضانة، ويقرر أيضاً للصغير نفقة مؤقتة على مَن يراه مُكلفاً بها، ويجري تنفيذ قرار القاضي من قِبل دائرة التنفيذ لمختصة، ولمن يعارض في التسليم أو في النفقة وجوباً أو مقداراً أن يتقدم إلى المحكمة المختصة بالادعاء بالتظلم من هذا القرار، وتخضع الدعوى لإجراءات وطرق الطعن في الأحكام الشَّرعية، ولا يؤثر رفع هذه الدعوى في تنفيذ القرار المذكور إلا حين صدور حكم مبرم)).

بينما ينظم طلب التبني عادةً عن طريق عقد يجريه المتبني مع عائلة الطِّفل المتبنى إذا كان المتبنى معلوم النّسب، أو مع مَن يتولى الإشراف على الطِّفل المتبنى إذا كان مجهول النّسب وفق ما سنتطرق إليه لا حقاً.

- إن نفقة الطِّفل المحضون وأجرة الحضانة تكون على المكلف شرعاً بالإنفاق عليه، ويجري تقدير هذه النفقة بحسب حال المكلف بها، أما إذا كانت الزَّوجية ما تزال قائمة أو كانت الزَّوجة في عدة الطَّلاق، فإن الزَّوجة لا تستحق أجرة، وهذا ما قننه المشرّع السُّوري في المادّة (١٤٦) السالفة الذكر والمادتين (١٤٢) و (١٤٣) حيث تنصان على المادّة (١٤٢): (أُجرة الحضانة على المكلف بنفقة الصغير، وتقدر بحسب حال المكلف بها).

المادّة (١٤٣): (لا تستحق الأم أُجرة للحضانة في حال قيام الزَّوجية أو في عدة الطَّلاق).

أما نفقة الطِّفل المتبنى، فتكون على العائلة المتبنية في كل الأحوال.

وبذلك بعد كل هذه الفروق نجد أنَّ الحضانة كونها إحدى الولايات الثلاث التي تثبت على الطِّفل تعتمد في استحقاقها للحاضن على القرابة الشَّرعية بين الطِّفل المحضون والحاضن، فهي تخالف كلياً عن القرابة الصورية التي يفرضها التبني، والذي لا يجيزه القانون في سورية في قاعدة تطبق على جميع السوريين بكل طوائفهم، إلا أن شموليه هذه القاعدة قد يرد عليها بعض التساؤل، لذلك سوف نبين هذه القاعدة وشموليتها، وما هي حجج المعارضين لنظام التبني، وفق ما يلي:

ثانياً: منع التبني في القانون السُّوري:

١: القاعدة القانونيّة المانعة للتبني في القانون السُّوري:

ا: تأصيل القاعدة القانونيّة:

ب شمولية القاعدة في منع التبني لجميع السُّوريين:

٢: حجج المعارضين للتبني:

١: القاعدة القانونيّة المانعة للتبني في القانوني السُّوري:

لما كانت القاعدة القانونيّة لا تقتصر على نصوص التَّشريع، وإنما تشمل كذلك: قواعد الشريعة الإسلامية، ومبادئ القانون الطبيعي، وقواعد العدالة، والعرف، التي تعرف بالمصادر الرئيسة للقانون السُّوري، حيث إن النص التَّشريعي لم ينص على حكم التبني كان علينا الرجوع إلى المصدر القانوني الثَّاني المتمثل بالشريعة الإسلامية.

أ: تأصيل القاعدة القانونية:

لم ينص المشرّع في القانون السُّوري صراحة على منع التبني، وإنما تحدَّث عن النّسب وأسبابه في قانون الأحوال الشَّخصية، فنصت المادّة (١٢٨): (يثبت النّسب بالزّواج أو الإقرار أو البينة)، فحدد بذلك طرق نسبة الشَّخص، ولم يرد على ذكر التبني على أنه أحد هذه المصادر، لذا كان لابد لنا في هذه الحالة من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية كونها المصدر التَّشريعي الثَّاني بعد التَّشريع؛ عملاً بما تنص عليه المادّة ٢/١ من القانون المدني التي تنص على:

((٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حَكَمَ القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم تُوجد، فبمقتضى العُرف، وإذا لم يُوجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.))

بالعودة إلى الشريعة الإسلامية نجد أنها حرمت نظام التبني بشكل مطلق، بنصوص وردت في القرآن الكريم والسنة النبوية، أما الدليل الوارد في القران الكريم، فهو قوله تعالى: **(مَّا جَعَلَ اللَّـهُ لِرَجُلٍ مِّن قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءكُمْ أَبْنَاءكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّـهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ{٤} ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّـهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّـهُ غَفُوراً رَّحِيماً)**[١].

وقوله تعالى: **(مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِنْ رِجَالِكُمْ وَلَكِنْ رَسُولَ اللَّهِ وَخَاتَمَ النَّبِيِّينَ وَكَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا)**[٢].

ودليل التحريم في السنة النبوية ما ورد عن سعد بن أبي وقاص وأبي بكرة، فقال كلاهما: سمعته أذناي، ووعاه قلبي، ومحمد صلى الله عليه وسلم يقول: **((من ادّعى إلى غير أبيه –وهو يعلم أنه غير أبيه –فالجنة عليه حرام))**، وقول النبي صلى الله عليه وسلم: **((مَن انتسب إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه، فعليه لعنة الله والملائكة والنَّاس أجمعين))**[٣].

---

(١) سورة الأحزاب، الآية ٤-٥.

(٢) سورة الأحزاب، الآية ٤٠.

(٣) سنن ابن ماجه، القزويني، بيروت، دار الفكر ، ج٢، ص٨٧٠.

وقد ذهبت المادّة (٣٥٤) من كتاب الأحكام الشَّرعية في الأحوال الشَّخصية التي نصت على: ((الدعي ليس ابناً حقيقياً، فمن تبنى ولداً معروف النّسب، فلا تلزمه نفقته ولا حضانته، ولا تحرم عليه مطلقته، ويتصاهران ولا يتوارثان).

لذلك نجد أنَّ القانون السُّوري لا يعترف في التبني بشكل مطلق، وكان من الأفضل لو صرح المشرّع بهذا الموقف ولم يكتفِ بالإحالة إلى الشريعة الإسلامية، وذلك زيادة بالوضوح التَّشريعي، كما فعل المشرّع الجزائري الذي نص على منع التبني صراحة بنص المادّة (١٤٩) من مدونة الأسرة في فقرتها الأولى على:

(يعد التبني باطلاً ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشَّرعية).

ب – شمولية القاعدة في منع التبني لجميع السُّوريين:

يعد قانون الأحوال الشَّخصية هو القانون العام لجميع السُّوريين، حيث تطبق أحكامه على جميع السُّوريين بجميع طوائفهم، ولا يختص بالمسلمين منهم؛ وذلك سنداً لأحكام المادّة (٣٠٦) من قانون الأحوال الشَّخصية التي تنص على: ((تطبق أحكام هذا القانون على جميع السُّوريين سوى ما تستثنيه المادتان التاليتان))، أما المادتان التاليتان لهذه المادّة[١] (٣٠٧) فهما تتعلقان

---

(١) **المادّة** (٣٠٧) لا يعد بالنّسبة للطائفة الدرزية ما يخالف الأحكام الآتية:

أ . يتثبت القاضي من أهلية العاقدين وصحة الزّواج قبل العقد.

ب . لا يجوز تعدد الزَّوجات.

جـ . لا تسري أحكام اللعان والرضاع على أفراد الطائفة.

د ـ إذا تزوج شخص بنتاً على أنها بكر، ثم ظهر أنها ثيب، فإن كان عالماً بذلك قبل دخوله بها، فليس له حق المطالبة بشيء من المهر أو الجهاز، وإن لم يعلم ذلك إلا بعد الدّخول بها، فله =

باستثناء الطائفة الدرزية من تطبيق قانون الأحوال الشَّخصية فيما يتعلق بـ: أهلية المتعاقدين، وصحة عقد الزّواج، وتعدد الزَّوجات، وأحكام اللعان والرضاع، وبقية الأحكام المتعلقة بالزّواج، والطَّلاق، والوصية لغير الوارث، والتركة، كما نصت المادّة (٣٠٨)[١] على تطبيق الأحكام المتعلقة بالطائفة اليهودية والطوائف المسيحية بالأمور المتعلقة بـ: الخطبة، والزّواج، وانحلاله، ونفقة الصغير، والحضانة....، ولم يرد في هاتين المادتين على استثناء هذه الطوائف من أحكام النّسب، فيكون بالتالي قانون الأحوال الشَّخصية هو القانون العام الذي يسري على السُّوريين كافة بجميع طوائفهم، وتثور في هذا المجال إشكاليتان:

الإشكالية الأولى: هي أنَّ القانون السُّوري قد منع التبني بالإحالة على المنع الوارد في الشريعة الإسلامية، حيث يطبق على جميع السُّوريين، لكن

= استرجاع نصف المهر، إذا أراد إبقاءها في عصمته، وله استرجاع كامل المهر والجهاز إن ثبت أن فض البكارة كان بسبب الزنا، وأراد تطليقها.

إذا ادعى الزَّوج كذباً أنه وجد زوجته ثيباً وطلبت التفريق منه كان لها أن تستبقي ما قبضته من مهر وجهاز.

هـ. إذا حكم على الزَّوجة بالزنا، فللزوج تطليقها واسترجاع ما دفعه من مهر وما بقي من جهاز.

إذا حكم الزَّوج بالزنا، فللزوجة طلب التفريق وأخذ كامل مهرها المؤجل.

و. لا يقع الطَّلاق إلا بحكم القاضي وبتقرير منه.

ز. لا تجوز عودة المطلقة إلى عصمة مطلقها.

ح. تنفذ الوصية للوارث ولغيره بالثلث وبأكثر منه.

ط. إن الفرع المتوفى قبل وفاة مورثه تقوم فروعه مقامه، ويأخذ نصيبه كما لو كان حياً.

(١) نصت المادّة (٣٠٨) من قانون الأحوال الشَّخصية على: (يُطبق بالنّسبة إلى الطوائف المسيحية واليهودية ما لدى كل طائفة من أحكام تشريعية دينية تتعلق في: الخطبة، وشروط الزّواج، وعقده، والمتابعة، والنفقة الزَّوجية، ونفقة الصغير، وبطلان الزّواج، وحله، وانفكاك رباطه، وفي البائنة (الدوطة) والحضانة)).

هناك نصوصاً متفرقة في بعض التَّشريعات الخاصة بالطوائف التي تنص على أحكام للتبني[١]، وإنَّ وجود هذه النُّصوص قد خلق نوعاً من الاضطراب في الدلالات التَّشريعية استدعت تدخُّل المشرّع بإصدار المرسوم (٢٧٦) في العام[٢] ٢٠١٠م، حيث ألغى جميع الأحكام المخالفة لقانون الأحوال الشَّخصية، ولا سيما أحكام التبني الواردة في الكاثوليك، وقانون طائفة الروم الأرثوذكس، وقانون طائفة السريان الأرثوذكس[٣].

---

(١) وردت أحكام للتبني في قانون الحق العائلي لطائفة الروم الأرثوذكس وقانون الأحوال الشَّخصية للطوائف الكاثوليكية والأحوال الشَّخصية للأرمن الأرثوذكس والأحوال الشَّخصية للسريان الأرثوذكس وقانون الأحوال الشَّخصية للمحاكم الإنجيلي)

(٢) نصت المادّة الثَّانية من المرسوم (٢٧٦) في العام٢٠١٠م على: (تلغى كل النُّصوص المخالفة في قانون طائفة الروم الكاثوليك رقم (٣١) في العام ٢٠٠٦م، وقانون طائفة الروم الأرثوذكس رقم (٢٣) في العام ٢٠٠٤م وقانون طائفة السريان الأرثوذكس رقم (١٠) في العام ٢٠٠٤م)

(٣) في مقاربة لذلك نص جانب من الفقه في مصر على: ((أن لا يقوم التبني إلا إذا أقره القانون، والقانون المصري –بأحكام الشريعة الإسلامية لا يعترف بالتبني)، ومن ثم تنظيم الشرائع الدينية للتبني و عدَّه مانعاً من موانع الزّواج لا يعتد به؛ لأن قواعد القانون المدني تطبق بالنّسبة للجميع، وهي لا تعترف بالتبني كنوع من أنواع القرابة[٣]، ويعد مانعاً من موانع التبني الزّواج عند طوائف الأقباط والأرمن والروم الأرثوذكس)) محمد حسين منصور، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، مرجع سابق، ص١٥٠/١٥١ نقلاً عن سمير تناغو أحكام الأسرة للمصريين غير المسلمين ١٩٦٨م، ص٢٢.

إنَّ تطبيق الشريعة الإسلامية في هذا المجال على غير المسلمين لا يطبق؛ لأنهم بهذه الصفة إنما لكونهم مصريين يخضعون للقانون المصري الذي يطبق على كل المواطنين، ويكون هذا الأمر في حالتين: الأولى: كمصدر مادي أو تاريخي اشتقت منه القاعدة القانونيّة الرسمي أو المباشر هو التَّشريع لا الشريعة الإسلامية، وقد تم هذا في مجالات كثيرة في مسائل الأحوال العينية كبعض أحكام الشفعة ومضار الجوار غير المألوفة، وكذلك في مسائل الأحوال الشَّخصية، حيث تم توحيد الكثير من المسائل وصيانتها في صورة تشريعات عامة تطبق على سائر المصريين ...،هذا فضلاً عن النص الدستوري القاضي بِعَدِّها المصدر الرئيس للتشريع، الثَّانية: تطبيق الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي على المصريين كافة بصرف النظر عن دياناتهم، فهي مصدر تكميلي يلجأ إليه القاضي إذا لم يجد حلاً للنزاع المعروض عليه في التَّشريع أو العرف...)) محمد حسين منصور، مرجع سابق،ص٤٧.

وقد أكدت محكمة النقض على عدم الاعتراف بالنّسب الناتج عن زواج باطل بقولها:

(لما كان الإقرار بالبنوة الذي يثبت به النّسب من المقر، إنما يكون لمجهول النّسب عملاً بالمادّة (١٣٤) أحوال، وكان المطعون عليه قد أقرَّ بأن الولد قد جاء من زواج يعترف بأنه غير صحيح في شرع المتقاضين الذي يحرم الزّواج بأكثر من واحدة، وكان المرء مؤاخذاً بإقراره، وكان الحكم بالنّسب متوقفاً على الزّواج، ويرجع في أمور زواج المسيحيين إلى ما لدى كل طائفة من أحكام دينية، وكان الزّواج الثَّاني باطلاً على ما يُستفاد من أحكام المادّة (٤١) من كتاب الحق العائلي كان الحكم بثبوت البنوة رغم بطلان الزّواج في غير محله القانوني ويستوجب النقض)[١].

الإشكالية الثَّانية: الاعتراض على تطبيق الشريعة الإسلامية بتحريمها للتبني على غير المسلمين، في الواقع إن تطبيق الشريعة الإسلامية في هذا المجال إنما يطبق على جميع السُّوريين بصفتهم سوريين خاضعين للقانون الوطني و ليس بصفة الانتماء لدين محدد، فالقاعدة القانونيّة تطبق على كل السُّوريين سواء أكان مصدر هذه القاعدة التَّشريع أم الشريعة الإسلامية أم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، فتطبيق الشريعة الإسلامية بشكل على جميع السُّوريين المسلمين وغير المسلمين منهم كونها مصدراً مادياً للتشريع اشتقت منها القاعدة القانونيّة، حيث نصت المادّة الثالثة من دستور الجمهورية العربيّة السُّورية في العام ٢٠١٢م على أن (الفقه الإسلامي مصدر رئيس

---

(١) عبد الرحمن الصابوني، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ص١٩٨نقلاً عن مجموعة القواعد القانونيّة التي أقرتها محكمة النقض السُّورية، ص ١٩٧.

للتشريع)، وقد تم ذلك في مجالات عديدة، مثل: أحكام تصرفات مريض الموت،، وأضرار الجوار غير المألوفة وغيرها، كما تعد الشريعة الإسلامية مصدراً احتياطياً يلجأ القاضي للحكم به عند عدم النص في التَّشريع، حيث أشار القانون المدني في المادّة ٢/١ إلى: ((٢. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى العرف، وإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة)).

٢: حجج المعارضين للتبني:

١- التبني كذب لا حقيقة له، فهو لا يجعل الطِّفل الغريب ولداً شرعياً ، فهو كذب وافتراء، فلا قرابة تربط بين الطرفين لا تشدهما مودة، فلا يعدو أن يكون لفظاً وليس بحقيقة تُنشئ حنان الأم، وعطف الأب، واحترام الأبوين[١].

٢- إن التبني يستخدم في كثير من الأوقات وسيلة للكيد والإضرار بالأقارب، فيعمد الرجل إلى تبني طفل حتى يرث ماله، ويحرم بذلك إخوته أو غيرهم أصحاب الحق في الميراث، فكان لابد من منعه وتحريمه حتى لا يتخذ ذريعة إلى: إفساد الأسرة، وإثارة الأحقاد والضغائن، وحرمان ذوي الحقوق من الوصول إلى حقوقهم؛ بسبب هذا النّسب الزائف القائم على الكذب والتزوير[٢].

---

(١) الصابوني، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ج٢، ص١٩٣، أيضاً، إيناس إبراهيم، مرجع سابق، ص١٩٦.

(٢) إيناس إبراهيم، رعاية الطفولة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص١٩٦، أيضاً، فتاوى قطاع الإفتاء بالكويت، ج٧، ص١٦٧.

٣- يكون التبني وسيلة لهدم الأسرة؛ لأنه يقوم على: الغش، والخديعة، وتزييف الحقائق؛ من أجل إشباع حاجة وملء غريزة دون أن يكون الدافع إليه الشفقة أو تكوين أسرة[١].

٤- التبني لا يكون في كثير من الأحيان بقصد رعاية الأولاد، بل كثيراً ما نرى أن البعض قد أقدم على التبني؛ وذلك بقصد ضمان الرّعاية عن المرض، وحتى بقصد الخدمة ،كما أن هناك حالات لا يكون فيها التبني بدافع الهوس دون أن يكون هناك أي تفكير في المسؤوليات أو التبعات التي تفتضيها الأبوة أو الأمومة[٢]، وإن توهم الجانب الإنساني في نظام التبني لا أساس له؛ لأن الإنسانية تتجلى في تقديم المعونة دون انتظار المقابل، أما التبني، فهو محاولة الإشباع غريزة وحاجة، ولا يكون ناتج عن عطف وحنان، وليس أدل على ذلك من أولئك الذين رُزقوا بأطفال شرعيين، بعد أن تبنوا طفلاً، فإذا بهم يهجرونه، فكان الأمر أشبه بالإعارة[٣].

٥-إنَّ التبني إذا كان لمعلوم النّسب، فهو نوع من البيع والشراء يتم بين المتبني وأهل المتبنى الفقراء غير القادرين على إعالة أطفالهم، فيتم اللجوء إلى التهرب من مسؤولياتهم عن طريق التبني، أما إذا كان التبني لمجهول النّسب، فهو وثيق لصلة بالزنا، بل هو تشجيع له، حيث يدرك الزاني أنَّ ما تثمر جريمته عنه بالزنا من أطفال سوف يتلقى الرّعاية من المجتمع عن طريق التبني، مما يخفف التفكير لديه بالعواقب التي تنشأ عن جريمته، أما لو تصور الزاني المستقبل المظلم لثمرة جريمته، فقد يعدل عن ارتكابها[٤].

---

(١) الصابوني، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ج٢، ص١٩٣.

(٢) أحمد أحمد، مرجع سابق، ص٣٩٠.

(٣) الصابوني، الأحوال الشَّخصية، مرجع سابق، ج٢، ص١٩٤.

(٤) الصابوني، المرجع سابق، ص ١٩٥.

بل إن الدول التي تقر هذا النظام نجد فيها أن نظام التبني يشجع على استمرار نظام المخادنة، حيث يتخذ المخادنون بالتبني ذريعة لإظهار المخادنة بمظهر الزّواج الشَّرعي، مع أن الوسيلة الأفضل هو تحويل المخادنة إلى زواج شرعي وشرعية الأولاد بناء على ذلك[١].

٦- إنَّ الشريعة الإسلامية بتحريمها الزنا بشكل قطعي، فهي لا تعترف بآثاره، بحيث لا تسمح برجل وامرأة بنسيبة طفلهما من الزنا لهما، ولا تسمح من باب أولى أن يُنسب هذا الطِّفل إلى غيرهما بالتبني[٢].

٧- إنَّ معظم الأطفال الذين تم تبنيهم ليسوا مجهولي نسب، وإنما هم منبوذون، أي أن أمهاتهم أحياء، وأنهن قد نبذن أطفالهن بلا شك، وقد حثها على ذلك التبني، إلى الدرجة التي أصبح فيها هناك سوق سوداء، وحتى أنَّ الحامل تُساوم على بيع ما في بطنها قبل أن تلده أو تنبذه.

٨- إنَّ التبني يُنشئ نزاعاً بين الأم النّسب الحقيقي وبين المتبني الذي ألحق الطِّفل به ولا يريد أن يرده، مما يخلق نزاعاً بين الأسرتين، كما أنَّ التبني يهدر حقوق الأم الأصلية التي لا يستطيع أحد أن يحل محلها في رعاية الطِّفل.

وعلى رغم من هذه الاعتراضات للتبني فأن بعض الأنظمة القانونية قد أخذت به ورأت فيه حلاً، لمشكلة جهالة النسب لديها ، كون الأخذ بالتبني لديهم لا يتعارض مع النظام العام ،وكانت من مقدمة هذه الدول فرنسا، وقد تبعتها في ذلك تونس والتي نصت على التبني بنصوص شبيهة للقانون المدني الفرنسي، لذل كان من المفيد الإطلاع على هذه الأنظمة القانونية في المطلب الثاني.

---

(١) أحمد أحمد، مرجع سابق، ص٣٩٠.

(٢) الصابوني، المرجع سابق، ص١٩٥.

المطلب الثَّاني: التبني في التشريع المقارن:

(التَّشريع الفرنسي والتَّشريع التونسي)

إذا كان التبني غير مسموح به في القانون السُّوري، فليس هذا الحال بالنّسبة للتشريعات الغربية والتَّشريع التونسي الذي تجيزه، فقد وجدت فرنسا في التبني حلاً للمشاكل التي واجهتا نتيجة الحربين العالميتين[١]، كما نصت تونس على التبني، فخرجت بذلك عن النهج المتبع في منع التبني لدى نظرائها في التَّشريعات العربيّة والإسلامية، وقد حددت هذه القوانين شروطاً وإجراءات للتبني في أحكامها، كما نصت على الآثار القانونيّة التي تترتب عليه، وقد عرفت فرنسا نوعين من التبني: التبني الكامل، والتبني البسيط، حيث ميزت بينهما سواء أكان في الشروط المطلوبة أم في الآثار على عكس المشرّع التونسي الذي لم يعرف هذا التمييز، حيث سنتناول أولاً دراسة هذه الشروط، ومن ثم نستطلع الحكم القضائي بالتبني وآثار هذا الحكم التي يرتبها عقد التبني.

أولاً: شروط التبني:

يعد التبني عقداً شكلياً يُشترط فيه من ناحية رضا الأطراف، ومن ناحية أخرى تصديق حاكم الناحية بموجب حكم: ((بمحضر والدَي المتبني، أو مَن يمثل السلطة الإدارية المتعهدة بالولاية العمومية على الطرف الكفيل))[٢]، حيث

---

(١)علال آمال، التبني والكفالة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير في الحقوق، الجزائر، تلمسان، جامعة أبو بكر بلقايد، مطبوعات الجامعية ١٩٩٢م، ط٣، ص٦١.

(٢) عائدة اليرماني غربال، مصلحة الطِّفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية (تونس مثلاً) رسالة لنيل شهادة الماجستير المتخصص في حقوق الطِّفل، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠٠٥م/٢٠٠٦م، ص٨٠، نقلاً عن عثمان بن فضل المجلة القانونيّة التونسية،١٩٩٧م، ص١٤٣.

إنَّ طرفَي عقد التبني هما: المتبنِّي والمتبنَّى، و الأبوان أو السلطة التي تحل محلهما، فقد اشترطت التَّشريعات المنظمة للتبني شروطاً في كل طرف؛ لكي يصبح عقد التبني مكتملاً ومهيأ للتصديق من قِبل الجهة التي تتولى تصديقه.

١: شروط المتبني:

أ:السلامة العقلية والجسدية والنفسية: يُشترط في طالب التبني أن يكون أهلاً رشيداً متمتعاً بحقوقه المدنية وسليم الجسم والعقل قادراً على القيام بشؤون المتبنَّى، وقد أشار إلى هذه الشروط الفصل التاسع من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني في تونس بقوله: ((ينبغي أن يكون المتبني: شخصاً رشيداً سواء أكان ذكراً أم أنثى، متزوجاً متمتعاً بالحقوق المدنية، ذا أخلاق حميدة، سليم العقل والجسم، قادراً على القيام بشؤون المتبنَّى))، فسلامة المتبني العقلية شرط لاستحقاقه التبني، فلو كان طالب التبني مجنوناً أو معتوهاً، فإن طلبه للتبني يُرفض، لأنه هو بحاجة إلى مَن يرعى شؤونه، فكيف يستطيع أن يرعى شؤون المتبنى؟ ولابد من الإشارة إلى أن التأكد من توافر السلامة العقلية لابد أن يكون من قِبل خبرة طبية متخصصة[١]، يُضاف إلى شرط السلامة العقلية، السلامة والقدرة الجسدية والنفسية للمتبني، مما يؤمن سلامة الطِّفل المتبنى وصحته، وأخيراً، لابد فيمن يطلب التبني أن يكون ذا سمعة حسنة مؤتمناً على المتبنى، فلو كان قد حكم عليه بجرم ماس بالأخلاق أو بجرم شائن، فإن طلب تبنيه جدير بالرفض.

---

(١) بيدويري كريمة، مذكرة تخرج حول الكفالة والتبني، نقلاً عن حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ٢٠٠٥م، ص٢٥٣.

ب-عدم وجود الأولاد الشَّرعيين: يُشترط لكي يُقبل التبني في القانون الفرنسي عدم وجود الأولاد الشَّرعيين قبل التبني، أما الأولاد الشَّرعيين الذين يرزق بهم طالب التبني بعد التبني، فلا يكون مانعاً من التبني، وكذلك الأمر بالنّسبة للأولاد بالتبني، فلم يجعل المشرّع الفرنسي وجودهم لدى طالب التبني مانعاً من التبني، وهذا ما أشار اليه القانون المدني الفرنسي، مع الإشارة إلى الإعفاءات التي تصدر من رئيس الجمهورية [١].

ج-الزّواج: يعد التبني من قُبيل الرّعاية الأسرية البديلة التي تطلبها مصلحة المتبنى، لذلك اشترطت القوانين في طالبي التبني أن يكونوا متزوجين، وهذا الشرط مستفاد من الفصل التاسع من القانون (٢٧) في العام ١٩٥٨م التونسي المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني الذي نصَّ على: ((ينبغي أن يكون المتبني شخصاً رشيداً متزوجاً...)).

بينما نجد أنَّ المشرّع الفرنسي لم يجعل شرط الزّواج إلزامياً، فقد أجاز للشخص المنفرد أن يتبنى إذا بلغ من العمر الثامنة والعشرين، إلا أنه في حال كان طالب التبني متزوجاً، فقد اشترط عليه أن يكون قد مضت على زواجه سنتان أو أكثر، أو أن يبلغا أكثر من (٢٨) سنة، أما إذا كان الشريكان لا

---

(١) نصت المادّة ١/٣٤٥ ((فيما عدا الإعفاء من رئيس الجمهورية، فإن التبني ليس مسموحاً به إلا مع عدم وجود الأولاد الشَّرعيين، ووجود أولاد التبني ليس عقبة في سبيل التبني، وليس أكثر من وجود ولد أو عدة أولاد شرعيين وُلدوا بعد ذلك، واستُقبلوا في مسكن الزَّوجية))

تجمع بينهما علاقة زواج، فإن التبني من قِبلهما يعد مستحيلاً[١]؛ لأنَّ هذا التبني يضرُّ بمصالح الطِّفل المتبنَّى[٢].

وبكل الأحوال لابد من موافقة شريك حياة المتزوج على التبني في الأحوال التي يكون فيها التَّعبير عن الموافقة ممكناً، وفق ما نص عليه الفصل الحادي عشر الذي أشار إلى: ((يجب في جميع الصور مصادقة زوج المتبني مع مراعاة الفقرتين (٢) و (٣) من الفصل التاسع)).

كما اشترط القانون الفرنسي هذه الموافقة في حال كان طالب التبني متزوجاً وليس منفصلاً جسدياً، ما لم يكن هذا الشريك عاجزاً عن التَّعبير عن إرادته.

وقد لطّف التَّشريع التونسي من هذا الشرط بالنّسبة للزوج المطلق أو الأرمل، حيث سمح للقاضي إعفاء طالب التبني منه إذا تبين له أن مصلحة الطِّفل المتبنَّى متحققة في إسناد التبني، وهنا تثور مسألة السَّبب في منع العزاب أو غير المتزوجين من التبني أسوة بالمطلقين والأرامل، ويمكن الإجابة على هذه المسألة بأن الواقع يشهد بأن حسن تربية الطِّفل المتبنَّى ورعايته لا تتحقق إلا بوجوده عند أسرة مكونة من أب وأم ، كما أن الحاجة إلى الانتماء لدى الطِّفل وازدياد ثقته بنفسه تزداد عند وجوده لدى عائلة مكونة من أب وأم، وهذا ما دعا إلى اشتراط شرط الزّواج[٤]، فضلاً عن التكوين النفسي للأب الذي

---

(١) المادّة (٣٤٦) من القانون المدني الفرنسي.

(٢) التَّشريعات الفرنسية المتعلقة بالتبني، يوم تدريب للمراسلين الجدد، **http://www.agence-adoption.fr/wp**.

(٤) بيدويري كريمة، مرجع سابق، ص٤٣.

يتطلب الوجود الفعلي أو الرمزي لصورة الأب كمرجع ذكوري، وصورة الأم كمرجع أنثوي، مما يرجح أفضلية ترجيح الأسرة المكونة من أم وأب على التبني من قِبل العزاب[١].

د- سن طالب التبني: قد حدد هذا السن المشرّع التونسي بسن الرشد، وذلك بالفصل العاشر من القانون (٢٧) في العام ١٩٥٨م في تونس، حيث قال: (ينبغي أن يكون المتبني شخصاً رشيداً))، وكانت مجلة الالتزامات والعقود التونسية قد حددت في الفصل السابع منها سن الرشد (٢٠) سنة كاملة بقولها: ((كل إنسان سواء أكان ذكراً أم أنثى تجاوز (٢٠) سنة كاملة يعد رشيداً بمقتضى هذا القانون))، وبذلك راعى المشرّع التونسي الأهلية القانونيّة للتعاقد في طالب التبني دون بقية الاعتبارات التي تتعلق بالنضج والنفسي والعاطفي في الذي يتطلب توافره فيمن يمارس دور الأب أو الأم بالتبني، وهذا ما حدا المشرّع الفرنسي إلى رفع عمر طالب التبني، حيث اشترط ألا يقل عمر طالب التبني عن الثامنة والعشرين[٢]، وقد كان موفقاً في ذلك، حيث تزيد فرص الطِّفل المتبنَّى في العيش مع أسرة قادرة على تحمل مسؤولياته[٣].

أما الحد الأقصى لسن طالب التبني، فهو غير محدد في التَّشريع التونسي، بل ترك ذلك للاجتهاد القضائي وفق المصلحة الفضلى للطفل

---

(١) رائدة غربال، مرجع سابق، ص٨٢.

(٢) نصت المادّة (٣٤٣) من القانون المدني الفرنسي على: (يمكن أن يطلب التبني أسرياً بعد خمس سنين من الزّواج بوساطة الزَّوجين غير المنفصلين جسدياً، بشرط ألا يقل عمر أحدهما عن الثلاثين عاماً)، (ويمكن أن يطلب التبني كذلك أي شخص يزيد عمره عن ال (٣٥) عاماً، وإذا كان المتبني متزوجاً وليس منفصلاً جسدياً، فمن الضروري موافقة شريك حياته ما لم يكن عاجزاً عن التَّعبير عن إرادته)، نقلاً عن أحمد أحمد، موضوع النّسب في الشريعة والقانون، دار القلم، قطر، ط١، ١٩٨٣م، ص٣٧٣.

(٣) عائدة البرماني غربال، مرجع سابق، ص٨١.

المتبنى[١]، وما يمكن قوله في هذا المجال: إن عدم تحديد سن أقصى في طالب التبني، يفتح المجال إلى تبني أطفال من قِبل المتقدمين في السن الذين قد تصيبهم الأمراض أو العجز المالي، فيجعل المتبنَّى في وضع سيئ خاصة إذا رفض ورثة المتبنين التكفل بهؤلاء الأطفال بعد وفاة متبنيهم[٢]، كما أنَّ الجانب النفسي للأطفال الذين تمَّ تبنيهم سوف يتأثر إذا كان أبواه في سن متقدمة تقارب أو تبلغ سن أجداده[٣].

ونظراً لأهمية الفرق في العمر بين المتبنِّي والمتبنَّى، فقد اشترط القانون التونسي والفرنسي أن يكون الفرق بين عمر طالب التبني والمتبنى خمس عشرة سنة على الأقل، مع مراعاة الحالة التي يكون فيها المتبنَّى ابن الزَّوج الآخر، فنص الفصل العاشر من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني على:

((ينبغي أن يكون الفرق بين عمر المتبنِّي وعمر المتبنى خمس عشرة سنة على الأقل، إلا في الصورة التي يكون فيها المتبنى ابن زوج المتبني))، وهذا مطابق لما ذهب إليه القانون المدني الفرنسي لديه الذي أوجب في الحالة التي يكون فيها المراد تبنيه هم أولاد الزَّوج، فهذا الفارق لا يكون سوى عشر سنوات، وفق ما نصت عليه المادّة (٣٤٢) من القانون المدني الفرنسي[٤].

ح-جنسية طالب التبني: أشار الفصل العاشر من قانون ١٩٥٨م إلى أنه: ((للتونسي أن يتبنى أجنبياً))، فسمح بذلك للتونسي لتبني أطفال أجانب، وبالرغم

---

(١) عائدة البرماني غربال، مرجع سابق، ص٩١.

(٢) بيدويري كريمة، مرجع سابق، ص ٤٣.

(٣) عائدة غربال، مرجع سابق، ص٨٢.

(٤) فراس كريم شيعان وأسيل سليم عبد الكريم، تنازع القوانين في التبني، دراسة مقارنة، العراق، مجلة المحقق الحلي العلوم القانونيّة والسياسية، العدد الرابع، السنة التاسعة، ٢٠١٧م، ص١٦٨، أيضاً، يوم تأهيل للمراسلين الجدد إداري، ٢٢ مايو، ٢٠١٣م، مرجع سابق.

أن تونس لم تصادق على اتفاقية لاهاي عام ١٩٩٣ المتعلقة بالتبني إلا أنَّ القضاء يشهد وجود هذه الحالات وفق ما يؤكده القرار التعقيبي: (التبني يمكن إتمامه سواء أكان المتبنى تونسياً أم أجنبياً حسب الفصل (١٠) من قانون التبني، ونتيجة لذلك، فإن خطأ المستندات في بيان الجنسية للأبناء المتبنين لا تأثير له في الحكم بالتبني ما دام أنه لا تأثير في أصل المتبني، ولا أنه يعد من باب اتصال القضاء في مسألة الجنسية)[١]، وقد سكت المشرّع التونسي عن إمكانية تبني التونسي من قِبل الأجنبي، وقد تعرض القضاء في تونس لهذه المسألة، فقد ذهب إلى تمكين الأجنبي المسلم أو معتنق الإسلام من تبني طفل تونسي، حيث صدر في هذا المجال عدة قرارات، منها: ((بعد الإدلاء بشهادة اعتناق الإسلام من طرف المتبني يكون حكم التبني فرنسياً لتونسيين صحيحاً إذا لم يكن هناك مانع قانوني)، وإذا كان الفقه القضائي قد سمح بتبني طفل تونسي من قِبل أجنبي مسلم، فإنه جازف بذلك بهوية الطِّفل الثقافية للطفل وإجباره على العيش ضمن أسرة مختلفة ثقافياً عنه[٢].

٢: شروط المتبنَّى:

بداية، إنَّ أي طفل مجهول النّسب أو معلوم النّسب أو الطِّفل المهمل الذي تركه أولياؤه تحت الولاية العمومية أو الخاضعين لولاية آباءهم يمكن أن يكون محلاً للتبني، وقد أشار القانون الفرنسي في المادّة[٣] (٣٤٧) من القانون المدني الفرنسي إلى أنه يمكن تبني الأشخاص الآتي ذكرهم:

---

(١) قرار تعقيبي مدني عدد (٧٨٢٣)، تاريخ (١٥) ديسمبر ١٩٧١م، ق. ت ١/١٩٧١م، عائدة غربال، مرجع سابق، ص٨٦

(٢) عائدة غربال، المرجع السَّابق، ص٨٣.

(٣) المادّة (٣٤٧) من القانون المدني الفرنسي.

٧. الأولاد الذين تم الاتفاق عليهم من الأب والأم أو مجلس الأسرة.
٨. أطفال الدَّولة.
٩. الأطفال المعلن قضائياً التخلي عنهم حسب الشروط المقررة في المادّة (٣٥٠)، بينما نص القانون الفرنسي وقانون الولاية العمومية والكفالة والتبني في تونس على شروط بالمتبنى، منها:

أ- أن يكون الطِّفل المتبنى قاصراً سواء أكان ذكراً أم أنثى، إلا أن القانون التونسي قد استثنى من شرط القُصَّر في التَّبنِّي الذين بلغوا سن الرشد في فترة انتقالية، شرط أن يكونوا قد كُفلوا من قِبل طالب التبني قبل بلغوهم سن الرشد، وشرط أن يوافقوا على تبنيهم، وهذا وفق نص الفصل الثَّاني عشر الذي ينص على: ((غير أنه يرخص بصفة انتقالية ومدة لا تتجاوز بداية في ديسمبر ١٩٥٩م التبني للأبناء الراشدين إذا ثبت أنهم كانوا مكفولي طالب التبني من قِبل رشدهم إلى الآن، وصرحوا بموافقتهم على تبنيهم))[١]، وإذا كان المشرّع الفرنسي قد اشترط من حيث المبدأ أن يكون عمر الطِّفل المتبنَّى ما دون الخامسة عشرة من العمر، إلا أنه قد راعى بعض الاستثناءات في الذين يتم تبنيهم الذين يزيد عمرهم عن الخامسة عشرة ولا يزيد على العشرين عاماً في حالتين: **الأولى:** إذا رُحِّب بهم قبل بلوغهم هذا العمر من قِبل النَّاس، ولم تتوافر فيهم الشروط المطلوبة للتبني في وقتها **والثَّانية:** إذا كان موضوع تبني بسيط قبل هذا العمر[٢].

---

(١) خليفة جاب الله، مرجع سابق، ص٣٨.

(٢) نصت المادّة (٣٥٤) من القانون المدني الفرنسي على: (لا يُسمح بالتبني إلى في مصلحة الأولاد الذين عمرهم أقل من خمسة عشر عاماً. ويستقبلهم آباء التبني في ستة أشهر على الأقل،=

كما يشترط أن يكون الطِّفل المتبنَّى مودعاً لدى المعهد الوطني لرعاية الطفولة[١]، وقد ذهب المشرّع الفرنسي إلى نفس الشرط بخصوص الأطفال الذين لا يتجاوز سنهم السنتين، والذين لا يكون لهم ارتباط بآباء، فقد اشترط القانون أن يجري تسليمهم مراكز ASE أو OAA، وهي مراكز تُعنى بالأطفال المهملين الذين لا كافل لهم[٢]، كما اشترط المشرّع الفرنسي أن يتم إيواء الطِّفل في منزل المتبنِّي مدة ستة أشهر على الأقل كشرط للموافقة على التبني.[٣]

=ومع ذلك إذا كان عمر المتبنى أكثر من خمسة عشر عاماً وكان قد استقبل قبل بلوغه هذه السن بشخص لم ينفذ الشروط المشروعة للتبني، أو إذا تبنياه تبنياً عادياً قبل أن يبلغ السن، فإن التبني الكامل يمكن أن يطلب، ويقوم إذا نفذت الشروط قبل بلوغه، وإذا كان عمره أكثر من خمسة عشر عاماً، فتجب موافقته شخصياً على التبني الكامل)، نقلاً عن أحمد أحمد، مرجع سابق، ٣ أيضاً المادّة (٣٤٥) من القانون المدني الفرنسي، التَّشريعات الفرنسية المتعلقة بالتبني، يوم تأهيل للمراسلين الجدد (٧٤)، مرجع سابق.

(١) فقد جاء في أحد القرارات الصادرة عن المحكمة الابتدائية بخصوص الطلب المقدم من قبل أبوي الطِّفل للتخلي عنه حيث جاء في القرار: ((وإثر الجلسة وبعد الاطلاع على أوراق الملف، وعلى رأي مندوب حماية الطفولة في تونس وعلى رأي ممثل النيابة العمومية قررنا نحن ...قاضي الأسرة بالمحكمة الابتدائية بتونس وعملاً [أحكام الفصل (٥٩) من القانون عدد (٢٧) لسنة ١٩٥٨م المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني إيداع الطِّفلة نهائياً بالمعهد الوطني لرعاية الطفولة، وبمقتضى هذا القرار يصبح الطِّفل تحت الولاية العمومية، وبالتالي، يصبح قابلاً للتبني))، قرار قاضي الأسرة بالمحكمة الابتدائية بتونس، القضية (١٢٦٨) جلسة (٢٥) ماي ٢٠٠٥م، عائدة اليرماني، مرجع سابق، ص٨٥/٨٦.

(٢) المادّة ٣٤٨/٥ من القانون المدني الفرنسي.

(٣) المادّة (٣٤٥) من القانون المدني الفرنسي.

٣.: الموافقة على عقد التبني:

إنَّ تحقق الشروط في طالب التبني ليست كافية لإبرام عقد التبني، فلا بد من موافقة العاقد الآخر، وقد اشترطت بعض التَّشريعات موافقة المتبنَّى نفسه في بعض الأحيان، وهذا ما سنتناوله:

أ: موافقة المتبنَّى: يجري التبني في العموم الغالب على القاصرين، وهؤلاء لا يملكون الأهلية اللازمة للتعاقد، ولذلك نجد أنَّ التَّشريعات، ومنها: التَّشريع التونسي في قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني في الفصل الثالث عشر منه قد حصر هذه الموافقة بوالدي المتبنَّى أو الولي العمومي، حيث نص على: (يتم عقد التبني بحكم يصدره حاكم الناحية بمكتبه بمحضر المتبني وزوجته، أو عند الاقتضاء بمحضر والدي المتبنى، أو مَن يمثل السلطة الإدارية المتعهدة بالولاية العمومية على الطِّفل الكفيل)، حيث تعد هذه الموافقة شرطاً لإصدار حكم القاضي بالتبني، كما أن المشرّع التونسي نفسه قد اشترط موافقه المتبنى، وذلك في الاستثناء الممنوح للراشدين الذين بلغوا سن الرشد، عند طلب تبنيهم من قِبل كفلائهم قبل بلوغهم سن الرشد.

كما أنَّ المشرّع الفرنسي قد اشترط هذه الموافقة في المتبنى البالغ من العمر ثلاثة عشر عاماً، أما إذا قل عن هذا العمر، فتُجرى مقابلة مع الطِّفل لأخذ رأيه[١].

٢ – موافقة مَن يمثل المتبنى: (الأبوان – السلطة المشرفة على المتبنى):

---

(١) المادّة (٣٥٤) من القانون الفرنسي السَّابق ذكرها، كذلك ورد في تنازع القوانين في التبني، مرجع سابق، ص٢٦٨، كذلك التَّشريعات الفرنسية المتعلقة بالتبني، مرجع سابق.

اشترط القانون التونسي في الفصل الثالث عشر السَّابق ذكره موافقة والدي المتبنى أو السلطة المتمثلة بالولاية العمومية ، كما اشترط القانون الفرنسي[١] موافقة الأب والأم عندما يكون النّسب ثابتاً تجاههما، وفي حال وفاة أحدهما أو عجزه عن التَّعبير أو فقد السلطة الأبوية، يُكتفى بموافقة الآخر[٢]، وعند تعذر موافقتهم على التبني بسبب الموت أو العجز عن التَّعبير أو فقد السلطة الأبوية تنتقل هذه السلطة إلى مجلس العائلة الذي يستطلع من يقوم برعاية المتبنى[٣]، كذلك تولى هذا المجلس الموافقة على التبني بالنّسبة لأطفال الدَّولة الذين لم يوافق آباؤهم على التبني[٤]، ويمكن لآباء الأشخاص الذين تم تبنيهم ومجلس الأسرة أن يوافقوا على التبني مع إعطاء الاختيار في التبني لمصلحة الخدمة الاجتماعيَّة للطفولة أو مكتب التبني الذي يستقبل أبناء التبني بشكل مؤقت[٥]، حيث تكون هذه الموافقة أمام محكمة الدائرة التي يكون فيها

---

(١) إذا كان نسب الولد ثابتاً، فلأي من الأبوين، فهو صاحب الموافقة على التبني) نقلاً عن أحمد أحمد، ص٣٧٦.

(٢) نصت المادّة (٣٤٨) من القانون المدني الفرنسي على: (عندما يكون نسب ثابتاً قبل الأب والأم، فلا بد من موافقتهما على أن يتخذ للتبني، وإذا مات أحدهما أو كان عاجزاً عن التَّعبير عن إرادتهما أو فقد السلطة الأبوية فإن موافقة الآخر تكفي) نقلاً عن أحمد أحمد، مرجع سابق، ص٣٧٦.

(٣) نصت المادّة ٢/٣٤٨ من القانون المدني الفرنسي على: (وإذا مات الأبوان أو كانا عاجزين عن التَّعبير عن إرادتهما أو فقدا السلطة الأبوية، فإن الموافقة تكون لمجلس العائلة بعد أخذ موافقة الشَّخص الذي يتولى في الواقع رعايته)، أحمد أحمد، مرجع سابق، ص٣٧٧.

(٤) نصت المادّة (٣٤٩) من القانون المدني الفرنسي على: (بالنّسبة لأطفال الدَّولة الذين لم يوافق آباؤهم على التبني، فإن الموافقة ترجع إلى مجلس عائلة هؤلاء الأطفال).

(٥) نصت المادّة ٤/٣٤٨ من القانون المدني الفرنسي على: (للأبوين أو مجلس الأسرة الموافقة على التبني مع جعل الاختيار في التبني لمصلحة الخدمة الاجتماعيَّة للطفولة أو مكتب التبني الذي يستقبل أبناء التبني بشكل مؤقت).

الشَّخص الموافق على التبني، أو أمام موثق فرنسي أو أجنبي، أو أمام موظف دبلوماسي أو قنصلي فرنسي، كما يمكن أن تكون هذه الموافقة أمام مصلحة الخدمة الاجتماعيَّة التي تتولى رعاية الطِّفل، ويمكن العدول عن هذه الموافقة خلال ثلاثة أشهر، ولابد من إبلاغ هذا الرجوع بخطاب مسجل مع علم الوصول إلى الشَّخص أو المصلحة التي تسلمت الموافقة على التبني، ويعد إرجاع الطِّفل لوالديه بناء على الطلب حتى وإن كان شفهياً بمثابة الرجوع عن التبني، فإذا انقضت مدة الثلاثة أشهر لم يعد هناك مجال للرجوع، على أنه للوالدين أن يطلبوا الاسترجاع شرط ألا يكون قد أخذ هذا الطِّفل وضعه في التبني، وفي حال رفض المتبنون جاز للأبوين رفع دعوى لاسترجاع المتبنى بصرف النظر عن مصلحة الطِّفل إذا كان هناك ما يستدعي الاسترجاع، وتعد الموافقة في هذه الحال ملغاة[١].

(١) نصت المادّة ٣/٣٤٨ من القانون المدني الفرنسي على: (الموافقة على التبني تكون بعقد صحيح أمام محكمة الدائرة التي فيها مسكن الشَّخص أو إقامته الموافق أو أمام موثق فرنسي أو أجنبي، أو أمام موظف دبلوماسي أو قنصلي فر نسي، ويمكن أن تكون أيضاً من مصلحة الخدمة الاجتماعيَّة للأطفال إذا كانت تتولى الطِّفل، ويجوز الرجوع عن هذه الموافقة في مدة ثلاثة شهور، ولا بد من أن يكون هذا الرجوع بخطاب مسجل مع علم الوصول للشخص أو المصلحة التي تسلمت الموافقة على التبني، وإرجاع الطِّفل إلى والديه بناء على طلب –ولو كان شفوياً– معناه أيضاً الرجوع عن التبني، وإذا انقضت الشهور الثلاثة لم يكن هناك رجوع، وللأبوين أن يطلبوا استرجاع الولد أيضاً بشرط ألا يكون قد أخذ وضعه في التبني، وإذا رفض المتبني إعادته، فللأبوين أن يرفعوا دعوى باسترجاعه بصرف النظر عن مصلحة الطِّفل إذا كان هناك ما يقتضي استرجاعه، والاسترجاع يجعل الموافقة على التبني ملغاة)، أحمد أحمد، مرجع سابق، ص٣٧٧.

ثانياً: الحكم بالتبني:

١: المرحلة التحضرية لعقد التبني:

تتمثل هذه المرحلة في الأعمال التحضيرية التي تسبق العقد، وفي الواقع، إنَّ المشرّع التونسي لم يقم بتنظيم هذه المرحلة، حيث ترك هذه المرحلة للتنظيم العفوي من قِبل أطراف عقد التبني، بينما عمد القانون الفرنسي إلى تنظيمها تنظيماً دقيقاً، حيث اشترط في البداية في الطِّفل المتبنى أن يكون مسلماً لدار الرّعاية، باستثناء الحالة التي يكون فيها الطِّفل هو ابن زوج المتبني، لتأتي بعدها مرحلة المعلومات التي يتلقى فيها طالبو التبني معلومات عن التبني مدة شهرين؛ لتتكون المعرفة اللازمة بالتبني، ومن ثم تجري بعدها مرحلة التحقق من طالبي التبني، حيث يجري تقييم طالب التبني نفسياً واجتماعياً لمدة تسعة أشهر، وأخيراً، يجري اعتماد طلب التبني من قِبل لجنة لمدة خمسة سنوات(١).

٢: المرحلة القضائية (المصادقة على عقد التبني):

بعد أن تتم المرحلة الإعدادية لعقد التبني، يأتي دور الجهة المخولة للمصادقة عليه، وقد عهد المشرّع التونسي هذه السلطة لحاكم الناحية الذي يتولى إصدار حكم التبني بحضور المتبني وزوجه، وعند الاقتضاء بحضور والدي المتبنَّى أو مَن يمثل السلطة التي تتولى الولاية العمومية على الطِّفل، وبعد التحقق من توافر الشروط اللازمة لعقد التبني وموافقة الحاضرين يصدر حاكم الناحية حكمه بالتبني الذي يكون بالصفة النهائية، وفق ما نص عليه الفصل الثالث عشر من قانون الولاية العمومية والتبني بقوله: (يتم عقد التبني

---

(١) التَّشريعات الفرنسية المتعلقة بالتبني، يوم تدريب للمراسلين الجدد مرجع سابق.

بحكم يصدره حاكم الناحية بمكتبه بمحضر المتبني وزوجه، أو عند الاقتضاء بمحضر والدي المتبنى، أو مَن يمثل السلطة الإدارية المتعهدة بالولاية العمومية على الطِّفل الكفيل، ويصدر حاكم الناحية حكمه بالتبني بعد التحقق من توافر الشروط القانونيّة ومن مصادقة الحاضرين، وحكمه هذا يكون نهائياً)، حيث نلاحظ هنا أن المراحل الإعدادية للتبني تجري مسبقاً من قِبل الأطراف ليأتي دور حاكم الناحية بالمصادقة على هذا العقد بعد التحقق من توافر شروطه.

بينما أسند القانون الفرنسي سلطة إصدار هذا الحكم لمحكمة الدرجة الأولى[١] التي تتحقق من توافر شروط التبني وتوافر وجود مصلحة الطِّفل المتبنى من هذا العقد، و بعد أن يكون طالب التبني قد استقبل الطِّفل مدة ستة أشهر، حيث تصدر هذه المحكمة قرارها في غرفة المذاكرة بعد أخذ رأي المدعي العام[٢]، وقد أجاز القانون الفرنسي للزوج الآخر أو ورثة طالب التبني أن يتقدموا بطلب التبني باسم المتوفى في حال وفاته بعد أن قام بتنظيم طلب استقبال الطِّفل، ولا يشترط تعليل حكم المحكمة بإصدار حكم التبني[٣]، ولابد من الذكر أن المحكمة في سعيها إلى البحث عن مصلحة الطِّفل المتبني قد تصدر حكمها بالتبني بالرغم من عدم توافر الموافقة على التبني سواء كان

---

(١) منذ تاريخ (١) يناير ٢٠١٠م أصبحت هناك محاكم فرنسية مختصة بالتبني، التَّشريعات الفرنسية المتعلقة بالتبني، يوم تدريب للمراسلين الجدد المرجع السَّابق).

(٢) التَّشريعات الفرنسية المتعلقة بالقوانين، يوم تدريب للمراسلين الجدد المرجع سابق.

(٣) نصت المادّة ١/٣٥٣ من القانون المدني الفرنسي على: (تعلن محكمة الدرجة الأولى التبني بطلب من المتبني، وهي التي تتحقق ما إذا كانت الشروط المقررة قانوناً قد نفذت، وما إذا كان التبني في مصلحة الطِّفل، وإذا مات المتبني بعد أن قام بتنظيم طلب استقبال الطِّفل، فيمكن أن يتقدم من بقي من الزَّوجين أو أحد الورثة بطلب التبني باسم المتبني المتوفى – ولا يعلل الحكم بالتبني).

الرفض من قبل الأبوين أو من قبل مجلس العائلة، فإن المحكمة تحكم بالتبني إذا رأت أن رفض التبني يضر بمصلحة الولد أو بأخلاقه[١].

ج: تسجيل حكم التبني:

وبعد صدور حكم التبني من المحكمة يأتي دور تسجيل هذا الحكم في سجلات الأحوال المدنية، حيث أشار الفصل الثالث عشر من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني في تونس إلى: (...ويحال مضمون الحكم بالتبني في ظرف ثلاثين يوماً على ضابط الحالة المدنية ذي النظر)، بينما أشار القانون الفرنسي إلى تسجيل الحكم في التبني في سجلات الأحوال المدنية لمكان ميلاد المتبنى بطلب من رئيس الجمهورية، حيث يتضمن هذا التسجيل: المكان، واليوم، وساعة ميلاد الطِّفل، وذكر نوعه، فضلاً عن اللقب المنصوص عليه بحكم التبني، كما يتضمن التسجيل: لقب المتبني، واسمه، وتاريخ ميلاده ومكانه، ومهنته، ومسكنه، ويجب ألا يتضمن التسجيل أي معلومات تتعلق بالنّسب الحقيقي للطفل، حيث يقوم هذا التسجيل مقام شهادة ولادة المتبنى وشهادة ميلاده الأصلية اللتين تعدان ملغاتين وتحت تصرف ممثل الجمهورية[٢]، وإذا كان التبني لطفل مولود خارج فرنسا، فإن الحكم بالتبني يحل

---

(١) نصت المادّة ٦/٣٤٨ من القانون المدي الفرنسي على: (للمحكمة أن تحكم بالتبني إذا رأت أن الامتناع عن الموافقة من الأبوين الشَّرعيين أو الطبيعيين أو من أحدهما-وقد كانا مهملين له- سيعرض الولد إلى سوء صحته وأخلاقه، كذلك الأمر بالنّسبة إلى الرفض الضار من مجلس العائلة).

(٢) نصت المادّة ٢/٣٥٤ من القانون المدني الفرنسي على: (يسجل الحكم بالتبني الكامل في سجلات الحالة المدنية لمكان ميلاد المتبني بطلب من ممثل الجمهورية، وهذا التسجيل يوضح: اليوم، والساعة، ومكان الميلاد، ونوع الطِّفل، وكذلك اللقب كما في نص الحكم بالتبني، ولقب المتبني، واسمه، وتاريخ ميلاده ومكانه، ومهنته، ومسكنه، ولا يتضمن التسجيل أي شيء يتعلق

محل شهادة الميلاد، أما إذا كان التبني بسيطاً، فإن شهادة الولادة لا تُلغى، وإنما تجري الإشارة فيها إلى الحكم بالتبني البسيط[١].

٢: آثار حكم التبني:

بعد صدور الحكم المصدق للتبني يأخذ الطِّفل المتبنَّى وضعه القانوني الجديد، حيث يتمتع بحقوق الابن الشَّرعي وتترتب عليه التزاماته، إلا أن التبني كعقد مدني مثله مثل باقي العقود قد يطرأ عليه ما يستوجب انقضاءه، فينتهي وجود هذا العقد، لذلك سوف ندرس في الآتي:

أ: الحقوق التي يرتبها عقد التبني. ب: انقضاء التبني.

أ: المساواة في الحقوق مع الطِّفل الصلبي:

نص الفصل الخامس عشر من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني على: ((للمتبنى نفس الحقوق للابن الشَّرعي، وعليه ما عليه من الواجبات، وللمتبنِّي إزاء المتبنَّى نفس الحقوق التي يقرها القانون للأبوين الشَّرعيين، وعليه ما يفرضه من الواجبات عليهما))، وهو مطابق لما ذهب إليه المشرّع الفرنسي في إعطاء الولد بالتبني الكامل ذات المركز القانوني للولد الشَّرعي بماله من حقوق تجاه الأبوين وما عليه من التزامات[٢]، مطبقاً مبدأ المساواة بين الولد الشَّرعي وغير الشَّرعي[٣]، بينما لم يطبق المشرّع الفرنسي هذه المساواة بالنّسبة

=بالنّسب الحقيقي للطفل والتسجيل يقوم مقام شهادة الولادة للمتبنى، وشهادة الميلاد الأصلية –وإذا أقتضى الأمر شهادة الميلاد طبقاً للمادة (٨٥) – يعدان ملغاتين وتحت تصرف ممثل الجمهورية)

(١) التَّشريعات الفرنسية المتعلقة بالتبني، يوم تدريب للمراسلين الإداريين الجدد، مرجع سابق.

(٢) نصت المادّة (٣٥٨) من القانون المدني الفرنسي على: (للمتبنى في أسرة المتبني الحقوق والواجبات نفسها كالولد الشَّرعي سواء بسواء)

(٣) علال أمال، مرجع سابق، ص٤٩.

للتبني البسيط، حيث إنه يقتصر فقط على نقل حقوق السلطة الأبوية باستثناء الحالة التي يكون فيها التبني من قبل الزَّوج[١].

١: حق المتبنى في نسب متبنيه:

كان الفصل الرابع عشر من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني التونسي قد نصَّ على: ((يحمل المتبنَّى لقب متبنيه، وينص على ذلك بحكم التبني بطلب من المتبنى))، فالاستناد إلى هذا النص يمكن للمتبنى أن يحمل لقب العائلة المتبنية بأن يضيفه إلى اسمه، كما له أن يبدل اسمه، إلا أن القانون اشترط لذلك أن يكون بطلب من المتبني وموافقة والدي المتبنى، وأن ينص على ذلك في الحكم القاضي بالتبني[٢].

أما في القانون الفرنسي، فقد ميَّز بين التبني الكامل والتبني البسيط، فأقرَّ في التبني الكامل بأن يمنح المتبني اسم متبنيه، حيث يأخذ اسم الزَّوج المتبني، وإذا كان التبني من قبل الزَّوجة، فالمحكمة لها أن تقرر بعد موافقة زوج المتبنية أن يأخذ الولد المتبنى اسمه، وعند عجزه عن الإفصاح عن إرادته أو في حال وفاته، فالمحكمة التي تقدر منحه اسم الزَّوج من عدمه بعد استشارة ورثته أو خلفه من الأقارب[٣]،حيث يحل الحكم بالتبني عند صدوره محل شهادة الولادة الأصلية للمتبنى التي تلغى بحكم التبني، فهذا التبني يقطع علاقة البنوة مع

---

(١) التَّشريعات الفرنسية، يوم تدريب للمراسلين الإداريين الجدد، مرجع سابق.

(٢) بيدويري كريمة، مرجع سابق، ص٤٨.

(٣) نصت المادّة (٣٥٧) من القانون المدني الفرنسي على: ((يأخذ الولد بالتبني اسم المتبني، ويأخذ اسم الزَّوج إذا كان المتبني الزَّوجين، وإذا المتبني امرأة متزوجة، فللمحكمة عند حكمها بالتبني أن تقرر بموافقة زوج المتبنية أن يأخذ المتبني اسمه، وإذا كان الزَّوج قد مات أو كان عاجزاً عن التَّعبير عن إرادته، فالمحكمة تقدر لك بنفسها بعد استشارة ورثة الزَّوج أو خلفائه الأقربين)..

العائلة الأصلية (باستثناء التبني من قِبل الشريك)، وذلك على عكس التبني البسيط الذي لا يقطع هذه العلاقة ، وإنما يقتصر على إضافة البنوة بالتبني إلى الأبوة الأصلية[١]، فلم يجعل المشرّع الفرنسي إعطاء الاسم حتمياً في التبني العادي، حيث يمكن للمحكمة أن تقرر بألا يحمل المتبنى اسم متبنيه بالرغم من أن التبني البسيط يعطي اسم المتبني ليضيفه المتبنى اسمه[٢]، حيث تجري إضافة اسم الشَّخص المتبني إلى المتبنى، ويشار إلى التبني في شهادة ولادة الطِّفل الأساسية إلى حصول التبني البسيط.

٢-حق الولد المتبنى في التَّربية والإشراف:

أقرَّ القانون التونسي المتعلق بالتبني في الفصل الخامس عشر أنه: ((للمتبنَّى نفس الحقوق التي للابن الشَّرعي، وعليه ما عليه من الواجبات))، وهذا ما تضمَّنه القانون المدني الفرنسي، فقد أعطى للمتبني حق الإشراف على تربيته المتبنى، وتعليمه، وجميع الحقوق التي تكون له تجاه والديه أسوة بالولد الشَّرعي بما في ذلك الموافقة على الزّواج، حيث خوَّله جميع حقوق السلطة الأبوية على المتبنى بما فيها: قواعد الإدارة الشَّرعية، والوصاية سواء استعملت من قِبل أحدهما أم كليهما، وفي حال كان المتبني شريك حياة لأب المتبنى أو

---

(١) التَّشريعات الفرنسية المتعلقة بالتبني، يوم تدريب للمراسلين الإداريين الجدد، مرجع سابق.

(٢) نصت المادّة (٣٦٣) من القانون المدني الفرنسي على: (والتبني العادي يعطي اسم المتبني ليضيفه المتبنى إلى اسمه، وللمحكمة أن تقرر مع ذلك أن المتبنى لا يحمل إلا اسم المتبنى).

شريكا لحياة أمه ، فقد أشار القانون المدني الفرنسي إلى أنَّ الأمر يكون مشاركة بينهما، لكن الذي ينفرد بالسلطة الفعلية هو المتبني وحده[١].

٣-الحقوق والواجبات المالية للمتبنى:

أ-**النفقة:** نتيجة للمساواة بين المتبنى والولد الشَّرعي الذي أشار إليه الفصل (١٥) من القانون التونسي السَّابق الذكر، فإنه يجب على المتبني النفقة على المتبنى، كما يجب في المقابل على المتبنى الإنفاق على متبنيه، كما هو الحال في النفقة على الأبوين الأصليين عند عجزهما أو مرضهما أو كبرهما بالسن، وهذا وفق ما نص عليه الفصل (٤٣) من مجلة الأحوال الشَّخصية التونسية التي تنص على: ((المستحق للنفقة بالقرابة صنفان: الأبوان والأصول من جهة الأب وإن علو، ومن جهة الأم في حدود الطبقة الأولى))، وبالرغم من أن القانون الفرنسي قد أوجب النفقة المتبادلة بين المتبني والمتبنى، إلا أنه لم يقطع واجب النفقة المتبادل بين المتبنى وأبيه وأمه الأصليَين، إلا أنه لم يُلْزِمْ والدي المتبنى الأصليَين بالإنفاق عليه إذا كان بمقدوره الحصول عليها من متبنيه[٢].

ب - الإرث: إنَّ التَّشريعات التي أقرت التبني وأنزلت المتبنى منزلة الولد الشَّرعي وقد أعطت المتبنى الحق في أن يرث متبنيه، وهذا ما تضمنه النص

---

(١) نصت المادّة (٣٦٥) من القانون المدني الفرنسي على: ((وللمتبني وحده بالنّسبة للمتبنى كل الحقوق المتعلقة بالسلطة الأبوية بما فيها حق الموافقة على الزّواج ما لم يكن شريك حياة أب المتبنى أو أمه، ففي هذه الحالة يشترك الاثنان، لكن المتبني يحتفظ بحق الممارسة الفعلية، وحقوق السلطة الأبوية يمارسها أحدهما أو كلاهما على المتبنى في الظُّروف نفسها بالنّسبة للولد الشَّرعي، وقواعد الإدارة الشَّرعية والوصاية المطبقة على الولد الشَّرعي تطبق على المتبنى).

(٢) نصت المادّة من القانون المدني الفرنسي على: (كل من المتبني والمتبنى يدين بالنفقة للآخر، والالتزام بالنفقة مستمر بين المتبنى وأبيه وأمه، ومع هذا فإن أبوي المتبنى لا يلتزمان بالنفقة إذا كان يستطيع الحصول عليها من المتبنى).

العام في مساواة بين المتبنى والطِّفل الشَّرعي الذي نص عليه الفصل الخامس عشر من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني التونسي، وهذا ما أشار إليه النص الصريح المتعلق بالإرث الذي ذكره المشرّع الفرنسي، فقد أكسب المتبنى ونسله الشَّرعي الحقوق الإرثية ذاتها للولد الشَّرعي دون أن يعطيه صفة الوارث صاحب الفرض بالنّسبة لأصول المتبني[١]، وبالمقابل إذا توفي المتبنى دون أن يكون له نسل يرثونه، فإن الأموال التي أخذها من متبنيه أو ورثها عنه ترجع للمتبني أو ورثته شرط أن تكون كما هي عند وفاته وشرط المساهمة في تسديد ديونه والاحتفاظ بحقوق غير المكتسبة، أما الأموال التي أخذها المتبنى دون مقابل من أبويه الأصليين، فإنها تعود لهما ولنسلهما بذات الطرق، وما يتبقى من تركة المتبنى تُقسم بين عائلة المتبنى الأصلية وعائلته بالتبني مع مراعاة شريك حياة المتبنى المتوفى من الإرث الذي يؤخذ من مجمل التركة[٢].

٤ – القرابة المانعة للزواج:

إن التبني كونه قد فرض قرابة قانونية، وجعل المتبنى بمنزلة الولد الشَّرعي، فمنع بذلك الزّواج بين المتبنى وأقاربه من عائلة التبني بموجب ما قرره نص الفصل الخامس عشر من قانون التبني التونسي، أو ما فصله

---

(١) نصت (٣٦٨) من القانون المدني الفرنسي على: (للمتبنى ونسله الشَّرعي الحقوق الإرثية كالولد الشَّرعي في أسرة المتبني، لكن دون اكتساب صفة الوارث صاحب الفرض بالنّسبة لأصول المتبني).

(٢) نصت المادّة ١/٣٦٨ من القانون المدني الفرنسي على: (إذا مات المتبنى دون نسل، فإن أمواله التي أخذها من المتبنى أو ورثها عنه تعود إلى المتبني أو نسله إذا كانت كما هي يوم وفاته بشرط المساهمة في تسديد ديونه والاحتفاظ بالحقوق المكتسبة للآخرين، أما الأموال التي أخذها دون مقابل من أبويه، فإنها تعود بالطريقة نفسها إليهما وإلى نسلهما، والباقي بعد ذلك من أموال المتبنى يقسم بالتساوي بين عائلة الأصل وعائلة التبني دون حيف على حق شريك حياة المتوفي الذي يؤخذ من مجموع التركة).

المشرّع الفرنسي في القانون المدني الذي جعل صلة القرابة الناشئة بالتبني تشمل أبناء المتبني الشَّرعيين، وحرم بذلك الزّواج فيما بين المتبني والمتبنى ونسلهما، كما حرم الزّواج بين المتبنى وشريك حياة المتبني، أو بين المتبني وشريك حياة المتبنى، كما حرم الزّواج فيما بين الأبناء المتبنين للمتبني، أو المتبني نفسه وبين المتبنى وأبناء المتبني على أن التحريم في الحالتين الأخيرتين يمكن الإعفاء منه بقرار من رئيس الجمهورية[١].

ولهذا نجد أن إقرار قسم من التَّشريعات للتبني لم يمكّنها من إنكار الروابط الأصلية بين المتبنى وعائلته الأصلية، فبالرغم من أن هذه التَّشريعات جعلت المتبنى ينسب للعائلة المتبنية، فإنها لم تستطع قطع جميع روابط المتبنى بعائلته الأصلية، ولا سيما ما تعلق بالقرابة المانعة للزواج، لهذا فقد نصَّ الفصل الخامس عشر من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني التونسي على: ((...إلا أنه في الصورة التي يكون فيها أقارب المتبنى معروفين تبقى موانع الزّواج المنصوص عليها بالفصول: (١٤-١٥-١٦-١٧) من مجلة الأحوال الشَّخصية قائمة))،كما أنَّ المشرّع الفرنسي لم يستطع إنكار هذه الروابط بين المتبنى وأسرته الأصلية، فجعل المتبنَّى ملتحقاً بأسرته الأصلية، ولا سيما فيما

---

(١) نصت المادّة (٣٦٦) من القانون المدني الفرنسي على: ((صلة القرابة الناشئة عن التبني تشمل الأبناء الشَّرعيين للمتبنى والزّواج محرم: ب

١- بين المتبني والمتبنى ونسله ونسلهما.

٢- وبين المتبنى وشريك حياة المتبني، وفي مقابل ذلك بين المتبنى وشريك حياة المتبنى.

٣- وبين الأبناء المتبنين للمتبني أو المتبني نفسه..

٤- وبين المتبنى وأبناء المتبني.

ومع ذلك، فإن تحريم الزّواج في (٣) و(٤) السَّابقتين يمكن أن يُلغى بإعفاء من رئيس الجمهورية بناء على أسباب خطيرة)).

يتعلق بالإرث وقرابة الزّواج المحرم المنصوص عليه في القانون الفرنسي حيث نصت المادة نصت المادّة (٣٦٤) من القانون المدني الفرنسي على: (يضل المتبنى ملتحقاً بأسرته الأصلية، ويحتفظ بكل حقوقه، ولا سيما حق الإرث، ويطبق عليه ما تقرر بالنّسبة للزواج المحرم في المواد (١٦١) إلى (١٦٤).

٥-حق المتبنى في الجنسية:

إنَّ المساواة مع الطِّفل الصلبي التي تعطيها أحكام التبني، يفترض في حصول الابن بالتبني على جنسية متبنيه، وبالرغم من أن القانون الفرنسي نصَّ على هذه المساواة إلا أنه اقتصر في منح الجنسية للابن المتبنى في التبني الكامل دون التبني البسيط، حيث لم يجعل هذا التبني ذا تأثير في حصول الطِّفل المتبنى على جنسية متبنيه[١].

ولابد من الإشارة إلى أن القانون السُّوري وقبل صدور المرسوم التَّشريعي (٧٦) في العام ٢٠١٠م الذي ألغى بموجبه الأحكام المخالفة لقانون الأحوال الشَّخصية في قوانين الطوائف المسيحية بسورية التي كانت تصدر أحكام التبني، فإن التبني في وقتها لم يعطِ المتبنى الجنسية السُّورية، حيث عدت وزارة الداخلية أنه من غير الجائز أن يؤدي التبني إلى اكتساب الأجنبي الجنسية السُّورية[٢].

ب -: انقضاء التبني:

إنَّ الصبغة التعاقدية للتبني تجعل منه قابلاً للانقضاء شأنه في ذلك شأن بقية العقود المدنية، وهذا العقد قد ينتهي إما بسحبه من قِبل السلطات

---

(١) التَّشريعات الفرنسية المتعلقة بالقوانين، يوم تدريب للمراسلين الجدد، مرجع سابق.

(٢) سام دولة، القواعد القانونيّة الصادرة عن وزارة العدل وإدارة التَّشريع دمشق، دار الخير، ص١٨٥.

القضائية التي لها ولاية الإشراف عليه عند الإخلال بالالتزامات المترتبة على المتبنى، كما قد ينقضي التبني بطلب الرجوع عنه من قِبل أطراف هذا العقد.

١: سحب التبني:

بالرغم من أن القانون التونسي الذي عدَّ أن الحكم بالتبني يكون نهائياً عندما نص على ذلك في الفصل الثالث العشر المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني (ويصدر حاكم الناحية حكمه بالتبني بعد التحقيق من توافر الشروط القانونيّة ومن مصادقة الحاضرين **وحكمه هذا يكون نهائياً**))، إلا أن هذه الصفة لا تمنع من الرجوع في التبني وسحبه عندما تضررت مصلحة الطِّفل المتبنى، فالمساواة بين الطِّفل الشَّرعي والمتبنى تكون في الحقوق والواجبات، فإذا أخلَّ المتبني بواجباته تجاه المتبنى إخلالاً خطيراً بشكل يهدد مصلحة الطِّفل والإضرار بنموه الجسدي أو النفسي، فقد مكن القانون التونسي المتعلق بالتبني وكيل الجمهورية أن يطلب من المحكمة الابتدائية الحكم بنزع حضانة المتبنى وإعطائها إلى شخص آخر وفق ما تضمنه الفصل السادس عشر من قانون التبني في تونس: (يمكن للمحكمة الابتدائية بطلب من وكيل الجمهورية أن تحكم بنزع الحضانة من المتبني وإسنادها إلى شخص آخر حسبما تقتضيه مصلحة المتبني، وذلك إن اتضح أن المتبني أخلَّ بواجباته إخلالاً فادحاً))، حيث إن مصلحة الطِّفل تعد الدافع الرئيس من الحكم بالتبني، فإذا تضررت هذه المصلحة كان الاستمرار بالتبني دون جدوى[١].

---

(١) عائدة اليرماني غربال، مرجع سابق، ص٩١.

٢- الرجوع عن التبني:

لا يقتصر انقضاء التبني على سحبه من قِبل السلطة المحددة في القانون، بل إنما التبني قد ينقضي بالرجوع عنه من قِبل أطرافه سواء أكان من قِبل الطِّفل الراشد المتبنى الذي يرغب بالانتساب إلى أبويه الأصليين أو من قِبل الوالدين بالتبني [١]، وقد نص القانون الفرنسي على إلغاء عقد التبني وإيقاف آثاره المستقبلية[٢]عند توافر أسباب قوية لذلك، وذلك بطلب من المتبني.

على أن هذا الطلب لا يقبل إذا كان عمر المتبنى أكثر من خمسة عشر عاماً، ويُقَدَّم طلب الإلغاء من قِبل المتبنى نفسه، وفي حال كان قاصراً يُقدم من قِبل أبويه الطبيعيين، وعند عدم وجودهما يحق لأي عضو من أعضاء أسرته الأصلية حتى درجة ابن العم الشقيق تقديم هذا الطلب[٣]، وقد خلى التَّشريع التونسي من أي نص يسمح بالرجوع عن التبني، فتصدى لذلك الاجتهاد القضائي، فذهبت محكمة التعقيب التونسية إلى: ((مصلحة المتبنى هي السَّبب الجوهري والرئيس لسن عقد التبني، وهذا العقد شأنه شأن بقية العقود المدنية، يمكن الرجوع فيه لفقدان أو تغيب مقوماته الشكلية والقانونيّة))[٤]، حيث أسست

---

(١) بيدويري كريمة، مذكرة، مرجع سابق، ص٥١.

(٢) نصت المادّة (٣٧٠) من القانون المدني الفرنسي على: ((إلغاء التبني يوقف كل آثاره بالنّسبة للمستقبل).

(٣) نصت المادّة (٣٧٠) من القانون المدني الفرنسي على: ((يمكن أن يُلغى التبني بطلب المتبني أو المتبنى مؤيداً بأسباب قوية، وطلب الإلغاء من المتبني لا يُقبل إذا كان عمر المتبنى أكثر من خمسة عشر عاماً، وإذا كان المتبنى قاصراً فللأب والأم من الدم هذا الطلب لذلك، وعند عدمهما فلأي عضو من الأسرة الأصلية حتى درجة ابن العم الشقيق بما فيهما هو)).

(٤) محكمة التعقيب، قرار مدني عدد (٢٩٥) بتاريخ (٢٣) مارس ١٩٩٣م نقلاً عن عائدة اليرماني غربال، مرجع سابق، ص٩٣.

هذه المحكمة قرارها إلى خلو قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني من أي نص يمنع الرجوع، فضلاً عن قرار التبني لا يعدُّ حكماً وإن كان يصدر في صيغة حكم بحسب تعبير الفصل الثالث عشر من نفس القانون(١).

وقد انتقد جانب من الفقه في تونس الرجوع عن التبني بذريعة أن المشرّع التونسي لم ينص عليه ولو سمح بالرجوع لنصَّ عليه صراحةً، كما فعل في نصه على سحب الحضانة من المتبني في الفصل السادس عشر من ذات القانون، كما أسند البعض معارضتهم وهم على صواب أن إعطاء الطِّفل القاصر في الرجوع عن التبني، فيه من تحميل القاصر أعباء جسيمة تتنافى مع سنه وحقه في العيش دون الاكتراث بمشاكل الكبار، كما أن القاصر في هذا السن لا يكون قد كوَّن أفكاره الخاصة، فضلاً عن الصعوبات الإجرائية المتعلقة بالرجوع عن التبني(٢).

إنَّ التبني لا يصلح حلاً لجهالة النّسب، بل إنه يسهم بشكل غير مباشر في زيادة مجهولي النّسب واللقطاء الذين يُتركون من قِبل آبائهم على قارعة الطريق أو على أبواب المعابد، يشجعهم في ذلك وجود نظام التبني الذي يجعلهم في مأمن أخلاقي من المسؤولية عن أبنائهم، ناهيك أن نظام التبني نفسه لم يستطع أن يجعل الأسرة المتبنية بديلاً كاملاً عن أسرة المتبنى الأصلية، حيث إن هذا النظام يعترف بالقرابة المحرمة للزواج بين المتبنى وأسرته الأصلية، كما أنه لا يقطع هذه الصلة بالأسرة الأصلية في القانون الفرنسي فيما يتعلق بالإرث، كل ذلك يوجب التساؤل عن مدى صدق

---

(١) عائدة اليرماني غربال، المرجع السَّابق ص٩٤.

(٢) عائدة اليرماني، المرجع نفسه ص ٩٦.

الاستقرار النفسي الذي يكون عليه المتبنى، والذي يكون مرتبطاً بعائلته الأصلية بـ: رباط الإرث، ورباط القرابة المحرمة بالزّواج مع إنكار نسبتها لها وقرابته لعائلته المتبنية الصورية، وبالنظر لهذه الاعتراضات أخذت جل الدول الإسلامية بنظام ثان يتولى رعاية وكفالة الأطفال المهملين ومجهولي النّسب، سُمي هذا النظام بنظام الكفالة وهو محور الدراسة في المبحث الثاني.

المبحث الثَّاني: الكفالة.

المطلب الأول: مفهوم الكفالة:

قد ينصرف الذهن في الحديث عن كفالة مجهولي النّسب إلى الكفالة المدروسة في حقل القانون المدني المتعلقة بالتأمينات الشَّخصية، وهذا يخرج عن مجال بحثنا، حيث تتطرق دراستنا إلى الكفالة كصورة من صور الرّعاية لمجهولي النّسب التي أقرتها الشريعة الإسلامية كنظام يوفر العناية الأمثل للطفل، وجعلته من أبواب القربة إلى الله، وقد وأخذت به قوانين الأسرة المستمدة من الشريعة الإسلامية، وهذا ما يحدونا إلى دراسة نظام الكفالة من مولده حتى انقضائه مروراً بالشروط والآثار...

أولاً: تعريف الكفالة:

١-الكَفالة في اللغة:

بفتح الكاف من الكفل، والكفل والكفيل، الضَّامن للشيء، كفل به يكفل كفالة، والكافل: الذي يعول إنساناً[١]، وقال تعالى: {ذَلِكَ مِنْ أَنْبَاءِ الْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ}[٢].

٢-الكفالة اصطلاحاً:

الكفالة: هي التي تتعلق بمساعدة الآخرين وعولهم، حيث عرَّفها المشرّع الجزائري في المادّة (١١٦) من قانون الأسرة الجزائري بأنها: (التزام على وجه

---

(١) المحيط في اللغة، الطالقاني، تحقيق الشيخ محمد حسن آل ياسين، عالم الكتب، بيروت١٩٩٤، ط١، ج٦، ص٢٦٧.

(٢) سورة آل عمران، الآية ٤٤.

التبرع بالقيام بولد قاصر من: نفقة، وتربية، ورعاية، وقيام الأب بابنه، وتتم بعقد شرعي).

بينما عرَّفها المشرّع التونسي في قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني بأنها: (الكفالة هي العقد الذي يقوم بمقتضاه شخص رشيد يتمتع بحقوقه المدنية أو هيئة بكفالة طفل قاصر).

كما أنَّ مجلة الأحكام العدلية التي كان معمولاً بها في سورية عرَّفتها في المادّة (٦١٣) بأنها: (الكفالة بالنفس: هي الكفالة التي يكفل فيها شخص، أي: أن الكفالة بالنفس هي الكفالة بتسليم شخص معلوم).

وقد تعرَّض المشرّع السُّوري للكفالة في مشروع قانون رعاية مجهول النّسب عندما نص في المادّة ١٥/أ من المشروع بأنها: (الكفالة: هي تقديم مبالغ مالية شهرية للطفل المقيم في دور الرّعاية، وذلك لتغطية مصاريفه داخل هذا الدار، وكل مبلغ يزيد عن حاجة ومصاريف الطِّفل يحفظ كتبرع باسمه داخل الدار).

كما تعرض لها في تعريفه لعقد الإلحاق في المادّة (١٦) من المشروع، حيث نصت: (يهدف الإلحاق إلى تأمين رعاية الطِّفل وتربيته ضمن أسرة تضمن توفير مقومات الحياة بشتى المجالات، وبما يسهم في حصوله على حقوقه التي يتمتع بها أقرانه، فضلاً عن تعزيز دوره في المجتمع).

ونلاحظ أن المشروع الجديد قد جانب الصواب في استخدامه المصطلحات في التعاريف بداية من استخدام مصطلح الإلحاق للدلالة على الكفالة بالرغم من أن مصطلح الإلحاق يستوعب كل نظام يؤدي إلى رعاية الطِّفل وتربيته ضمن عائلة بديلة لعائلته الأصلية، كما أنه قد خلط بين الكفالة

وبين مجرد تقديم العون المادي عندما نص على تعريف الكفالة: بأنها تقديم المبالغ المالية...

بالنتيجة، نرى أن الكفالة كنظام لرعاية مجهول النّسب مشتق من جذوره الإسلامية كنظام مقابل للتبني يشمل كل إعالةٍ لمجهول النّسب سواء كانت على شكل ضم طفلٍ إلى أسرة بديلة عن اسرته الاصلية دون نسبته إليها أو كان على شكل تقديم الدعم المالي والمادي فضلاً عن أوجه الرّعاية الأخرى لذلك يمكن **تعريف الكفالة: بأنها التزام على وجه التبرع بقيام شخص بـ: رعاية طفل قاصر، وتربيته، وحمايته، والقيام بشؤونه كافة.**

وإذا كانت الشريعة الإسلامية والقوانين المستمدة أحكامها منها قد منعت التبني، إلا أنها قد أوجدت نظاماً بديلاً شرعت له يحقق الرّعاية لمجهول النّسب متمثلة بالكفالة.

٣: مشروعية الكفالة:

لم تترك الشريعة الإسلامية مجهول النّسب دون رعاية، سواء أكانت مادية أم معنوية، فمجهول النّسب لا يقل مرتبة عن غير من أفراد المجتمع لقوله تعالى: **(ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم)**، فهذا الطِّفل إذا لم يعرف له والد ينتسب إليه، فهو أخ لجميع أفراد المجتمع، يتولى المجتمع رعايته وكفالته، حيث دعت الشريعة الإسلامية إلى الكفالة، وشجعت عليها كوسيلة لرعاية: الأيتام، والأطفال المهملين، واللقطاء، ومجهولي النّسب، وغيرهم من الأطفال الذين لا عائل لهم، وقد استدل العلماء على مشروعيتها بقول الله تعالى: **(وما كنت**

لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم وما كنت لديهم إذ يختصمون)[١]، وقوله تعالى: **(إذ تمشي أختك فتقول هل أدلكم على من يكفله)**[٢].

أما دليل الكفالة من السنة النبوية، فهو قول النبي صلى الله عليه وسلم فيما رواه ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (مَن قبض يتيماً من بين المسلمين إلى طعامه وشرابه، أدخله الله الجنة البتة إلا أن يعمل ذنباً لا يغفر له)[٣].

وعن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (كافل اليتيم له أو لغيره، أنا وهو كهاتين في الجنة، وأشار مالك بالسبابة والوسطى)[٤]، والإشارة أن هذه الأحاديث وإن كانت قد ورت على اليتيم، فإنها تتصرف على مجهول النّسب من باب أولى، فإذا كان اليتيم قد فقد والديه أو أحدهما، فإن مجهول النّسب مقطوع النّسب بأهله وفاقد من يعوله زيادة على ذلك.

وقد قنن المشرّع السُّوري الكفالة بنص المادّة الخامسة من قانون رعاية اللقطاء، حيث نصت على: **(تتولى وزارة الشؤون الاجتماعيَّة والعمل رعاية اللقيط وكفالته، وتعليمه حتى يستطيع الاعتماد على نفسه وكسب عيشه)**، لذلك، فإن كفالة مجهول النّسب تقع على عاتق الدَّولة ممثلة بوزارة الشؤون الاجتماعيَّة والعمل، حيث أجاز هذا القانون لوزير الشؤون الاجتماعيَّة بأن يعهد بهذا الطِّفل إلى إحدى الأسر أو إحدى النساء اللواتي يتولين الإنفاق عليه،

---

(١) سورة آل عمران، الآية٤٤.

(٢) سورة المائدة، الآية ٣٢.

(٣) كنز العمال، الهندي، مؤسسة الرّسالة، بيروت، ١٩٨٩م، ج١٥، ص٢٥٣.

(٤) صحيح مسلم، ج٤، ٢٢٨٧، وكافل اليتيم هو القائم بأموره من: نفقة، وكسوة، وتأديب، وتربية، وغير ذلك، وهذه الفضيلة تحصل لمن كفله من مال نفسه أو من مال اليتيم بولاية شرعية (له أو لغيره)، فالذي له أن يكون قريباً له كـ: جده، وأمه، وجدته، وأخيه، وأخته، وعمه، وخاله، وعمته، وخالته، وغيرهم من أقاربه، والذي لغيره أن يكون أجنبياً.

وتربيته، وتعليمه، كما سمح المشرّع بأن يتم إيداع الطِّفل مجهول النّسب إلى دور الرّعاية كـ: جمعيات الطفولة، ودور الأيتام، حيث أجاز قانون رعاية اللقطاء لوزير الشؤون الاجتماعيَّة والعمل بوضع مجهول النّسب في إحدى المؤسّسات الأهلية التي تختص برعاية مجهول النّسب وكفالته، فقد نص القانون المذكور في المادّة (١٠) منه على:

((أ- يجوز بقرار من وزير الشؤون الاجتماعيَّة والعمل، وضع اللقيط لدى إحدى الأسر أو لدى مَن ترغب بذلك من النساء، بشرط أن تكون قادرة على: رعايته، وتربيته، وكفالته، وتعليمه، والإنفاق عليه، إذا كان في ذلك مصلحة اللقيط.

ب- يجوز بقرار من وزير الشؤون الاجتماعيَّة والعمل وضع اللقطاء في المؤسّسات الأهلية القادرة على تربية الأطفال))

وقد أُخِذت بالكفالة جميع القوانين، بمن فيها قوانين الدول التي قننت التبني كتونس[١] التي نصت على أحكامها في قانون الأسرة[٢].

أما المشرّع السُّوري، فقد نص على أحكامه في قانون رعاية اللقطاء الصادر بالمرسوم (١٠٧) في العام ١٩٩٧م، والقرار رقم (٧٨٨) في العام ٢٠١٣م الصادر عن وزير شؤون الاجتماعيَّة والعمل الذي نُظِّمت من خلاله أحكام الكفالة سواء أكان قبل الأشخاص أم الهيئات، كما نص عليه مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

---

(١) نصت المشرّع التونسي على الكفالة في القانون عدد (٢٧) في العام ١٩٥٨م المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني.

(٢) نص المشرّع الجزائر على الكفالة في قانون الأسرة، حيث أفرد لتنظيمه المواد من المادّة (١١٦) ولغاية المادّة (١٢٥).

ثانياً: أنواع الكفالة:

إنَّ القانون السُّوري لم يجعل طلب الكفالة وإلحاق الطِّفل وتربيته محصورة بالشَّخص الطبيعي، بل أجاز للأشخاص الاعتبارية متمثلة بـ: جمعيات رعاية الطفولة، ودور الأيتام، وغيرها من المؤسّسات المجتمعية طلب كفالة وإلحاق الأطفال مجهولي النّسب[١] والأيتام وغيرهم، وقد خصتها بشروط محددة متميزة عن الشروط الواجب توافرها في الأشخاص الطبيعيين؛ لذلك سوف نتناول:

١: كفالة مجهولي النّسب من قِبل الشَّخص الاعتباري.

٢: الكفالة من قِبل الشَّخص الطبيعي وفق الآتي:

١: كفالة مجهول النّسب من قِبل الشَّخص الاعتباري:

أ-المرحلة التحضيرية:

أوجب القانون السُّوري على كل مَن يجد طفلاً حديث الولادة أن يقوم بأخذه وتسليمه إلى أقرب مخفر شرطة، مع كل ما يكون معه من ثياب أو أشياء أخرى قد تساعد في معرفة نسبه، لتقوم بعدها السلطات المختصة بتنظيم ضبط يُذكر فيه: عمر الطِّفل، وعلاماته الفارقة، والزمان، والمكان الذي وجد فيه، مع بيانات للشخص الذي وجده، ويُذكر في الضبط أنه لم يُعثر على والديه وفق ما نصت عليه المادّة (٢) من قانون رعاية اللقطاء[٢] بقولها:

---

(١) ذهب المشرّع التونسي بنفس الاتجاه في منح رعاية وكفالة مجهول النّسب إلى الهيئات الاعتبارية، وذلك عندما نص قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني في المادّة (٣) منه على: (الكفالة هي العقد الذي يقوم بمقتضاه شخص رشيد يتمتع بالحقوق المدنية أو هيئة بكفالة طفل قاصر)

(٢) كما نصت المادّة (٢٩) من قانون الأحوال المدنية السُّوري على: ((في حال عثر على لقيط يجب على مَن يعثر عليه تبليغ الشّرطة أو المختار فور عثوره عليه؛ بغية تنظيم المحضر اللازم بذلك، وتسليمه إلى إحدى المؤسّسات أو الأشخاص الذين تعتمدهم وزارة الشؤون الاجتماعيَّة والعمل التي تنظم له شهادة ولادة، ويسجل في السجل المدني)).

أ–على كل مَن يعثر على لقيط أن يسلمه إلى أقرب مخفر للشرطة مع الملابس التي كانت عليه وجميع الأشياء الأخرى التي وجدها معه أو بالقرب منه.

ب–على رئيس مخفر الشرطة أن يُنظِّم بذلك ضبطاً يذكر فيه: الزمان، والمكان، والظُّروف التي وُجد فيها الطِّفل، كما يبين فيه العمر التقديري للطفل، والعلامات الفارقة، والجنس. وكذلك اسم الشَّخص الذي عثر عليه، وكنيته، ومهنته، وعمره، ومحل إقامته وعنوانه. كما يُشار إلى أنه لم يُعثر على والديه.

وقد عاقب المشروع الجديد[1] لرعاية مجهول النّسب كل مَن يحتفظ بالطِّفل، ولا يقوم بتسليمه للوحدة الشرطية بالعقوبة من شهرين إلى سنتين وبالغرامة من (٥٠٠٠٠) خمسين إلى (٢٠٠٠٠٠) مائتي ألف ليرة سورية.

وبعد تنظيم الضبط يقوم مخفر الشرطة بتسليم الطِّفل إلى دار اللقطاء الموجود في المحافظة، وإذا لم توجد، يتم تسليمه إلى مستشفى حكومي للرعاية به؛ حتى يتسنى نقله إلى دار للقطاء في محافظة ثانية، إذا كانت حالته الصحية تسمح بذلك.

حيث نصت المادّة (٣) من قانون رعاية اللقطاء على:

– (يسلم مخفر الشرطة اللقيط مع الأشياء التي وُجدت معه إلى رعاية اللقطاء في المحافظة إن وجدت، وإلَّا سلّمه إلى مستشفى حكومي للعناية به ريثما يتم نقله وإيداعه إلى أقرب دار لرعاية اللقطاء في محافظة أخرى، ولا يجوز نقله إلا إذا كانت حالته الصحية تسمح بذلك).

ويبدو أنَّ المشرّع في مشروع القانون الجديد قد حافظ على هذه الآلية، وأوجب إجراء ضبط لتنظيم عملية إيجاد مجهول النّسب مع جميع ما يوجد معه

---

(١) المادّة ٢٨/ب من مشروع قانون مجهول النّسب.

من أدلة تساعد في البحث عن أهله وهويته، إلا أن المشرّع قد وسع بعض مناحي الرّعاية الصحية والاجتماعيَّة، حيث إن بعد تنظيم الضبط وبشكل متلازم بإبلاغ رئيس النيابة ودار للضيافة المعتمد في المحافظة الذي يقوم باستلام الطِّفل من الوحدة الشرطية ومرافقته إلى أقرب مستشفى أو مركز صحي ليبقى فيه الطِّفل مدة لا تقل عن (٤٨) ساعة، ولا يتم إخراجه من المستشفى إلا بموجب تقرير طبي يوضح: حالته الصحية، وعمره التقريبي، وجنسه، وسلامته، وجميع الملاحظات الطبية.

وفي حال كانت حال الطِّفل الصحية جيدة يتم تسليمه لدار الضيافة، حيث يبقى فيها مدة لا تزيد عن (١٥) يوماً، حيث يتم بعد هذه المدة انتقاله إلى دار رعاية مجهولي النّسب، ما لم يكن مصاباً بإعاقة، حيث تتم إحالته إلى المركز المختص بإعاقته(١).

ونلاحظ أن مشروع القانون الجديد جاء أكثر تطوراً من سابقه، حيث إنه وسع آليه هذه المرحلة التحضرية التي تسبق إيداع الطِّفل في دار رعاية مجهول النّسب، ولا سيما من الناحية الصحية.

كما أن المشرّع استحدث ما سماه: "**دار للضيافة**" وعرَّفها في المادّة الأولى من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب بأنها: (الدار التابعة لوزارة الشؤون الاجتماعيَّة والعمل، أو هي أقسام الضيافة المخصصة من قِبل الجمعيات والمؤسّسات الخاصة والمعتمدة من قِبل الوزارة في كل محافظة لاستقبال مجهولي النّسب واستضافتهم ومتابعة أمورهم طيلة الفترة اللازمة

---

(١) المادّة ٤/ ج / د / هـ / و / ز من مشروع قانون مجهول النّسب.

لاستكمال الإجراءات القانونيّة المتعلقة بهم، وتسليمهم إلى دار رعاية مجهولي النّسب المختصة).

ب: كفالة مجهول النّسب في دار الرّعاية:

تتولى وزارة الشؤون الاجتماعيَّة إنشاء دور لرعاية مجهولي النّسب من جميع المناحي التربوية والاجتماعيَّة والصحية؛ حتى يستطيعوا العيش معتمدين على أنفسهم.

حيث نصت على ذلك المادّة الثامنة في قانون رعاية اللقطاء بقولها: (-تُنشأ دور لرعاية اللقيط، ومهمتها كفالة اللقطاء ورعايتهم من المناحي الصحية والتربوية والاجتماعيَّة؛ وذلك حتى يستطيعوا العيش معتمدين على أنفسهم، ويتم إحداثها بقرار من وزير الشؤون الاجتماعيَّة والعمل في المحافظة التي يرى ضرورة لإنشائها فيها).

وفي سعي المشرّع لتوفير مزيد من فرص الرّعاية لمجهول النّسب، فقد منح فرصة التكفّل به إلى المؤسّسات والجمعيات الأهلية، فأجاز القرار (٧٨٨) لدور رعاية الأطفال والجمعيات والمؤسّسات التي تتبع وزارة الشؤون الاجتماعيَّة بأن تعهد بكفالة مجهولي النّسب ورعايتهم إلى هذه المؤسّسات وفق نص المادّة (١) من القرار المذكور: (يجوز لدار رعاية الأطفال مجهولي النّسب أو الجمعية أو المؤسسة التي ترعى هؤلاء الأطفال إلحاق الطِّفل مجهول النّسب بإحدى الأسر، أو من ترغب من النساء، **أو** وضعه في المؤسّسات الأهلية وفق الشروط الواردة في هذا القرار)، وقد أجاز مشروع القانون الجديد أن تحدث

بقرار من وزير الشؤون الاجتماعيَّة والعمل وحسب حاجة كل محافظة دور خاصة لرعاية مجهولي النّسب[١].

وبعد إيداع الطِّفل في دار الرّعاية، فإنه يبقى فيها حتى بلوغه الثامنة عشر من العمر، ويصبح قادراً في الاعتماد على نفسه وكسب عيشه، ويجوز لإدارة دار الرّعاية وبعد موافقة مديرية الشؤون الاجتماعيَّة تمديد مدة بقائه لمدة محددة إضافية إذا اقتضت مصلحته ذلك، كما يمكن إخراجه من الدار حتى قبيل إتمامه سن الثامنة عشر إذا تبين أن بقاءه في الدار يلحق الضرر المادي أو المعنوي أو الأخلاقي ببقية الأطفال أو العاملين، حيث أجاز المشروع ذلك بقرار يصدر عن الوزير يقضي إخراجه من الدار وإحالته إلى مكان ملائم لوضعه[٢].

أ: الشروط المطلوبة في كفالة المؤسّسات الأهلية:

فصل القرار (٧٨٨) في المادّة (٧) منه الشروط الواجب توافرها في الهيئة طالبة الكفالة وفق الآتي:

- (أ–أن تكون مشهرة حسب القوانين والأنظمة في القطر).
- (ب–أن يكون مقرها ضمن أراضي الجمهورية العربيّة السُّورية، وأن يكون المكان المخصص لرعاية الأطفال بحالة جيدة / ويكون واسعاً وصحياً).
- (ج–أن تتقدم بتعهد خطي بـ: حسن العناية بالطِّفل، ورعايته، وعدم إساءة معاملته).

---

(١) المادّة (٨) من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

(٢) المادّة (٧) من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

- (د–أن تتقدم بتعهد خطي بعدم تسليم الطِّفل لأي جهة /أسرة، أو امرأة، أو جمعية/ إلا بعد الحصول على موافقة خطية ومسبقة من وزارة الشؤون الاجتماعيَّة.
- (هـ–أن تكون إمكانات الجمعية المادية والبشرية بحالة جيدة تمكنها من تأمين الرّعاية الاجتماعيَّة والصحية المناسبة للطفل).
- عند توافر هذه الشروط والظُّروف المناسبة للأطفال في هذه الجمعيات والمؤسّسات، فلوزارة الشؤون الاجتماعيَّة أن تعمد لوضع مجهول النّسب لديها وفق ما تضمنته المادّة (٨) من القرار (٧٨٨).

ولا شك أنَّ هذه الجمعيات والمؤسّسات الأهلية بما يتوافر لديها من كوادر بشرية وإمكانات مادية تكون قادرة على توفير العناية والرّعاية لمجهول النّسب، إلا أن ذلك يتطلب أن تكون هذه الجمعيات تحت الإشراف الدائم من قِبل وزارة الشؤون الاجتماعيَّة، وتطبيق صارم ومنتظم لزيارات دورية ومفاجئة[١]؛ لضمان أن تكون تنشئة هؤلاء الأطفال متناسبة مع قيم المجتمع السُّوري ومبادئه.

لهذا، فإن مشروع القانون الجديد قد حدد أهداف دور الرّعاية بما يحقق تنشئة سليمة لمجهولي النسب، حيث ألقت المادّة (٦) من المشروع الجديد واجبات تضمن هذه الرّعاية.

---

(١) نصت المادّة (١٤) من القرار (٧٨٨) على: (تقوم الدار أو الجمعية أو المؤسسة التي ترعى الأطفال مجهولي النّسب بتتبع أحوال الطِّفل لدى الجهة الحاضنة عن طرق الزيارات الدورية مرة كل أربعة أشهر، وكلما دعت الحاجة)، هذه المادّة وإن كانت قد وردت بخصوص زيارة الدار للعائلات الكافلة إلا أنها يجب تطبيقها من باب أولى على الطِّفل المودع في المؤسّسات الأهلية.

٣: التزامات دار الرّعاية:

ألقى المشرّع في مشروع القانون الجديد جملة من المهام والواجبات على عاتق دار الرّعاية للعناية بمجهولي النّسب، وتأمين مستلزماتهم: المعيشية، والتربوية، والاجتماعيَّة، والصحية (العلاجية والوقائية)، والنفسية، والتعليمية، والشَّرعية، والقانونيّة، والقضائية، والاقتصادية اللازمة لهم، حيث تتولى على وجه الخصوص الآتي[١]:

٢٥- غرس القيم النبيلة، وترسيخ المبادئ والأخلاق السامية لديهم.

٢٦- تعزيز الهوية الوطنية واحترام الطِّفل لهويته، ولغته، وللقيم الوطنية، وتنشئته على الانتماء إلى الوطن.

٢٧- ترسيخ قيم المساواة بين الأفراد، وعدم التمييز بينهم بسبب أي شكل من أشكال التمييز.

٢٨- تهيئة الطِّفل وإعداده لحياة مسؤولة في مجتمع متماسك متضامن قائم على التلازم والتكامل بين الوعي بالحقوق والالتزام بالواجبات.

٢٩- تنمية: شخصية الطِّفل، ومواهبه، وقدرته البدنية والعقلية (الإبداعية والفكرية)، واستثمارها في صقل شخصيته.

٣٠- تنمية احترام مجهول النّسب للحقوق والحريات العامة والاختلاف بالرَّأي مع الآخر والتَّعبير عن الذات.

٣١- توفير فرص تعليم متكافئة في مراحل التعليم المختلفة في جميع المؤسّسات التعليمية وفق الإمكانيات المتاحة لهذا الدور حتى العمر

---

(١) المادّة (٦) من مشروع قانون مجهول النّسب.

المحدد وفق للقوانين والأنظمة النافذة، وتأمين التعليم الجامعي والدّراسات العليا لمن يرغب.

٣٢- توفير وسائل المعرفة والاتصال، وإتاحة استخدام التقنيات الحديثة التي تساعد في تنمية قدرات الأطفال، وتوسيع مداركهم، وتشجيع البحث العلمي من خلال العمل على توفير الكتب والوسائل التي ترفع مستوى وعي الأطفال وتنمي معارفهم ومهاراتهم.

٣٣- توفير التدريب والتأهيل المهني اللازم والمتوافق مع ميول مجهول النّسب وإمكاناته؛ تحضيراً لتخرجهم من الدار.

٣٤- تأمين: الرّعاية، والتَّربية الروحية والدينية اللازمة لتنشئة الطِّفل تنشئة سليمة وبما يتوافق ودينه.

٣٥- مشاركة الدور مع الأطفال في الأنشطة الثقافية والفنية، مثل: المسارح، والسينما، والمعارض، والمحاضرات، أو الندوات، والورشات بما يتناسب مع أعمارهم.

٣٦- دمج الأطفال مجهولي النّسب مع أقرانهم في مختلف المناسبات والفعاليات، وتوفير الأنشطة المناسبة لهم، وخاصة في حال وجود ذوي أطفال الإعاقة منهم.

٢: الكفالة الأسرية:

يشكل الحرمان من الرّعاية الأسرية المعاناة الأكبر لمجهول النّسب، وقد عمل المشرّع من أجل تعويض مجهول النّسب عن هذا الحرمان بأن فتح الباب للأسرة والنساء غير المتزوجات لكفالة الأطفال مجهولي النّسب، فقد حدد في المادّة (١٦) من المشروع الجديد الهدف من إلحاق الطِّفل مجهول النّسب

بالأسرة؛ لتأمين رعاية الطِّفل وتربيته ضمن بيئة تضمن توفير مقومات الحياة بشتى المجالات، وبما يسهم في حصوله على حقوقه التي يتمتع بها أقرانه فضلاً عن تعزيز دوره في المجتمع، وقد اشترط من أجل تحقيق هذا الهدف الآتي:

أ-شروط طلب الكفالة:

١: أن يكون الطلب مقدماً من الأشخاص الذي رخَّص لهم المشرّع طلب الكفالة، وهم:

- أن يُقدَّم طلبٌ من أسرة مؤلفة من زوج وزوجة، أو امرأة غير متزوجة، حيث نص المشرّع في المادّة (١٠) من قانون رعاية اللقطاء[١] على: (يجوز بقرار من وزير الشؤون الاجتماعيَّة والعمل، وضع اللقيط لدى إحدى الأسر، أو لدى مَن ترغب بذلك من النساء بشرط أن تكون قادرة على: رعايته، وتربيته، وكفالته، وتعليمه، والإنفاق عليه، إذا كان في ذلك مصلحة اللقيط في سبيل تحقيق الرّعاية الأمثل)، فقد حصر المشرّع طالب الكفالة بالأسرة المؤلفة من زوج وزوجة أو من قِبل امرأة غير متزوجة، وبذلك حجب المشرّع طلب الكفالة عن الأسر التي لا تتكون من زوجين، كما منع الرجل الأرمل من طلب الكفالة.

- وفي حال تزاحم طالبي الكفالة نصت المادّة (٤) من القرار (٧٨٨) المذكور على: (تُعطى الأفضلية في حضانة الطِّفل للأسر التي يتقدم فيها الزَّوجان أو أحدهما بشهادة صحية تثبت عدم القدرة على الإنجاب (العقم)، فقد فضَّل

---

(١) كذلك نصت المادّة (١) من القرار (٧٨٨) الذي يعد بمثابة التعليمات التنفيذية لقانون رعاية اللقطاء أنه: (يجوز لدار رعاية الأطفال مجهولي النّسب أو الجمعية أو المؤسسة التي ترعى هؤلاء الأطفال إلحاق الطِّفل مجهول النّسب بإحدى الأسر أو لمن ترغب من النساء....).

المشرّع في إعطاء الكفالة التي يقدم فيها الزَّوجان أو أحدهما شهادة طبية بالعقم، وقد يعلل هذا الشرط بأن وضع مجهول النّسب في أسرة ليس لديها أولاد يجعله بعيداً عن مزاحمة الأولاد الصلبيين.

– وقد غفل مشروع قانون رعاية مجهول النّسب بأن يشترط مضي مدة على الزّواج، حيث تكون الحياة العائلية لدى الأسرة طالبة الكفالة قد استقرت ونضج القرار لديهم بتربية وكفالة مجهول النّسب.

٢– **سن طالب الكفالة والمكفول:** إن رعاية مجهول النّسب تتطلب فيمن يقوم بها أن يكون بعمر محدد يتيح له الخبرة الكافية والوعي والدراية اللازمة في تربية الأولاد، لهذا فقد اشترط القرار (٧٨٨) الصادر عن وزير الشؤون الاجتماعيَّة والعمل المنظم لإلحاق مجهول النّسب بالأسر والنساء ودور الرّعاية أن يبلغ طالب الكفالة سناً محدداً، إلا أنه فرَّق بين أن يكون طالب الكفالة زوجين وبين كون طالب الكفالة إحدى النساء.

أ– **طالب الكفالة زوجين:** في حال كون طالب الكفالة أسرة مؤلفة من زوجين، فقد اشترط القرار المذكور أعلاه ألا يقل عمر أي زوج من الزَّوجين عن ثلاثين سنة، وألا يتجاوز الستين، مع مراعاة أن يتم استثناء الزَّوجين من هذا الشرط بقرار وزير الشؤون الاجتماعيَّة تحقيقاً لمصلحة الطِّفل، فنص القرار في المادّة ٢/أ: (ألا يقل عمر أي زوج من الزَّوجين عن **ثلاثين سنة**، وألا يتجاوز الستين، ويجوز الاستثناء من هذا الشرط إذا ارتأت الوزارة مصلحة الطِّفل في ذلك.)

ب– **طالب الكفالة إحدى النساء:** إذا كان من يطلب إلحاق الطِّفل وكفالته إحدى النسوة، فقد اشترط القرار ألا يقل عمرها عن أربعين سنة، ولا يزيد عن

الستين في حال لم يسبق لها الزّواج، أما إذا كانت أرملة أو مطلقة، فقد خفض القرار الحد الأدنى بألا يقل عن ثلاثين سنة، وفق ما ذكرته المادّة ٥/أ التي نصت على أن تتوافر في المرأة طالبة الحضانة الشروط الآتية:

.أ- (ألا يقل عمرها عن أربعين سنة، ولا يتجاوز الستين بالنّسبة للمرأة غير المتزوجة، وألا يقل عن الثلاثين بالنّسبة لأي مرأة مطلقة؛ بسبب عدم القدرة على الإنجاب، أو المرأة الأرملة التي ليس لديه أولاد).

بينما نجد أنَّ مشروع قانون رعاية مجهول النّسب اشترط في الأسرة الكافلة بألا يقل سن كل منهما عن ثلاثين عاماً ولا يتجاوز الخامسة والخمسين[١]، وفي حال كانت طالبة الكفالة امرأة غير متزوجة، فقد حدد سنها بألا يقل عن الخامسة والثلاثين[٢].

ويلاحظ أن مشروع قانون رعاية مجهول النّسب كان موفقاً بتخفيض الحد الأعلى؛ لأن طالب الكفالة بعد تجاوز هذا السن لا يكون قادراً في أغلب الأحيان على رعاية الطِّفل والقيام بأمره، كما أنه أصاب عند اشتراطه ألا يقل الحد الأدنى للسن عن ثلاثين سنة في الأسرة والخامسة والثلاثين في طالبة الكفالة غير المتزوجة، حيث يوفر ذلك الخبرة الكافية والنضج اللازم لرعاية الطِّفل فيمن يطلب كفالته.

إلا أننا مع إبقاء الحد الأدنى عندما تكون طالبة الكفالة غير متزوجة بأربعين سنة، حيث إنها بهذا العمر تكون قد أخذت قرارها بعدم الزّواج بشكل نهائي.

---

(١) المادّة ١٧/أ من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

(٢) المادّة١٧/ب من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

وعموماً، فإن المشرّع السُّوري سواء أكان في المشروع الجديد أم في القرار (٧٨٨) قد تقدم على نظيره التونسي الذي جعل من بلوغ سن الرشد كافياً لطلب الكفالة[١].

٣-سن الطِّفل مجهول النّسب: هذا الشرط نص عليه مشروع القانون الجديد، حيث نص بألا يزيد سن مجهول النّسب عن السادسة في حال كان من تطلب كفالته امرأة غير متزوجة، ويبدو أن المشرّع في شرطه هذا قد راعى المناحي الدينية والعادات التي لا تقبل في أن يسكن طفل بالغ مع امرأة لا تربطه بها أي قرابة محرمية.

٤-جنسية طالب الكفالة: اشترط القرار (٧٨٨) أن يكون طالبا الكفالة (الزَّوجان) متمتعين بالجنسية السُّورية، أو بجنسية إحدى الدول العربيّة، وأن يكونا مقيمين في سورية بشكل دائم، فنصت المادّة ج/٢ يجب أن يتوافر في الزَّوجين طالبي الحضانة الآتي:

ج ـ (أن يحملا جنسية الجمهورية العربيّة السُّورية أو إحدى البلاد العربيّة، شريطة أن يكونا مقيمين في الجمهورية العربيّة السُّورية إقامة دائمة)، وقدد خفف مشروع قانون الرّعاية هذا الشرط بأن اكتفى بتمتع الزَّوج بالجنسية السُّورية أو أحدى الدول العربيّة، فراعى بذلك الأسر التي تكون فيها الزَّوجة غير عربية أو سورية مع شرط الإقامة في البلاد[٢].

---

(١) نصت المادّة (٣) من القانون عدد (٢٧) في العام ١٩٥٨م المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني بتونس على: (الكفالة هي العقد الذي يقوم بمقتضاه شخص رشيد يتمتع بحقوقه المدنية بكفالة قاصر).

(٢) المادّة ١٧/أ من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

وفي حال كانت طالبة الكفالة إحدى النساء نصت المادّة ٥/ب من القرار(٧٨٨)على: (أن تحمل جنسية الجمهورية العربيّة السُّورية أو إحدى البلاد العربيّة، شريطة أن تكون مقيمة في الجمهورية العربيّة السُّورية إقامة دائمة).

وقد ضمن المشرّع أن يكون الطِّفل تحت الرقابة الدائمة، فألزم بأن يتعهد طالب الكفالة بإبقاء الطِّفل داخل البلاد، وعند رغبته في مغادرة البلاد بشكل نهائي تجب عليه إعادة الطِّفل إلى الدار، أما إذا كانت المغادرة لفترة وجيزة، فيتعهد طالب الكفالة خطياً بإعادة الطِّفل الى البلاد خلال مدة لا تتجاوز أربعة أشهر، حيث نصت المادّة ٣/ح من القرار (٧٨٨) على هذا الشرط ضمن الوثائق المقدمة لطلب الكفالة: (تعهد خطي من طالبي الحضانة بإبقاء الطِّفل ضمن أراضي الجمهورية العربيّة السُّورية وإعادته إلى الدار في حال مغادرتهما القطر مغادرة دائمة، أما في حال المغادرة المؤقتة للقطر، فيتعهدان بعدم إبقاء الطِّفل خارج القطر مدة لا تزيد كحد أقصى عن أربعة أشهر)[١]، ويبدو أنَّ المشرّع في القانون الجديد قد سمح للأسرة في سفر الطِّفل بشكل نهائي أو لفترة مؤقتة بعد أخذ موافقة الوزير[٢]، إلا أنه قد يرد التساؤل حول جدوى هذا الشرط في الحالة التي يخالف بها طالب الكفالة تعهده ويمتنع عن إعادة الطِّفل الى أراضي البلاد، حيث إن الملاحقة الجزائية قد لا تؤتي ثمارها في كل الأحوال، فكان من الأفضل أن تكون هناك ضمانات لعودة الطِّفل كالكفالات العقارية والمالية.

---

(١) اشترط القرار ذاته التعهد وبصياغة مشابهة بالنّسبة للأوراق المطلوبة من قِبل إحدى النساء اللواتي يطلبن الكفالة في نص المادّة ٦/ز

(٢) المادّة (٢٠) من مشروع قانون مجهول النّسب.

كما أن المشروع الجديد عند سماحه بسفر الطِّفل بشكل نهائي، يكون قد غفل عن خطر تعريض الطِّفل للإتجار به، ويكون قد أبعده عن رقابة الدَّولة عليه والتأكد من وضعه داخل الأسرة.

٥- الاتحاد بالدين بين طالب الكفالة ومجهول النّسب: هذا الشرط لم يورده القرار (٧٨٨)، إنما نصَّ عليه مشروع قانون رعاية مجهول النّسب، حيث اشترط في كفالة الأسرة أن يكون الزَّوج متحداً مع دين مجهول النّسب، وفي حالة كفالة المرأة غير المتزوجة أن تكون متحدة في الدين مع الطِّفل(١).

٦ - تحقق مصلحة مجهول النّسب: لا شك أنَّ الأسباب الدافعة لتشريع الكفالة هي لتحقيق مصلحة الطِّفل المكفول، وقد اشترط القرار (٧٨٨) لتحقيق ذلك مجموعة من الشروط التي تشكل بعضها معايير عامة لصحة عقد الكفالة(٢):

---

(١) المادّة ١٧/أ/ب من مشروع قانون مجهول النّسب.

(٢) نصت المادّة (٢) من القرار (٧٨٨) على الآتي: يجب أن يتوافر في الزَّوجين طالبي الحضانة الآتي: أ- ألا يقل عمر الزَّوجين عن ثلاثين سنة، ولا يتجاوز الستين، ويجوز الاستثناء من هذا الشّرط إذا ارتأت الوزارة مصلحة الطِّفل في ذلك. ب-أن يكون قد مضى على زواجهما خمس سنوات على الأقل، ويستثنيان من هذا الشّرط إذا تقدم كلاهما او أحدهما بشهادة صحية تثبت عدم القدرة على الإنجاب. ج-أن يحملا جنسية الجمهورية العربيّة السُّورية أو إحدى البلاد العربيّة شريطة أن يكونا مقيمين في الجمهورية العربيّة السُّورية إقامة دائمة د-أن يكونا سالمين من الأمراض السارية والعقلية. هـ-أن يكونا حسنَي السيرة والسلوك، ولم يحكم علي أي منهما بجناية أو جنحة مخلة بالشرف. و-أن يكونا قادرين على تربية الطِّفل وتهذيبه. ز-أن يكونا حسنَي القصد، ولا يبغيان استخدام الطِّفل خلافاً للعرف والعادة والآداب. ح-أن يكونا صالحين لرعاية الطِّفل من حيث سلامة الجو الأسري وحسن العلاقة بينهما.

بينما نصت المادّة (٥) على الشروط الخاصة بإلحاق الأطفال بالنساء: يجب أن تتوافر في المرأة طالبة الحضانة الشروط الآتية:=

أ: **الخلو من الأمراض السارية والعقلية:** إن طالب الكفالة المريض بأحد الأمراض السارية أو الأمراض العقلية يشكل خطراً على الطِّفل المكفول، وقد صيغ هذا الشرط في مشروع قانون الجديد أكثر دقة وشمولاً، فاشترط في طالب الكفالة الخلو من الأمراض السارية والمعدية أو أي مرض عضال[١]، كما أن اشتراط الخلو من هذه الأمراض يوفر له حماية أكثر للطفل.

ب: **القدرة على تربية الطِّفل وتهذيبه:** حتى ينشأ الطِّفل نشأة صحيحة لابد من أن تتوافر في طالب الكفالة القدرة على: رعاية مجهول النّسب، وتربيته، وتهذيبه، ورعايته في جو أسري سليم، وحمايته من أي استغلال أو إساءة أو تشهير، ولا تقتصر هذه القدرة على القدرة الجسدية، بل تمتد إلى القدرة المالية في الإنفاق على المكفول، وقد نص مشروع القانون الجديد على هذا الشرط، وأكد بأن تتوافر في طالب الكفالة القدرة على الإنفاق على مجهول النّسب وباقي إفراد أسرة طالب الكفالة[٢].

ج: أن يكون طالب الكفالة من أصحاب السيرة الحسنة والسلوك الجيد، وألا يكون قد سبق أن حكم عليه بعقوبة جنائية أو بجنحة مخلة بالشرف.

=أ- ألا يقل عمرها عن أربعين سنة، ولا يتجاوز الستين بالنّسبة للمرأة غير المتزوجة، أو لا يقل عن ثلاثين سنة بالنّسبة لأي مرأة مطلقة؛ بسبب عدم القدرة على الإنجاب، أو الأرملة التي ليس لديها أولاد. ب- أن تحمل جنسية الجمهورية العربيّة السُّورية أو إحدى البلاد العربيّة شريطة أن تكون مقيمة في الجمهورية العربيّة السُّورية إقامة دائمة. ج- أن تكون سالمة من الأمراض السارية والعقلية. د- أن تكون حسنة السيرة والسلوك، ولم يحكم عليها بجناية أو جنحة مخلة بالشرف. هـ- أن تكون قادرة على تربية الطِّفل وتهذيبه. و-أن تكون حسنة القصد ولا تبغي استخدام الطِّفل خلافاً للعرف والعادة والآداب..

(١) المادّة ١٧ /أ من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

(٢) المادّة (١٧/أ) من مشروع قانون مجهول النّسب.

د: أن يكون طالب الكفالة حسن القصد من وراء طلبه للكفالة، بحيث لا ينوي أن يستعمل الطِّفل بأمور مخالفة للعادات والعرف والآداب العامة[١].

فضلاً عن هذه الشروط نجد أن المشروع الجديد قد اشترط عدم وجود الأولاد في الأسرة طالبة الكفالة[٢].

وعند توافر هذه الشروط يكون بمقدور طالب الكفالة أن يتقدم مصحوباً بما يطلبه القانون من وثائق لطلب الكفالة وفق آلية سوف نتناولها بالشرح الآتي:

٢- إجراءات الكفالة:

يعد أول شرط إجرائي في عقد كفالة الأطفال، هو تقديم طلب من قِبل طالب الكفالة سواء أكان أسرة أم امرأة أم هيئة، يبدي فيه رغبته بكفالة طفل، مع مجموعة من الوثائق[٣]التي تختلف باختلاف الجهة[٤]، وبعد تقديم الطلب

---

(١) نص المشرّع على هذه الشروط ضمن المادّة (١٠) من القرار (٧٨٨) ومشروع القانون الجديد في المادّة (١٧) منه

(٢) المادّة ١٧/أ من مشروع قانون مجهول النّسب.

(٣) اشترطت المادّة (١٠) من القرار (٧٨٨): (يجب في الوثائق المذكورة في المواد: /٣،٥،٦،٧/ حديثة، ولم يمض على استخرجها أكثر من ثلاثة أشهر)

(٤) **الوثائق المطلوبة من قِبل الزَّوجين:**

٣- قيد مدني مصدق أصولاً. ٢- صورة عن عقد الزّواج مصدق، يظهر فيه تاريخ الزّواج بشكل واضح.٣- بيان عائلي يوضح وجود أولاد لطالبي الكفالة من عدمه. ٤- تقرير طبي يثبت الخلو من الأمراض السارية والعقلية. ٥- تقرير طبي يثبت القدرة على الإنجاب من عدمه (العقم) من طبيب مختص. ٦- خلاصة سجل عدلي (لا حكم عليه) لكل من الزَّوجين الكفالة.٧- تعهد خطي بإبقاء الطِّفل داخل أراضي الجمهورية العربيّة السُّورية وإعادة الطِّفل إلى دار الرّعاية في حال الرغبة بمغادرة البلاد بشكل دائم، أما إذا كانت المغادرة بشكل مؤقت، فيتعهد الزَّوجان بعدم إبقاء الطِّفل خارج البلاد أكثر من أربعة أشهر. ٨- تعهد خطي يثبت نية الزَّوجين الحسنة وعدم استخدام الطِّفل فيما يخالف العرف والآداب العامة[٤].

أما إذا كان طالب الكفالة إحدى النساء، فالوثائق المطلوبة هي:

مشفوعاً بالوثائق المطلوبة تتولى دار الرّعاية دراسة هذا الطلب، حيث تقوم في سبيل ذلك بتحقيق اجتماعي وزيارات ميدانية[١]؛ للتأكد من حسن سيرة وسلوك طالب الكفالة ، والقدرة على تربية الطِّفل والعناية به، وتوافر العلاقة الأسرية الحسنة، والقصد الحسن من الكفالة لضمان عدم استخدام الطِّفل بما يخالف العادات والعرف والآداب العامة[٢]، ولاشك أنه يجب أن يكون من ضمن اللجنة التي تتولى الدّراسة اختصاصي اجتماعي يعهد إليه ذلك، كما يجب أن تتأكد اللجنة عندما يكون طالب الكفالة مؤسسة أو جمعية أهلية من توافر الإمكانات المالية والكوادر البشرية الجيدة التي توفر للطفل الرّعاية المناسبة والتنشئة الصّحيحة[٣]، وبعد انتهاء اللجنة من الدّراسة تقوم بإبداء رأيها، ومن ثم تقوم

٣- قيد مدني مصدق أصولاً.٢- سند إقامة مصدق أصولاً. ٣- تقرير طبي يثبت الخلو من الأمراض السارية والعقلية.٤- تقرير طبي يثبت القدرة على الإنجاب من عدمه (العقم) من طبيب مختص. ٥- خلاصة سجل عدلي (لا حكم عليه) لكل من الزَّوجين الكفالة.٦- تعهد خطي بإبقاء الطِّفل داخل أراضي الجمهورية العربيّة السُّورية وإعادته إلى دار الرّعاية في حال الرغبة بمغادرة البلاد بشكل دائم، أما إذا كانت المغادرة بشكل مؤقت، فتتعهد المرأة بعدم إبقاء الطِّفل خارج البلاد أكثر من أربعة أشهر.٧- تعهد خطي يثبت نية طالبة الكفالة الحسنة وعدم استخدام الطِّفل فيما يخالف العرف والآداب العامة.

أما في حال كون طالب الكفالة هو شخص اعتباري كالجمعيات والمؤسّسات الأهلية التي تتوافر فيها الشروط المطلوبة، فقد استلزم القرار (٧٨٨) منها أن تتقدم بطلب خطي مرفقاً بـ:

- تعهد خط برعاية الطِّفل وعنايته بشكل حسن، وعدم إساءة معاملته.
- تعهد بعدم تسليم الطِّفل لأي أسرة أو امرأة أو جمعية إلا بعد أخذ موافقة خطية مسبقة من قِبل وزارة الشؤون الاجتماعيَّة.

(١) نصت المادّة (١١) من القرار (٧٨٨) على: (تقوم الدار أو الجمعية أو المؤسسة التي ترعى الأطفال مجهولي النّسب بإجراء دراسة اجتماعية عن واقع الأسرة أو المرأة طالبة الحضانة بشكل مفصل بعد إجراء زيارات ميدانية للجهة طالبة الحضانة).

(٢) الفقرة أ/٩ من القرار ٧٨٨.

(٣) الفقرة ب/٩ من القرار ٧٨٨ .

برفع الطلب إلى مديرية الشؤون الاجتماعيَّة التي تقوم بدورها بإبداء مطالعتها بخصوص الطلب وتقوم برفعه إلى وزارة الشؤون الاجتماعيَّة صاحبة القرار[١]، التي تقوم بدراسة الطلب في ضوء مطالعة الدار، ومطالعة مديرية الشؤون الاجتماعيَّة بالموافقة على طلب الكفالة أو رفضه في مدة أقصاها خمسة عشر يوماً من تاريخ تسجيل الطلب في ديوانها[٢].

وعند موافقة الوزارة تقوم الدار التي تتولى الرّعاية بإبرام عقد الكفالة (الإلحاق)[٣] مع طالب الكفالة ولمدة سنتين يمدد تلقائياً، يخضع لتصديق وزير الشؤون الاجتماعيَّة[٤]، إلا أن المشرّع في مشروعه الجديد قد جعل مدة العقد التمهيدية خمس سنوات إذا كان عمر الطِّفل خمس سنوات فما دون، أما إذا كان عمره فوق هذا السن، فإن الدار تبرم عقداً لمدة سنتين فقط، ليجري بعدها إبرام عقد دائم[٥]، كما أوجب المشروع الجديد على الدار في حال الموافقة على إلحاق مجهول النّسب بالأسرة أن ترسل نسخة عن عقد الإلحاق إلى المحكمة الشَّرعية لاستصدار وصاية شرعية لطالب الكفالة ليتولى مسؤوليته عن الطِّفل المكفول وإدارة شؤونه طيلة فترة الكفالة[٦].

---

(١) المادّة (١٢) من القرار ٧٨٨.

(٢) المادّة (١٣) من القرار (٧٨٨).

(٣) نموذج عن عقد لإلحاق نهاية البحث.

(٤) المادّة (١٥) من القرار (٧٨٨).

(٥) المادّة ١٦/ج من مشروع قانون مجهول النّسب.

(٦) المادّة ١٩/ز من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

المطلب الثَّاني: التزامات الكافل:

بمجرد إبرام عقد الكفالة (الإلحاق) يصبح الطِّفل في عهدة الكافل سواء أكان أُسَراً، أم امرأة غير متزوجة، يرتب هذا العقد عدداً من الالتزامات على الكافل على أطرافه من أجل تأمين العناية بمجهول النسب وورعايته، وإدارة أمواله، والقيام بجميع ما تقتضيه العناية به، وتستمر هذه الكفالة لتنتهي إما بالأسباب العامة لانتهاء العقود وإما بسحب هذه الكفالة وفسخ عقد الإلحاق وفق ما يتوضح لنا في الآتي:

أولاً- تربية الطِّفل المكفول: يجب على الكافل العناية بالطِّفل المكفول وتربيته التَّربية الحسنة، وإلا قد يتعرض إلى فسخ عقد الكفالة من قِبل وزير الشؤون الاجتماعيَّة ، كما أنه من مشتملات التَّربية: تعليم الطِّفل، ومتابعة تحصيله العلمي أو المهني، ومتابعة جميع أموره الشَّخصية كالعلاج والزّواج، التي تعد من مستلزمات الولاية على النفس التي أشارت إليها المادّة ٢٠/ب من المشروع الجديد على التزام الأسرة الراعية بتربية الطِّفل تربية حسنة، وغرس المبادئ والقيم النبيلة والأخلاق السامية، وتعزيز مفهوم الهوية الوطنية والمواطنة لدى الطِّفل.

ثانياً-الإنفاق على الطِّفل المكفول: الأصل أن الدَّولة ممثلة بوزارة الشؤون الاجتماعيَّة هي مَن تتولى الإنفاق على الطِّفل وفق ما يُفهم من نص المادّة (١٧) من قانون رعاية اللقطاء بقولها:

(لا يطالب اللقيط بإعادة الأموال التي تنفقها الدَّولة على كفالته وتربيته)، وبانتقال مجهول النّسب لرعاية الكافل، فإن نفقته تكون عليه، وهذا يمكن

استنتاجه من اشتراط القدرة على تربية الطِّفل فيمن يطلب الكفالة، حيث إن مما ينطوي تحت مفهوم القدرة هي القدرة المالية بالإنفاق على مجهول النّسب.

ثالثاً- منح المكفول لقب الكافل: مرَّ معنا عند الحديث عن حق مجهول النّسب في الاسم أنَّ المشرّع السُّوري لم يتركه من دون هوية، بل كلف أمين السجل المدني باختيار اسم ونسبة لمجهول النّسب وفق ما تقترحه دار الرّعاية التي يُودَع لديها، وعند انتقال مجهول النّسب لرعاية الأسرة الكافلة وتوطد علاقته بهذه الأسرة ليصبح أحد أفرادها، هنا يبرز الاختلاف بين لقب الكافل ولقب الطِّفل، فيشكل أحد حواجز الاندماج بهذه الأسرة، ناهيك عن الحرج الذي يتولد لدى مجهول النّسب عندما يعرف عن اسمه ونسبته، وتلافياً لذلك؛ فقد منح المشرّع السُّوري لرب الأسرة الكافلة إمكانية منح لقب أسرته للطفل المكفول، فقد نصت المادّة ٢٩/د من قانون الأحوال المدنية على:

(- يجوز منح مجهول النّسب نسبة الأسرة الحاضنة، بناء على طلبٍ خطي من رب الأسرة، وموافقة مجهول النّسب الذي تجاوز الثامنة عشرة من عمره، وتُصحح نسبته في المسكن الخاص به تبعاً لذلك)).

إلا أنَّ المشرّع قد قصر حق منح الاسم في الحالة التي تكون فيها الكفالة من قِبل أسرة دون المرأة الحاضنة، وقد اشترط المشرّع لذلك:

٧- أن يتقدم رب الأسرة (الزَّوج) بطلب خطي إلى أمانة السجل المدني يطلب فيه هذا المنح، وبذلك حصر تقديم الطلب بالزَّوج دون الزَّوجة.

٨- أن يُرفق مع الطلب ما يثبت حضانته لمجهول النّسب ب فضلاً عن بيان عائلي لأسرته.

٩- موافقة مجهول النّسب الذي يبلغ الثامنة عشرة من العمر على هذا المنح[١].

ويؤخذ على هذه المادّة أنها لم تشترط موافقة والدة مجهول النّسب عندما تكون معلومة عند إمكانها التَّعبير عن هذه الإرادة، بينما نجد **أن** القانون الجزائري الذي سار على ذات الاتجاه قد اشترط موافقة والدة مجهول النّسب عندما تكون معلومة وعلى قيد الحياة[٢]، ونتمنى على المشرّع السُّوري أن ينص على موافقة الأم عندما يكون بالإمكان الحصول عليها، محققاً التوزان بين احترام وجود الأم وصلتها بابنها و فرصة الطِّفل في الحصول على مزيد من الاندماج بالأسرة الكافلة.

وقد احتج البعض على منح المكفول نسبة الكافل، بأنه تزييف للنسب وتشريع للتبني بشكل غير مباشر، وقد رد على هذا الاعتراض بأنه لا يؤدي

---

(١) نصَّت التعليمات التنفيذية الخاصة بتطبيق قانون الأحوال المدنية على: (....٤-في حال رغبة الأسرة الحاضنة في منح نسبتها لمجهول النّسب، فعلى رب الأسرة التقدم بطلب خطي إلى أمانة السجل المدني مكان قيد مجهول النّسب مرفقاً ببيان عائلي لرب الأسرة ووثيقة تثبت حضانته لمجهول النّسب صادرة عن دار الرّعاية المختصة .٥- في حال تجاوز مجهول النّسب الثامنة عشرة من عمره، فعلى أمين السجل المدني أن يدوّن على الطلب المُقدم من رب الأسرة حضور مجهول النّسب وموافقته على التصحيح، ويقوم مجهول النّسب بالتوقيع على الطلب إلى جانب توقيع وختم أمين السجل المدني. ٦- يجري تصحيح نسبة مجهول النّسب على قيده في سجل الواقعات والسجل المدني أصولاً ويُشار إلى ذلك في حقل ملاحظات القيد.

٧- لا يجوز تصحيح اسم والد مجهول النّسب إلى اسم رب الأسرة الحاضنة بِعَدِّ التبني محرم شرعاً .

(٢) نص المشرّع الجزائري في المرسوم ٢٤/٩٢ على: (كما يمكن أن يتقدم الشَّخص الذي كفل في إطار الكفالة، ولداً قاصراً مجهول النّسب من الأب، أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائدته، وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي، وعندما تكون أم الولد القاصر معلومة وعلى قيد الحياة، فينبغي أن ترفق موافقتها المُقدَّمة في شكل عقد شرعي بالطلب).

هذا المنح إلى التوارث بين الكافل والمكفول ولا إلى انتساب الطِّفل إلى الكافل[١]، وهذا ما أكدته التعليمات التنفيذية لقانون الأحوال المدنية التي أوجبت أن يُشار إلى هذا المنح والتصحيح في نسبة المكفول في حقل ملاحظات القيد المدني، كما منعت وبشكل قاطع أن يتم تصحيح اسم والد مجهول النّسب ليطابق اسم رب الأسرة الكافلة، وعللت ذلك بأن التبني ممنوع في القانون[٢].

ولا بد من القول: إن التعليمات التنفيذية لقانون الأحوال المدنية أوجبت التنويه إلى منح المكفول نسبة الكافل في حقل ملاحظات القيد المدني، وهذا يثير التساؤل عن الفائدة من هذا المنح ما دام قد أُشير على أنه مستعار في حقل القيد، فتكون الغاية من هذه المادّة تجنيب الحرج عن الطِّفل بإعطائه نفس نسبة الكافل قد أُجهضت، وقد عالج المشرّع ذلك بأن جعل هذه القيود سرية لا يجري الاطلاع عليها إلا من قِبل المحكمة المختصة[٣].

ثانياً: انقضاء الكفالة: تتعدد الأسباب التي تنتهي بها الكفالة، منها: الأسباب العامة لنهاية العقود، أو الأسباب خاصة، فترجع لطبيعة هذا العقد كونه عقداً ينصبُّ على رعاية مجهول النّسب على وجه التبرع.

---

(١) هجيرة نشيدة مداني، حقوق الطِّفل بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، ٢٠١١م/ ٢٠١٢م، ص٩٢.

(٢)- نصت التعليمات التنفيذية لقانون الأحوال المدنية على: (٦...-يجري تصحيح نسبة مجهول النّسب على قيده في سجل الواقعات والسجل المدني أصولاً، ويشار إلى ذلك في حقل ملاحظات القيد. ٧-لا يجوز تصحيح اسم والد مجهول النّسب إلى اسم رب الأسرة الحاضنة بِعَدِّ التبني محرم شرعاً).

(٣) راجع الصفحة (٧٧) .

١: الأسباب العامة لانقضاء الكفالة.

ت-**انتهاء المدة التمهيدية للعقد:** كانت المادّة (٦) من القرار (٧٨٨) قد نصَّت على أن عقد الإلحاق يبرم لمدة سنتين تُجدد تلقائياً باتفاق الفريقين، إلا أنَّ مشروع القانون الجديد قد جعل مدة العقد التمهيدية خمس سنوات إذا كان عمر الطِّفل خمس سنوات فما دون، أما إذا كان قد تجاوز هذا السن، فإن الدار تبرم عقداً لمدة سنتين فقط، ليجري بعدها إبرام عقد دائم(١).

ب: **وفاة الكافل أو المكفول:** ينقضي عقد الكفالة وفق القواعد العامة بوفاة أحد طرفي العقد.

- **وفاة الطِّفل مجهول النّسب:** بوفاة المكفول ينقضي عقد الإلحاق، حيث إن محل هذا العقد وهو الرّعاية لمجهول النّسب تصبح منعدمة، فينقضي العقد تبعاً لذلك.

- **وفاة الكافل:** سواء أكان الكافل المرأة التي تتولى رعاية مجهول النّسب أم وفاة الزَّوجين معاً أو أحد الزَّوجين، وعدم تقديم الزَّوج الآخر طلباً للاستمرار برعاية مجهول النّسب من قِبل أقارب الكافل، وفق ما نص عليه مشروع القانون

---

(١) المادّة (١٦/ج) من مشروع قانون مجهول النّسب.

الجديد[١]، حيث إن عقد الإلحاق لا ينتقل للورثة على عدٍّ أن الانقضاء قد وقع بحكم القانون[٢].

في الواقع، إن استمرار الكفالة وانتقالها إلى بقية أفراد الأسرة لابد أن يؤخذ بالحسبان، كما أنَّ انتقال المكفول إلى دار الرّعاية من جديد أو انتقاله إلى كفالة جديدة، قد ينعكس عليه سلباً، لذلك لابد من منح استثناءات لبقية أفراد الأسرة الذين يرغبون في تولي الكفالة بعد وفاة ذويهم، وقد لحظت المادّة (٢٤) من المشروع الجديد هذه الناحية، فمنحت الأفضلية عند تعدد طلبات إلحاق الطِّفل بالأسرة لأقارب الأسرة التي تحصل لديها حالة وفاة أو طلاق، ولا تطالب باستمرار رعاية الطِّفل.

ج- **فقدان أهلية الكافل:** عقد الكفالة ينقضي مثل بقية العقود بفقدان أهلية الكافل أو نقصانها[٣].

د- بلوغ الطِّفل سن الرشد: تستمر حتى بلوغ الطِّفل سن الرشد، حيث يصبح مجهول النّسب قادراً على تولي أموره دون الحاجة إلى رعاية، وقد نصت المادّة

---

(١) نصت المادّة (٢٤) من مشروع القانون الجديد على: (أ-إذا تُوفي أحد الزَّوجين، فيحق للآخر التقدم بطلب إلى اللجنة لاستمرار برعاية الطِّفل، ويصدر الوزير قراره بالموافقة أو الرفض بناء على اقتراح اللجنة وفق ما تقتضيه مصلحة الطِّفل. ب-تسري أحكام الفقرة السَّابقة في حال انفصال الزَّوجين وطلب أحدهما الاستمرار برعاية الطِّفل، أما في حال تقدم كلاهما بطلبين للاستمرار بالرّعاية، فتكون الأفضلية لمن تكون لديه مصلحة أفضل للطفل مع مراعاة رغبة الطِّفل نفسه. ج- في حال عدم رغبة الأسرة باستمرار رعاية الطِّفل أو حدوث حالة طلاق أو وفاة وعدم المطالبة باستمرار رعاية الطِّفل يستطيع أي شخص من أقارب الأسرة السَّابقة التقدم بطلب لإلحاق الطِّفل، حيث تقوم اللجنة باتباع الإجراءات ذاتها المطبقة على طلب الإلحاق لأول مرة).

(٢) المادّة (٨٢) من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

(٣) المادّة (٢١) من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

(٦) من قانون رعاية اللقطاء على: (تقوم وزارة الشؤون الاجتماعيَّة والعمل بالولاية على نفس اللقيط حتى إتمام سن الثامنة عشرة)[١].

٢: فسخ عقد الكفالة:

يعد عقد الكفالة الذي تبرمه الدار من العقود التي يُراد بها تحقق مصلحة الطِّفل المكفول، فيجب على الدار أن تستقصي أوضاع مجهولي النّسب بعد إبرام العقد، حيث تقوم الدار بزيارات دورية، وكلما دعت الحاجة لمتابعة أوضاعه عند الكافل[٢]، وقد حدد المشرّع سواء أكان في القرار (٧٨٨) أم في مشروع قانون رعاية مجهول النّسب الحق لوزير الشؤون الاجتماعيَّة فسخ هذا العقد في الحالات الآتية:

ظ- إذا تبين أن مصلحة الطِّفل غير متحققة من استمرار عقد الكفالة.

ع- عدول طالب الكفالة عن رعاية الطِّفل.

غ- إخلال طالب الكفالة بالشروط المطلوبة لطلب الحضانة باستثناء شرط العمر.

ف- عند طلب والد الطِّفل المكفول (مجهول النّسب) الذي ثبتت بنوّته له بموجب حكم قضائي، عودة الطِّفل إلى كنفه[٣]، حيث يجب وفق مشروع

---

(١) وهذا مطابق لنص التاسعة من مشروع قانون مجهول النّسب الفقرة أ – ب.

(٢) نصت المادّة (١٤) من القرار (٧٨٨) على: تقوم الدار أو الجمعية أو المؤسسة التي ترعى الأطفال مجهولي النّسب بتتبع أحوال الطِّفل لدى الجهة الحاضنة عن طريق الزيارات الدورية مرة كل أربعة أشهر، وكلما دعت الحاجة).

(٣) نصت المادّة (١٦) من القرار (٧٨٨) على: (لوزير الشؤون الاجتماعيَّة فسخ عقد الحضانة (الإلحاق) في إحدى الحالات الآتية:

١-إذا عدلت الجهة طالبة الحضانة عن تربية الطِّفل.

٢-إذا أخلت الجهة طالبة الحضانة بشروط الحضانة الواردة في هذا القرار.

القانون إخراجه من الدار قبل بلوغه سن الثامنة عشرة عندما يطلب والدا مجهول النّسب أو والدته التي ثبت النّسب منها أو من أحداهما بحكم قضائي[١]، وقد أضاف مشروع قانون رعاية مجهول النّسب إلى هذه الشروط[٢].

ق- طلب الأسرة إنهاء عقد الإلحاق وإعادة مجهول النّسب.

ك- انفصال الزَّوجين وعدم تقدم أي منهما بطلب استمرار رعاية مجهول النّسب.

ل- ثبوت تكرار مخالفة الأسرة بالتزاماتها المحددة في هذا القانون رغم التنبيه أو الإنذار الخطي الموجه إليها.

م- ارتكاب الأسرة مخالفة جسمية لأحكام قانون رعاية مجهول النّسب.

ولابد من الإشارة إلى أن المشروع الجديد قد ميَّز بين الحالات التي تنتهي فيها الكفالة بقوة القانون، وهي: حالات وفاة الكافل، أو المكفول، أو عدول الكافل عن الكفالة، حيث جعل هذا الانقضاء بقرار من قِبل القاضي الشَّرعي وبين بقية الحالات التي جعل فيها انقضاء العقد بقرار من وزير الشؤون الاجتماعيَّة، وكان من الأولى أن يعهد أمر تقرير انقضاء هذا العقد بكل أسبابه للقضاء الشَّرعي، سيما أنَّ الحالات التي أعطى فيها المشروع الجديد

٣-إذا ثبت أن مصلحة الطِّفل غير متحققة لدى الجهة الحاضنة.

٤-إذا ظهر والد الطِّفل وأثبت بنوّته له بموجب قرار مبرم صادر عن المحكمة المختصة، وتقدم بطلب خطي يطلب فيه تسليمه الطِّفل).

(١) المادّة (٢٦) من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

(٢) المادّة ٢١/ب من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب.

لاختصاص لوزير الشؤون الاجتماعيَّة حالات وأسباب قد تحتاج إلى البحث والتفنيد يكون فيها القاضي الشَّرعي أجدر على مناقشتها.

وسواء أتم إنهاء العقد بقوة القانون أم بفسخه بقرار من قِبل وزير الشؤون الاجتماعيَّة والعمل، فإن المادّة (٢٢) من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب يرتب الآثار الآتية:

٧- تقوم إدارة الدار بالتنسيق مع لجنة الرّعاية الأسرية عند انتهاء الكفالة للأسباب العامة أو إنهائها باستعادة مجهول النّسب من الأسرة الراعية.

٨- يُعاد مجهول النّسب إلى الدار التي كان فيها قبل الإلحاق بنفس الحقوق والواجبات والميزات المتقدمة إلى أقرانه، حيث تتابع حالته النفسية والاجتماعيَّة دورياً؛ للتأكد من عدم حدوث أو تفاقم أي تأثيرات أو منعكسات سلبية لعودته إلى الدار، وتنتهي حكماً وصاية الأسرة على الطِّفل، كما تنتهي مسؤوليتها مدنياً عن أفعاله الضارة بالغير.

٩- لا يحق للأسرة الراعية ولا لورثتها مطالبة أي جهة كانت بأي مصاريف أو بدل أتعاب؛ لرعايتها مجهول النّسب خلال مدة الإلحاق لديها.

وعند امتناع الأسرة الكافلة عن تسليم الطِّفل، فإنها تتعرض للعقوبة التي نصَّ عليها مشروع قانون رعاية مجهول النّسب[١]، وهي الغرامة من (١٠٠٠٠٠) مائة ألف ليرة سورية وحتى (٢٥٠٠٠٠) مائتين وخمسين ألف ليرة سورية، والحبس من شهر إلى ستة أشهر.

---

(١) نصت المادّة ٢٨/ز من مشروع قانون مجهول النّسب على: يعاقب بالحبس من شهر على سنة، والغرامة من (١٠٠٠٠٠) مائة إلى (٢٥٠٠٠٠) مائتين وخمسين ألف ليرة سورية كل أسرة عهد إليها برعاية طفل بموجب عقد إلحاق نظامي، وامتنعت عن التسليم عند انتهاء العقد المذكور..

كما يجب على الكافل عند تعيينه وصياً على مجهول النّسب، فإن قانون الأحوال الشَّخصية يفرض عليه أن يقدم حساباً مؤيداً بالمستندات، كما يجب عليه تسليم الأموال التي لديه (لحساب مجهول النّسب) خلال مدة ثلاثين يوماً من انتهاء وصايته وفق ما ينص عليه قانون الأحوال الشَّخصية[١]، في أن يعيد الأموال التي تكون لمجهول النّسب وإلا لُوحق بجرم إساءة الأمانة.

يتميز عقد الكفالة بعدة خصائص التي تميزها عن غيرها من العقود:

ثالثاً: خصائص عقد الكفالة

تنفرد الكفالة بعدة خصائص تجعل منها نظاماً فريداً يولي تحقيق المصلحة الفضلى لمجهول النّسب في الرّعاية والتَّربية والتنشئة الصّحيحة، تتمثل أبرز هذه الخصائص في:

– أن رعاية مجهول النّسب والعناية به هي محل هذا العقد، أما سبب هذا العقد، فهو نية التبرع لدى الكافل، وقد عدَّ البعض أنَّ محل العقد هو مجهول النّسب، أما العناية به، فهي بسبب هذا العقد[٢].

---

(١) نصت المادّة (١٩) من قانون الأحوال الشَّخصية: ((كل وصي انتهت وصايته وامتنع دون عذر عن تسليم أموال القاصر لمن حل محله في الوصاية في المدة المحددة في المادّة السَّابقة، أحيلت قضيته إلى النيابة العامة بعد إنذاره بعشرة أيام لإقامة الدعوى عليه بإساءة الائتمان))

(٢) عارف مولاه عبد المهتدي، الرّعاية القانونيّة لمجهول النّسب، بحث علمي مقدم لنيل درجة الأستاذ لدى نقابة المحامين فرع حماه، ٢٠١٩م، ص٧٣ نقلاً عن أحمد عبد الدايم، مصادر الالتزام، جامعة حلب، ٢٠٠٥م، ص٤٣–٥٩.

- تعد الكفالة التزاماً على وجه التبرع من قِبل الكافل، فلا يترتب على المكفول أي التزام أو واجب بالمقابل[١]، وقد أكدته المادّة الأولى من مشروع قانون رعاية مجهول النّسب عند تعريفها عقد الإلحاق، فقالت: (رعاية مجهول النّسب وتربيته والإنفاق عليه والاهتمام بشؤونه كافة ضمن أسرة من دون أن يترتب على ذلك أي حق في النّسب أو الإرث وينظم بعقد).
- الكفالة تولي المكفول نفس الرّعاية التي يوليها الأب لأبنائه.
- الكفالة تحمي الحقوق الإرثية، فهي لا تعطي المكفول أي نصيب من تركه الكافل بعد وفاته، وإن كانت الشريعة الإسلامية تسمح بأن يوصي الكافل للمكفول بأمواله، فهي مقيدة بحدود الثلث، وما يتجاوز عن الثلث يحتاج إذن الورثة وفق أحكام الوصية، وفي هذا السماح تأكيد على أنَّ المكفول ليس من ورثة الكافل الشَّرعيين، حيث إنه لا وصية لوارث[٢].
- تعد الكفالة من العقود المسماة، حيث نظمها المشرّع سواء أكان في القرار (٧٨٨) أم في مشروع قانون رعاية مجهول النّسب تحت مسمى: عقد الإلحاق الذي أفرد له أحكاماً وشروطاً تفصيلية.
- يعد عقد الكفالة من عقود الإذعان، حيث إن الإرادة هنا محددة بالموافقة على الشروط المفروضة من قِبل وزارة الشؤون الاجتماعيَّة التي لا تقبل المفاوضات، حيث يقتصر دور الإرادة إما على الموافقة وإما على الرفض دون أن يملك طالب الكفالة أي سلطة لمناقشة بنود العقد[٣].

---

(١) بيدويري كريمة، مرجع سابق، ص ٨، نقلاً عن عبد القادر قرموش، كفالة الأطفال المهملين (دراسة تحليلية نقدية لظهير ١٣ يونيو ٢٠٠٢م على ضوء أحكام مدونة الأسرة)، ط١، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، ٢٠٠٨م، ص٨٧.

(٢) نصت المادّة (٢٣٨) من قانون الأحوال الشَّخصية على: (١-تنفذ الوصية لغير الوارث بثلث ما يبقى من التركة بعد وفاء الدين من غير إجازة الورثة. ٢- ولا تنفذ للوارث ولا بما زاد عن الثلث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكان المجيز كامل الأهلية. ٣- تنفذ وصية من لا دين عليه ولا إرث له بكل ما له من غير توقف على إجازة أحد).

(٣) عارف مولاه عبد المهتدي، مرجع سابق، ص٧٣.

الخاتمة

يتضحُ لنا في هذه الدّراسة (المركز القانوني لمجهول النّسب) كيف أنَّ المشرّع السُّوري قد أولاه عناية خاصة سواء أكان من خلال تعريفه أم من أجل تبيان الحقوق التي يتمتع بها، وحل المشكلات التي تعتري أمر تطبيقها، والتي تشكل بمجملها الهوية القانونية له، وقد سعى المشرّع لتطوير النُّصوص القانونية لتحقيق رعاية قانونية واجتماعيّة لمجهول النّسب، لتعويضه عن حرمانه من أسرته الأصلية والآثار الناجمة عن ذلك، وقد تجلت أبرز النتائج التي توصلنا إليها في هذه الدّراسة في الآتي:

١- إنَّ المشرّع السُّوري عدل عن تسمية اللقيط إلى مجهول النّسب، سواء أكان ذلك في المرسوم التَّشريعي الذي أوجب استبدال كلمة (اللقيط) بـ (مجهول النّسب) أينما وردت في قانون الأحوال المدنية أم من خلال التأكيد على تسميته هذه في المشروع الجديد لقانون رعاية مجهول النّسب، وهو لا يعد بذلك تعديلاً من الناحية الشكلية، بل إنَّ له بُعداً عملياً يتجلى من خلال شمولية مفهوم (مجهول النّسب) للكثير من الصور كـ: الطِّفل الضال، والطِّفل الناتج عن علاقة غير شرعية، وصور جهالة النّسب الأخرى.

٢- إنَّ المشرّع السُّوري قد عنى بحماية (مجهول النّسب) بداية من التقاطه وآلية تسجيله في الأحوال المدنية، كما نظم مسألة الولاية عليه مع الإحالة في ذلك إلى ما ينص عليه قانون الأحوال الشَّخصية، كما نظم مسألة الإنفاق عليه، ومسألة تملكه لما يوهب إليه، أو يوصى إليه، أو ما يوجد معه حال التقاطه.

٣-تبنى المشرّع السُّوري نظام الكفالة كنظام قانوني لرعاية (مجهول النّسب) بعد أن منع التبني معتمداً في ذلك على ما تنص عليه الشريعة الإسلامية كمصدر تشريعي يرجع إليه عند خلو النص التَّشريعي، مع تطبيق هذا المنع على جميع السُّوريين بجميع طوائفهم.

٤-نجد أن المشرّع السُّوري بأخذه نظام الكفالة قد حقق التوازن بين ضرورة إيجاد أسرة بديلة تتولى رعاية مجهول النّسب، وبيَّن وجوب احترام نظام النّسب كأساس يُبنى عليه نظام العائلة في التَّشريع السُّوري.

٥-وقد سعى المشرّع إلى تطوير النُّصوص المُتعلِّقة بمجهول النّسب بما يوفّر المزيد لحماية المركز القانوني لمجهول النّسب وبلورته من خلال مشروع قانون رعاية مجهول النّسب والذي يعد إعادة تجميع النُّصوص القانونية المنثورة في المراسيم والقوانين السُّورية التي تتناول مجهول النّسب في القوانين والمراسيم التَّشريعية.

ومن التوصيات المقترحة في نهاية الدّراسة:

١- تشجيع الأسر على ضم مجهولي النّسب ضمن أسرهم من خلال نظام الكفالة، وذلك بإعطائهم معونات مالية شهرية تكفل الإنفاق على مجهولي النّسب، سيما أنَّ هناك كثيراً من العائلات التي ترغب في إلحاق أطفال بأسرهم ولا يملكون القدرة المالية لذلك.

٢- إذا كان المشرّع قد غيَّر التسمية من (لقيط) لـ (مجهول النّسب)، فإنَّه يتطلب أن تتعاون مؤسسات الدولة كافة لتغير نظرة المجتمع لمجهولي النّسب، وتصحيح التصور الخاطئ عنه بأنه ابن زنا أو لقيط، كونه لا يد له في جهالة

نسبه، وتأصيل القاعدة التي أسسها التَّشريع الإسلامي وهي: الإخوة المجتمعية: **(فإن لم تعلموا آبائهم فإخوانكم في الدين ومواليكم)**.

٣- إزالة الإشكال المتعلق بالبصمة الوراثية ودورها في إثبات النّسب من خلال نص تشريعي واضح يبين الحجية القانونية لها، ولا شك في أن النضج التَّشريعي لدور البصمة في إثبات النّسب إذا ما ترافق مع وجود قاعدة بيانات للبصمة الوراثية لأفراد الشعب السُّوري مع اتصاف هذه المعلومات بالسرية الكافية، بحيث لا يطلع عليها إلا القضاء، قد يساعد في معرفة أهالي مجهولي النّسب، مما قد يسهم في عودة هؤلاء إلى كنفهم إمَّا طوعاً وإمَّا محاسبتهم على تركهم وإهمالهم.

٤- إنشاء مراكز يتم فيها التخلي عن الأطفال من قِبل أمهاتهم، وقد يكون هذا الاقتراح مستهجن في بادئ الأمر، إلا أنَّه أفضل من أن يُترك الأطفال على الأبواب والطُّرقات مما يعرضه للخطر، مع ضرورة أن يترافق الأمر بأخذ معلومات عن المتخلي تتمتع بسرية، وهذا يساعد في استرجاع الطِّفل من قِبل ذويه لاحقاً بعد أن يصيبهم الندم أو تتحسن ظروفهم، وهذا يتطلب أن يلغى نص المادة (٤٨٦) من قانون العقوبات الذي يعفي الأم من العقاب عندما تُقدِم على ترك وليدها أو تسييبه صيانة لشرفها)، حيث إن المبرر لإعفاء الأم من هذه العقاب قد انتفى بوجود هذه المراكز التي تتمتع إجراءات التخلي فيها بالسرية.

٥- التَّشدد التَّشريعي في معاقبة الجرائم التي تؤدِّي إلى جهالة النّسب ورفع سقف العقوبة عليها، لما تلقيه هذه الجرائم من آثار سلبية على المجتمع بشكل عام والأطفال بشكل خاص.

٦- إلزام الأسر التي ترغب بالسفر بالأطفال المكفولين من قِبلهم في أن يودعوا كفالات مالية أو عقارية عند السفر بالمكفول لخارج القطر، وبعد أخذ موافقة من الوزير المختص يقدر فيها كل حالة على حدة، مع منع الموافقة على السَّفر بالمكفول بشكل دائم.

٧- إلزام الزاني بنسب الولد الناتج عن زناه، حتى لا يعد منع هذا النّسب نوعاً من المكافأة للزاني، وخاصة بالنّسبة لحالات الاغتصاب، وهذا يتطلب دراسة فقهية وقانونية لتأصيل هذا النّسب، ومدى تعارض هذا النّسب مع قاعدة الولد للفراش، حيث يكون هذا الإشكال عنواناً لدارسة مستقلة.

والحمد لله رب العالمين.

((المراجع))

المراجع العامة

القرآن وتفسيره:

٥- تفسير آيات الأحكام، محمد علي الصابوني، ط١، دار البيان العربي.

٦- جامع البيان عن تأويل القرآن المعروف بتفسير الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير، ضبط وتعليق شاكر محمود، ج٢١، ط١، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

الحديث النبوي:

١- الجامع الصّحيح المختصر (صحيح البخاري)، دار ابن كثير، بيروت، ط٣، تحقيق د. مصطفى البغا.

٢- سنن ابن ماجه، محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني، دار الفكر، بيروت، ج٢.

٣- صحيح مسلم، ،مسلم بن الحجاج الحسين القشيري النيسابوري ،تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ،دار إحياء التراث العربي.

٤- مسند الترمذي،الجامع الصحيح، محمد بن عيسى الترمذي السلمي،تحقيق أحمد شاكر وآخرون،دار إحياء التراث العربي.

٥- مسند الإمام أحمد، تحقيق شعيب الأرناؤوط وآخرون، مؤسسة الرّسالة.

٦- مسند الحاكم، محمد بن عبد الله أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٠م.

الكتب الفقهية التراثية:

٣٩- الاختيار لتعليل المختار، الموصلي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٠م.

٤٠- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت.

٤١- البهجة في شرح التحفة، أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤١٨ هـ، ١٩٩٨م، ط١.

٤٢- الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير، أبو عبد الله محمد بن حسن الشيباني، عالم الكتب بيروت.

٤٣- الحاوي في الفقه الشافعي، أبو الحسن الماوردي، دار الكتب العلمية.

٤٤- المبسوط للسرخسي، الناشر محمد أفندي المغربي.

٤٥- المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، عبد السلام بن عبدالله بن أبي قاسم بن تيمة الحراني، مكتبة المعارف.

٤٦- بدائع الصنائع، علاء الدين الكاساني، دار الكتاب العربي بيروت طبعة عام، ١٩٨٢، ج٦.

٤٧- حاشية رد المختار على الدر المختار لابد عابدين ج٤، دار الكتب العلمية بيروت.

٤٨- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، أركان النكاح.

٤٩- كنز العمال، علي بن حسام الدين المتقي الهندي، مؤسسة الرّسالة، بيروت ١٩٨٩م، ج١٥.

٥٠- كشف القناع منصور بن يونس إدريس البهوتي دار الفكر، بيروت طبعة عام ١٤٠٣ هجري.

٥١- كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، تقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الحصيني، تحقيق علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، دار الخير دمشق، ط١٩٩٤م.

٥٢- شرح تحفة الحكام، محمد أحمد ميارة، موقع الإسلام.

٥٣- شرح تحفة الحكام لابن عاصم بهامش البهجة في شرح التحفة للتسولي، مطبعة مصطفى محمد مصر ج٢، طبعة دار الفكر.

٥٤- شرح المنار لابن مالك.

٥٥- مغني المحتاج لابن قدامة المقدسي، دار الفكر، بيروت، ط١.

٥٦- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر بيروت.

٥٧- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، أبو عبد الله محمد بن محمد عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب الرعينين، مجلد الخامس، دار الكتب العلمية في بيروت، أبو عبد الله التاوري.

المراجع الحديثة:

١-الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، ط٢، دار السلاسل، الكويت.

٢-أحمد عيسى، الحماية القانونيّة لقوق القصر في التصرفات الواردة على المال الشائع.

٣-أحمد أحمد، موضوع النّسب في الشريعة والقانون، دار القلم، قطر، ط١.

٤-أحمد فرج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، جامعة بيروت العربيّة، كلية الحقوق، ١٩٩٨م، الدار الجامعية.

٥-إيناس عباس إبراهيم، رعاية الطفولة في الشريعة الإسلامية، كلية الدّراسات الإنسانية، جامعة الأزهر الشريف، دار البحوث العلمية للنشر والتوزيع، الكويت.

٦-توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشَّخصية لغير المسلمين، الدار الجامعية للطباعة والنشر،١٩٨٠م.

٧-خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الاحكام الفقهية، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة ٢٠٠٢م.

٨-زهير حرح، الحق في الحياة الخاصة، منشورات جامعة دمشق، مركز التعليم المفتوح، ط٢، ٢٠٠٥م/٢٠٠٦م.

٩-سعد الدين الهلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشَّرعية، مكتبة الكويت الوطنية، الكويت، ط١، ٢٠٠١م.

١٠-صفية الوناس الحسين، المؤتمر الدولي عن الرحمة في الإسلام، قسم الدّراسات كلية التَّربية، مجهول النّسب بين رحمة الإسلام والقانون الوضعي.

١١-عبد الرحمن الصابوني، المدخل لدراسة التَّشريع الإسلامي كلية الحقوق، دمشق منشورات جامعة دمشق، ١٩٩٩م/٢٠٠٠م.

١٢-عمر العبد الله، المدخل إلى علم القانون، كلية العلوم السياسية، منشورات جامعة دمشق ٢٠٠٩م /٢٠١٠م.

١٣-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الالتزام، دار النهضة العربيّة، القاهرة، ط٢.

١٥-عبد المنعم فرج الصده، مبادئ القانون، دار النهضة بيروت، طبعة ١٩٧٧م.

١٦-عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشَّخصية، ج٢ (الطَّلاق وآثاره) ط٨، منشورات جامعة دمشق،٢٠٠٠م/٢٠٠١م.

١٧-عبد المجيد المطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، دار النهضة العربيّة، عام ١٩٩٤م.

١٨-محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزّواج وآثاره، دار الفكر العربي، دمشق.

١٩-محمد أبو زهرة، الأحوال الشَّخصية، دار الفكر، دمشق، ط٢.

٢٠-محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية، بيروت١٩٨٣م، ط.٤

٢١-محمد حسين منصور، كلية الحقوق، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، جامعة الإسكندرية، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية.

٢٢ -محمد يوسف موسى، النّسب وآثاره، معهد البحوث والدّراسات العربيّة، ط٢، ١٩٦٧م.

٢٣-محمد قدري باشا، الفوائد العلية في الأحوال الشَّخصية، بقلم يوسف بن محمود الحاج أحمد، دار الشلاح، دمشق، ط١.

٢٤-محمد سعيد المجاهد، الأحوال الشَّخصية، دار الرّسالة العالمية، ط١،٢٠١٦م.

٢٥-مريم الدغستاني، اللقيط في الإسلام جامعة الأزهر، ط١، ١٩٩٢م.

٢٦-وهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط٢، ١٩٨٥م، دار الفكر.

٢٧-وهبة الزُّحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجمع الفقه الإسلامي، السعودية، ط١.

٢٨-يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربيّة للنشر، ط١.

المراجع الخاصة:

٣٥- أنيس سكمة، إثبات النّسب بين مدونة الأحوال الشَّخصية والقانون ١٩٩٨م، رسالة تخرج من المعهد العالي للقضاء تونس، وزارة العدل التونسية، عام ٢٠٠٠م/٢٠٠١م.

٣٦- بومجان سولاف، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، إثبات النّسب ونفيه وفقاً لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، الدفعة ١٦، عام ٢٠٠٥م/٢٠٠٨م، دار شروقي محترف.

٣٧- حميد وزكية، مصلحة المحضون في القانون المغاربية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بلقايد، تلمسان، ٢٠٠٥م.

٣٨- خليفة جاب الله، التبني في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، ٢٠١٤م/ ٢٠١٥م.

٣٩- خالد خليفة السعد ويوسف القرضاوي، الاستلحاق والتبني، مكتبة وهبة للطباعة والنشر، مصر، ٢٠٠٠م.

٤٠- سعيدي زيدان أحكام اللقيط، دراسة تفصيلية، جامعة الجزائر كلية العلوم الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قسم الشريعة، تخصص أصول فقه، ٢٠٠٥م/ ٢٠٠٦م.

٤١- صباطة سليمة، دور القضاء في حماية الحقوق المعنوية والمالية للطفل، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة أبو البكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، ٢٠١٥م/ ٢٠١٦م.

٤٢- صرصار محمد ومغربي نوال، الحماية الجنائية الموضوعية للطفل في التَّشريع الجزائري مذكرة مقدمة الاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص أسرة، جامعة مصطفى إسطمولي، معسكر كلية الحقوق والعلوم الأساسية قسم الحقوق، عام ٢٠١٦م/ ٢٠١٧م.

٤٣- عائدة اليرماني غربال، مصلحة الطِّفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية (تونس مثلاً)، رسالة لنيل شهادة الماجستير المتخصص في حقوق الطِّفل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة اللبنانية، ٢٠٠٥م/ ٢٠٠٦م.

٤٤- عارف مولاه عبد المهتدي، الرّعاية القانونيّة لمجهول النّسب، بحث علمي مقدم لنيل درجة الأستاذ لدى نقابة المحامين فرع حماه، ٢٠١٩م.

٤٥- علال أمال، التبني والكفالة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق.

٤٦- عريبي حسيبة ومحرز حنان، الحماية القانونيّة للطفل في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، جامعة الجيلالي بو نعامة خميس مليانة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، سنة ٢٠١٤م/ ٢٠١٥م.

٤٧- كاعو ليندة وإقدلان كهينة، نفي النّسب في قانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية وقانونية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة ،بجاية ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، عام ٢٠١٣م/ ٢٠١٤م.

٤٨- محمد نبيل سعد الشاذلي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربيّة، القاهرة، ط٨٩، إثبات النّسب ونفيه وفقاً لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دار شروقي، ٢٠٠٥م.

٤٩- محمد أوشو، الولد غير الشَّرعي في القانون الغربي، الحماية والقصور، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، مكناس، ٢٠١٣م.

٥٠- منادي مليكة وبن زردة عبد العزيز، أحكام الأطفال مجهولي النّسب في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، اختصاص قانون الأسرة، جامعة د. الطاهر مولاي، سعيدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٤م / ٢٠١٥م

٥١- هجيره نشيدة مداني، حقوق الطِّفل بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، ٢٠١١م/ ٢٠١٢م.

المجلات العلمية والمواقع الإلكترونية:

١- مجلة المحامون.

٢- مجلة المحقق الحلي العلوم القانونيّة والسياسية، العدد الرابع، السنة التاسعة، ٢٠١٧م فراس كريم شيعان وأسيل سليم عبد الكريم، تنازع القوانين في التبني، دراسة مقارنة، العراق.

٣-إبراهيم بن ناصر الحمود، مقال حول البصمة الوراثية على الموقع www.islamtoday.net.

٤-التَّشريعات الفرنسية المتعلقة بالتبني، يوم تأهيل للمراسلين الجدد إداري٢٢ مايو ٢٠١٣م. http://www.agence-adoption.fr/wp

٥-إثبات النّسب بالطرق العلمية البيولوجية الحديثة # http://droit٧.blogspot.com

٦- مقال حول حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب.

https//www.dossierfamille.com/famille/administrative-et-etat-civil/test-and-de-paternite-le-pretendu-pere-doit-etre-consentant٣٤٣١٨٣

الاجتهادات القضائية:

٥- القواعد القانونيّة الصادرة عن وزارة العدل، بسام دولة، وإدارة التَّشريع، دار الخير.

٦- مجموعة أحكام النقض في قضايا الأحوال الشَّخصية من عام ١٩٨٨م إلى ٢٠٠٤م، إعداد عبد القادر الآلوسي، المكتبة القانونيّة.

الفهرس

المقدمة.	١
المبحث التمهيدي: أسباب النّسب.....	٧
تمهيد.....	٧
تعريف النّسب.....	٧
المطلب الأول: الأسباب المنشئة للنسب.....	٨
أولاً: نسب الولد الناتج عن العلاقة الزَّوجية الصّحيحة (الولد للفراش).....	٨
ثانياً– شبهة الفراش.....	١٤
المطلب الثاني: الأسباب الكاشفة للنسب.....	١٦
أولاً–الإقرار بالنّسب.....	١٦
١–الإقرار على النفس.....	١٧
٢: الإقرار بالنّسب على الغير.....	٢٠
ثانياً: إثبات النّسب بالبينة.....	٢٢
ثالثاً: البصمة الوراثية.	٢٥
١: المفهوم العلمي للبصمة الوراثية.....	٢٥
٢:الحجية القانونيّة للبصمة الوراثية.....	٢٧
ت–حجية الإثبات بالبصمة الوراثية فيما بين الزَّوجين.....	٢٨
ب– الحجية القانونيّة للبصمة الوراثية تجاه أدلة إثبات النّسب الأخرى.....	٣٠
الفصل الأول: هوية مجهول النّسب.....	٣٣
تمهيد.....	٣٣
المبحث الأول: الحماية القانونيّة لمجهول النّسب في التشريع السُّوري.....	٣٥
المطلب الأول: مفهوم مجهول النّسب.....	٣٦
أولاً: تعريف مجهول النّسب.....	٣٦
ثانياً: صور مجهول النّسب.....	٣٨
المطلب الثَّاني: الأسباب الداعية لجهالة النّسب.....	٥٢

أولاً- الحروب والكوارث..... ٥٢
ثانياً- خطف الأولاد أو سرقتهم أو تبديلهم..... ٥٢
ثالثاً- تسييب الطِّفل..... ٥٤
رابعاً- تزوير سجلات الأحوال المدنية..... ٥٦
خامساً- كتم الهوية..... ٥٦
جريمة كتم الولادة..... ٥٨
سادساً- العجز عن إثبات نسب الطِّفل..... ٦٠
المبحث الثَّاني: الحماية المقررة لمجهول النّسب في التشريع السُّوري..... ٦٣
المطلب الأول: الشخصية القانونيّة لمجهول النّسب..... ٦٤
أولاً: الأهلية القانونية لمجهول النسب..... ٦٤
١- أهلية الوجوب..... ٦٤
٢-أهلية الأداء..... ٦٥
ثانياً: النيابة عن مجهول النّسب..... ٧١
١- الولاية على مجهول النّسب..... ٧١
٢- الوصاية على مجهول النّسب..... ٧٥
المطلب الثَّاني: الحقوق المقررة لمجهول النّسب..... ٨٢
تمهيد..... ٨٢
أولاً: الحقوق التي تمثل الحالة المدنية لمجهول النّسب..... ٨٢
١-حق مجهول النّسب في الاسم..... ٨٢
٢- حق مجهول النّسب في الجنسية..... ٨٥
٣- الدين الذي ينتمي إليه مجهول النّسب..... ٨٧
ثانياً: الحقوق المالية لمجهول النّسب..... ٨٩
١- الحق في النفقة..... ٨٩
٢- حق مجهول النّسب في الملكية..... ٩٢
الفصل الثَّاني: النظم البديلة لرعاية مجهول النّسب (التبني والكفالة)..... ٩٧
تمهيد..... ٩٧

المبحث الأول: التبني في التشريع السُّوري..... ٩٩
أولاً: تعريف التبني..... ٩٩
ثانياً: تمييز التبني عن الأنظمة المشابهة له..... ١٠٢
١-تمييز التبني عن الإقرار..... ١٠٢
٢ – تمييز التبني عن الحضانة..... ١٠٤
ثانياً: منع التبني في القانون السُّوري..... ١٠٨
١: القاعدة القانونيّة المانعة للتبني في القانوني السُّوري..... ١٠٨
أ: تأصيل القاعدة القانونية..... ١٠٨
ب – شمولية القاعدة في منع التبني لجميع السُّوريين..... ١١٠
٢: حجج المعارضين للتبني..... ١١٤
المطلب الثَّاني: التبني في التشريع المقارن..... ١١٧
أولاً: شروط التبني..... ١١٧
١: شروط المتبني..... ١١٨
٢: شروط المتبنَّى..... ١٢٣
.٣: الموافقة على عقد التبني..... ١٢٦
ثانياً: الحكم بالتبني..... ١٢٩
١: المرحلة التحضرية لعقد التبني..... ١٢٩
٢: المرحلة القضائية (المصادقة على عقد التبني)..... ١٢٩
ج: تسجيل حكم التبني..... ١٣١
٢: آثار حكم التبني..... ١٣٢
١: حق المتبنى في نسب متبنيه..... ١٣٣
٢-حق الولد المتبنى في التَّربية والإشراف..... ١٣٤
٣-الحقوق والواجبات المالية للمتبنى..... ١٣٥
ب -: انقضاء التبني..... ١٣٨
١: سحب التبني..... ١٣٩
٢- الرجوع عن التبني..... ١٤٠
المبحث الثَّاني: الكفالة..... ١٤٣
المطلب الأول: مفهوم الكفالة..... ١٤٣

أولاً: تعريف الكفالة..... ١٤٣
ثانياً: أنواع الكفالة..... ١٤٨
١: كفالة مجهول النّسب من قِبل الشَّخص الاعتباري..... ١٤٨
أ–المرحلة التحضيرية..... ١٤٨
ب: كفالة مجهول النّسب في دار الرّعاية..... ١٥١
أ: الشروط المطلوبة في كفالة المؤسّسات الأهلية..... ١٥٢
٣: التزامات دار الرّعاية..... ١٥٤
٢: الكفالة الأسرية..... ١٥٥
أ–شروط طلب الكفالة..... ١٥٦
٢– إجراءات الكفالة..... ١٦٣
المطلب الثَّاني: التزامات الكافل..... ١٦٦
أولاً– تربية الطِّفل المكفول..... ١٦٦
ثانياً–الإنفاق على الطِّفل المكفول..... ١٦٦
ثالثاً– منح المكفول لقب الكافل..... ١٦٧
ثانياً: انقضاء الكفالة..... ١٦٩
١: الأسباب العامة لانقضاء الكفالة..... ١٧٠
٢: فسخ عقد الكفالة..... ١٧٢
ثالثاً: خصائص عقد الكفالة..... ١٧٥
الخاتمة..... ١٧٧
المراجع..... ١٨١
الفهرس..... ١٩١