منح لقب الكافل العائلي للمكفولين مجهولي النسب في التشريع الجزائري والشريعة الإسلامية.

"دراسة تأصيلية مقارنة."

giving the foster family name to the child of unknown parentage in the Algerian legislation. "Comparing rooted legal study in light of Islamic law objectives.".

زيان سعيدي

جامعة الوادي (الجزائر)، saidiziane1974@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2021/11/01 تاريخ القبول: 2022/03/13 تاريخ النشر: 2022/04/27

ملخص:

يعالج هذا البحث مسألة تكتسي طابعا من الأهمية على صعد مختلفة اجتماعية، ونفسية، وتشريعية، وشرعية، وهي منح لقب الكافل العائلي للطفل مجهول النسب. إذ يطرح المرسوم الذي أصدره المشرع الجزائري رقم20-223 إشكالية من الناحية الشرعية، وعلاقته بالتبني المحرم في الشريعة الإسلامية، باعتبارها دين الدولة الرسمي، وأحد مصادر القانون والتشريع الجزائري. وقد انتهى البحث إلى التفريق بين ما تضمنه هذا المرسوم، وبين التبني المحرم في الشريعة، وأنهما يتواردان على محلين مختلفين ولا جامع بينهما مطلقا. بل على العكس من ذلك، دلّت الأدلة العامة ومقاصد الشريعة المرعية على صلاحية هذا المرسوم للمصلحة الفضلى للطفل، باعتبارها مبدءا من المبادئ التي رعتها الاتفاقيات والتشريعات المتعلقة بحقوق الطفل. وقد كان الهدف الذي سعى المشرع إلى تحقيقه من إصداره لهذا المرسوم، خلق وضع اجتماعي، وقانوني، مستقر للطفل مجهول النسب، وهذا ما يتفق من حيث المبدأ مع الشريعة الإسلامية.

كلمات مفتاحية: مجهول النسب، اللقب العائلي، كالكفالة، كالتبني، الأم العازب.

Abstract: This research treats an issue of importance along with different social, psychological, legislative, and legal levels; which is giving the foster family name to the children of unknown parentage. the decree passed by Algerian legislature #223-20 deals with the issue from the shariaa side that states adoption as haram in Islamic law considering that Islam is the official religion in the state and one of law and legislation resources. The research ends in differentiation between the decree inclusion and the haram adoption. And they come in two different places and there is no combination of them. On the contrary, the shariaa objectives and overall pieces of evidence demonstrated the validity of this decree for the best interest of the child as it is one of the principles cared for by conventions and legislations related to child rights. The goal that the lawmaker wanted to achieve by releasing this decree is creating a social status

and a legal settlement for children of unknown parentage and this is what agrees in principle with Islamic shariaa.
Keywords: of unknown-parentage; family name; as fostering as adoption; single mother.

1- مقدمة

لقد فرض منطق الحماية القانونية للطفل على المشرع الجزائري على غرار المشرعين الآخرين، اتخاذ جملة من الخطوات المهمة والمتقدمة في ميدان التشريع وإصدار القوانين. وكان على رأس هذه الحزمة التشريعية التي تضاف إلى تلكم الترسانة القانونية لحماية الطفل، مرسوم رقم 20-223 المؤرخ في 18 ذو الحجة عام 1441ه الموافق ل 08غشت سنة 2020م، المعدل والمتمم للمرسوم رقم71-157المؤرخ في 10 ربيع الثاني عام1391ه الموافق ل 03 يونيو سنة1971م، والمتعلق بتغيير اللقب، وتحديدا في المادة 03 منه، والتي نصت على إمكانية أن يمنح الشخص الكافل لقبه العائلي للطفل مجهول النسب، بعد تغيير لقبه الأول، ليتطابق مع اللقب العائلي للكافل.

وليس هناك ما يدعو للارتياب في أن نية المشرع بإصدار هذا المرسوم، أن يهدف إلى خلق وضع قانوني مستقر ينعكس إيجابا على نفسية الطفل مجهول النسب، واستقرار وضعيته الاجتماعية. إذ أن كثيرا من أسباب العقد النفسية، والمعاناة الاجتماعية التي تعاني منها هذ الفئة المحرومة أساسا، نصيب وافر منها، يرجع إلى مقومات الهوية الشخصية والاجتماعية. ويأتي على رأس هذه الهوية، اللقب العائلي، والذي يعتبر أحد المحددات الرئيسية لهوية الشخص الاجتماعية، باعتبارها مناطا للحقوق، وأساسا للرضى النفسي والاجتماعي. فمجهول الهوية، ينظر إلى نفسه بعين السخط، وهي نفس العين التي ينظر المجتمع بها إليه، وعين السخط كليلة في المحاسن، حادة في إبداء العيوب وإظهارها.

وقد أثار هذا المرسوم منذ صدوره، وحتى بالنسبة للقانون الصادر قبله سنة 1992م، جملة من الانتقادات والاعتراضات عليه، والتي يمكن قراءتها في سياق واحد ونظمها في نسق واحد، وهو أن هذا المرسوم يكرس التبني الذي حرّمته الشريعة الإسلامية.

وهنا تأتي الإشكالية الرئيسية، التي يحاول هذا البحث الإجابة عنها :

ما هو موقف الشريعة الإسلامية من قانون 20-223 المتعلق بمنح الكافل لقبه العائلي لمجهول النسب، وأي دور لها في حماية مكتسبات الهوية الشخصية -المكرسة قانونا- لهذه الفئة ؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية سؤالان:

-ما هي علاقة قانون 20-223 بالتبني الثابت تحريمه في الشريعة الإسلامية؟

- ما موقع هذه القانون ضمن شروط الكفالة، وأي دور لمقاصد الشريعة الإسلامية فيه؟

أهداف البحث: يرمي البحث إلى تحقيق الأهداف الآتية:

-بيان موقف الشريعة الإسلامية من هذا المرسوم باعتبارها مصدرا تشريعيا عاما للدولة.

-الوقوف على الأثر النفسي والاجتماعي لهذا المرسوم على الأطفال مجهولي النسب.

أهمية البحث: يعالج هذا البحث جانبا مهما من جوانب هوية الشخص، وهو اللقب العائلي لفئة ضعيفة ومستضعفة داخل المجتمع، خصوصا على المستوى النفسي والاجتماعي، الأمر الذي يحول بينها وبين الاندماج الطبيعي والسلس داخل المجتمع، مما يحوّل هذه الفئة إلى أنفس عدائية، وأدوات إجرامية تقوّض أمن المجتمع، وتهدد استقراره وطمأنينته.

وقد قسّمت هذه الدراسة إلى مطالب أساسية أربعة: خُصّص المطلب الأول منها في بيان حدود الموضوع ومصطلحات الدراسة الواردة فيه، وعالجنا المنظومة الحقوقية للطفل، وموقع اللقب العائلي منها في المطلب الثاني. وفي المطلب الثالث، عرضنا لبيان الأساس القانوني لمرسوم20-223، وموقف الشريعة الإسلامية، وعلاقته بالتبني المحرم في الشريعة. وخُصّص المطلب الرابع، لبيان موقع اللقب العائلي ضمن شروط الكفالة، والمقصد العام منها.

2. المطلب الأول: تحديد مفاهيم الدراسة

ترتكز سلامة النتائج التي تقود إلى اتخاذ التدابير المناسبة لتحديد الإطار العلمي للبحث، والذي يتوقف على صحة تحديد المفهوم، والمصطلح، وسائر المضافات اللغوية، والدلالات المعنوية الأخرى.

لذا سوف أتناول تحديد المفردات والكلمات الواردة في عنوان البحث، من جهة اللغة، ومن جهة الاصطلاح، لتسهيل عملية المقارنة، والخلوص إلى النتائج السليمة، والأحكام السديدة.

1.2 تعريف اللقب:

1-تعريف اللقب لغة: اللقب في اللغة، أصله النبز. والجمع ألقاب وفي التنزيل: **﴿وَلَا تَنَابَزُوا بِالْأَلْقَابِ﴾[الحجرات11]** أي لا تدعو الرجل إلا بأحب أسمائه إليه.[1] لأن غالب الألقاب في الجاهلية، كانت نبزا (ألقاب سيئة)، ومنه قول القائل:

أكنيه حين أناديه لأكرمه ولا ألقبه والسوءة اللقب.[2]

واللقب، ما أشعر بخسة أو شرف. فالكذاب لقب لمسيلمة، والصديق لقب لأبي بكر.

2-تعريف اللقب في اصطلاح فقهاء الشريعة: لا يكاد يخرج تعريف اللقب عند علماء الشريعة عن المعنى اللغوي السابق، فهو كل ما يسمى به الإنسان بعد اسمه العلم من لفظ يدل على مدح أو ذم لمعنى فيه.[3] فما سمي به الشخص بعد اسمه الأول يسمى لقبا ويراعى في المعنى بخلاف العلم كما قال الشاعر: وقلما أبصرت عيناك ذا لقب إلا ومعناه إن فتشت في لقبه.

3-تعريف اللقب في الاصطلاح القانوني: لا بد من التمييز في تعريف اللقب واستعماله من وجهة نظر القانون الجزائري بين مرحلتين: مرحلة قبل التواجد الفرنسي، حيث لم يكن يستعمل اللقب في المنظومة الاجتماعية والرسمية القانونية على

---

[1] محمد ابن منظور، **لسان العرب**، ط3، ج1، دار صادر، بيروت: 1414ه، ص743

[2] البيت أورده أبو تمام في ديوان الحماسة ونسبه إلى بعض الفزاريين. انظر: عبد القادر بن عمر البغدادي، **خزانة الأدب ولب لباب لسان العرب**، ط4، ج1، مكتبة الخانجي، القاهرة: 1418 ه. ص142

[3] زين الدين المناوي، **التوقيف على مهمات التعريف**، ط1، عالم الكتب، القاهرة: 1410هـ، ص291

نحو ما تم تعريفه سابقا وهو الاسم الذي يأتي بعد اسم الشخص الأول ذما كان أو مدحا، و لم يكن له علاقة ببنوة ولا إثبات رابطة نسب أو قرابة رحمية بين المشتركين في هذا اللقب. لكن بعد مرحلة الغزو الاستعماري والاحتلال الفرنسي البائد، تطور مدلول اللقب وتميز عن مدلوله اللغوي والاصطلاحي السابق بعد فرض الاستعمار الفرنسي لنظام الحالة المدنية، ويعنى به ذلك اللفظ الذي يساعد على تسمية الأفراد والتمييز بينهم في الحياة الاجتماعية والقانونية رسميا وفق القانون المدني، وهو الاسم الذي ينتقل ويورث بين أفراد العائلة عن طريق البنوة باعتباره ملكية خاصة بها.[1]

والذي يظهر من هذا المفهوم أن اللقب العائلي يتمتع بجملة من الخصائص التي تجعله من الحقوق الشخصية المكتسبة[2]بين أفراد العائلة الواحدة تمييزا لهم عن غيرهم. ولذا كرس المشرع هذه الخصائص بتوفير سند قانوني وحماية تشريعية لها، حيث اعتبر كل من ينتحل لقب عائلة غير عائلته متهما بارتكاب جنحة انتحال الألقاب طبقا للمواد من 247-250 من قانون العقوبات الجزائري الصادر بالأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18صفر1386الموافق 8يونيو سنة1966م، المعدل والمتمم بالقانون رقم 20-06 المؤرخ في 05رمضان عام 1441 الموافق25 أبريل سنة2020. كما فتح المشرع القانوني المجال واسعا أمام تقديم الاعتراضات حول طلبات تغيير الألقاب رعيا منه لهذه الخصوصية، والاستئثار بمزايا اللقب الاجتماعية والرسمية. طبقا للمادة الثالثة من الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13ذي الحجة عام 1390ه الموافق ل 19فبراير سنة 1970م، والمتعلق بالحالة المدنية المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-08 مؤرخ في 13 شوال عام 1435 الموافق 9 غشت سنة 2014 م[3]. وأكدت المادة 28 من القانون المدني الجزائري توارث اللقب بين الآباء والأبناء، ونصها:"..... ولقب الشخص يلحق أولاده."

2.2 تعريف الكفالة:

-تعريفها : لغة : الكفالة في اللغة هي : الضمّ. ومنه قوله تعالى: **﴿ وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّاءُ ﴾[آل عمران 37]** أي ضمّها إلى نفسه. يقال: كفله يكفلُه كفالة أي ضمّه إليه. وتكفّلت بالشيء: معناه قد ألزمته نفسي وأزلت عنه الضيعة والذهاب، وهو مأخوذ من الكِفل، والكفل ما يحفظ الراكب من خلفه.

ومنه الكافل: وهو الذي كفل إنسانا يعوله وينفق عليه. والكافل: القائم بأمر اليتيم المربي له، ومنه قولهﷺ: أنا وكافل اليتيم في الجنة كهاتين.»[4] وتأتي أيضا بمعنى الضمان. ومنه الكفيل، وهو الضمين. ومن قرأ وكفّلها زكريا بالتشديد، فالمعنى ضمن القيام بأمرها.[1]

---

[1] يمينة زمولي (2005)، **نظام التلقيب في الجزائر من خلال قانون 23مارس 1882ه بين النص والتطبيق**، يوم: 2021/09/16 الساعة: 11:00 https://doi.org/10.4000/insaniyat.

[2] هذا على رأي أحد الاتجاهات الفقهية القانونية. انظر. زهير حرج، **الاسم**، الموسوعة القانونية المتخصصة، يوم 17/09/ 2021 الساعة:10:30 http://arab-ency.com.sy/law/detail/5446

[3] الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 49، السنة 51 ،20 غشت 2014م.

[4] البخاري، **الجامع الصحيح البخاري**، كتاب الأدب، باب فضل من يعول يتيما، برقم 5659، 2237/5

-تعريفها شرعا: تعدّد استعمال الفقهاء للفظ الكفالة في مباحثهم الفقهية، وغالب استعمالهم لها، هو في مبحث الضمان. كما استعملوها أيضا في مبحث الحضانة وهو المعنى المراد هنا، وإن كان استعمالا نادرا، حيث جعلوها مرادفة لها.

جاء في كفاية الطالب من كتب المالكية: تعريف الحضانة بقوله:" وهي ـــ الحضانة ـــ في الشرع الكفالة والتربية والقيام بجميع أمور المحضون ومصالحه."[2]

واستئناسا بهذا التعريف يمكن أن نعرف الكفالة عند الفقهاء بأنها: التزام بحفظ من لا يستقل بأموره، وتعاهده بما يصلحه لينمو ويكبر.[3]

- تعريف الكفالة في قانون الأسرة الجزائري: عرف قانون الأسرة الجزائري الكفالة في مادته (116) بقوله: " الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي."

والذي يلاحظ على تعريف المشرع في قانون الأسرة الجزائري، أنه لم يخرج في تعريفه عن السياق العام لدى الفقهاء في استعمالهم الكفالة بمعنى الحضانة، على تفصيل ورد في قانون الأسرة نظرا لطبيعة الصياغة القانونية التي تعنى بالتفصيل زيادة في الإيضاح ورفعا للاستشكال.

3.2 مفهوم مجهول النسب: مركب إضافي من كلمتين مجهول والنسب .

ومجهول اسم مفعول من جهل الشيء إذا لم يعرفه، لأن الجهل نقيض العلم.

والنسب في اللغة: واحد الأنساب والنسب، القرابة أو هو في الآباء خاصة، ويكون من قبل الأب والأم، والنسب أن تذكر الرجل فتقول: هو فلان بن فلان أو تنسبه إلى قبيلة أو بلد أو صناعة.[4]

-والنسب في الاصطلاح الشرعي : عرّفه بعض المالكية بقوله :" الانتساب لأب معين."[5]

وعرّفته الموسوعة الفقهية الكويتية بقولها:" النسب هو الاتصال بين إنسانين بالاشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة".[6]

وعليه يمكن أن نقول: إن النسب يطلق على القرابة التي تجمع برباطها الشخص بأصوله وفروعه وحواشيه.

---

[1]محمد ابن منظور، **لسان العرب**، ج13، مرجع سابق، ص92 محمد بن ابي بكر الرازي، **مختار الصحاح**، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت: 1415ه – 1995م، ص 542 قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي، **أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء**، ط1، ج1، دار الوفاء، جدة: 1406ه، ص522 مجد الدين ابن الأثير، **النهاية في غريب الحديث والأثر**، المكتبة العلمية، ج4، بيروت: 1399هـ - 1979م، ص129

[2]علي العدوي، **حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني**، ج2، دار الفكر، بيروت، 1414هـ - 1994م، ص167

[3]أحمد النفرواي، **الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني** ، ط4، ج3، مكتبة الثقافة الدينية ، القاهرة، 2004م، ص1071

[4]مرتضى الزبيدي، **تاج العروس من جواهر القاموس**، ط1، ج4، دار الفكر، بيروت، 1414 ه، ـــ ص261

[5]محمد عليش، **منح الجليل على شرح مختصر خليل**، ج6، دار الفكر، بيروت، 1409هـ-1989م، 6ص114

[6]وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويتية، **الموسوعة الفقهية الكويتية**، ج33، دار السلاسل، الكويت: 1404 - 1427 هـ، ص68

-تعريف مجهول النسب باعتباره لفظا مركبا : عرّفه ابن عابدين من الحنفية بقوله : "هو الذي لا يدري له أب في مسقط رأسه."[1] والتخصيص بالأب في هذا التعريف، لأن الولد ينسب لأبيه وهو أصل النسب وثباته. ويخلع على من لم يعرف أبوه مصطلح مجهول النسب وإن كان منتسبا لأمه، لحكم النبي عليه الصلاة والسلام بثبوت النسب إلى الأم كما في حالة الابن من الزنا.

-تعريف مجهول النسب في القانون : لم يذكر التشريع الجزائري تعريفا محددا لمجهول النسب رغم أنه ذكر هذا المصطلح في عدة مواضع من القوانين المختلفة. فذكر مجهول النسب في المادة 62 من قانون الحالة المدنية، وفي المادة07 من قانون الجنسية الفقرة1 و2، وفي المادة 44 من قانون الأسرة. إلا أنه لا يخرج عن التعريفات الاصطلاحية السابقة.

-الألفاظ ذات الصلة : استعمل الفقهاء والقانونيون بعضا من المصطلحات مرادفة لمجهول النسب عبروا بها عمن يحمل هذه الصفة (جهالة النسب) كاللقيط، وابن الزنا، والدعي، والمنبوذ...

فاللقيط اسم للولد الذي رمي في قارعة الطريق ولا يعرف أبوه ولا أمه، أو لا يعرف نسبه، طرحه أهله خوفا من الفقر، أو فرارا من الريبة.[2]

وقد جمعت المادة 64 من قانون الحالة المدنية الجزائرية بين الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين، وهو الحال نفسه في التشريع التونسي، حيث استخدم المشرع التونسي مصطلح اللقيط في مجلة الأحوال الشخصية في المواد 77و 88 والمتعلقة بتنظيم أحكام اللقيط. كما استخدم مصطلح مجولي النسب، وأورده مع مصطلح الأطفال المهملين على غرار التشريع المغربي في القانون 06-62 الفصل التاسع المتعلق بطرق اكتساب الجنسية في قانون الجنسية المغربي.

وعليه فإن هذه الألفاظ تشترك مع مجهول النسب في نفس الصفة وهي جهالة النسب، ولأن التسمية مهمة وخطيرة قد تترك كلوما وآلاما، وقد تفتح آفاقا وآمالا، فقد استعيظ عنه في اللغة القانونية، والنفسية، والاجتماعية، بمصطلح الطفولة المسعفة، والذي من مصاديقه الطفل اللقيط، وابن الزنا، ومجهول النسب، وكل ما يحتاج إلى رعاية وعناية بسبب معاناته من الفقر والحرمان والإهمال، بما في ذلك معلوم النسب، كالأيتام، والجانحين من الأحداث وغيرهم.

3. المطلب الثاني: موقع اللقب العائلي ضمن المنظومة الحقوقية للطفل مجهول النسب

تعتبر مرحلة الطفولة من أدق المراحل العمرية وأخطرها في حياة الإنسان، لأن السواء النفسي والاجتماعي للشخص وما يثمره من عطاء ونفع في الحياة الإنسانية، مرتبط بمدى العناية والرعاية التي تم توفيرها في مرحلة الطفولة، والتي هي مرحلة الغرس والبذر والنبت. وقد أكدت كثير من الدراسات النفسية والاجتماعية في هذا المجال، أن نسبة كبيرة من الإجرام والانحراف، سببها الإهمال وعدم العناية بهذه الفئة الحساسة في المجتمع. ولعل الأطفال مجهولي النسب، معرضون للنصيب الأوفر من هذا النصيب المشؤوم-الانحراف والجريمة- بالنظر إلى خصوصية وضعيتهم الاجتماعية، والتي تعزز من فرص انحرافهم وجنوحهم. ولخطورة هذه المرحلة-الطفولة- ودقة وضعية هذه الفئة -مجهولي النسب-،

[1] ابن عابد محمد علاء الدين، **حاشية ابن عابدين**، ج6، دار الفكر للطباعة والنشر، 1421هـ، ص127

[2] انظر في تعريف اللقيط. الأستروشي، **أحكام الصغار**، دار الفضيلة، القاهرة: 1994م، ص149

فقد اهتمت الشرائع السماوية والحضارات الإنسانية، والتشريعات الوضعية بحقوق هذه الفئة سعيا منها لتوفير بيئة صحية نفسية، واجتماعية صالحة لنمو الطفل نموا سليما.

ويأتي على رأس هذه الحماية الحقوقية، حماية الحق في اكتساب الهوية بجميع مقوماتها، ويتقدمها الحق في اللقب العائلي. وسوف نعرض في هذا المطلب إلى تأصيل حقوق الطفل مجهول النسب في كلّ من الشريعة والقانون وبيان موارده، ثم نعرج على بيان موقع اللقب العائلي أو الاسم العائلي ضمن هذه المنظومة الحقوقية للطفل مجهول النسب.

1.3 تأصيل حقوق الطفل مجهول النسب في الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية:

يعتبر الطفل مجهول النسب من الأطفال ذوي الظروف الخاصة[1] والتي تقتضي أن يتمتع الطفل مجهول النسب، إضافة إلى الحقوق العامة المقررة للأشخاص الطبيعيين، كفئة عامة وجميع الأطفال كفئة خاصة، أن يتمتع بمزيد من الرعاية والعناية اعتبارا بوضعيته الخاصة، والتي تتطلب قدرا زائدا من الحماية والاهتمام. وبناء على هذا، يمكن أن نقسم حقوق الطفل مجهول النسب إلى نوعين من الحقوق: الحقوق العامة، والحقوق الخاصة.

-1 الحقوق العامة المشتركة بين الطفل مجهول النسب وغيره : إن جميع الحقوق التي كرستها مختلف التشريعات والقوانين الوضعية والاتفاقيات والمعاهدات الدولية وقبل ذلك الشريعة الإسلامية المباركة، تنسحب على جميع الأطفال بدون تمييز يرجع إلى اللون، أو الجنس أو اللغة، أو الرأي أو العجز وغيرها. وهذا ما صرحت به المادة 03 من قانون 12/15 مؤرخ في 28رمضان 1436ه الموافق ل15يوليو سنة2005م، المتعلق بحماية الطفل. وقد عزّز هذا العموم في هذه المادة الذي يشمل جميع الأطفال، مفهوم الطفل الوارد في المادة02 من هذا القانون، حيث عرّفت الطفل بأنه:" كلّ شخص لم يبلغ الثامنة عشرة.." والمعروف أن "كلّ" من ألفاظ العموم، فيشمل هذا المعنى والمفهوم، كلّ من ينطلق عليه اسم طفل بقيد وحيد، وهو قيد السن المحدد بثمانية عشرة سنة. وقد أشارت المادة03 من ذات القانون إلى جملة من الحقوق التي أكدتها نصوص وقوانين تشريعية أخرى، أبرزها الحق في الحياة، والحق في الاسم، والحق في الأسرة، والحق في الرعاية الصحية، والمساواة والتربية، والتعليم والثقافة والترفيه، واحترام حياته الخاصة.

وهذه الحقوق العامة والمشتركة والتي تغيّا من خلالها المشرع حماية الطفل، وزّع الواجب-واجب الحماية- فيها على جميع فئات المجتمع وأطيافه، الأسرة، والمجتمعن والدولةن كما هو نص المادة 71 من المرسوم الرئاسي 20-442 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام1442 الموافق 30ديسمبر سنة 2020 م، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري: "حقوق الطفل محمية من طرف الدولة والأسرة مع مراعاة مصلحة الطفل العليا". [2]

وبنفس هذا المقدار من الأهمية التي رصدتها القوانين والتشريعات الوضعية لحماية حقوق هذه الفئة، جاءت الشريعة الإسلامية، بل وزادته تأكيدا وحرصا. فالحق في الحياة من أول مرحلة العلوق في الرحم وحتى الاستهلال بعد

[1] عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، **حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي دراسة مقارنة**. مطبوعات جامعة الكويت، الكويت: 1997م، ص139

[2] الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد82، السنة السابعة والخمسون، 15 جمادى الأولى عام1442 الموافق 30ديسمبر سنة 2020

الولادة، مصون في الشريعة لكل إنسان، بغض النظر عن شرعية العلاقة، أو عدم شرعيتها. ولهذا أجمع العلماء على حرمة الإجهاض بعد نفخ الروح، وأوجبوا فيه الدية والكفارة وإن اختلفوا فيما دون هذه المدة، مع أن الثابت المقرر لدى جميع الفقهاء، هو احترام الحمل القائم وعدم التعرض إليه إلا في حالات استثنائية تخضع لتقدير المصالح والمفاسد. يقول ابن جزي:" وإذا قبض الرحم المني لم يجز التعرض له، وأشد من ذلك إذا تخلق، وأشد من ذلك إذا نفخ فيه الروح، فإنه قتل نفس إجماعا. "[1] وأورده القرافي في الذخيرة من قول صاحب القبس.[2]

ومما يؤكد هذا الحق بالنسبة للطفل مجهول النسب، «حديث المرأة الغامدية التي زنت ثم أتت النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقالت يا رسول الله: إِنِّي قَدْ زَنَيْتُ فَطَهِّرْنِي، وَإِنَّهُ رَدَّهَا، فَلَمَّا كَانَ الْغَدُ، قَالَتْ : يَا رَسُولَ اللهِ، لِمَ تَرُدُّنِي ؟ لَعَلَّكَ أَنْ تَرُدَّنِي كَمَا رَدَدْتَ مَاعِزًا، فَوَاللَّهِ إِنِّي لَحُبْلَى، قَالَ : إِمَّا لاَ فَاذْهَبِي حَتَّى تَلِدِي، فَلَمَّا وَلَدَتْ أَتَتْهُ بِالصَّبِيِّ فِي خِرْقَةٍ، قَالَتْ: هَذَا قَدْ وَلَدْتُهُ، قَالَ: اذْهَبِي فَأَرْضِعِيهِ حَتَّى تَفْطِمِيهِ، فَلَمَّا فَطَمَتْهُ أَتَتْهُ بِالصَّبِيِّ فِي يَدِهِ كِسْرَةُ خُبْزٍ، فَقَالَتْ: هَذَا يَا نَبِيَّ اللهِ قَدْ فَطَمْتُهُ، وَقَدْ أَكَلَ الطَّعَامَ، فَدَفَعَ الصَّبِيَّ إِلَى رَجُلٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ، ثُمَّ أَمَرَ بِهَا فَحُفِرَ لَهَا إِلَى صَدْرِهَا، وَأَمَرَ النَّاسَ فَرَجَمُوهَا،.. » الحديث، وهو في صحيح مسلم.[3] فمع أنه سيكون مجهول النسب من جهة الأب، إلا أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أخّر إقامة حد الرجم صيانة لحقه في الحياة.

ومن الحقوق العامة المرتبطة بموضوع البحث، الحق في الهوية والتعريف. ويستهدف بهذا الحق، حماية الحق في الشخصية والتميز، ضمانا للحقوق والمكتسبات، وتحملا للواجبات والتبعات. فالمسؤولية الفردية أو الشخصية تتحقق لتجديد الهوية حتى لا تضيع الحقوق وتلتبس الأمور. وأهم محدّد من محددات الهوية، الاسم الذي يتسع معناه ليشمل الاسم الشخصي (prenom) واللقب العائلي (الاسم العائلي) (nom) أو اسم الأسرة. وهذا الحق، هو الذي كرسته القوانين المدنية ومختلف التشريعات الأخرى. ففي المادة 28 من القانون المدني: "يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر"..

وهذه كلية قانونية تشمل سائر الأشخاص بما في ذلك من كان مجهول النسب، وهو ما أكدته المادة 64 من قانون الحالة المدنية، ونصها:" يعين الطفل (اللقيط) مجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي".

وقد كرّست الحق في التميز والهوية والتعريف، مختلف المواثيق والمعاهدات الدولية. ففي المادة 07 من اتفاقية حقوق الطفل:" يسجل الطفل بعد ولادته فورا ويكون له الحق منذ ولادته في اسم، والحق في اكتساب جنسية، ويكون له قدر الإمكان الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتها".

وفي المبدأ الثاني من إعلان 1959م:" يتمتع الطفل من مولده بحق الانتماء لاسم." وكلمة الطفل شاملة لمن كان معلوم النسب أو مجهول النسب. وفي المادة 08 الفقرة 01 من نفس الإعلان تتعهد الدول الأطراف باحترام حق الطفل في

[1] محمد ابن جزي، **القوانين الفقهية**، ط1، دار ابن حزم، بيروت: 1434ه، ص141

[2] شهاب الدين القرافي، **الذخيرة**، ط1، ج4، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994م، ص413

[3] مسلم بن الحجاج، **صحيح مسلم**، ج5، كتاب الحدود والديات. باب حد الزنا. ص120 برقم 4451

الحفاظ على هويته، بما في ذلك جنسيته، واسمه، وصلته العائلية، على النحو الذي يقره القانون، وذلك دون تدخل. و لم تختلف الشريعة الإسلامية عن هذه التشريعات في إقرارها لأحقية الطفل مجهول النسب في الاسم الذي يحدد هويته، وبه يعرف، وبه يتميز عن غيره، إلا إذا ترتب عليه نفي نسب، أو إلحاق بنسب من طريق غير مشروع، لما يترتب عليه من ضياع للحقوق، وانتهاك للحرمات. وسنزيد هذه النقطة تفصيلا في المطلب اللاحق.

و لم تقتصر الشريعة الإسلامية على أصل استحقاق كل شخص لاسم يميزه عن غيره، باعتباره حقا من الحقوق الأصلية لكل إنسان، بل أوجبت أن يكون الاسم حسنا في اللفظ والمعنى، سائغا في اللسان العربي وفي النظر الشرعي، عذبا في اللسان مقبولا للأسماع، يحمل معنى شريفا كريما ووضعا صادقا، خاليا مما دلت الشريعة على تحريمه أو كراهته، مثل لوثة العجمة، وشوائب التشبه، والمعاني الرخوة.[1]

ولا تقتصر مراعاة هذه الأحكام والآداب على الاسم الأول، الاسم الشخصي، بل يشمل الاسم العائلي (اللقب العائلي) المستحدث. وقد كانت العرب تتفاخر بشرف الانتماء وعز الصلة بالقبيلة، فقريش سادة العرب منهم النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وفيهم ورد قوله: « أَلا إِنَّ الأَئِمَّةَ مِنْ قُرَيْشٍ » والنسبة إليها شرف وكرامة. والقبيلة بمثابة اللقب أو الاسم العائلي، وقد كانت بعض قبائل العرب موضع احتقار بين القبائل الأخرى، كحال قبيلة أنف الناقة التي كانت محل حط واحتقار بين قبائل العرب، حتى رفع من شأنها بيت شعر للحطيئة: قوم هم الأنف والأذناب غيرهم وهل تساوي بأنف الناقة الذنبا[2] .

2-الحقوق الخاصة بالطفل مجهول النسب: إن تمييز الأطفال مجهولي النسب بحقوق إضافية، استثناء من الأصل العام وجوب التساوي في الحقوق والمكتسبات والواجبات، بالنظر إلى وضعيتهم الاجتماعية الخاصة. وقد صنفهم القانون ضمن مصطلح "الطفل في خطر"، وقد عرفته المادة 02 من قانون15-12، المتعلق بحماية الطفل: هو الطفل الذي تكون صحته أو أخلاقه أو تربيته أو أمنه في خطر. ثم ذكرت بعضا من الحالات التي تعرض الطفل للخطر وفي مقدمتها:

-فقدان الطفل لوالديه وبقاءه دون سند عائلي : ولا شك أن الطفل مجهول النسب، مشمول بهذه الحالة من باب أولى، لأن حالته حالة انعدام كلي أو جزئي للوالدين أو أحدهما.

ويأتي على رأس قائمة الحقوق الخاصة للأطفال مجهولي النسب، الحق في الرعاية الأسرية البديلة. وهذا الحق من صميم الواجبات الملقاة على عاتق المجتمع عن طريق الكفالة التي نظّمت أحكامها قانون الأسرة، وعلى عاتق الدولة عن طريق توفر دور الرعاية ومراكز الإسعاف والتربية، أو عن طريق التبني الذي نادت به التشريعات والمواثيق الأخرى في الدول غير الإسلامية.[3]

---

[1] بكر بن عبد الله أبو زيد، **تسمية المولود**، ط3، دار العاصمة، السعودية، 1413ه، ص31

[2] مرتضى الزبيدي. تاج العروس. مرجع سابق. ج12. ص94

[3] ما عدا التشريعات في الجمهورية التونسية التي فتحت المجال أمام جواز التبني في مخالفة صريحة للشريعة الإسلامية.

تنص المادة 05 من قانون15-12 التعلق بحماية الطفل. الفقرة 04: تضمن الدولة للطفل المحروم من العائلة حقه في الرعاية البديلة. وهي نفس الفقرة في المادة20 من اتفاقية حقوق الإنسان في الفقرة 02: تضمن الدول الأطراف وفقا لقوانينها الوطنية رعاية بديلة لمثل هذا الطفل .

والشريعة الإسلامية لا تمانع في مثل هكذا إجراءات، خاصة إذا كانت متعينة لحماية الطفل، ولتوفير البيئة المناسبة والملائمة له، سواء عن طريق الأسرة في نظام الكفالة أو في المستحدث من إنشاء دور الرعاية ومراكز الطفولة. وتبقي المجال والنظر واسعين لتقدير الأنسب والأصلح للطفل في تحقيق الرعاية المتكاملة وتنشئته التنشئة السليمة بين النظامين، وإن كان الواقع العملي والتاريخي يتجه إلى ترجيح نظام الكفالة (الأسرة البديلة) مع عدم الممانعة من إنشاء هذه الدور، وتطويرها لتؤدي نفس الدور وتحقق ذات الهدف في الأسرة الكافلة .

ومن مشمولات الحماية والرعاية التي ينبغي أن توفر للطفل مجهول النسب سواء كان في أسرة كافلة أو في دور رعاية، الحق في اكتساب لقب عائلي. والشريعة لا تخالف في إعطائه لقبا افتراضيا يمكنه من الحصول على وثائق الحال المدنية وغيرها من الوثائق الرسمية، ما دام الأمر بعيدا عن حظيرة إدخال نسب في نسب وإثبات نسب لمن لا حق له فيه. وهذا الإطلاق مني في مصطلح لقب عائلي افتراضي مقصود ليشمل لقب العائلة الكافلة، أو لقبا آخر شائعا من الألقاب الأخرى على ما سيأتي البحث فيه ودراسة حكمه إن شاء الله تعالى.

2.3 أهمية اللقب العائلي للطفل مجهول النسب

لقد سبق وأن ذكرنا، أن مناط ثبوت الحقوق المدنية، ولادة الشخص حيا، وهي بداية الشخصية القانونية كما في المادة 25 من القانون المدني"[1] تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته على أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا".

ويعتبر الاسم والاسم العائلي (اللقب العائلي) من خصائص الشخصية القانونية للشخص الطبيعي، ومقوّما مهمّا من مقومات هويته ووجوده. ولا تقتصر هذه الأهمية في بعدها الفردي فحسب من خلال ما يمثله الاسم واللقب العائلي من تعزيز لشعور الانتماء والرجوع إلى أصل ينسب إليه، بل يتعدى إلى البعد الاجتماعي في علاقته مع الآخرين، وبالأخص في علاقة الزواج الذي يربطه بغيره من الأسر في المجتمع.

2.3. 1. موارد الحق في اللقب العائلي للطفل مجهول النسب في التشريعات الوضعية: لقد أحاط المشرع الجزائري الحق في اللقب العائلي لكل مولود بما في ذلك من كان مجهول النسب بأهمية كبيرة. وقد تعددت التشريعات التي كرست هذا الحق في اكتساب لقب عائلي:

[1] معدلة بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20يونيو 2005م ج.ر.44، ص20

1-القانون المدني: -في المادة 28: " يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر." وهذا الحكم الوجوبي تكريس للحق في الحصول على اللقب وحماية له.

- المادة 46 :" ليس لأحد التنازل عن حريته الشخصية. " ومن مقومات الشخصية اللقب العائلي.

2-قانون الحالة المدنية-:المادة 63 : "تبين، في عقد الميلاد، السنة والشهر واليوم والساعة والمكان وجنس الطفل والأسماء التي أعطيت له وأسماء وألقاب وأعمار ومهنة ومسكن الوالدين وكذلك بالنسبة للمصرح، إن وجد، مع مراعاة أحكام الفقرة الأخيرة من المادة 64 أدناه".

-المادة64 :" يختار الأسماء الأب أو الأم أو في حالة عدم وجودهما المصرح. يجب أن تكون الأسماء أسماء جزائرية ويجوز أن ُيكون غير ذلك بالنسبة للأطفال المولودين من أبوين معتنقين ديانة غير الديانة الاسلامية.

. منع جميع الأسماء غير المخصصة في الاستعمال أو العادة.

. يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء للأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء. يعين الطفل بمجموعة من الأسماء آخرها كلقب عائلي".

-المادة73 :" يجب أن يبين في عقد الزواج المحرر من قبل ضابط الحالة المدنية أو الموثق بصراحة بأن الزواج قد تم ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون.

كما يجب فضلا عن ذلك أن يبين فيه ما يلي:

ـــ الألقاب والأسماء والتواريخ ومحل ولادة الزوجين.

ـــ ألقاب وأسماء أبوي كل منهما.

ـــ الترخيص بالزواج المنصوص عليه بموجب القانون عند الاقتضاء.

ـــ الإعفاء من سن الممنوح من قبل السلطات المختصة إذا لزم الامر."

3-الأمر رقم76-07 المؤرخ في 1976/06/20م المتضمن وجوب اختيار لقب عائلي من قبل الأشخاص الذين لا يحملون لقبا عائليا.

4-قانون الأسرة: المادة 44:" في حالة تمكن مجهول النسب من إثبات نسبه بالطرق المشروعة فيجب حينئذ تغيير الاسم العائلي ليتطابق مع لقب الأسرة العائلي".

المادة45:" إمكانية إثبات النسب إلى الأمومة ولو من علاقة غير شرعية".

5-الأمر رقم:69-05 المؤرخ في 30 يناير المؤرخ في 30 يناير 1969م يمكن للولد مجهول الأبوين إذا كان اسمه ولقبه مستمدا من أصل أجنبي أو .....أحقية أن يطلب تغيير اللقب."

6-مرسوم تنفيذي رقم 20-223 مؤرخ في 18 ذي الحجة 1441ه الموافق ل 08غشت 2020م يعدل ويتمم المرسوم رقم 17-157 المؤرخ في 10 ربيع الثاني 1391ه الموافق ل 03 يونيو سنة 1971م والمتعلق بتغيير اللقب.

7 -المنشور الوزاري المشترك المؤرخ ف 17-02-1987م الذي يتضمن أن يكون آخر اسم يتخذ لقبا عائليا للأطفال المولودين من أبوين مجهولين اسم ذكر حتما ذكورا كانوا أم إناثا.

والذي يجب تأكيده هنا أن المشرع الجزائري ابتدأ الحماية القانونية للقب العائلي لمجهولي النسب في مرحلة مبكرة بعد الاستقلال استشعارا منه بحجم الأهمية والخطورة التي تكتنف هذه الفئة ذات الظروف الخاصة في المجتمع. ثم إن تعدد الموارد القانونية لهذا الحق دليل على أهمية اللقب العائلي من جهة وخصوصا لمجهولي النسب، ومن جهة ثانية على الحماية لقانونية التي كرسها التشريع الجزائري لحقوق هذه الفئة، ملاحظة منه للوضع الاستثنائي التي تعيشه هذه الفئة، ومدى أثر هذه الحماية على استقرار وضعها الاجتماعي والنفسي.

وخلاصة لما سبق يمكن أن نقرر في اطمئنان أن هذه الإجراءات التشريعية والتدابير القانونية التي صاغها المشرع الجزائري في شأن حماية الحق في اللقب لكل مولود بغض النظر عن طبيعة العلاقة السابقة لولادته وطريق حصول ذلك، لا تخرج عن الإطار العام الذي قررته الشريعة الإسلامية، بل الشرائع كلها في تشريع كل ما من شأنه أن يحقق المصلحة، ما دام لا يتضمن المخالفة لأصولها وقواعدها وجزئيات نصوصها، بل ويكون مشمولا بعموم قول النبي عليه الصلاة والسلام: " أَنْتُمْ أَعْلَمُ بِأَمْرِ دُنْيَاكُمْ."[1]

2.2.3. أحكام إسناد اللقب العائلي للأم غير المتزوجة لمولودها :

كفل المشرع القانوني للأم غير المتزوجة، الحرية والاختيار في التصريح بهويتها عند وضعها لمولودها غير الشرعي أو عدم التصريح بذلك. وهذا التخيير وإن كان في ظاهره تقديم مصلحة الأم على مصلحة مولودها، إلا أن هذا التخيير له منطق يفرضه وتوجيه يسنده، سواء بالنسبة للأم من حيث المحافظة على حياتها التي تكون في كثير من الأحيان مهددة

[1] صحيح مسلم، ج7، كتاب فضائل النبي صلى الله عليه وسلم. باب أنتم أعلم بأمر دنياكم، ص95 برقم 6203

من ذويها غسلا للعار الذي لحقهم، أو تحقيقا لأصل الستر ودرءا لمفسدة العار، أو حتى بالنسبة للمولود الذي قد تجد الأم لو كانت ملزمة بالتصريح بهويتها، إلا أن تتخلص منه بقتله أو بإجهاضه. ولسنا بصدد مرجحات التصريح بالهوية من عدمه، وإنما الغرض بيان الأحكام الشرعية والقانونية لإسناد الأم العازبة لقبها العائلي لمولودها.

يتفق كلّ من الشريعة والقانون من حيث المبدأ على عدم وجود ما يمنع من انتساب الابن مجهول نسب الأب إلى أمه (المولود خارج إطار الزواج)، بل إن الشريعة الإسلامية تجعله حقا أصيلا للابن في انتسابه إلى أمه. ومن روائع الفقه الإسلامي في هذه الجزئية:" أن الزنا لا ينافي الأمومة." [1]

ولذا قرر الإسلام أن نسب ابن الزنا كنسب ولد الملاعنة يثبت لأمه. ففي سنن الترمذي من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: قال: « أَيُّمَا رَجُلٍ عَاهَرَ بِحُرَّةٍ أَوْ أَمَةٍ فَالوَلَدُ وَلَدُ زِنَا لَا يَرِثُ وَلَا يُورَثُ.»[2] وذكر الشوكاني أن هذا الأمر مجمع عليه.[3] قول ابن حزم:" وعن إبراهيم أيضا - وهو النخعي - في ولد الملاعنة قال: ميراثه كله لأمه، ويعقل عنه عصبتها، كذلك ولد الزنى، وولد النصراني وأمه مسلمة."[4]

وإذا كانت الشريعة الإسلامية وكذا القانون، تقرر إثبات نسب ابن الزنا من أمه ويثبت لها عليه حق الأمومية كما قال ابن حزم[5]، فإنها لا تمانع من إسناد لقبها العائلي إلى وليدها، لأن معنى إلحاقه بنسب أمه إلحاق لها بعصبتها وقرابتها فتصير عصبة له وقرابة أمه قرابة له، ويخوّل له الحق في هذا السند العائلي الذي يعزز من انتمائه وشخصيته.

أما بالنسبة للمشرع في القانون، فإنه وإن لم يلزم الأم التصريح بهويتها، وبالتالي فلا مجال للحديث عن منح لقب الأم العائلي للمولود، خاصة وأن القانون أعطى سرية تامة بقوة القانون لكل المعلومات عن الأم المتخلية عن وليدها لصالح دور الرعاية ومراكز الطفولة المسعفة كما في نص المادة (245)[6] من أمر رقم76-79 مؤرخ في 29شوال عام1396ه الموافق ل 23 أكتوبر سنة1976م، يتضمن قانون الصحة العمومية[7] ، حيث تنص هذه المادة أن نزيلة المستشفى إذا طلبت الاستفادة من سرية قبولها في المستشفى لأجل حفظ السر المتعلق بالحمل أو الولادة، وجب تلبية طلبها وعند تخلي الأم عن مولودها، فإنه يتعين عليها إثبات محضر التخلي أو تقرير الترك بأمر من وكيل الجمهورية، بناء على تقرير مصالح

---

[1] القرافي، ج4، **مرجع سابق**، ص273

[2] سنن الترمذي، ج4، ص428 برقم 2113

[3] محمد بن علي الشوكاني، **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار**، ط1، ج6، دار الحديث، مصر: 1413هـ، ص67

[4] محمد بن حزم، **المحلى بالآثار**، ط3، ج11، دار الكتب العلمية، بيروت: 2003م، ص286

[5] محمد بن حزم، **المحلى بالآثار**، ط3، ج08، دار الكتب العلمية، بيروت: 2003م، ص334

[6] ملغاة بالمادة 268 من أمر 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها إلا أن الواقع لا يزال معمولا بها.

[7] آخر تعديل لقانون الصحة في الجزائر بالأمر رقم 20-02 مؤرخ في 30 غشت سنة 2020، المعدل والمتمم للقانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018 والمتعلق بالصحة، ج.ر.ج.ج عدد 50 صادر في 30 غشت سنة 2020.

الأمن أو الشرطة لإعلام قاضي الأحداث لمعرفة ودراسة وضعية الطفل وحالته، ويكون بالإمكان وضع الطفل وإيداعه دار الحضانة.[1] ويصبح إسناد الاسم العائلي مندرجا ضمن أحكام المادة 64 من قانون الحالة المدنية. لكن ما هو الحكم إذا صرحت الأم بولدها ورغبت في نسبته إليها، فهل يصح أن يسند إلى المولود لقب أمه العائلي. لم يأت في حدود علمي واطلاعي نص صريح في القانون الجزائري، قرر للأم أن تمنح لقبها العائلي لولدها خارج إطار الزواج، وهذا بخلاف المشرع التونسي الذي نص على وجوبية إسناد الأم لقبها العائلي لولدها القاصر ومجهول النسب كما في الفصل الأول من القانون عدد75لسنة1998م المؤرخ في 28أكتوبر1998م، المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب. غير أنه يمكن أن نفهم جواز منح الأم العازب لقبها العائلي لولدها من فحوى المادة44 من قانون الأسرة، التي أقرت بثبوت النسب عن طريق الإقرار بالأمومة لمجهول النسب، وهذا ما يفهم منه جواز إسناد لقبها العائلي له وكتابة اسم الأم ولقبها العائلي في الخانة المخصصة لذلك في شهادة ولدها مجهول النسب من أبيه. غير أنه قد يثور إشكال في حال الاعتراض من أصحاب اللقب العائلي الذي تنتمي إليه الأم غير المتزوجة. فهل يجد هذا الاعتراض السند القانوني لذلك، خاصة وأنه لم يأت نص صريح في القانون بجواز منح الأم غير المتزوجة لقبها العائلي لمولودها، ويصبح المجال هنا للاجتهاد القضائي في تقدير المصلحة في ذلك في ضوء النصوص القانونية المختلفة. [2]

2.3. 3.التكييف القانوني والفقهي للقب العائلي :

إن اعتبار اللقب العائلي من مقومات الشخصية القانونية للشخص الطبيعي أمر قد حسمته النصوص القانونية وأكدته مواده التشريعية، وهو من الحقوق التي لا يجوز التنازل عنها بحال إلا استثناء يتمثل في استبدال اللقب وتغييره بالشروط المحددة في القانون وفقا لأحكام المرسوم 71-157المتعلق بتغيير اللقب. وقد اختلف فقهاء القانون في تحديد طبيعة الحق في الاسم العائلي (اللقب العائلي):

القول الأول: الحق في اللقب العائلي، هو حق من الحقوق المعنوية المملوكة (له حق الملكية) وبالتالي يثبت لصاحبه حق الاختصاص بهذا اللقب دون غيره، وحرمة الاعتداء عليه وانتحاله. وقد نجد سندا قانونيا لهذا التكييف في العقوبات الواردة على انتحال الاسم والاسم العائلي.

---

[1] زيان سعيدي، **أحكام اللقيط دراسة تأصيلية تطبيقية**، رسالة مقدمة لنيل رسالة الماجستير، غير منشورة، تخصص أصول الفقه، كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، 2008م، ص327

[2] ذهب بعض شراح القانون على عدم جواز إعطاء الأم لقبها العائلي لمولودها غير الشرعي وأنه تصرف ليس له أي سند قانوني ومخالف لقواعد الشريعة القائلة بأن الولد للفراش وللعاهر الحجر. انظر. عبد العزيز سعد، **نظام الحالة المدنية في الجزائر**، ط2، دار هومة، الجزائر: 1995م، ص91. والحقيقة أن هذا الحكم منه غريب وأغرب منه الحكم بأنه مخالف لقواعد الشريعة والعكس هو الصحيح فحكمه هذا هو المخالف لقواعد الشريعة القاضية بانتساب الابن من الزنا لأمه إجماعا في الفقه ولحكم النبي بذلك والحديث الذي ذكره إنما هو في انتساب الابن من الزنا لأبيه البيولوجي والفراش المقصود هو فراش الزوجية وهي منعدمة بين الزانيين. والذي أراه راجحا التلازم بين ثبوت النسب وجواز منح اللقب العائلي لمن ثبت نسبه منه أبا كان أو أمّا.

القول الثاني: اللقب العائلي لا يخضع لأحكام الملكية وليس حقا من الحقوق الشخصية، وإنما هو طريقة إدارية وإجراء تنظيمي الغرض منه تمييز الأفراد ترتيبا للمسؤوليات وضمانا للحقوق والمكتسبات، فلا يعدو أن يكون عنوانا تعريفيا للشخص ومحددا من محددات هويته.

القول الثالث: وهو قول يجمع بين القولين السابقين، عدّ أصحابه اللقب العائلي حقا من حقوق الشخص، لكن ليس حقا مملوكا تسري عليه أحكام ملكية الأشياء العينية الأخرى. ولعل هذا الاتجاه هو الاتجاه الوسطي الذي يجمع بين القولين السابقين. فاللقب العائلي حق من الحقوق الشخصية التي كرستها القوانين وليس حقا مملوكا للشخص، لأن اللقب العائلي ما هو في حقيقته إلا مجموعة من الحروف التي يشترك في استعمالها الجميع، ولا يصح احتكارها لصالح جماعة أو طائفة، بدليل أن الألقاب العائلية حق مشاع يشترك فيه الجميع، والواقع شاهد على هذا، إذ إن كثيرا من هذه الألقاب متشابهة ومن مناطق مختلفة بدون أي صلة من قرابة أو رحم تجمع الأفراد الذين ينتمون إلى نفس اللقب العائلي.[1]

4. المطلب الثالث: الأساس القانوني لمرسوم 20-223 وعلاقته بالتبني وموقف الشريعة منه.

يعتبر مرسوم 20-223 القاضي بإمكانية منح الكافل لقبه العائلي للولد المكفول مجهول النسب، أحد أهم الإجراءات القانونية التي يسعى من خلالها المشرع الجزائري إلى صيانة الحقوق المدنية للأطفال مجهولي النسب، ومساهمة منه في تحسين الوضع الاجتماعي المعقد على مستوى الحالة المدنية لهذه الفئة. إلا أن الإشكال الذي ثار مع أول صدور لهذا القانون، هو الأساس القانوني أو الخلفية القانونية التي يمكن إرجاع هذا المرسوم إليها. وإشكال ثان من الناحية الشرعية، عن علاقة هذا المرسوم بالتبني المحرم شرعا وقانونا، وعن موقف الشريعة الإسلامية من إسناد لقب الكافل العائلي للمكفول مجهول النسب.

1.4 الأساس القانوني لمرسوم20-223

إن مرسوم 20-223 أساسه القانوني في مختلف النصوص التنظيمية والقوانين التشريعية التي كرست الحق في الحصول على لقب عائلي لكل مولود، باعتباره حقا من أهم الحقوق المدنية اللصيقة بالشخصية القانونية وعنصرا هاما من عناصر الهوية.[2]

ولو تجاوزنا دائرة هذه النصوص إلى المقصد الأساسي المراد تحقيقه والوصول إليه، أمكننا أن نقول: إن الأساس القانوني الذي اعتمد عليه المشرع في إصدار هذا المرسوم، مرده مراعاة مصلحة الطفل مجهول النسب. ولهذا أصبح تحقيق مصلحة

[1] زهير حرج. **مرجع سابق.**

[2] سبقت الإشارة إلى موارد الحق في اللقب العائلي في القوانين الجزائرية.

الطفل الفضلى مبدأ هاما من المبادئ التي صادقت عليها اتفاقية حقوق لطفل لسنة1989م. وقد نصت المادة الثالثة من هذه الاتفاقية على مراعاة مصالح الطفل الفضلى في كل إجراء يتعلق بالأطفال ونصها:" إن جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة أو الحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية يولي الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى. " وفي ديباجة هذه الاتفاقية إشارة إلى أن الغرض من هذه الاتفاقية، تحسين ظروف معيشة الأطفال في كل بلد ولا سيما في البلدان النامية.

وهذا المبدأ العام -مراعاة مصالح الطفل الفضلى- الذي صادقت عليه الدول الأعضاء في هذه الاتفاقية، هو الذي تم اعتباره في مختلف الإجراءات والنصوص المتعلقة بالطفل. بل قد نص المشرع الجزائري في القانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل، والذي يمكن اعتباره أصل القوانين المتعلقة بالطفل وحماية حقوقه في المادة السابعة منه، ونصها:" يجب أن تكون المصلحة الفضلى للطفل الغاية من كل إجراء أو تدبير أو حكم أو قرار قضائي أو إداري يتخذ بشأنه".

إن الاحتكام إلى هذا المبدأ -مراعاة مصالح الطفل الفضلى-، يقضي قولا واحدا بأهمية هذا المرسوم بالنسبة للطفل المكفول مجهول النسب، لأنه يخفف كثيرا من المعاناة النفسية والاجتماعية والإدارية المعقدة التي يعاني منها الأطفال مجهولو النسب. وفي اعتقادي أن إسناد لقب الكافل العائلي للطفل مجهول النسب، من شأنه أن يوصد الباب أمام التساؤلات التي يثيرها الذهن حول ظروف هذا الطفل وطبيعة نشأته ووضعية ولادته، مما يزيد من تعقيد وضعية هذه الفئة ونبذهم داخل المجتمع. ولهذا نص المشرع الجزائري في مواطن مختلفة على وجوبية أن يكون لكل مولود لقب عائلي كما في المادة 28 من قانون الحالة المدنية والأمر رقم 76-07 المؤرخ في 1976/02/20م وغيرها من القوانين الأخرى، ووجوب أن يكون للطفل مجهول النسب لقب عائلي تتحدد به هويته وشخصيته القانونية مصلحة، وأن يكون هذا اللقب المسند إليه، هو لقب العائلة الكافلة مصلحة فضلى، إذ يعتبر في نظر المجتمع حوله في الظاهر أحد أفراد العائلة والأسرة، والأحكام تتبع الظواهر كما هو معلوم. بل نجد المشرع الجزائري لم يقتصر فقط على مجرد الاحتكام لهذا المبدأ في التشريع والاجتهاد، بل نجده قد اتخذه أساسا للترجيح ومناطا له. فعلى سبيل المثال نص في المادة 04 من قانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل على أن الشخص الطبيعي أو الوسط الطبيعي للطفل هو الأسرة. ولهذا قرر مراعاة لمصلحة الطفل عدم جواز فصله عن أسرته، ويتم ذلك بأمر أو حكم قضائي. ولا نستطيع أن نفهم من وصف المصلحة بأنها فضلى، إلا المبالغة والزيادة فيها على غيرها مما هو من جنسها أي كونها مصلحة وهو حقيقة الترجيح المذكور.

إننا لو تلمسنا وجود المصلحة التي قصد إليها المشرع في هذا المرسوم 20-223، لوجدناها تتوزع على الجانب النفسي ممثلة في الحاجة إلى الانتماء، ووجود سند عائلي يؤوي إليه الشخص، وعلى الجانب الاجتماعي في تجنب اللوم والنبذ الاجتماعي، وعلى المستوى الإداري من حيث تسهيل الحصول على الوثائق الإدارية والرسمية.

والذي يجب لفت النظر إليه في اعتماد المشرع الجزائري على مبدأ رعاية مصالح الطفل الفضلى، وهو أن يجعل ذلك على سبيل الاختيار بالنسبة للأم صيانة لحقوق المولود الشخصية، كالهوية خاصة الحق في الاسم العائلي، وحقه في الميراث والنفقة، وحقه في الانتساب إلى عصبة أمه وانشار المحرمية بينه وبينهم، وهذا ما يقتضيه تطبيق مبدأ الصالح الأفضل للطفل.

2.4 علاقة المرسوم20-223 بالتبني وموقف الشريعة منه.

إن تحديد علاقة هذا المرسوم20-223 بالتبني وبالتالي الانتهاء إلى الحكم الشرعي الذي يعبر عن موقف الشريعة الإسلامية من هذا القانون، يفرض علينا بيان حقيقة التبني، وحكمه في الشريعة والقانون.

1-حقيقة التبني وموقف الشريعة والقانون منه :

يعتبر التبني أحد الأنظمة الإنسانية القديمة التي عالج بها الإنسان الحرمان من المحضن الطبيعي للأطفال وهي الأسر الأصلية إلى توفير أسر بديلة، تقوم مقام الأسرة الأصلية في كل شيء حتى في ثبوت النسب بين المتبني والمتبنى. وقد حدثنا القرآن الكريم عن تبني سيدنا يوسف من قبل عزيز مصر: **﴿ عَسَى أَنْ يَنْفَعَنَا أَوْ نَتَّخِذَهُ وَلَدًا ﴾ [يوسف21]**

وفي قصة سدنا موسى والتقاط جنود فرعون له: **﴿وَقَالَتِ امْرَأَتُ فِرْعَوْنَ قُرَّتُ عَيْنٍ لِي وَلَكَ لَا تَقْتُلُوهُ عَسَى أَنْ يَنْفَعَنَا أَوْ نَتَّخِذَهُ وَلَدًا وَهُمْ لَا يَشْعُرُونَ﴾ [القصص9]**

واستمر الوضع زمن الجاهلية، وقصة تبني النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لزيد بن حارثة مما هو مشهور ومعلوم.[1]

ويعرّف التبني:" بأنه جعل الرجل الرجل كالابن المولود له يدعوه الناس إليه ويرث ميراثه."[2]

وقد اجتمعت كلمة فقهاء الشريعة على تحريم التبني وإبطال نظامه تحريما مؤبدا. يقول تعالى: **﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ﴾ [الأحزاب4]**

وتعتبر هذه الآية الأصل في تحريم التبني، يقول ابن العربي:" كان الرجل يدعو الرجل ابنا إذا ربيه، كأنه تبناه أي يقيمه مقام الابن؛ فرد الله عليهم قولهم؛ لأنهم تعدوا به إلى أن قالوا: المسيح ابن الله: وإلى أن يقولوا: زيد بن محمد، فمسخ الله هذه الذريعة، وبت حبلها، وقطع وصلها بما أخبر من إبطال ذلك."[3] وأكد التحريم في القرآن بنكاح النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ

[1] القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، ط2، ج9، دار الكتب المصرية، القاهرة: 1384هـ - 1964م، ص160

[2] البغوي، **تفسير البغوي**، ط1، ج6، دار إحياء التراث العربي، بيروت: 1420 هـ، ص317

[3] أبو بكر ابن العربي، **أحكام القرآن**، ط3، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت: 1424 هـ - 2003م، ص537

وَسَلَّمَ لزينب زوج زيد بعد ما طلقها وفيه ورد قوله تعالى: **﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ مَفْعُولًا﴾ [الأحزاب37]**

وقد حاول المشركون الطعن في النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بقولهم: إنه تزوج حليلة ابنه، وفيهم نزل: **﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾[النساء23].** يقول عطاء:" نزلت في النبي عليه الصلاة والسلام حين تزوج امرأة زيد."[1] وزادت السنة تأكيد هذا التحريم في عدة أحاديث: «من ادعى إلى غير أبيه، وهو يعلم أنه غير أبيه، فالجنة عليه حرام».[2]«ليس من رجل ادعى لغير أبيه - وهو يعلمه - إلا كفر ومن ادعى قوما ليس له فيهم نسب فليتبوأ معقده من النار.» [3]

وليس هذا الوعيد الشديد الذي ورد في التبني وإبطال نظامه إلا دليل على عظم مفاسده وآثاره السيئة ومن تلكم المفاسد:

1 ــ إدخال عنصر غريب أجنبي في نسب المتبني يعيش مع زوجته، وبناته، باسم البنوة المدعاة، وهن أجنبيات عنه لا تربطه بهن رابطة مشروعة، وبهذه الرابطة الكاذبة يحرم ما كان عليه حلالا من نكاحهن، وإباحة الزواج بهن، كما يحل له بها ما كان عليه حراما من الاطلاع عليهن والنظر إلى ما لا يجوز له النظر، والاختلاط بهن، مما يكون من ورائه الشر المستطير، فيقع المحذور. ويؤيد هذا أن امرأة العزيز ما راودت يوسف عليه السلام إلا بعد أن اتخذته وزوجها ابنا لهما .

2 ــ اختلال نظام الأسرة، لأنه بقدر ما تتركز هذه البنوة الكاذبة في الأسرة، بقدر ما تسير البنوة الأصلية والحقيقية إلى الفناء والمحو والزوال، فتضيع الأنساب ويختل توازن الأسرة ويضطرب نظامها. [4]

3 ــ تضييع حقوق الورثة الذين لهم الحق في الميراث، لتحقق سبب إرثهم الشرعي، فإن إخوة المتبني وأخواته لا يرثون مع وجود الابن ــ الزور ــ الذي منع ببنوته الكاذبة إرثهم الشرعي، وبذلك تقع العداوة والبغضاء بينهم وبين مورثهم (المصدر نفسه.)

---

[1] أحمد الجصاص، **أحكام القرآن**، ط1، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت: 1415هـ/1994م، ص73

[2] سنن أبي داوود، ج7، باب في الرجل ينتمي إلى غير مواليه برقم 5113، ص436

[3] البخاري، **الجامع الصحيح**، ج3، كتاب المناقب. باب نسبة اليمن إلى إسماعيل. ص1292 برقم3317 صحيح مسلم، ج1، كتاب الإيمان. باب كفر من ادعى لغير أبيه وهو يعلم، ص57 برقم 129

[4] محمود شلتوت، **الفتاوى**، ط1، دار ابن الجوزي، السعودية: 1412ه، ص 324

4 ــ إن إقرار التبني وترتيب آثار البنوة الحقيقية عليه، يؤدي إلى تحميل الأقارب واجبات تترتب على ذلك، فتجب عليهم نفقة المتبني عند الحاجة والعجز، وفي ذلك تحميل الأقارب تبعات ومغارم لشخص لا تربطهم به قرابة حقيقية ولا رحم موصولة. [1]

ولا يظنن بهذا الحكم التشريعي الإسلامي القاطع في تحريمه للتبني، أنه فتح الباب أمام الأطفال مجهولي النسب واللقطاء للضياع والانحراف كما يقوله الآثمون ومن في قلوبهم مرض، بل أغلق بابا تجنبا لمفاسده وفتح أبوابا عديدة كفل من خلالها رعاية المحرومين من الرعاية والعناية، وجعلها من أعظم وجوه البر والإحسان التي تقرب العبد من الله تعالى: «أَنَا وَكَافِلُ الْيَتِيمِ فِي الْجَنَّةِ كَهَاتَيْنِ». ومجهول النسب يدخل في مسمى اليتيم، بجامع الحاجة في كل منهما.

وقد تبع المشرع الجزائري في موقفه من التبني ما قطعت به الشريعة الإسلامية، باعتباره من محكمات هذه الشريعة وقطعياتها. ولأن الإسلام دين الدولة، وكل ما لم يرد فيه نص في الأحكام الأسرية يرجع فيه إلى المادة 222 من قانون الأسرة، فقد جاء في المادة46 من هذا القانون:" يمنع التبني شرعا وقانونا."

2 -صلة المرسوم 20-223 بالتبني :

إن افتراض التعارض بين القول بجواز ما ورد في المرسوم 20-223 من منح الكافل لقبه العائلي للطفل المكفول مجهول النسب وتحريم التبني، لا ينحصر في مجال الشريعة الإسلامية، بل ينسحب هذا التعارض على مستوى التشريع القانوني، لأن المشرع الجزائري يذهب إلى القول بتحريم التبني كما سبق بيانه. والقول بأن هذا المرسوم 20-223 يفهم منه جواز التبني، نصب للمعارضة بينه وبين القوانين الأخرى.

وبداية نقول: من ناحية الموضوع، المرسوم 20-223 يتعلق بجواز منح لقب الكافل العائلي للطفل مجهول النسب المكفول، وهو لا يمت بصلة مطلقا إلى التبني الذي حقيقته كما بينا أن يدعي رجل رجلا ابنا له يثبت منه نسبه وتثبت له سائر الحقوق البنوة والأبوة. وما سبق عرضه من مفاسد التبني وفي مقدمتها اختلاط الأنساب وضياع الحقوق، يؤكد هذا الفرق الجوهري بين نظام التبني وما أفاده هذا المرسوم. لأن أقصى ما يفيده هذا المرسوم، تشابه اللقب ووحدة الاسم العائلي، دون أن تثبت البنوة بينهما، أو ينتسب المكفول إلى كافله. وفضلا عن عدم وجود أي مفسدة أو مخالفة شرعية في هذا المرسوم20-223، فإنه يتضمن مصالح عديدة، وتسنده أدلة معتبرة منها:

1-قوله تعالى: **﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾ [يالأحزاب5]**

[1] أمين زغلول، أحكام رعاية الطفل اللقيط في الشريعة الإسلامية، **مجلة الأحمدية**، دبي، مجلد1، العدد6 ،1421ه، ص 177

ووجه الدلالة من هذه الآية، أنها تضمنت وجوب دعوة الأبناء إلى آبائهم في حال عُرفوا، أما إذا لم يعرفوا فتثبت لهم نسبة أخرى غير نسبة البنوة، وهو نسب الأخوة الدينية والولاء:" ﴿إنما المؤمنون إخوة [الحجرات: **10**] وكان النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول بعد ذلك لزيد: «أَنْتَ أَخُونَا وَمَوْلَانَا». [1]

وهذه العلاقة أو الرابطة -الأخوة والموالاة-، علاقة أدبية لا يترتب عليها التزامات محددة من استحقاق إرث وحرمة ومحرمية وغيرها، مثلها مثل أبوة الإسلام، وأبوة التعليم. كما قال القائل:

أبي الإسلام لا أب لي سواه إذا افتخروا بقيس أو تميم.[2]

2-صحة الانتساب بالولاء، وقد كان هذا الانتساب سائغا في الإسلام أن ينتسب الرجل إلى مواليه وهم معتقوه، فيقولون: فلان هاشمي بالولاء وتيمي بالولاء وأموي بالولاء مع أنه لا يعرف له نسب فيهم، ولهذا جاء في الحديث: « وَإِنَّ مَوْلَى الْقَوْمِ مِنْ أَنْفُسِهِمْ » [3]فأدخل مولي آل البيت في عموم تحريم الصدقة عليهم. يقول ابن حجر:" والحكمة فيه جواز نسبة العبد إلى مولاه بلفظ النسبة لا بلفظ البنوة." [4]

3-صحة الانتساب إلى القبيلة (عائلة كبيرة)، حيث أكدت كتب التراجم والأنساب انتساب عدد من الفضلاء إلى بعض القبائل المشهورة، ولا يعرف لهم نسب فيهم. ومن أمثلة ذلك، عالم الأندلس الكبير يحيى بن يحي الليثي، نسب إلى قبيلة بني ليث وهي قبيلة عربية، لأن جده أسلم على يد أحد أفرادها فانتسب بينهم، وهو مصمودي النسب من قبيلة مصمودة من البربر مشهورة.

4-العبرة بالمعاني وحقائق الأشياء وليست بالألفاظ والمباني: فحتى لو فرض أن يغلب ظن الناس أن الطفل مجهول النسب ابن طبيعي للكافل الذي منحه لقبه العائلي، فإن هذا الظن لا أثر له في واقع الأمر وحقيقته. فالواقع أن الطفل مجهول النسب لا تجمعه بكافله الذي منحه لقبه العائلي أي صلة من قرابة أو رابطة من نسب ولا يترتب على هذا المنح ثبوت أي حق ترتب واجب أو ضياع استحقاق، غاية ما فيه -أي هذا المنح- إجراء تنظيمي، الغرض منه التسهيل والتيسير ورفع الحرج عن طفل يحتاج إليه، ولا يترتب عليه أي محذور، فالنسبة شكلية وليست حقيقية، كما كانت نسبة المقداد بن الأسود إلى الأسود نسبة شكلية غلبت عليه، وإلا فإن الأسود ليس أباه، وإنما تربى في حجره فتبناه، ويقال له الأسود بن عبد يغوث الزهري، بينما أبوه الحقيقي عمرو ين ثعلبة بن مالك بن ربيعة القضاعي الكندي .[5]

---

[1]البخاري، ج3، **مرجع سابق**، كتاب فضائل الصحابة. باب مناقب زيد بن حارثة مولى النبي صلى الله عليه وسلم. ص1364

[2]علي بن إسماعيل المرسي، المخصص، ج4، ط1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1417هـ 1996م، ص111

[3]سنن النسائي، ج5، ص112 برقم 2611

[4]ابن حجر العسقلاني، **فتح الباري**، ج1، دار المعرفة: بيروت، 1379ه، ص49

[5]شمس الدين الذهبي، **سير أعلام النبلاء**، ج3، دار الحديث، القاهرة، 1427هـ-2006م، ص235

5-إن الأحكام مبنية على رعاية المصالح ودرء المفاسد، وما دام أن هذا المرسوم لا يتضمن إقرارا ببنوة أو أبوة ولا إثباتا لنسب، فلا وجه للمنع منه بل على النقيض من هذا، فهو يتضمن مصالح فضلى للطفل المسعف سبق الإشارة إليها. ولهذا أفتى المرحوم الشيخ أحمد حماني وتبعه المجلس الإسلامي الأعلى الجزائري والافتاء المصرية بجواز هذا الإجراء لما ذكرنا من أدلة.[1]

5. المطلب الرابع: أثر شروط الكفالة وأحكامها على مرسوم20-223 رؤية مقاصدية

يعتبر مرسوم20-223 في مادته الثالثة القاضي بمنح لقب الكافل لمجهول النسب المكفول، من أهم الآثار القانونية المترتبة على عقد الكفالة. ولهذا سوف نتناول في هذا المطلب، بيان أهم الشروط القانونية المطلوبة لطلب تغيير لقب المكفول لإلحاقه بلقب الكافل، باعتبارها أحد أهم الضمانات في حفظ حقوق جميع الأطراف في عملية تغيير اللقب (الكافل والطفل المكفول والأم العازبة إذا كانت معلومة)، ثم نعرج على الشروط والأحكام القانونية لعقد الكفالة وتلمس آثارها على هذا المرسوم.

1.5 الشروط القانونية لطلب تغيير لقب المكفول ومنحه لقب الكافل

اشترط المشرع القانوني لقبول طلب تغيير اللقب العائلي ومطابقته مع لقب الكافل، جملة من الشروط لتنظيم منح اللقب العائلي، استشعارا منه لخطورة وأهمية هذا التغيير وأثره على حقوق جميع الأطراف في هذه العملية. وعند التأمل في هذه الشروط، نجد منها ما يتعلق بموضوع العقد -الكفالة-، ومنها ما يتعلق بالكافل، ومنها ما يتعلق بالمكفول مجهول النسب، ومنها ما يتعلق بالأم العازبة إذا كانت معلومة.

1-شروط عقد الكفالة: قضت المادة الأولى مكرر من المادة 31 المتممة لأحكام المرسوم رقم71-157 أنه ليس في وسع أي أحد أن يتقدم بهذا الطلب إلا إذا ثبت له الكفالة قانونا، ولا يمكن أن تثبت هذه الكفالة إلا بموجب عقد توثيقي صادر عن الموثق، أو تكون صادرة من الجهات القضائية كما نصت على ذلك المادة 117 من قانون الأسرة:" يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق وأن تتم برضا من له أبوان." واللافت للنظر في هذا الشرط، عدم ارتباط صحة طلب تغيير اللقب بمدة معينة، أي أنه بمجرد ثبوت عقد الكفالة قانونا يثبت الحق في تقديم طلب تغيير اللقب. ولا يستبعد أن يكون المشرع قصد بهذا الإطلاق -عدم تحديد مدة معينة- تسهيل إجراءات تغيير اللقب لمدى أهميته وحاجة الطفل المكفول إليه.

[1] مصطفى صابر، فتاوى الشيخ أحمد حماني، ج3، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر: 1993م، ص440

2-الشروط المتعلقة بالولد المكفول مجهول النسب: اشترط المشرع في المادة الأولى مكرر السابقة أن يكون الطلب الذي يقدمه الكافل باسم الطفل ولفائدته. بمعنى أن يكون الطفل قاصرا أي تحت السن القانونية وهي سن الثمانية عشرة سنة. وقد سبق أن المشرع عرّف الطفل، بأنه كل شخص لم يبلغ الثامنة عشرة سنة كاملة" المادة 02 من قانون15-12 المتعلق بحماية الطفل. وحسب ما قررته المادة121 من قانون الأسرة فإنه لا ولاية له على نفسه بل للكافل. أما الشرط الثاني وهو الأهم، فهو أن يكون هذا الطفل مجهول النسب، لأن عقد الكفالة يجري على كل طفل سواء كان مجهول النسب أم معلوم النسب، كما قضت بذلك المادة 119 من قانون الأسرة. ومعلوم النسب لا يجوز أن يغير لقبه العائلي ليتطابق مع لقب الكافل وقد نصت المادة 120 من قانون الأسرة أنه يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب، وإن كان مجهول النسب تطبق عليه أحكام المادة 64 من قانون الحالة المدنية.

3-الشروط المتعلقة بالكافل: تضمنت المادة 1 السابقة مكرر شرط المبادرة في تقديم الطلب لتغيير اللقب، أن يكون من طرف الكافل باعتبار، أولا أحقيته في الاختصاص بلقبه العائلي واكتسابه له، وثانيا باعتبار ولايته القانونية على الولد المكفول. وهذه المبادرة تدل على مبدأ الرضا الذي يعتبر أحد أهم عناصر وأركان العقود والتصرفات. فإرادة الكافل ورضاه بهذا التصرف تغيير اللقب دليل مبادرته إلى تقديم الطلب.

4-الشروط المعلقة بالأم العازبة: اشترط المشرع في المادة الثالثة السابقة أن يرفق الطلب بموافقة الأم إذا كانت معلومة أي على قيد الحياة. واشترط أن يتم تقديم الموافقة في شكل عقد رسمي لتكون الموافقة صريحة معبرة عن إرادة صريحة وسليمة، لأن المشرع القانوني كفل للأم الحق في الاحتفاظ بطفلها ومنح لقبها العائلي وإن لم يصرح بجواز ذلك كما سبق بيانه. ويمكن اعتبار هذه الموافقة تنازلا صريحا من الأم عن حقوقها الثابتة لها بأمومتها لولدها. وتأكيدا من المشرع على ضمان حقوق الأم على ولدها، اشترط المشرع في حال أن تكون الأم مجهولة، أن يحرر الكافل تصريحا شرفيا بأنه حاول الاتصال بالأم ولكن بدون جدوى.

2.5 أثر هذه الشروط في الموقف الشرعي من مرسوم20-223

إن جل الاعتراضات التي يمكن أن نتصورها في معارضة هذا المرسوم يمكن حصرها في ضياع الأنساب واختلاطها. ولهذا صور لنا المعترض هذا المرسوم، أنه تجويز للتبني الذي حرمته الشريعة الإسلامية، والعلة في إبطال نظام التبني وتحريمه، انتساب الرجل إلى غير أبيه. إلا أن هذه الشروط التي أحاط بها المشرع طلب تغيير اللقب ومنح لقب الكافل للمكفول مجهول النسب، تقطع كل شبهة وترفع كل شك في أن هذا المرسوم تكريس للتبني وانتساب الرجل إلى غير أبيه، بدليل أنه اشترط في الطفل المكفول أن يكون مجهول النسب. أما معلوم النسب، فإن نسبه ثابت من أبيه وأمه بخلاف مجهول النسب. وحتى لا يفهم من هذا المرسوم تضييع حق الأم في انتساب ولدها إليها وحقها في منحها لقبها العائلي الذي لا يوجد ما يمنع منه شرعا وحتى قانونا، فقد اشترط موافقتها الصريحة في التنازل عن حق منح اللقب

العائلي وليس تنازلا عن نسب ولدها إليه والذي هو من الحقوق التي لا تقبل التنازل. وكما جوز المشرع تغيير الألقاب لاعتبارات وأسباب محددة ولا يترتب على هذا الجواز نفي للأنساب أو إثبات للأنساب إلى الغير، فكذلك حالة تنازل الأم عن لقبها لمولودها إلى لقب الكافل مع الاحتفاظ بحقها في انتساب ولدها إليها.

وختاما أقول: إن من المحاسن والمزايا التي تحسب للمشرع الجزائري إصداره هذا المرسوم وتقريره جواز منح الكافل لقبه العائل للمكفول مجهول النسب، وهو من الإجراءات التنظيمية ذات الأثر الإيجابي المتنوع على الطفل مجهول النسب نفسيا واجتماعيا وإداريا، خاصة وأنه أصدر تعليمة صادرة عن وزارة الداخلية موضوعها عدم تسجيل الأولاد المكفولين في الدفتر العائلي بحيث يعاملون معاملة الأبناء الحقيقيين[1]، وبالتالي فلا يوجد أدنى مبرر للاعتراض على هذا المرسوم والطعن فيه من هذه الزاوية، والاحتكام إلى مقاصد الشريعة التي تزن الأمور بميزان المصالح والمفاسد، يقوي هذا المرسوم ويؤكد أهميه اعتماده والعمل به.

6. خاتمة: لأبرز النتائج والتوصيات:

1.6. نتائج البحث:

1-لا يختلف مفهوم اللقب في الاصطلاح الشرعي عن المفهوم اللغوي والذي يطلق على الاسم الذي يلي الاسم الأول للشخص.

2-يتمتع اللقب في الاصطلاح القانوني بجملة من الخصائص التي تجعله من الحقوق الشخصية المكتسبة المشمولة بالحماية التشريعية.

3-مصطلح مجهول النسب يطلق على كل من لم يعرف له أب وإن كان ثابت النسب لأمه.

4-يأتي على رأس الحماية الحقوقية للطفل حماية الحق في اكتساب الهوية بجميع مقوماتها وفي مقدمتها الحق في اللقب العائلي.

5-يعتبر الطفل مجهول النسب من الأطفال ذوي الحقوق الخاصة والذين يتمتعون بحقوق خاصة فضلا عن تلك المشتركة بين جميع الأطفال.

6-الحقوق الخاصة بالطفل مجهول النسب حدت بالمشرع إلى تصنيفه ضمن مصطلح الطفل في خطر والذي يحظى بقدر زائد من الاهتمام والرعاية، وهو الأمر الذي يجد ترحيبا له في الشريعة الإسلامية.

7-لا تمانع الشريعة من إعطاء لقب افتراضي للطفل مجهول النسب لتمكينه من الحصول على وثائق الحالة المدنية ولا يهم إن كان موافقا للقب العائلة الكافلة أو كان من الألقاب الشائعة في المجتمع.

[1] تعليمة صادرة عن مديرية التقنين العام والمنازعات والأملاك وتنقلهم، الجزائر، وزارة الداخلية والجماعات المحلية رقم1230مؤرخة في 1994/03/28م.

8-انتساب الطفل مجهول النسب على أمه حق مكفول على سبيل الحرية والاختيار في القانون للأم العازبة وحق أصيل كرسته الشريعة الإسلامية إجماعا وفق قاعدة:" الزنا لا ينافي الأمومة."

9- لم يعالج القانون حكم إسناد الأم العازبة لقبها العائلي لمولودها مجهول النسب وهو مبني في الشريعة على عدم ضياع الحقوق واستحقاق ما ليس حقا منها (أي اعتبار المصالح والمفاسد).

10-يتمثل الأساس القانوني لمرسوم 20-223 في ترسانة القوانين التي كرست الحماية الحقوقية للطفل على مبدأ مراعاة المصلحة الفضلى للطفل.

11-لا علاقة البتة بين مرسوم 20-223 والتبني المحرم في الشريعة فلا يتواردان على نفس المحل والحال.

12-يعتبر مرسوم 20-223 أحد حسنات المشرع لقانوني التي تغيا من خلالها المحافظة على حقوق الطفل ومراعاة مصلحته الفضلى وهو الأمر الذي تقره الشريعة وتؤيده .

2.6. توصيات البحث:

ونوصي في ختام هذا المجموع أن على المشرع أن يضع أحكام الشريعة ونصوصها معيارا له في سن القوانين ووضع التشريعات عموما وخصوصا تلك المتعلقة بالطفل، ما دام أنه بناها على مبدأ مراعاة المصلحة الفضلى وهي التي تدور مع الشريعة نصوصها وأحكامها حيث دارت.