مداخلة بعنوان:

مفاضلة الرعاية البديلة على رعاية الوالدين

– دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي–

تمت المشاركة بها في الندوة الوطنية المعنونة بـ:

فصل الأطفال عن ذويهم –بين الضرورة والقيود– دراسة مقارنة

المنظم من قبل:

مخبر: البحث في الدراسات القانونية والفقهية المقارنة

وقسم الشريعة والقانون بكلية الشريعة والاقتصاد

بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

ومجلس قضاء قسنطينة ومديرية النشاط الاجتماعي والتضامن لولاية قسنطينة

بتاريخ 01 ذي القعدة 1443هـ الموافق لـ 01 جوان 2022

رئيسة الندوة العلمية د/خديجة بركاني

مفاضلة الرعاية البديلة على رعاية الوالدين
– دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي–
Trade-off the parental care by alternative care
– a comparative study between Islamic jurisprudence and international law –

الدكتور: هاني بوجعدار
الرتبة العلمية: أستاذ محاضر قسم "ب"
بكلية الشريعة والاقتصاد
بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة
boudjadar.hani@ univ-emir.dz

الملخص:

يولد الانسان ضعيفا، محتاجا إلى من يعرّفه بالأساليب السلوكية التي يَمْتَثلها في حياته ليتحول من مجرد كائن بيولوجي إلى كائن اجتماعي، وبلا شك أن الأبوان البيولوجيان هما أحسن من يقوم بهذا الدور، لكن قد يعجزا أو قد يُخفقا في تحقيق أو بلوغ ذلك الهدف، فعندئذ نحتاج إلى بدائل موقتة أو دائمة، لإبقاء الإحساس بالانتماء لدى الطفل، لذلك كانت الرعاية البديلة أحد البدائل التي يرجى منها بلوغ هذه الغايات، وضمان البيئة الأسرية المناسبة للطفل. ولقد كفل فقهاء الشريعة الإسلامية للطفل ذلك من خلال التكافل العائلي والاجتماعي، وفق أنظمة مستلهمة من أحكام الشريعة الإسلامية، بينما كفل له أعضاء المجتمع الدولي تلك الرعاية من خلال اتفاقية دولية من منظور الدولة المزدهرة التي تتولى بما لديها من سلطة القيام بمهام حماية الطفل، جاعلين من البدائل المستوحاة من الشريعة الإسلامية أحد السبل المستعان بها لتحقيق الرعاية الوافية للطفل، ولكن رغم ذلك تظل الرعاية البديلة لأبناء المسلمين في بلاد الغرب تسيل الكثير من الحبر، وهذا يثير الكثير من الشكوك حول مبدأ الحاجة، ومبدأ الملاءمة، ومبدأ الضرورة الكفيلة بضمان المصالح الفضلى للطفل.

.

الكلمات المفتاحية: الرعاية البديلة، الولاية الاجبارية على القاصر، مراتب الأولياء على القاصر، المبادئ الدولية التوجيهية للرعاية البديلة.

Summary :

Humans are born weak, in need of someone to introduce them to the behavioral methods they should adhere to in their lives to transform from mere biological beings to social beings. Undoubtedly, biological parents are the best suited for this role, but they may fail to achieve this goal. In such cases, we need temporary or permanent alternatives to maintain the child's sense of belonging. Therefore, alternative care is one of the options expected to achieve these goals and ensure a suitable family environment for the child. Islamic jurists have ensured this for the child through family and social solidarity, based on systems inspired by Islamic law provisions, while international society has guaranteed this care through an international convention from the perspective of the prosperous state that has the authority to carry out the task of child protection, making alternatives inspired by Islamic law one of the means to achieve comprehensive care for the child. However, alternative care for Muslim children in Western countries continues to raise many doubts about the principles of necessity, suitability, and the principle of ensuring the best interests of the child

Keywords : Alternative care, compulsory guardianship of minors, ranks of guardians of minors, international guidelines for alternative care.

مقدمة:

ينشأ الطفل في هذا الوجود ضعيفا، بحيث لا يقوى على الانفراد بالمواجهة إلا بعد زمن ليس بالقصير، ولأجل هذا يسمى خلال هذه الفترة ب: **القاصر**، والقاصر في مرحلتي فقدان أهلية الأداء، ونقصانها محتاج إلى من يكفله ويرعاه، وإلى من يعوله، وبلا شك أن الأبوين باعتبارهما السبب في وجوده، هما من يضطلعان بهذا الدور، فالأم والأب هما الجناحان اللذان يمكناه من فتح عينيه على الدنيا وعلى الطيران في أرجائها، فالأم حاضنة، والأب ولي على النفس. فالأسرة إذن وحدة مركزية في ضمان تنشئة الطفل تنشئة اجتماعية، تمكنه من الاندماج في المجتمع والتأثير الإيجابي فيه. فالأسرة البيولوجية هي عالم الطفل الكلي فهي منبع العاطفة، والسلوك، والأخلاق، والقيم، والثقافة، والدين، وعلى أساس ذلك يحدد الطفل مواقفه من مختلف القضايا.

لكن قد تطرأ بعض المتغيرات داخل الأسرة، فتصاب نواة المجتمع، وتضطرب الأدوار وتختل الموازين فيؤثر ذلك سلبا على عملية التنشئة، فلا يجد الطفل من يشبع حاجاته، وينمي قدراته، وهو جيل المستقبل وهو حامل الراية واللواء، فما **هو السبيل لإرجاع كفة موازين الرعاية السليمة إلى نصابها، وضمان حق الطفل في بيئة أسرية ترعى مصالحه الفضلى؟**

وللإجابة على هذه الإشكالية سأستعين بسؤالين فرعيين:

- ما هو أثر اخلال الأبوين بواجباتهم الرعوية – إزاء فلذات أكبادهم– على سلطتهم الولائية على النفس على ضوء ما تقرر في الفقه الإسلامي؟

– كيف كُفل حق الطفل في الرعاية الأسرية الوافية في ظل القانون الدولي لحقوق الانسان؟

أهمية البحث:

على الرغم من تبني القانون الدولي لبعض مبادئ الشريعة الإسلامية في سبيل حماية مصالح الطفل الفضلى، إلا أن هذا التبني لم يرق بعد إلى مصف العالمية، ولم يوظف لحماية مصالح المسلمين في بلد الغرب، لذلك يأتي هذا البحث في إطار تقييم توجهات الهيئات الأممية، والجهود المبذولة من قبلها في سبيل حماية حقوق الطفل.

أهداف البحث:

تهدف هذه الدراسة إلى إبراز البدائل التي أقرها فقهاء الشريعة للطفل حال تعرضه للحرمان من البيئة الأسرية والرعاية الوالدية أو افتقادها، والأسباب التي تجعل من الرعاية البديلة حلا أمثلا للطفل، ومن جهة أخرى الوقوف على المبادئ والمعايير الدولية الجديدة للتعامل مع الأطفال والتي رسختها اتفاقية حقوق الطفل التي اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989 لحماية مصالح الطفل الفضلى.

المنهج المتبع:

المنهج المعتمد في هذا البحث هو المنهج الوصفي.

خطة البحث:

المبحث الأول: العدول عن الولاية الأصلية على نفس الطفل في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: الولاية الاجبارية عن النفس وموجبات العدول عنها

الفرع 01: مفهوم الولاية على النفس وشروطها

الفرع 02: سقوط وزوال الولاية

المطلب الثاني: تفويض الولاية على النفس

الفرع 01: مراتب الأولياء على النفس حال اجتماع الأبوين

الفرع 02: حضانة الام للطفل حال افتراق الوالدين

المبحث الثاني: ضمان حق الطفل في البيئة الأسرية من خلال القانون الدولي لحقوق الانسان

المطلب الأول: تداعيات التنشئة الاسرية على ولاية الأبوين البيولوجيين

الفرع 01: دور التنشئة الأسرية السليمة في تعزيز الرعاية الأبوية

الفرع 02: الرعاية البديلة كأثر للتنشئة الأسرية غير السوية أو المنعدمة

المطلب الثاني: سبل تأمين الرعاية الوافية للطفل فاقد البيئة الأسرية البيولوجية

الفرع 01: المبادئ الدولية التوجيهية للرعاية البديلة للأطفال

الفرع 02: الرعاية البديلة كأثر للتنشئة الأسرية غير السوية أو المنعدمة

المبحث الأول: العدول عن الولاية الأصلية على نفس الطفل في الفقه الإسلامي

تثبت الولاية على النفس في الفقه الإسلامي حيث يتحقق أحد أمرين: الأول: العجز، والثاني: الحاجة إلى التأديب والتهذيب، وكلا الأمرين يتحقق بلا ريب في الصغر، فالصغر إذن هو سبب الولاية على النفس [1].

فالطفل يولد عاجزا، يكتنفه الضعف، فاقدا للأهلية، محتاج إلى من يغديه ويعلمه جسدا وروحا وعقلا وخلقا، إلى أن يبلغ سن التمييز، ثم يدخل في دور جديد هو دور التمييز، حيث يظل عقله وملكاته غضين فلا يقوى على تقدير الأفعال [2].

ففي هذين المرحلتين: فقدان الأهلية، وفقدان التمييز، لا تكون التبعة ملقاة على الولي وحده بل تشاركه الحاضنة وهي "الأم"، فالولي على النفس يحميه، ويربيه، ويهذبه، ويقوم على إصلاحه، ويراقب الحاضنة، وتتولى الأم الرعاية اليومية له مطعما ولباسا، وعطفا ورحمة ومودة، لينشأ المولى عليه سليما. فيد الحاضنة قبل التمييز أقوى، أما في دور ما بعد التمييز فعلى رأي جمهور الفقهاء يد الولي أقوى سلطانا [3].

يرتبط نظام الأسرة في أي وسط بالمعتقدات والدين والتقاليد السائدة في هذا الوسط، فالأسرة هي القناة التي من خلالها يتم نقل ما يراد تلقين الطفل إياه؛ ومن هنا تقرر في الشريعة الإسلامية ضرورة الرقابة على ولي النفس، حيث اشترط الفقهاء جملة من الشروط يجب تحققها فيه، فإن اختل شرط منها نزع الولد من يد الولي، واعطي للولي الذي يليه، وقد جعلوها في القرابة، كون الأقرباء أغير على الصغير والقاصر بشكل هام من الأجانب [4].

المطلب الأول: الولاية الاجبارية عن النفس وموجبات العدول عنها

وضع الإسلام جملة من الأنظمة الخلاّقة لتماسك الأسرة، وبناء كيانها على أسس ودعائم تمكنها من أداء دورها الاجتماعي في بناء الشخصية الإنسانية [5]، ومن هذه الأنظمة نظام الولاية، فالولاية لغة هي السلطة وتولي الأمر[6]، ويراد بالولاية عند الفقهاء "قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر، في تدبير شؤونه الشخصية

---

(1) ينظر: محمد أبو زهرة، **الولاية على النفس**، دط (د م: دار الفكر العربي، دت)، ص 15

(2) ينظر: المرجع نفسه، ص 15

(3) ينظر: المرجع نفسه، ص 17

(4) ينظر: المرجع نفسه، ص 12

(5) ينظر: حسام الدين دفع الله عبد الله، " **التغيرات المعاصرة: مفهومها وآثارها على الأسرة المسلمة**"، مجلة جامعة القرآن الكريم وتأصيل العلوم –محور علم الاجتماع–، جامعة القرآن الكريم وتأصيل العلوم – السودان–، ع09: ربيع الأول/ربيع الثاني 1441هـ–يناير 2019م، ص 269

(6) ينظر: ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، **لسان العرب**، دط (بيروت، لبنان: دار صادر، دت)، ج15، ص407

والمالية"[1]، فهي ضرب من النيابة ، وهي على شكلين اختيارية موضوعها تفويض التصرف إلى الغير، وإجبارية يفوض فيها الشرع أو القضاء التصرف لمصلحة القاصر بالنيابة عنه إلى شخص آخر هو الممثل الشرعي[2]، وهي على نوعين ولاية على النفس وولاية على المال، وما يهمنا في هذه الدراسة هو **الولاية على النفس**.

الفرع 01: مفهوم الولاية على النفس وشروطها

الولاية على النفس هي " سلطة الاشراف على الشؤون المتعلقة بشخص القاصر أو المجنون، أو من في حكمهما، كالحضانة والتربية والتعليم والتطبيب والتشغيل والتزويج" [3]، فعماد الولاية هو حرص الولي وقدرته على رعاية القاصر أو المجنون وصيانة حقوقه [4]، وقد شرعت الولاية المتعدية (غير الذاتية) "لحفظ نفس الغير الذي لا يقدر على حفظ نفسه، إما لضعفه وعجزه أو لزوال عقله وعدم إدراكه، لأن ذات الانسان ونوعه مصونة" [5] ،بحيث يعتبر الولي ممثلا شرعيا ، فيقوم مقام المولى عليه في جميع الشؤون، المتعلقة بشخصه ونفسه، لذلك لا يقبل امتناع الولي عنها إلا إذا توفر غيره وقام محله [6].

إن الولي وبحكم المهام الملقاة على عاتقه في حق من هو تحت ولايته، اقتضى الامر شرعا ضرورة توافر جملة من الشروط فيه [7]:

- الحرية والبلوغ والعقل: وإلا كانت أهلية الولي غير كافية لنفسه، فما بالك عن غيره، ففاقد الشيء لا يعطيه
- اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه: كون الولاية تقوم على التناصر والتعاون والتناصح والسلطان والقوة، وعند اختلاف الدين تضعف وتكاد تضمحل لقوله تعالى: ﴿ وَلَن يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لِلۡكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ

---

(1) مصطفى احمد الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ط2 (جده، السعودية: دار البشير، 1425هـ-2004م)، ج2، ص 843

(2) ينظر: المرجع نفسه، ص 844

(3) محمد الزحيلي، **النظريات الفقهية**، ط1 (دمشق، سوريا: دار القلم، بيروت، لبنان: الدار الشامية، 1414هـ-1993م)، ص 160

(4) ينظر: محمد أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص 845

(5) نصر فريد واصل، **الولايات الخاصة-الولاية على النفس والمال في الشريعة الاسلامية**، ط1 (القاهرة، مصر: دار الشروق، 1422هـ-2002م)، ص 41

(6) ينظر: أحمد هريدي، **الولاية على النفس والمال**، مذكرات لطلبة دبلوم الأحوال الشخصية بكلية الشريعة والقانون -الأزهر - 1966م؛ نقلا عن: محمد الزحيلي، مرجع سابق، ص 160

(7) ينظر: محمد الزحيلي، مرجع سابق، ص 161-162

سَبِيلًا ﴾ النساء: 141، كما لا تثبت للمسلم ولاية على غير المسلم لقوله تعالى﴿لَّا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ يُوَآدُّونَ مَنْ حَآدَّ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَلَوْ كَانُوٓاْ ءَابَآءَهُمْ أَوْ أَبْنَآءَهُمْ أَوْ إِخْوَٰنَهُمْ أَوْ عَشِيرَتَهُمْ﴾ **المجادلة: 22**

- القدرة على التصرف وعلى حفظ المولى عليه: إذا كان سبب منع ولاية القاصر على نفسه هو العجز، فمن باب أولى أن يمنع الولي غير القادر من السلطة والاشراف على غيره، فمن كان محجورا عليه لا تصح ولايته
- رعاية مصلحة المولى عليه في التصرفات: الأصل أن يتصرف الولي فيما يحقق مصلحة القاصر، فليس له عندئذ سلطة في مباشرة التصرفات الضارة بالمولى عليه ضررا محضا [1]
- العدالة والأمانة: فعلى الولي أن يكون على دين وخلق إسلامي وعلى استقامة ومروءة، وألا فلا ولاية للفاسق، كونه متهم في رعاية مصالح غيره [2].

الفرع 02: سقوط وزوال الولاية

والذي يهمنا في موضوعنا هذا هو تلك العوارض التي تحول بين الولي وممارسة مهامه، وفيما يلي بيان لذلك:

- تخلف شرط من شروط الولي السابق ذكرها: الحرية، والبلوغ، والعقل، واتحاد الدين، والعدالة، والأمانة، وحسن التصرف، فإن تخلف شرط من هذه الشروط في الولي تسقط ولايته وتسند إلى من يليه مرتبة، "كون الولاية يعتبر لها كما الحال لأنها تفيد التصرف في حق غيره" [3]

موت الولي: الوفاة واقعة مفضيه إلى انتهاء شخصية الولي، وخروجه من دائرة التكليف، فتنتهي بذلك ولايته على نفس القاصر، وتنتقل إلى الذي يليه في المرتبة [4]

- سوء تصرف الولي: لما كان المقصد من الولاية هو الاشراف على شؤون المولى عليه، كان سوء تصرف الولي خلاف المقصد الذي شرعت لأجله الولاية، ومن ثم تسند إلى من يليه مرتبة
- غياب الولي: اختلف الفقهاء في هذه المسألة:

---

(1) ينظر: وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ط2 (دمشق، سوريا: دار الفكر: 1405هـ-1985م)، ص 148-149

(2) ينظر: المرجع نفسه، ص 148

(3) ينظر: البُهوتي منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، دط (بيروت، لبنان: عالم الكتب، 1403هـ-1983م)، ج5، ص 54

(4) ينظر: هشام عبد الجواد العجلة، **الولاية على نفس القاصر في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة**، (رسالة ماجستير: كلية التربية "قسم الدراسات الإسلامية"، جامعة الأزهر-فلسطين-، 2013م-2014م)، ص 90.

أما الاحناف فيذهبون إلى أن الولاية تنتقل من الولي الأقرب حال غيابه إلى من الولي الابعد، ما عدا زفر فيخالفهم في الرأي ويثبت الولاية للولي الأقرب حين غيابه [1]

أما المالكية فيرون أن الولاية تنتقل إلى القاضي أو من ينوبه حال غياب الولي مسافة ثلاثة أيام من بلد الصبي، فإن أسر انتقلت الولاية إلى الولي الابعد [2].

أما الشافعية فذهبوا إلى القول بانتقال الولاية إلى القاضي أو من ينوبه عند غيبة الولي كون الغائب يظل حال غيبته متمتعا بصفة الولي [3]

أما الحنابلة فذهبوا إلى أن الولاية تنتقل حال غياب الولي مسافة قصر الصلاة إلى من يليه مرتبة، وحال انعدام الولي تنتقل الولاية إلى القاضي [4] لقوله ﷺ "**السلطان ولي من لا ولي له**" [5].

والذي أميل إليه من هذه الأقوال وأختاره هو أن الولاية تنتقل من الولي إلى من يليه مرتبة أي من الولي الأقرب إلى الولي الأبعد، فإن عدم الولي انتقلت إلى القاضي كونه ولي لمن لا ولي له كما هو مذكور في نص الحديث.

المطلب الثاني: تفويض الولاية على النفس

يرتبط الرجل بالمرأة برابطة الزوجية، وإن هذه الرابطة قد يكتب لها الوفاق، كما قد يكتب لها الانشقاق والافتراق، وفي الحالتين أولى الإسلام اهتماما كبيرا للضعف الذي يصاحب الولد للفراش منذ ولادته إلى سن البلوغ، أو الضعف الذي يطرأ عليه في مستقبله وبعد بلوغه، حيث نظم ولايته سواء قوي واستقل بنفسه، أو اعترضت أهليته عوارض أو موانع تنقصها أو تعدمها، خلال رحلة الزوجين الشريكين اجتماعا وافتراقا.

---

(1) ينظر: ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، **شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي**، علق عليه وأخرج آياته وأحاديثه: عبد الرزاق غالب المهدي، ط1 (بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية: 1424هـ-2002م)، ج3، ص 278-279

(2) ينظر: الدسوقي محمد بن أحمد بن عرفة، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دط (القاهرة، مصر: دار إحياء الكتب العلمية، 1900م)، ج2، ص 230.

(3) ينظر: الخطيب الشربيني شمس الدين محمد بن أحمد، دراسة وتحقيق وتعليق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، دط، (بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 1421هـ، 2000م)، ج4، ص 252

(4) ينظر: **كشاف القناع عن متن الإقناع**، مرجع سابق، ج5، ص 55

(5) أخرجه أبو داود، وصححه ناصر الدين الألباني، باب: الحكم في الولي، ح ر: 2083. أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن شداد بن عمر الأزدي السجستاني، **سنن أبي داود**، حكم على أحاديثه وآثاره وعلق عليه: محمد ناصر الدين الألباني، ط2 (الرياض، المملكة العربية السعودية: مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، د.ت)، ص361.

الفرع 01: مراتب الأولياء على النفس حال اجتماع الأبوين

"الأصل أن الأب هو صاحب الحق في الولاية على نفس الطفل، فهو المسؤول عنه في كل الأحوال، وهو الملزم شرعا بالقيام بكل ما يلزم للصغير في الفترة الأولى من حياته، حتى بلوغه سن الرشد [1]؛ فإذا توفر في الولي مانعا من موانع الولاية أو عارضا من عوارضها، انتقلت الولاية من مستحقها إلى من يليه مرتبة، ويشترط في الولي البعيد في الفقه الإسلامي ذات شروط الولي.

تقوم الولاية في الفقه الإسلامي على أساس التكافل الاجتماعي بين المسلمين، وقد وقع خلاف بين الفقهاء في ترتيب الأولياء ومبنى هذا الأخير هو الاجتهاد

أما الأحناف فتثبت عندهم الولاية على القاصر للعصبات بحسب الإرث: البنوة فالأبوة، فالأخوة، فالعمومة، ويقدم الشقيق على من كان لأب، حيث رتبوا مستحقي الولاية على النفس على النحو التالي: الابن، ثم الأب، ثم الجد أبو الأب، ثم الأخ، ثم العم، فإن انعدم العصبات انتقلت ولاية النفس إلى الأم ثم باقي ذوي الأرحام، فإن عدم العصبات وذوي الأرحام فالولاية للقاضي [2].

وأما المالكية، فالولاية بحسب هذا المذهب يتولاها: الأب، ووصبه، ثم القرابة وهم العصبة: الابن، الاخوة، الاخوة لأب، الجد، العمومة، وابن الأخ، وابن العم، السلطان وهو ولي من لا ولي له [3].

وأما الشافعية فترتيبهم للأولياء هو كالتالي: الأب، ثم أبوه، ثم أبوه، إلى حيث ينتهي، ثم الأخ من الأبوين، أو من الأب، ثم ابنه وإن سفل، ثم العم من الأبوين، أو من الأب، ثم ابنه وإن سفل، ثم سائر العصبات، ثم السلطنة [4]

وأما عند الحنابلة فيرتب الأولياء على النحو التالي: الأب، ثم أبوه وإن علا، الابن وإن سفل، الأخ الشقيق، الأخ لأب، ثم أولادهم وإن سفلوا، ثم العمومة، ثم أولادهم وإن سفلوا، ثم عمومة الأب، ثم السلطان أو من فُوّض إليه ذلك، ولا ولاية لغير العصبات من الأقارب [5]

---

(1) هشام عبد الجواد العجلة، مرجع سابق، ص 57

(2) ينظر: **شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي**، مرجع سابق، ج3، ص 276

(3) ينظر: أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، **القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية**، تحقيق: ماجد الحموي، ط1، (بيروت، لبنان: دار ابن حزم، 1434هـ، 2012م)، ج4، ص 344-347

(4) ينظر: النووي أبو زكريا محي الدين يحي بن شرف، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، تحقيق: زهير الشاويش، ط3 (بيروت، دمشق، عمان: المكتب الإسلامي، 1412هـ-1991م)، ج07، ص 59.

(5) ينظر: بن قدامة المقدسي أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعيلي، تحقيق: عبد الله بن محسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، **المغني**، ط3 (الرياض، المملكة العربية السعودية: دار عالم الكتب، 1417هـ، 1997م)، ج09، ص 355-364

وعلى العموم أن في هذه الآراء الفقهية وبناها هو الاجتهاد، وفيها توسعة والذي اختاره هو ترتيب العصبة وفق نظام الإرث.

الفرع 02: حضانة الام للطفل حال افتراق الوالدين

الحضانة لدى الفقهاء "سلطة شرعية تخول من له الحق فيها حفظ وتربية من لا يستقل بأمور نفسه، في ذاته وطعامه وشرابه وكسائه، وسكنه ودفع ما يضره في كل ما سبق" [1]، فإذا افترق الوالدان أو مات الأب،كانت أم الطفل الأحق بحضانته ما لم تتزوج، روى أبو داودَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرِو بْنِ العاص، أَنَّ امْرَأَةً قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وِعَاءً، وَثَدْيِي لَهُ سِقَاءً، وَحِجْرِي لَهُ حِوَاءً، وَإِنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي، وَأَرَادَ أَنْ يَنْتَزِعَهُ مِنِّي، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «**أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي**» [2]. ومؤنة الحضانة في مال المحضون، فإن لم يكن له مال فعلى من تلزمه نفقته[3] لقوله تعالى: ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ ۚ ﴾ البقرة: 233، والحضانة نوع ولاية وسلطنة والإناث بها أليق لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية وأصبر عل القيام بها وأشد ملازمة للأطفال[4]، ومن منطلق أن الحضانة ولاية شرعية أيضا فإنها لا تصح ولا تجزئ إلا إذا توافرت شروط الولاية في الحاضن[5]. وحدث خلاف في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة على حسب مصلحة المحضون:

ففي المذهب الحنفي تصح الحضانة مع النساء والرجال، وعند النزاع واجتماع النساء والرجال فلا حضانة للرجال عند وجود النساء المستحقين لها حتى وإن كان أبٌ أو جدٌ، كون الحضانة لا تنتقل للرجال إلا إذا انعدم النساء المستحقات لها.

وترتب النساء المستحقات للحضانة على النحو التالي: الأم ثم أمها، أم الأب، ثم الأخت الشقيقة، ثم الأخت لأم ثم الأخت لأب، ثم الخالة الشقيقة، ثم الخالة لأم، ثم الخالة لأب، ثم بنت الأخت الشقيقة، ثم بنت الأخت لأم ثم بنت الأخت لأب، ثم بنت الأخ الشقيق، ثم بنت الأخ لأم، ثم بنت الأخ لأب ثم العمات ويشترط في من

---

(1) نصر فريد واصل، مرجع سابق، ص 55

(2) أخرجه أبو داود، وصححه ناصر الدين الألباني، باب: من أحق بالولد؟، ح ر: 2276، مرجع سابق، ص397.

(3) ينظر: **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، مرجع سابق، ج5، ص 191

(4) ينظر: المرجع نفسه، ج5، ص 191

(5) ينظر: نصر فريد واصل، مرجع سابق، ص62

ستحق الحضانة أن تكون ذات رحم محرم للمحضون الذكر؛ و عند انعدام النساء تنتقل الحضانة إلى الرجال، وأولاهم بها أقربهم تعصيبا شرط أن يكون محرما للمحضون حال كونه أنثى[1].

وفي المذهب المالكي مراتب مستحقات الحضانة هي على النحو التالي:

الأم، فإن وجد مانع انتقلت الحضانة إلى أم لأم، وإن علت، ثم الخالة الشقيقة، ثم الخالة لأم ثم الخالة لأب، ثم أم الأب وإن علت، ثم العمة، ثم عمة أبيه، ثم خالة أبيه، ثم بنت الأخ ثم بنت الأخت، ثم الوصي، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأم ثم الأخ لأب، ثم الجد لأب، ثم ابن الأخ، ثم العم ثم ابنه، وقيل لا حضانة للجد لأم، وقيل مرتبته من مرتبة الجد لأب فيتوسط الجد لأب وابن الأخ [2]

وأما عند الشافعية فمراتب مستحقات الحضانة على النحو التالي:

الأم، أم الأم، أم الاب، وقيل تقدم الأخوات والخالات على أم الاب، ثم بنت الأخت، ثم بنت الأخ، ثم العمة، وتقدم الاخوات من الابوين على الأخوات من أحدهما، ثم تنتقل الاب، الجد، الأخ لأبوين أو لأب، العم و\لك على ترتيب الارث [3]

وتنتهي الحضانة إذا استغنى الصغير أو الصغيرة عن خدمة النساء وبلغ سن التمييز والاستقلال، وقدر الواحد منهما على أن يقوم وحده بحاجاته الأولية بأن يأكل وحده، ويلبس وحده، وينظف نفسه وحده. وليس لذلك مدة معينة تنتهي بانتهائها. بل العبرة بالتمييز والاستغناء. فإذا ميز الصبي واستغنى عن خدمة النساء وقام بحاجاته الأولية وحده فإن حضانتها تنتهي.

وأما عند الحنابلة فمراتب مستحقات الحضانة على النحو التالي:

الأم، ثم أمهاتها القربى، ثم أب، ثم أمهاته القربى، ثم جد، ثم أمهاته، ثم أخت شقيقة، ثم أخت لأم ثم أخت لأب، ثم خالة لأبوين، ثم خال لأب، ثم عمة لأبوين، ثم عمة لأم، ثم عمة لأب، ثم خالات أمه، ثم خالات أبيه، ثم عمات أبيه، ثم بنت الأخ الشقيق، ثم بنت الأخ لأم، ثم بنت الأخ لأب، ثم بنات أعمامه لأبوين، ثم لأم ثم لأب، ثم بنات عماته، ثم بنات أعمام أبيه وبنات عمات أبيه ثم لباقي العصبة الأقرب فالأقرب حسب ترتيب الميراث، ثم لذوي أرحامه من الذكور والإناث وأولادهم: أبو أم ثم أمهاته، فأخ لأم فخال ثم تنتقل للحاكم إدا لم يوجد أحد منهم، أو فقدت فيهم شروط الحضانة لعموم ولايته[4].

---

(1) ينظر: الكاساني علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: علي محمد عوض، عادل أحمد عبد الموجود، ط2 (بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 1424هـ-2002م)، ج5، ص 205-209، 214-215.

(2) ينظر: **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، مرجع سابق، ج2، ص 527-528..

(3) ينظر: **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، مرجع سابق، ج5، ص 191-192

(4) ينظر: البُهوتي منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس، **الروض المربع على زاد المستقنع**، دط (الرياض، المملكة العربية السعودية: مكتبة الرياض الحديثة، 1397هـ-1977م)، ج3، ص 246-248

وبعد هذا العرض لأقوال الفقهاء في ترتيبهم لمستحقي الحضانة، نخلص إلى أنه يوجد اتفاق بينهم في أن الأم هي الأولى بحضانة صغيرها، ثم أمها، وأما في ما عداهما فثمة خلاف بينهم في الترتيب ودرجة استحقاقهم للحضانة، كون المسالة مبناها الاجتهاد، وعدم ورود أدلة قطعية؛ ولكن اجتهاداتهم كلها تصب في مصب واحد وهو حماية الصغير وحفظه في دينه، وعقله، ونفسه، وماله، وعرضه، وفق ضوابط شرعية، وفي ظل نظام مرماه حفظ النظام العام للأمة من خلال آلية التكافل العائلي، اجتهادا منهم في توفير أسرة بديلة للصغير ضمن وسطه العائلي الموسع، تعوضه ما افتقده، وتوفر له ما يحتاجه من عطف وشفقة ولطف، وتسهر على ضمان حقوقه إلى أن يشتد عظمه، استجابة من الولي أو مستحق الحضانة لغرائز ودوافع منبعثة من رابطة الدم والقرابة والأخوة، حفاظا على مشاعره ونفسيته، وضمانا لصلاحه في المجتمع.

وفي حال انتهاء مدة الحضانة واتفق الأب والحاضنة على إقامة المحضون عند أحدهما، أُمضي هذا الاتفاق. وإن اختلفا، خُيرَ المحضون بينهما، سواء كان ذكرًا أم أنثى، وأيهما اختار، فهو أولى به، بشرط أن يكون في ذلك مصلحةٌ للطفل أو الطفلة؛ حيث روى أبو داودَ عَنْ هِلَالِ بْنِ أُسَامَةَ، أَنَّ أَبَا مَيْمُونَةَ، قَالَ: بَيْنَمَا أَنَا جَالِسٌ مَعَ أَبِي هُرَيْرَةَ، جَاءَتْهُ امْرَأَةٌ فَارِسِيَّةٌ مَعَهَا ابْنٌ لَهَا فَادَّعَيَاهُ، وَقَدْ طَلَّقَهَا زَوْجُهَا، فَقَالَتْ: يَا أَبَا هُرَيْرَةَ، وَرَطَنَتْ لَهُ بِالْفَارِسِيَّةِ، زَوْجِي يُرِيدُ أَنْ يَذْهَبَ بِابْنِي، فَقَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ: اسْتَهِمَا عَلَيْهِ وَرَطَنَ لَهَا بِذَلِكَ، فَجَاءَ زَوْجُهَا، فَقَالَ: مَنْ يُحَاقُّنِي فِي وَلَدِي، فَقَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ: اللَّهُمَّ إِنِّي لَا أَقُولُ هَذَا إِلَّا أَنِّي سَمِعْتُ امْرَأَةً جَاءَتْ إِلَى رَسُولِ ﷺ ، وَأَنَا قَاعِدٌ عِنْدَهُ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ زَوْجِي يُرِيدُ أَنْ يَذْهَبَ بِابْنِي، وَقَدْ سَقَانِي مِنْ بِئْرِ أَبِي عِنَبَةَ، وَقَدْ نَفَعَنِي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ اسْتَهِمَا عَلَيْهِ، فَقَالَ زَوْجُهَا: مَنْ يُحَاقُّنِي فِي وَلَدِي؟ فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «**هَذَا أَبُوكَ، وَهَذِهِ أُمُّكَ فَخُذْ بِيَدِ أَيِّهِمَا شِئْتَ**»، فَأَخَذَ بِيَدِ أُمِّهِ، فَانْطَلَقَتْ بِهِ" [1].

وينبغي قَبْلَ التَّخْيِيرِ وَالِاسْتِهَامِ مُلَاحَظَةُ مَا فِيهِ مَصْلَحَةٌ لِلصَّبِيِّ، فَإِذَا كَانَ أَحَدُ الْأَبَوَيْنِ أَصْلَحَ لِلصَّبِيِّ مِنْ الْآخَرِ قُدِّمَ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ قُرْعَةٍ وَلَا تَخْيِير" [2].

---

(1) أخرجه أبو داود، وصححه ناصر الدين الألباني، باب: من أحق بالولد؟، ح ر: 2277، مرجع سابق، ص397.

(2) الشوكاني محمد بن علي بن محمد بن عبد الله، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، **نيل الأوطار**، ط1 (مصر: دار الحديث، 1413هـ-1993م)، ج6، ص 393

المبحث الثاني: ضمان حق الطفل في البيئة الأسرية من خلال القانون الدولي لحقوق الانسان

حظيت حقوق الطفل باهتمام كبير على المستوى الدولي منذ إنشاء عصبة الأمم المتحدة 1919، وقد أخذت هذه الحقوق مكانتها في النظام الدولي في شكل إعلانات واتفاقيات وصكوك، على اعتبار أن فئة الأطفال من الفئات الضعيفة التي تتطلب رعاية خاصة في جميع أنحاء العالم، وإدراكا من المجتمع الدولي لأهمية مرحلة الطفولة في حياة الانسان. ومن أبرز المواثيق التي جاءت ملبية لاحتياجات الطفل الأساسية: " اتفاقية حقوق الطفل وقد اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989، ودخلت حيز النفاذ في 20 سبتمبر 1990 والبروتوكولان الاختياريان الملحقان باتفاقية حقوق الطفل اللذان اعتمدا في شهر ماي من سنة 2000م من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة. وقد أضفت الاتفاقية السابق ذكرها على حقوق الطفل طابع الالزام الذي يرتب حقوقا والتزامات على الدول المصادقة، فكانت إجماعا قانونيا ملزما.

وقد رسخت هذه الاتفاقية مبادئ أخلاقية ومعايير دولية جديدة للتعامل مع الأطفال، وتشمل هذه الاتفاقية كامل الحقوق: السياسية والاجتماعية والمدنية والثقافية، وتجعل مصلحة الطفل الفضلى في المقام الأول.

وتوضح ديباجة الاتفاقية أهمية وجود بيئة أسرية للأطفال، وأن مسؤولية الدول هي كفالة هذا الحق (المادة 20). وذلك أن كنف العائلة هو البيئة الطبيعية لترعرع الأطفال، وفي حال كون الرعاية الوالدية غير كافية أو غير موجودة تكون الدولة مسؤولة عن حماية حقوق الطفل وتأمين رعاية مناسبة.

المطلب الأول: تداعيات التنشئة الاسرية على ولاية الأبوين البيولوجيين

تعد الأسرة مصدر لإشباع حاجة الطفل من الأمن والطمأنينة والعلاقات الوجدانية، ومصدر القيم الاجتماعية والثقافية، فهي الوسط الذي يتربى فيه، والمدرسة الأولى التي يتلقن فيها أدبيات الحياة في شتى الميادين، لأجل هذا كانت الأسرة الركيزة واللبنة الأساسية في المجتمع؛ ومن ثمة كان للتنشئة الأسرية أثر عظيم على شخصه، فإذا كان للتماسك الأسري والتوافق بين الأبوين دور في التنشئة الاجتماعية السليمة، فإن للتفكك وللإهمال والانحراف والعنف الأسري، ولعدم معرفة الأزواج لمقاصد الحياة الزوجية، ولسوء التأديب عواقب وخيمة. فلطبيعة العلاقة بين الأبوين البيولوجيين أثر على أمن الأسرة، فمعرفة كل واحد منهما بوظيفته وواجباته من شأنه أن يجنب رئاسة الأسرة العديد من المشاكل، ويمكنها من بلوغ المقاصد، كما أن لدراية كل منهما بالتحديات التي تجابه الأسرة أثر في حسن اختيار المسالك التي ينبغي انتهاجها في التنشئة. فالأسرة إذن تحتل الصدارة في قائمة المؤسسات الاجتماعية التي تكفل بناء الشخصية والقيم وأنماط السلوك التي ينبغي أن يتحلى به الولد ضمن بيئته الدينية والثقافية والاجتماعية. فالأبوان إذن هما الرابط الوثيق بين الطفل وموروثه الديني والثقافي والاجتماعي، وبين احتياجات بيئته، وهذا يفترض أن يكون الأبوان متشبعان بما يلقنانه، ومستوعبان له، لا سيما في وأننا في ظل واقع اجتماعي انغرزت فيه وغزته تحديات أفرزتها العولمة؛ فالأولاد هم ثمرة ما بذره الوالدان.

تسعى الدولة بمفهومها الحديث من خلال منظومتها القانونية إلى ضمان تنشئة أسرية سوية بتعزيز دورهما، وتدعيمهما، ولكن حال إخلالهما أو إخلال أحدهما بواجباته تتدخل بما لديها من سلطة لتأمين رعاية بديلة للطفل، وتوفير الأمن اللازم له، ذلك أن سلطتهما وولايتهما لا تخول لهما الإضرار به.

الفرع 01: دور التنشئة الأسرية السليمة في تعزيز الرعاية الأبوية

يقع على الوالدين عبء تنشئة فلذات أكبادهم، فتقع عليهما مسؤولية تحويل الطفل من كائن فطري بيولوجي إلى كائن اجتماعي راشد، فللأبوين أدوار وظيفية عديدة وتعد هذه العملية من أهم العمليات، فعن طريقها تتكون الشخصية الإنسانية. فالتنشئة إذن تعلم وتعليم وتربية، تتوارث عبر الأجيال وترسخها السلوكيات السوية، وثقافة المجتمع.

تعد التنشئة الأسرية جزءا من التنشئة الاجتماعية التي هي عبارة عن تمرير للقيم الدينية والخلقية والثقافية من جيل لآخر، فهي ضابط اجتماعي للفرد، عن طريقها تتعلم الأجيال الجديدة المعايير الاجتماعية والحقوق والواجبات داخل المجتمع عملية حضارية، وهي في نفس الوقت أداة من أدوات الصراع بين الأمم [1]، وأما التنشئة الأسرية فهي تلك الإجراءات والأساليب المنتهجة من قبل الوالدين في تنشئة أبنائهم اجتماعيا ليتحولوا من مجرد كائنات بيولوجية إلى كائنات اجتماعيه[2]، فيتعلم كيف ينظر إلى ذاته وكيف يتعامل مع الآخرين، وكيف يتعامل مع المشكلات، ويتعرف على الأساليب السلوكية التي يمتثلها في حياته[3]. وأساليب التنشئة الاجتماعية تختلف من أسرة إلى أخرى، وتخضع لعدة عوامل: المستوى الاجتماعي للأسرة، دين وثقافة الأبوين وأخلاقهم، حجم الأسرة، الروابط الأسرية، المستوى التعليمي للأبوين وميولهم، الأساليب المتبعة من قبلهم في تربية الأطفال، طبيعة الاتصال والحوار داخل الأسرة وطبيعة السلطة الأبوية، المعاملة الأبوية، العنف الأسري، فمجموع هذه العوامل أو أحد منها يكون له أثر على الأساليب والوسائل المتبعة من قبل الأبوين في تنشئة الأبناء وفي صقل شخصية الابن وسلوكه وأخلاقه إيجابا أو سلبا. فحين تكون نتائج التنشئة إيجابية هذا يعني أن التنشئة الأسرية كانت طيبة وسوية وأن هذا الفرد سيظل في كنف أبويه وفي رعايتهما، ويكون مستقبلا معيلا لهما، ومعول بناء ونفع للمجتمع، وسبيل لتحقيق التماسك الاجتماعي ومورّث فعال للقيم الدينية والأخلاقية والاجتماعية والسياسية عبر الأجيال. ولأجل هذه النتائج وحماية للطفل، كفلت الشرعة الدولية لحقوق الانسان وقواعد القانون الدولي الأسرة هذه المهام، حيث تقرر

---

(1) ينظر: محمد عبد الهادي عفيفي وآخرون، **التربية ومشكلات المجتمع**، دط (القاهرة، مصر: دار الانجلو المصرية، 1972)، ص 29،27

(2) ينظر: مسعودي موالخير، " **التنشئة الأسرية وعلاقتها بانحراف الأبناء**"، مجلة الآداب وللعلوم الاجتماعية، جامعة سعد دحلب بالبليدة – الجزائر–، مج01، ع 01: ماي 2013م، ص 184-185

(3) ينظر: نزيه أحمد الجندي، " **التنشئة السوية للأبناء** "، مجلة جامعة دمشق، جامعة دمشق – سوريا–، ع26: ربيع الأول/ربيع الثاني 1441هـ-يناير 2019م، ص 59

أن لكل أسرة الحق في مستوى معيشي يكفي لضمان الرفاه ويأمن الغوائل من بطالة ومرض وعجز، وحمّلت الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل في المادتين 08 و09 الدول مسؤولية ضمان الحماية والرعاية اللازمتين للرفاه باتخاذ التدابير القانونية والإدارية اللازمة للحفاظ على هوية الطفل وجنسيته واسمه وصلاته العائلية، وعدم فصله عن والديه على كره منهما.

الفرع 02: الرعاية البديلة كأثر للتنشئة الأسرية غير السوية أو المنعدمة

إذا كانت التنشئة الأسرية السوية سبيل للنمو المتكامل للطفل، فإن التنشئة الأسرية غير السوية أو القاصرة أو المنعدمة، والرعاية الأبوية المختلة أو المنعدمة تعني اختلال بقَولبة شخصية الطفل، وبتنميط غرائزه ومشاعره، وبنفسيته، وسبيل للطفولة الجانحة، ونذير شؤم بالبناء الاجتماعي، فقد يكون الطفل عديم الأبوين، أو له أبوين إلا أنهما عاجزين عن رعايته، أو أنهما يشكلان خطرا عليه، أو أنه معرض لفقد الرعاية الأبوية؛ فمثل هذه العوامل لها مخلفات وبصمات ورواسب في بناء شخصيته، وينتج عنها في الغالب الضياع والتشرد والانحراف؛ واجتنابا لذلك لابد من البحث له-أي للطفل- عن بدائل موقتة أو دائمة بحسب السبب الدافع لفصل الطفل عن أسرته، فتتحمل الدولة مسؤولية تأمين رعاية بديلة له، تحت وصاية السلطات المختصة، فيُعدل عن رعاية الأبوين معا، ويلجأ إلى الحضانة، أو إلى الكفالة وفق ما هو منصوص عليه في الفقه الاسلامي، أو إلى التبني؛ أو رعاية مؤسساتية عند الضرورة، وهذا ما نصت عليه المادة 20 من اتفاقية حقوق الطفل، ويتم ذلك وفق أسس وشروط وضوابط معينة مع التأكد من سلامة مقصد الأسرة البديلة، و مراجعة دورية لتقييم جدوى الرعاية المقدمة، بحثا له عن مناخ متكامل، وتعويضا له لما افتقده من حنان ودفء أسري؛ واشباعا لرغباته النفسية والشخصية. ولا تتحقق الرعاية البديلة إلا باتباع إجراءات قضائية أو إدارية.

فالرعاية البديلة هي رعاية تعويضية ذات بعد اجتماعي تقوم بها جهة أخرى قد تكون أسرة أو مؤسسة لتحل محل الأبوين البيولوجيين للطفل لفترة طويلة أو قصيرة [1]، والأصل إذن أن يوجه الطفل إلى أسرة بديلة، ويتم ذلك وفق إجراءات قانونية تنص عليها القوانين الوطنية، فإن لم يتسنى ذلك، لا سيما ظل التغيرات الاجتماعية التي نشهدها العديد من المجتمعات، يوجه الأطفال إلى الرعاية ضمن مؤسسات إيوائية، ويتم ذلك أيضا وفق إجراءات قانونية أيضا.

إن الرعاية البديلة وإن كان لها مزايا، فإن لها في المقابل عيوبا ومساوئ، فالطفل يتعلق منذ ولادته بأمه التي ترعاه ثم وحفاظا على حقوقه يلحق بأسرة بديلة، وهذا بلا شك سيلحق بنفسيته آثار سيئة تفقده الشعور بالانتماء والأمان، ويظل يأمل طوال حياته في اللقاء بهما والاجتماع بهما تحت سقف واحد، كما حرمانه من أبويه الأصليين قد يكسبه تصرفات عدوانية، يصعب التحكم فيها والتعامل معها، وحال توجيهه للمؤسسات الإيوائية، قد يتعرض للإهمال الصحي والتربوي والغذائي.

([1]) ينظر: محمد عبد الله على أحمد، **البعد الاجتماعي للأسرة البديلة في دمج الأطفال مجهولي الوالدين بولاية الخرطوم**، (أطروحة دكتوراه: كلية الدراسات العليا والبحث العلمي، جامعة شندي-السودان-، 1440هـ-2018م)، ص 35.

وقد جعلت النصوص الدولية من الرعاية البديلة إجراء استثنائيا، لذلك سعت إلى تعزيز الرعاية الوالدية من خلال حث الدول على انتهاج سياسات تدعم الأسرة في تعزز من مقدرة الوالدين على تحمل مسؤولياتهم، وتحسين ظروفهم الاجتماعية، وتمتين الأواصر الأسرية، والخدمات الاجتماعية، وخدمات الرعاية وتمكين الشباب من مواجهة تحديات الحياة اليومية [1].

المطلب الثاني: سبل تأمين الرعاية الوافية للطفل فاقد البيئة الأسرية البيولوجية

إن الحق في الرعاية البديلة هو حق يتمتع به كل طفل حرم من بيئته الأسرية والرعاية الوالدية أو افتقدها، وقد تضمنت اتفاقية حقوق الطفل مبادئ هامة شكلت منظومة دولية يرجى منها تحقيق: الحماية، والوقاية، والتوفير، والمشاركة، لذلك كانت الرعاية البديلة أحد البدائل التي يرجى منها بلوغ هذه الغايات، وضمان البيئة الأسرية المناسبة في كل دول العالم، رغبة في أن تدرج هذه الأخيرة مصالح الطفل وحمايته ضمن سياستها الاجتماعية والإنسانية، وتعزيزها من خلال منظومتها القانونية.

الفرع 01: المبادئ الدولية التوجيهية للرعاية البديلة للأطفال

الرعاية البديلة هي وسيلة يرجى منها الإبقاء على الإحساس بالانتماء لدى الطفل، وقد تم ضبط العملية دوليا لتكون وفق مبادئ توجيهية، تعزيزا لتنفيذ اتفاقية حقوق الطفل، وكذا باقي الصكوك الدولية ذات الصلة بحماية ورفاه الأطفال المحرومين من رعاية الأبوين أو المعرضين لذلك، ودعما للجهود الرامية إلى إبقاء الأطفال تحت رعاية أسرهم، أو إرجاعهم إليها، وإيجاد الحل المناسب حال العجز عن تحقيق ذلك، كما تهدف هده المبادئ إلى تحديد أنسب أشكال للرعاية البديلة المحققة لمصالح الطفل الفضلى، وكذا مساعدة الحكومات وتشجيعها على الوفاء بالتزاماتها [2] .وتطبق المبادئ التوجيهية على[3]:

- من هم دون سن 18 سنة، إلا أن ينص القانون على سن مغاير لبلوغ سن الرشد
- بحسب الاقتضاء، على اليافعين المحاطين برعاية بديلة، وبحاجة إلى استمرار الدعم لفترة انتقالية

وأهم المبادئ التوجيهية للرعاية البديلة للأطفال الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 2009/12/18 [4]:

([1]) ينظر: وثيقة هيئة الأمم المتحدة تحت رقم A/64/434، مؤرخة في 24 فيفري 2010م تحوي تقرير مجلس حقوق الإنسان في دورته الرابعة والستون، ص12-14.

([2]) ينظر: وثيقة هيئة الأمم المتحدة تحت رقم A/47Res/64/142، مؤرخة في 24 فيفري 2010م تحوي قرارا للجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن المبادئ التوجيهية للرعاية البديلة للأطفال، ص 02-03.

([3]) ينظر: المرجع نفسه، ص 02-03.

([4]) ينظر: وثيقة هيئة الأمم المتحدة تحت رقم A/64/434، مرجع سابق، ص07-10.

- بذل كل الجهود لضمان بقاء الطفل تحت رعاية والديه، أو الرجوع إليهما وإعادة إدماجه في الأسرة، أو البقاء في المحيط العائلي الموسع
- ضمان ترعرع الطفل في بيئة توفر له الدعم والحماية والرعاية وتلبي احتياجاته بطريقة مستمرة
- مساعدة الأسرة العاجزة على تقديم الرعاية اللازمة للطفل عن طريق الدعم
- صون كرامة الأطفال في جميع الأوقات، وحمايتهم من سوء المعاملة والإهمال والاستغلال من قبل مقدمي الرعاية أو أي طرف آخر
- النظر إلى إبعاد الطفل على أنه إجراء استثنائي، مع جعله تدبيرا مؤقتا يزول بزوال مقتضى الابعاد
- لا يمكن بحال أن يكون الفقر تبريرا للإبعاد
- ضمان حقوق الأطفال المحرومين من الرعاية الوالدية في نيل على التعليم والخدمات الصحية والتمتع بالهوية وحرية الدين واللغة والمعتقد وحقوق الملكية والميراث.
- إبقاء الأشقاء على تواصل ما لم يكن ذلك مخالفا لرغباتهم.
- ألا يكون بحال من الأحوال الغرض الرئيسي من توفير الرعاية البديلة هو تعزيز رغبة سياسية أو دينية أو اقتصادية
- أن يقتصر اللجوء إلى الطابع المؤسسي على الحالات التي تكون المؤسسات مناسبة ومفيدة للطفل، مع ضمان جودة الخدمة المقدمة والظروف المناسبة لنمو الطفل

فكل هذه المبادئ تصب في مبادئ توجيهية إجمالية هي [1]:

1-**مبدأ مصالح الطفل الفضلى**: الوارد في المادة 03، وفي المادة 20 من اتفاقية حقوق الطفل، وله أبعاد ثلاثة: أنه حق أساسي يفرض التزاما على الدول، أنه مبدأ قانوني تفسيري أساسي على أساسه يُختار التفسير الذي يخدم مصالح الطفل، أنه قاعدة إجرائية تقتضي تقييم التأثير المحتمل المترتب على القرار وإخضاعه: لمبدأ الحاجة، مبدأ الملاءمة، مبدأ الضرورة". ووفق هذا المبدأ ينبغي اختيار أنسب شكل من أشكال الرعاية البديلة، واتخاذ اجراء فصل الطفل كإجراء استثنائي وبصفة مؤقتة، وإعادة الطفل بزوال سبب الابعاد.

2- **مبدأ عدم التمييز**: الوارد في المادة 02 من اتفاقية حقوق الطفل، الذي يقتضي أنه من حق الأطفال الاستفادة من الرعاية البديلة بشكل متساو دون تمييز عرقي أو النسب أو اللون أو الأصل القومي أو الدين.

([1]) ينظر: دليل الرعاية البديلة للأطفال، International Villages s'Children SOS، تاريخ النشر: نوفمبر 2010، ص07-10. متاحة إلكترونيا من خلال الرابط:
https://www.sos-childrensvillages.org/getmedia/fadc7c01-3697-40c3-9200-7555157e8706/UN-Guidelines-Arabic.pdf

3- **مبدأ الحق في الحياة والبقاء والنماء:** أن توفير الرعاية البديلة يكون كفالة لحقه الحياة، مع ضرورة اتخاذ تدابير تحقق بقاءه ونموه، المادة 06 وتقديم المساعدة الطبية، والصحية المادة 24، وحمايته من سوء المعاملة والإهمال وجميع أشكال الاستغلال

4- **واجب احترام آراء الطفل:** وعلى هذا الأساس يحق للطفل المشاركة في عمليات صنع القرار

الفرع 02: أشكال الرعاية البديلة:

لا تتم الرعاية البديلة بشكل عشوائي، بل ينبغي أن تتم بأشكال تراعى فيها مصالح الطفل الفضلى، فلا تُتّخذ قرارات الرعاية البديلة إلا باتباع إجراءات معينة، وضمانات قانونية، وفق عمليات تقييم وتخطيط ومراجعة دقيقة من قبل هيئات راسخة، يشرف عليها مختصون مؤهلون يحددون شكل الرعاية المناسب لكل حال طفل، ودون إهمال مشاورته ومراعاة قدراته، على أن يتم ذلك بمعية والديه أو وليه الشرعي، الذين ينبغي اطلاعهم بكل الخيارات المتاحة في مجال الرعاية، وما يترتب عن كل خيار؛ على أن لا تخلو العملية من المراجعة المنتظمة لمدى ملائمة شكل الرعاية المختار، فضلا عن تلافي التغيير المتكرر لما له من أثار سلبية[1]. وقد حددت الفقرة 03 من المادة 20، والمادة 21 من اتفاقية حقوق الطفل الخيارات المتاحة، وتأخذ الرعاية البديلة شكلا من الأشكال التالية [2]:

1/ رعاية غير رسمية: بحيث يتم رعاية الطفل من قبل أقارب أو أشخاص أو عائلات دون إجراءات إدارية أو قضائية، وعلى الدولة أن تعترف بالمسؤولية الفعلية لمقدمي هذا النوع من الرعاية، وتشجيعهم وتمكينهم من الخدمات والاعانات، مع إيجاد تدابير تقي الطفل من الإساءة والإهمال وعمالة الأطفال.

2/ رعاية رسمية: وهي كل رعاية تتم في وسط عائلي -غير الأسرة البيولوجية-، أو في وسط مؤسساتي، وفق إجراءات إدارية أو قضائية، حسب النظام الذي تتبناه دولة الانتماء، وصوره: الحضانة، الكفالة وفق النظام الإسلامي، التبني، الرعاية المؤسساتية أو الإيوائية. على أن تتم الرعاية وفق ترتيبات رسمية تضطلع الدول بالتنصيص عليها.

وثمة تقسيم أخر للرعاية البديلة، وهو بدوره مستوحى من الفقرة الثالثة من المادة 20 من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، والمادة 21 وهو كالآتي [3]:

([1]) ينظر: وثيقة هيئة الأمم المتحدة تحت رقم A/64/434، المرجع نفسه، ص18-20.

([2]) ينظر: المرجع نفسه، ص 21-24. وينظر: تحالف حماية الطفل في العمل الإنساني، **المعايير الدنيا لحماية الطفل في العمل الإنساني، Humanitarian Standars Patnership**، طبعة 2019، ص174

([3])ينظر: المرجع نفسه، ص 25-33، وينظر: راكان محمد إبراهيم زاهدة، **الرعاية البديلة للأطفال فاقدي البيئة الأسرية في القانون الدولي**، (رسالة ماجستير: جامعة القدس-فلسطين-، 1439هـ-2018م)، ص 64-68، ينظر: سلام عبد الزهرة =

1/ **الرعاية في الوسط الأسري**: ويقصد بذلك وضع الطفل في وسط أسري على المدى القصير أو الطويل ومن صورها: رعاية ذي القربى، رعاية الحضانة، رعاية الكفالة وفق ما هو متقرر في الفقه الإسلامي، التبني، التبني بين البلدان،

-رعاية ذي القربى: وهي رعاية طوعية، تقوم إما على رابطة الدم، أو من قبل الأصدقاء

-رعاية الحضانة: ويتم وضع هؤلاء الأطفال في رعاية أفراد لا علاقة لهم بالأسرة، وقد تكون مؤقتة أو دائمة

-التبني: وهو منح نسب الاسرة لطفل، وتنقل فيه مسؤوليات الأبوين أو أحدهما إلى الطفل المتبنى، وذلك بهدف توفير رعاية أسرية مشابهة لرعاية الاسرة البيولوجية، وهذا النوع محرم شرعا.

-التبني في البلدان: وهو تفريع عن التبني إلا أنه عابر للحدود، يتم فيه نقل الأطفال من بلدهم الأصلي إلى بلد الوالدين المتبنيين.

-الكفالة الإسلامية: وترعى الاسرة غير الاسرة البيولوجية الطفل دون منحه اسم العائلة، بحيث يظل الطفل محتفظا بشخصيته القانونية السابقة لعملية الكفالة.

2/ **الرعاية المؤسساتية أو الإيوائية**: وعلى أساسها يوضع الأطفال فاقدي رعاية الوالدين أو من في حكمهم ضمن مؤسسات: كدور الايتام، والمنشآت الإصلاحية للأطفال.

= الفتلاوي، أنغام محمود شاكر الخفاجي، " **النظام القانوني للأسرة البديلة**"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل - العراق-، ع02: 2019م، ص 152-154

النتائج:

- إخلال الوالدين بواجباتهم الرعوية يحتم اللجوء إلى الرعاية البديلة سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون الدولي، فالرعاية البديلة استثناء من أصل هو بقاء الابن مع أبويه البيولوجيين
- يدعم الفقه الإسلامي نظام الرعاية البديلة على أساس الكفالة بين الأقارب من العصبات والحواشي، وهذا يوفر بيئة أسرية للطفل تكفل لهذا الأخير نشأة اجتماعية سليمة
- نظام الكفالة الإسلامي مبناه التكافل الاجتماعي، ويوطد الروابط الأسرية ويوفر للطفل حظوظا في الرعاية من قبل الأقارب
- القانون الدولي يرعى الطرح الإسلامي المتعلق بالرعاية البديلة، إلا أن هذا الطرح لم يرق بعد إلى العالمية.
- النصوص الدولية تجعل من أشكال الرعاية البديلة حلولا مؤقتة أو دائمة بحسب ما تقتضيه مصالح الطفل الفضلى، والمبادئ التوجيهية.
- اختلاف مفهوم الأسرة في القانون الدولي أدى إلى تضارب المصالح حول شكل الرعاية، الامر الذي قاد إلى إضفاء الطابع المؤسساتي على الطفل
- طرح نظم الرعاية البديلة في القانون الدولي في شكل التبني الدولي طرح يخدم الدول النامية، ولا يخدم دول العالم الثالث فهذه الأخيرة تتخبط في أزمات عدة، على خلاف الدول النامية التي تسعى إلى تفعيل الرعاية الأسرية البديلة كون مجتمعاتها تعاني من الشيخوخة، وقد جرّ هذا الويلات على المسلمين في بلاد الغرب، فهو فتح شهية الاسر الغربية لاستقبال أطفال المسلمين وهذا يوفر لهم حظوظا في الحفاظ على ثقافتهم أمام قلة المواليد لديهم، وأمام التفكك الأسري الذي تعاني منه مجتمعاتهم، رغم أنه من المفترض أن تضمن مبادئ الحاجة، و الملاءمة، والضرورة، خصوصية المسلمين ومصلح أطفالهم الفضلى.
- تطبيق أشكال الرعاية البديلة بالطرح الدولي يميل إلى المثالية، كون العديد من دول العالم الثالث التي تعاني من الفقر تعجز عن تطبيقه بالصورة المطروحة.

التوصيات:

- دعوة أفراد المجتمع الدولي إلى إيلاء المزيد من الاهتمام برعاية الأطفال في دول العالم الثالث، وتوفير الدعم اللازم من قبل الدول المتطورة والهيئات الأممية، ووضع سياسات تدعم واقع تلك الدول.
- دعم الطرح الإسلامي وتقديمه كنظام عالمي كفيل بخلق بيئة أسرية ترعى وتضمن حقوق الطفل وتنشؤه تنشئة اجتماعية سليمة، ويقلص من الرعاية الإيوائية على أن تتولى الدولة الإشراف على تلك الرعاية.
- بعث سياسات ترمي إلى مساعدة الشباب وتأهيلهم بشكل إيجابي لمواجهة التحديات اليومية، وتحضيرهم ليكونوا أهلا في المستقبل للقيام بواجباتهم الرعوية
- برمجة دورات على المستوى الحلي، هدفها هو توعوية وتأهيلية لتحسين درجة الكفاءة الأبوية وتعديل سلوكاتهم، وإرشادهم إلى أساليب التنشئة الايجابية

- دعم الأبوين بمهارات ومعدات وقدرات تؤمن بيئة تهتم بالطفل وترعاه
- على الدول أن تنشئ سياسات متماسكة محورها العائلة تعزز قدرة الأسرة والأقارب على رعاية الأطفال
- بعث سياسات حكومية تدعم إبقاء الطفل في كنف العائلة، وتوفير الدعم الضروري لدور الوالدين في الرعاية، وتعزيز دور المؤسسات الدينية في تقوية الروابط الأسرية
- وضع سياسات اجتماعية وإنسانية دولية ووطنية تتوافق مع الشريعة الإسلامية، وترعى الخصوصية حتى في بلاد الغرب