جامعة أكلي محند أولحاج – البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

الأسرة البديلة للطفل بين الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في قانون أعمال

تخصص: قانون الأسرة

إعداد الطالبة:

- كريبي كريمة
- زرداوي رندة

إشراف الأستاذ:

– د. غجاتي فؤاد

لجنة المناقشة

الأستاذ(ة) أ. د/ ضريفي الصادق.....رئيسا

الأستاذ(ة): د/ غجاتي فؤاد.....مشرفا ومقررا

الأستاذ(ة): د/ قاسم حكيم.....ممتحنا

السنة الجامعية: 2023-2024

كلـــــمة شـــكر وتـقدير

الحمد لله الذي وفقنا لهذا العمل المتواضع.

نتوجه بجليل الامتنان والشكر لكل أساتذة كليتنا المحترمين، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة البويرة الذين لم يبخلوا علينا بأية معلومة، ولم يدخروا جهدا في سبيل تكوين طلبة متمكنين في مجال تخصصهم، ونخص بالذكر أساتذة قسم القانون الخاص وعلى رأسهم الأستاذ المشرف على هذه المذكرة: الدكتور: غجاتي فؤاد، الذي واكب إنجاز هذا العمل بكل ضمير ومهنية، ووقف على جميع مراحله بتوجيهاته القيمة.

كما نشكر أعضاء لجنة المناقشة، على تخصيصها وقتا لقراءة مذكرتنا وتقييمها.

إهـــــداء

الحمد والشكر لله حتى يبلغ الحمد منتهاه

أهدي هذا العمل

إلى من تعهداني بالرعاية والتربية منذ الصغر أبي الغالي الذي كان حاضرا من أجلي في كل وقت حفظه الله وأمي التي مافتأت تذكرني بأحلامي التي تناسيتها بفعل السنين، ظلت مؤمنة بي وبأني أستحق النجاح حفظك الله يا روحي.

إلى عائلتي الصغيرة، زوجي وسندي وادي محمد الصغير الذي دعمني ولم يتخلى عني في أصعب الظروف حفظك الله.

إلى ثمرات قلبي وبهجة حياتي أولادي حفيظ، لقمان، والمشاكس الصغير أمير لطفي حفظهم الله وأنبتهم نباتا حسنا.

إلى من جمعتني بهم رابطة الدم وذكريات الصبا اخوتي ذخري وسندي في الحياة زبير، جلول، عادل، طارق، هشام، خيرالدين، يزيد

أخواتي العزيزات زوجات إخوتي وصديقاتي

أسماء، نعيمة، راضية، خديجة، فريدة، لينا حفظكم الله.

زرداوي رندة

إهـــــداء

إلى التي رآني قلبها قبل عينيها واحتضنتني أحشاؤها قبل يديها إلى شجرتي التي لا تذبل أمي الحبيبة حفظها الله.

إلى قدوتي الأولى ونبراسي في الحياة، إلى من رفعت رأسي عاليا افتخارا به أبي الغالي أدامه الله ذخرا لي.

إلى جميع أفراد عائلتي إخوتي وأخواتي خاصة الشمعة التي تنير لي دربي أختي العزيزة الغالية خليدة.

إلى جوهرتي المضيئة ولؤلؤتي ابنتي حبيبتي ألاء.

إلى أبنائي الأعزاء: عبد الله، محمد مهدي، عبد الرحمان حفظهم الله تعالى ورعاهم.

إلى زوجي وسندي في الحياة بن سعدية يوسف.

كريمة كريبي

مقدمة

مقدمة:

باعتبار الأسرة هي اللبنة الأساسية لبناء المجتمع، فإنه لا يمكن إنكار مدى تأثيرها على نشأة الطفل الذي يعد أساس المجتمع، لذلك لابد من احتوائه والسهر على تربيته تربية سليمة وإرشاده إلى الصواب، حتى يصير فردا صالحا في المجتمع منضبط الأخلاق والسلوكيات.

و الأصل هو نشأة الطفل ضمن محيط أسري وفي كنف أسرة تضمن له الاستقرار والأمن، إلا أنه أحيانا لا يحظى بهذا الدفء الأسري لأسباب قد تؤدي لحرمانه من أهم حقوقه في النشأة السوية وتحول بينه وبين ترعرعه في حضن والديه البيولوجيين.

وفي هذه الحالة كان لابد من توفير الرعاية الأسرية له سواء في أسرة بديلة أو في مؤسسات إيوائية، فبالنسبة للأسرة البديلة فتتمثل في نظام التبني الذي كان سائدا قبل مجيء الإسلام وحرم بعد ذلك وحل محله عقد الكفالة هذا في الفقه الإسلامي، أما في التشريع الجزائري فقد اعتمد المشرع عقد الكفالة كنظام لحماية القصر المتخلى عنهم سواء كانوا معلومي النسب، تم التخلي عنهم لظروف اجتماعية أو اقتصادية أو غيرها من الظروف التي واجهت أهاليهم، مما أجبرهم على تسليمه لشخص آخر للتكفل به ورعايته. أو كانوا مجهولي النسب أو اليتامى أو من ضحايا الحروب أو الإرهاب.

أما المؤسسات الإيوائية فمهما اجتهدت وتفانت في عملها من تربية ورعاية ونفقة وغيرها من الأمور المادية، إلا أنها لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تمنح للطفل الشعور بالانتماء إليها فالأسرة فقط من تمنحه إياه.

وعليه فإنه من الناحية الإنسانية والشرعية والقانونية وجب ضمان حماية هذه الفئة من الأطفال وحفظهم من التشتت والضياع والانزلاق خلف الآفات الاجتماعية التي تتربص بهم في الشارع.

أسباب اختيار الموضوع:

الأسباب الشخصية:

رغبتنا في دراسة الموضوع بتفاصيله، وكذا اهتمامنا بشؤون الأسرة والمجتمع، وما يستجد عليها من مسائل وإشكالات عملية، والتي لها ارتباط بحياة الفرد الاجتماعية وباستقرار الأسرة.

الأسباب الموضوعية:

هي انتشار مجهولين النسب وكذا الأطفال المتخلى عنهم من طرف أوليائهم في مجتمعنا، وهذا ما فرض علينا ضرورة البحث عن الحلول لكي يدمجون في المجتمع، وكذا جعلهم أفرادا ناجحين ومنتجين.

أهداف الدراســـة:

إن لهذه الدراسة عدة أهداف نستطيع تجميعها فيما يلي:

1- إزالة الغموض الذي تحتوي عليه العديد من العناصر وتبيان الثغرات الموجودة في النظام القانوني للأسرة البديلة.

2- إيضاح وإبداء النواقص كعدم ذكر تعريف واضح للأسرة البديلة خاصة وأن المشرع لم يذكر الأسرة البديلة في ولا مادة من قانون الأسرة الجزائري.

صعوبات الدراسة:

الصعوبات التي وقفت في طريقنا ونحن نبحث في موضوعنا هي:

- قلة المراجع.
- خلو المكتبات من الدراسات المستحدثة.
- عدم وجود تعريف واضح للأسرة البديلة في القانون الجزائري لأنه مصطلح جديد.

أهمية الدراســـة:

هذه الدراسة تهدف إلى الوقوف على دور الأسرة البديلة في مواجهة مشكلة مجهولين الوالدين من خلال التعرف على دور هذه الأسرة البديلة وما هو المتوقع منها وما هي الأهداف التي ينبغي تحقيقها من خلالها، والعوامل المؤثرة في أداء أدوارها بشكل ايجابي، وما هي المشكلات التي يعاني منها هؤلاء الأطفال داخل الأسرة البديلة، أيضا نحاول من خلال دراستنا تقييم لائحة الرعاية البديلة، والتي تقع ضمن اللائحة التنفيذية لقانون الطفل، وذلك للوقوف على نقاط القوة والضعف الموجودة فيها، والكشف عن مدى قدرة هذه اللوائح على المساهمة في نجاح الأسر البديلة على أرض الواقع.

الإشكالية الرئيسية:

- **ماذا يعنى بنظام الأسرة البديلة في النظام التشريعي الإسلامي والتشريعات الدولية والوطنية، وكيف تم تطبيقه؟**

المناهج العلمية المتبعة في هذه الدراسة:

اعتمدنا في مذكرتنا على المناهج التالية:

- **المنهج المقارن:** من خلال بيان الدراسة الأصولية والشرعية والقانونية للأسرة البديلة والتطرق إلى موقف الشرع والقانون من الأسرة البديلة، وكيف جاء الإسلام ببديل لنظام التبني المحرم.
- **المنهج الاستقرائي:** وذلك من خلال تتبع الجزئيات الموجودة في كتب فقهاء الشريعة والقانون، والاستدلال بها لبيان صحة الفكرة.
- **المنهج التحليلي:** وذلك لتحليل النصوص التشريعية والاتفاقيات الدولية والإقليمية المتعلقة بالدراسة.

خطة البحث:

للإجابة على الإشكالية المطروحة اعتمدنا الخطة التالية القائمة على فصل تمهيدي وذلك للتعريف بالأسرة البديلة وأشكال رعاية الطفل فيها، كما قسمنا خطتنا إلى فصلين تطرقنا في الفصل الأول إلى الأسرة البديلة للطفل في الفقه الإسلامي، حيث أن النظام الذي كان سائدا قبل مجيء الإسلام هو التبني وكيف حرم وحل محله عقد الكفالة، أما في الفصل الثاني فتطرقنا إلى تطبيقات الأسرة البديلة بين الاتفاقيات الدولية والتشريع الجزائري.

ويأتي تفصيلها كالتالي:

الفصل التمهيدي: مفهوم الأسرة البديلة وأشكال رعاية الطفل فيها.

المبحث الأول: مفهوم الأسرة البديلة.

المطلب الأول: تعريف الأسرة البديلة وأهميتها.

المطلب الثاني: دور وأهداف الأسرة البديلة.

المبحث الثاني: أشكال رعاية الطفل في الأسرة البديلة.

المطلب الأول: نظام الرعاية عن طريق الكفالة.

المطلب الثاني: نظام الرعاية ضمن المؤسسات الإيوائية.

الفصل الأول: الأسرة البديلة للطفل في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول: نظام التبني وحكمة تحريمه في الإسلام.

المطلب الأول: مفهوم التبني وحكمه في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: التحديات الواقعة على الأسرة المسلمة المترتبة عن إشكالية الأسرة المتبنية.

المبحث الثاني: نظام الكفالة وحكمها في الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول: مفهوم نظام الكفالة.

المطلب الثاني: أحكام الكفالة وشروطها في الفقه الإسلامي.

الفصل الثاني: تطبيقات الأسرة البديلة بين الاتفاقيات الدولية والتشريع الجزائري.

المبحث الأول: إقرار الأسرة البديلة في الاتفاقيات الدولية.

المطلب الأول: إقرار الأسرة البديلة في الإعلان العالمي لحقوق الطفل.

المطلب الثاني: إقرار الأسرة البديلة في توصيات الأمم المتحدة.

المبحث الثاني: إقرار الأسرة البديلة في التشريع الجزائري.

المطلب الأول: الحماية الدستورية للطفل في إطار الأسرة الأصلية والبديلة.

المطلب الثاني: إقرار الأسرة البديلة في القوانين الخاصة.

خاتمة.

الفصل التمهيدي:

مفهوم الأسرة البديلة وأشكال رعاية الطفل فيها

الفصل التمهيدي:

مفهوم الأسرة البديلة وأشكال رعاية الطفل فيها

لقد تعددت أنظمة ومجالات حماية الطفولة وتنوعت لتشمل أبرزها وهو نظام الرعاية البديلة، هذا النظام الذي يعنى برعاية الأطفال المحرومين من الرعاية الأسرية، إما من قبل مؤسسات إيوائية أو أسر بديلة.

المبحث الأول:

مفهوم الأسرة البديلة

سنتطرق في هذا المبحث إلى تعريف الأسرة البديلة وأهميتها، وكذا دور وأهداف نظام الأسرة البديلة.

المطلب الأول:

تعريف الأسرة البديلة وأهميتها

الفرع الأول: تعريف الأسرة البديلة:

الأسرة البديلة هي الأسرة الكفيلة أو المتبنية أو الملحقة، والتي تقوم باحتضان الطفل المحروم من رعاية الوالدين (الرعاية الأسرية)، بدلا من العيش داخل مؤسسة إيوائية لتعويضه عن أسرته التي حرم منها، ليكتسب منها ما ينقصه من الاحتياجات الفردية والضرورية في تكوينه الاجتماعي والنفسي، وينهل منها المبادئ والقيم الدينية والأسرية، والمفاهيم الاجتماعية العامة، التي لا يمكن أن يحصل عليها في المؤسسة الإيوائية. هذا ويتم إلحاق الطفل بالأسرة البديلة إما عن طريق نظام التبني أو عن طريق الكفالة، وهذا طبعا يخضع للنظام الذي تأخذ به كل دولة[1].

تعد الأسرة البديلة من بين المؤسسات الاجتماعية التي تتكفل بتحقيق حاجات الطفل بدل الأسرة الطبيعية، حيث توفر له الكفالة والرعاية الأسرية والتربوية والصحية.....الخ.

الفرع الثاني: أهمية الأسرة البديلة في الرعاية الاجتماعية للطفل غير الشرعي

ونعني هنا الأسرة التي تدل من الناحية السوسيولوجية أنها جماعة اجتماعية يتألف بناءها من زوج وزوجة وأولاد أحيانا ولها مواردها المالية الخاصة ونشاطها العادي، وتعيش حياتها في

[1] بن طيبة صونيا، الرعاية البديلة للطفل على ضوء التشريع الجزائري. مخبر القانون المقارن والدراسات الاجتماعية والاستشرافية، جامعة العربي التبسي، تبسة 2022. ص25و26.

إطار المجتمع الأكبر، كما أن لها وظيفة اجتماعية في الحياة العامة، ووقع عليها الاختيار للقيام برعاية طفل من غير أبناءها مع توافر شروط الصلاحية لهذه الرعاية فيها.[1]

ويلاحظ أن المفهوم صار أكثر شيوعا في مجتمعنا والذي يكفل الطفل غير الشرعي، ويمده بالاهتمام والرعاية النفسية والاجتماعية والتربوية والصحية والعقلية، لنشأة سليمة وتعويضهم النقص الذي يعانون منه، نتيجة حرمانهم من الوسط الطبيعي الذي ينتمي له الأطفال الشرعيين[2].

وذلك أن هذه المؤسسة التي تشابه الوسط الطبيعي حسب بعض الدراسات تؤكد تفوق رعاية الأسرة البديلة للطفل على الرعاية المؤسساتية بمراحل عديدة[3].

كما أثبت أن الطفل الذي ينشأ في دور الرعاية يعيش حالة من العزلة تمنع نموه اللغوي والنفسي والعاطفي، كما تبين أن نسبة كبيرة من الأطفال يموتون داخل دور الرعاية هذه، مع توافر الخدمات الطبية والتغذية الجيدة[4].

فالطفل غير الشرعي مثله مثل أي طفل، يولد في أسرة طبيعية يحتاج للحماية والرعاية وتوفير كل ما يلزمه من مأكل وملبس وتعليم ورعاية صحية وتنشئة اجتماعية خالية من التعقيدات، وهذا يقودنا إلى تناول حقوق الطفل غير الشرعي في إطار الحقوق التي نالها كل أطفال العالم دون النظر إلى لونهم وعرقهم وانتماءهم، ومن ضمن حقوق الأطفال غير الشرعيين[5]:

---

[1] حمدان بن عبيد العتيبي. تجربة الأسر البديلة لرعاية الأحداث من الانحراف. الرياض. جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية 2010. ص08.

[2] اليونسيف 1997 ص06.

[3] اليونسيف 1997 ص27.

[4] اليونسيف 1997 ص27، 28.

[5] زياد علي الجرجاوي وعبد الفتاح عبد الغني الهمص، درجة تقبل اللقطاء في المجتمع الفلسطيني، فلسطين، جامعة غزة، كلية التربية (2010، 2011) ص16، 17..

1-تنشئته على التحلي بالأخلاق الفاضلة وتنمية الوعي باحترام أبويه ومحيطه العائلي والاجتماعي.

2-الحق في حصوله على أعلى مستوى من الصحة والتعليم.

3-الحق في التعبير عن رأيه بحرية وفقا لسنه ودرجة نضجه.

4-الحق في أن يكون له اسم يميزه وأن لا يكون هذا الاسم منطويا على تحقير أو مهانة لكرامة الطفل أو منافيا للعقائد الدينية.

5-حقه في الرعاية البديلة سواء من قبل الأسر الحاضنة(البديلة) أو من قبل مؤسسات الرعاية التي توفر له الرعاية المادية والعاطفية والدينية والتعليمية والصحية والاجتماعية.

6-الحق في الحماية من جميع صور العنف والإساءة البدنية والنفسية والتحقير والاستغلال في المجتمع الذي ينتمي إليه.

7-تقبله وعدم رفض وجوده لأن لا ذنب له في ذلك وتقبله في إطار الأسرة البديلة التي تتكفله.

ومن هنا تظهر الأهمية البالغة للأسرة البديلة في تطبيق مثل هذه البنود ذات البعد الإنساني الذي يحفظ للطفل اللقيط أو المنبوذ أو غير الشرعي أو المجهول النسب حياته، وتقبله في المجتمع دون تمييز.

المطلب الثاني:

دور وأهداف الأسرة البديلة

الفرع الأول: دور الأسرة البديلة:

للأسرة البديلة دور فعال في اندماج الطفل في المجتمع، وذلك بإتباعها مجموعة من الأساليب التربوية لتعريفها بوضعيته الحرجة، وهذه الأخيرة كثيرا ما تخلق مشكلات عديدة قد تؤثر على الأسرة البديلة بشكل عام والطفل بشكل خاص، كعدم تقبله وتحميله خطأ لم يكن له ذنب فيه ونبذه، وقد يعتبر في كثير من الأحيان وصمة عار وجرم يحاسبه عليه المجتمع[1].

[1] فتيحة بن فرحات، دور الأسرة البديلة في اندماج الطفل غير الشرعي في المجتمع، جامعة البليدة 2. الجزائر ص 01

فلقد أشار علماء النفس إلى أن الأسرة هي المسؤولة شرعا وقانونا واجتماعيا عن رعاية أبنائها وإشباع حاجاتهم، سواء كانت أساسية أو ثانوية من مأكل ومشرب وملبس ومسكن.....الخ.

بالإضافة إلى الإشباع النفسي والاجتماعي عن طريق الحنان والدفء الذي يعطيه الوالدان لأبنائهما، وإشباع الحاجات يكون بطريقة سوية دون إفراط أو تفريط، وبطريقة متوازنة حسب الأولويات[1]. وتقع مسؤولية رعاية هؤلاء الأطفال الذين حرموا من الرعاية الأبوية لأي سبب من الأسباب على المجتمع بجميع مؤسساته، فرعاية المجتمع هي منظومة شاملة ومتكاملة للعديد من الخدمات المقدمة من طرف الدولة كالرعاية الصحية والتعليمية والثقافية وغيرها، فأي تقصير يصاحبه مشاكل عديدة[2].

تعتبر الأسرة البديلة مؤسسة اجتماعية تتكفل بتلبية حاجات الطفل بدل الأسرة الطبيعية، لأن جو الأسرة البديلة أشبه بجو الأسرة الطبيعية، كما أن للأسرة البديلة أثر على الطفل لا يقل أهمية عن أثر الأسرة الطبيعية، إلا في حالات كعدم تقبل الأطفال لهذه الرعاية، أو عدم ملائمة بعض الأطفال لمثل هذه الأسر.

الفرع الثاني: أهداف نظام الأسرة البديلة

يهدف نظام الأسر البديلة إلى جعل الطفل فاقد الرعاية ينشأ بين أحضان أسرة طبيعية تعوضه عما فقده من حنان بفقدان والديه أو عجزهما من رعايته، ومن المعلوم تفوق رعاية الأسرة البديلة للطفل على الرعاية المؤسساتية بمراحل عديدة، إذ يتوفر للطفل العيش وسط أم وأب يمنحانه الحنان والعطف، مما قد يفتقده في حالة عيشه في بيئة مؤسسة إيوائية، أو في دور التربية الاجتماعية.

---

[1] أبو النيل محمد السيد، علم النفس الاجتماعي، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ج2، ط4، بيروت، لبنان 1985، ص259.

[2] منى عبد اللطيف عد الحمدي جاد الحق، قصور الرعاية الاجتماعية وعلاقته البسيكوماتية والانحرافات السلوكية لدى أبناء المؤسسات الرسمية والأهلية، رسالة ماجستير، كلية الآداب جامعة الزقازيق، مصر2005ص03.

هذا وقد ثبت بالدراسة أن الطفل داخل الدور يعيش حالة من العزلة تمنع نموه اللغوي والنفسي والعاطفي، كما تبين أن نسبة كبيرة من الأطفال يموتون داخل دار الرعاية، هذا مع توفر الخدمات الطبية والتغذية الجيدة.

وعملية الكفالة يتوقع أن تزداد بشكل كبير في العقود القادمة نظرا للتغيرات الاجتماعية والأخلاقية الحالية والمتوقعة، والتي أدت إلى ضعف نسبي في الروابط الأسرية وزيادة معدلات الطلاق والعلاقات غير الشرعية.

- يبقى أن الدعوة إلى نظام الأسر البديلة ليس على إطلاقه، فإن لم يتوفر تحر دقيق عن الأسرة الراعية في الكفالة وحسن اختيار، وإشراف شامل ودعم مالي ومعنوي للأسر، فإننا قد نجني على هؤلاء الأطفال ونأثم أكثر بسبب ذلك الحرمان[1].

[1] بن طيبة صونيا، نفس المرجع السابق ص26.

المبحث الثاني:

أشكال رعاية الطفل في الأسرة البديلة

يمكن أن تشمل الرعاية البديلة للأطفال المحرومين من أسرهم عدة أشكال نذكر منها: الكفالة والمؤسسات الإيوائية.

المطلب الأول:

نظام الرعاية عن طريق الكفالة:

الفرع الأول: تعريف الكفالة:

يرى القانون الجزائري أن الكفالة إلزام على وجه التبرع للقيام بتربية ورعاية ابن قاصر سواء كان هذا الابن شرعيا أو غير شرعي، بشرط أن يكون الكافل متمتعا بالسمعة والصحة الجيدين وهذا ما جاءت به المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري، كما يجب أن يكون الكافل مسلما وعاقلا ومؤهلا للقيام بهذه المسؤولية، وهذا ما جاء في المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري، كما للكافل الحق في الولاية القانونية فيما يتعلق بالمنحة الدراسية والعائلية وهذا ما جاء في المادة 121من نفس القانون، وسنتطرق لهذا بالتفصيل في الفصل الثاني.

الفرع الثاني: أشكال الكفالة:

الكفالة في إطار الأسرة البديلة لها أشكال نذكر منها:

أولا: كفالة الطفل في الأسرة البديلة المدفوعة الأجر: ففي هذا الشكل من الكفالة تمنح الدولة الأسرة البديلة أجرا مقابل رعاية وحماية الطفل غير الشرعي، وتقدر ب: 300 إلى 400 دج في الشهر مع مستلزمات أخرى تقدمها الدولة، وتتعلق بمصاريف اللباس والتمدرس خاصة.

ثانيا: كفالة الطفل في الأسرة البديلة بدون أجر: وهذا الشكل من الكفالة تقوم به الأسر المحرومة من الإنجاب، فالجزائر تشترط على الأسرة البديلة تقديم ملفا كاملا لمديرية النشاط

الاجتماعي من أجل كفالة الطفل، فتقوم هذه المديرية بتفقد وضع الأسرة الكفيلة من مختلف الجوانب، حسب ما يقر به القانون، فإذا كانت وضعيتهم جيدة يقبل ملفهم ويمنح لهم الطفل[1].

المطلب الثاني:

نظام الرعاية ضمن مؤسسات ايوائية

الفرع الأول: تعريف المؤسسات الإيوائية والفئات المستفيدة منها

أولا: تعريف المؤسسات الإيوائية

وهي الرعاية التي تقدم للأطفال مجهولي الوالدين في مؤسسات رسمية وفق النظام الداخلي لكل مؤسسة، والذي تعتمده الدولة من حيث العناية بهم وكفالتهم وتقديم الرعاية لهم من كافة النواحي الصحية والتربوية والاجتماعية، وذلك حتى يستطيعوا العيش معتمدين على أنفسهم أو حتى تحتضنهم أسر بديلة.

والمؤسسات الإيوائية هي مؤسسات تقوم على رعاية بديلة للأطفال (الأيتام- مجهولي الوالدين-المشردين.....) سواءا كانت هذه المؤسسات تابعة للدولة أو للمجتمع (الجمعيات الخيرية).وغالبا ما يكون لهذه المؤسسات نظامها الداخلي الذي ينظم شروط قبول الأطفال سواء من حيث العمر، الفقدان المؤقت أو الجزئي للرعاية البديلة، الوضع الاقتصادي للطفل وأسرته، سلامة الطفل وإعاقته، وغير ذلك من الشروط الأخرى بما فيها ما يرتبط بالعاملين فيها وخصائصهم وتأهيلهم وجنسهم.....الخ[2].

تعتمد هذه المؤسسات في الغالب على التخطيط لبرامج الرعاية والأنشطة المختلفة، والإشراف على تنفيذها ومتابعتها من قبل لجان فنية تشكل لهذا الغرض، إذ يجري التنسيق بين الأنشطة الاجتماعية والتعليمية والرياضية والترفيهية، وشغل أوقات الفراغ وغير ذلك من الأمور.

---

[1] فتيحة بن فرحات، نفس المرجع السابق ص04 و05.

[2] بن طيبة صونيا، نفس المرجع السابق ص 28و29.

أما البرامج والأنشطة في مؤسسات الإيواء فهي: الإيواء الكامل والرعاية الصحية والاجتماعية والتعليمية والثقافية والنشاط الترفيهي والرياضي.

هذا ويتم الإلحاق بهذه المؤسسات وفق شروط لقبول الأطفال من حيث (العمر–الجنس– الوضع الاقتصادي للطفل وأسرته– سلامة الطفل وإعاقته)، وغير ذلك من الشروط الأخرى.

ثانيا: الفئات المستفيدة من الرعاية المؤسساتية

- الأطفال مجهولي النسب أو غير الشرعيين الذين يتخلى عنهم ذويهم.
- الطفل يتيم الأبوين أو إحداهما، ويثبت من البحث الاجتماعي إعسار الأسرة والحاجة الملحة إلى رعاية أبنائها بالمؤسسة.
- الأطفال الضالون الذي لا يمكنهم الإرشاد عن ذويهم وتعجز السلطات المختصة عن الاستدلال على محال إقامتهم.
- الأطفال الذين يتعذر رعايتهم في أسرهم الطبيعية مثل: أبناء(المسجونين أو نزلاء مستشفيات الأمراض العقلية وغيرها) بشرط عدم وجود كفيل مؤتمن يرغب في رعاية الطفل، أو إعسار الأسرة في رعاية الطفل.
- أطفال الأسر المتصدعة بسبب الطلاق أو زواج أحد الوالدين أو كليهما أو الهجر وغيرها، ويثبت من البحث الاجتماعي عدم وجود كفيل مؤتمن يرغب في رعاية الطفل، أو إعسار الأسرة في رعاية الطفل[1].

الفرع الثاني: المشاكل والمعوقات التي تواجه مؤسسات الرعاية البديلة

أولا: أهم المشاكل والسلبيات التي تنعكس على الطفل في المؤسسات الإيوائية

بالرغم من مميزات وإيجابيات مؤسسات الرعاية البديلة كآلية من الآليات التي تستهدف حماية الطفولة التي تفتقد للمأوى، إلا أنه لا مناص من المشاكل والسلبيات التي تخلفها هذه الأخيرة في حق الطفل والتي نذكر منها:

[1] بن طيبة صونيا، نفس المرجع السابق ص29 و30.

- مشاكل صحية ناجمة عن الإهمال الصحي كالخدوش والكدمات والكسور.
- غياب الرعاية المسلكية والتربوية السليمة كتبادل الألفاظ البذيئة والتنابذ بالألقاب.
- مظاهر الحزن والإذلال كتعرضهم على مدار الساعة لأقصى أنواع الإساءات اللفظية من قبل المؤتمنين أنفسهم.
- الإهمال الغذائي ويتمثل في التمييز بين الأطفال من حيث تقديم الرعاية الغذائية وكميات الطعام.
- الإهمال البيئي وهذا داخل المؤسسة في حد ذاتها، إذ أغلب المؤسسات تعاني من التصدع وقلة النظافة.
- السرقة والكذب ومشاكل أخرى.
- التدخين والإدمان كوجود مظاهر سلوكية إدمانية بين المؤتمنين على الأطفال وفي صفوف الأيتام على حد سواء كالتدخين مثلا.
- إنخفاض المستوى التعليمي: نسبة عالية من الأمية التعليمية تسود أوساط العاملين ولعلها انعكست بوضوح على أوساط الأطفال.
- العنف المؤسساتي: الضرب بأنواعه وأنماطه وأدواته وقسوته هو سلوك يومي يمارسه المؤتمنون بحق هؤلاء الأيتام على مدار الساعة.مما جعل العنف والشجار بينهم.
- انعدام الأمن فأغلب المؤسسات تعاني ضعف في الحراسة الليلية وسهولة اختراق الأسوار وعدم إنارة الأسوار وانعدام الرقابة الإلكترونية[1].

ثانيا: تقييم واقع المؤسسات الإيوائية

على الرغم من وجود البرامج والخدمات في مجال الرعاية البديلة على أرض الواقع، إلا أن مفهوم الرعاية البديلة كمصطلح لا يزال حديثا ونسبيا على المستوى الوطني، وما تزال الشرائح المستهدفة في هذه الرعاية غير واضحة ومحدودة حيث تتركز الجهود الوطنية على فئتي الأيتام ومجهولي الوالدين فقط.

[1] بن طيبة صونيا، المرجع السابق، ص 31 و32 و33.

في حين أن بقية الأطفال يتم رعايتهم من قبل الأمهات الأرامل. ونتيجة الممارسات الطويلة للمنظمات غير الحكومية في مجال رعاية الأيتام بدأ في السنوات الأخيرة ظهور مبادرات وبرامج تهدف إلى تمكين الأطفال من البقاء في أسرهم ودعمهم في إطار هذه الأسر لعدة اعتبارات أهمها: "مصلحة الطفل. والكلفة المالية لرعاية الطفل في إطار الرعاية الأسرية مقارنة بالكلفة المالية لرعاية الطفل في إطار الرعاية المؤسساتية[1].

وعموما فإن الدور الحقيقي لمؤسسات الرعاية الاجتماعية لا يجب أن يكون الرعاية البديلة أي أن تقوم المؤسسة مقام الأسرة الطبيعية، وإنما الرعاية المكملة أي أن تقوم المؤسسة بالتعاون مع الأسرة من أجل استكمال نواحي النمو المختلفة للأطفال، أي أن الأمر يجب أن يتحول من أخذ دور الأسرة والعمل بدلا منها، إلى العمل في تعاون مع الأسرة، من أجل أن تتحمل الأسرة مسؤولياتها وتتخذ قراراتها في شؤونها الخاصة، فليس أقدر من الأسرة على الرعاية والاهتمام بأبنائها، وأن دور المؤسسة مهما بلغ فلن يغني عن دور الأسرة الطبيعية[2].

[1] محمد العربي بدرينة، أثر الحرمان من الوالدين على شخصية الطفل، دراسة ميدانية بمدينة الجزائر 1988، رسالة ماجستير، عين شمس، مصر، كلية الآداب ص من13إلى 17.

[2] بن طيبة صونيا، نفس المرجع السابق ص34.

وكخاتمة للفصل سنتحدث عن مزايا وعيوب الأسرة البديلة ففي الجزائر فإن إلحاق الطفل بالأسرة البديلة يتم عن طريق نظام الكفالة، وبتدخل مديرية النشاط الاجتماعي، على أن تكاليف ومصاريف هذا الطفل يتحملها الكفيل وحده، لذا فإنه يشترط لتقديم طلب الكفالة أن يكون الطالب ميسور الحال وإمكانياته المادية كافية هذا بعد دراسة الحالة الاجتماعية والمادية للأسرة الكفيلة والاطمئنان على سلامتها من الناحية الاجتماعية والمادية والأخلاقية، وذلك بواسطة الأخصائيين الاجتماعيين والنفسيين يتم إلحاق الطفل بهذه الأسرة.

تتمثل مزايا الأسرة البديلة فيما يلي:

- حل مشكلة العقم في الأسرة باستحضار طفل يلبي دوافع الأمومة والأبوة داخل الأسرة.
- الرغبة في الأجر والشفقة والرحمة تجاه هذا الطفل، وعدم انتظار أي مكافأة دنيوية.
- أغلب الأسر تتعلق بالطفل سريعا وتتعاطف معه، مهما اختلفت أسباب كفالتها وهذا ما أثبتته التجارب.

وفي كل الحالات ربما يعاني الطفل مشكلات تربوية في أسرته البديلة يمكن إجمالها كالتالي:

- التدليل خاصة إذا كانت الأسرة قد عانت لفترة طويلة الحرمان من طفل بسبب العقم.
- الحماية الزائدة وخاصة إذا كانت الأم البديلة عصبية تجعلها شديدة الحرص وشديدة الخوف عليه.
- الإهمال وهذا يحدث في حالة الأسرة التي تكفل الطفل مقابل مكافأة مادية.
- النبذ ويحدث شعوريا أو لا شعوريا نتيجة الوصمة الاجتماعية التي يحملها هذا الطفل كونه لقيطا أو منبوذا من أسرته الأصلية.
- التفرقة في التعامل إذا كان المكفول يعيش في أسرة بها أطفال آخرين من صلب الأب والأم.

الطفل المكفول بعد أن يعرف حقيقة كفالته تحدث لديه ازدواجية في الانتماء يجسدها في خياله بين الأبوين الحقيقيين والأبوين الكافلين، ويحدث لديه صراع بين هذين الانتماءين فيخرج عدوانه نحو الأبوين المتبنين لأن الأبوين الأصليين غير متاحين.

ويظل الطفل المكفول يحلم برؤية أبويه الأصليين ويسعى لذلك كثيرا، وحين يقابلهم أو يقابل أحدهم لا يشعر ناحيتهم بمشاعر قوية ولكنه يطمئن إلى هويته وأصله، لذا ينصح بضرورة إخضاع الأسر البديلة لدورات تأهيله[1].

[1] بن طيبة صونيا، نفس المرجع السابق ص 26و27 و28.

الفصل الأول:

الأسرة البديلة للطفل في الفقه الإسلامي

الفصل الأول:

الأسرة البديلة للطفل في الفقه الإسلامي

حثت الشريعة الإسلامية على حماية كل شخص يحتاج للرعاية، وبشكل خاص من يفقد والديه مثل اليتيم أو مجهول النسب، وللحفاظ على الأسرة وحمايتها يعتبر من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية من خلال جلب المصالح ودرء المفاسد، أين أقرت تحريم التبني الذي كان يسود في عصر الجاهلية وتعويضه بالكفالة، لذا سنتطرق في هذا الفصل إلى نظام التبني وحكمة تحريمه في الإسلام، والتحديات الواقعة على الأسرة المسلمة المترتبة عن إشكالية الأسرة المتبنية، ونظام الكفالة وكيف حلت محل التبني.

المبحث الأول:

نظام التبني وحكمة تحريمه في الإسلام

لقد كان التبني مشهورا عند العرب في الجاهلية كغيرهم من الأمم يلحقون بأنسابهم وأسرهم من شاءوا عن طريق التبني، فللرجل أن يضيف إلى بنوته من يختاره من الفتيان، ويعلن ذلك فيصبح واحدا من أبنائه، له ما لهم وعليه ما عليهم.

المطلب الأول:

مفهوم التبني وحكمه في الشريعة الإسلامية

تعددت التعاريف حول التبني، غير أن حكمه واحد تحريم الإسلام للتبني، لذا سنتطرق إلى تعريفه ثم إلى حكمه وذلك بالاستدلال من الكتاب والسنة.

الفرع الأول: مفهوم التبني

أولا: تعريف التبني: التبني بمفهومه الواسع له معنيين لغوي واصطلاحي.

لغة: التبني من تبنى تبنيا، أي ادعى بنوته واتخذه ابنا، وأصله بنى وهو بناء الشيء يضم بعضه إلى بعض، ومنه ضم الولد إلى الرجل.[1]

اصطلاحا: لقد تعددت التعريفات حول التبني من قبل الفقهاء ودارسي القانون، فمنهم من عرفه حسب مضمونه ومنهم من عرفه حسب غايته.

1-التبني أن يتخذ الشخص ابن غيره المعروف نسبه ابنا له.[2]

---

[1] علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، قاموس المصطلحات وتعريفات علم الفقه والفلسفة والمنطق والتصوف والنحو والصرف والعروض والبلاغة، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، مصر 2004 ص33.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، أحكام الزواج، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ط6، 2010 ص418.

2-التبني هو أن يعهد إنسان إلى آخر معلوم النسب أو مجهول النسب، وينسبه إلى نفسه.[1]

3-التبني هو ادعاء بنوة طفل مجهول النسب بإسناده إلى شخص آخر معلوم النسب دون مسوغ شرعي.[2]

4 التبني هو أن يضم الرجل طفلا إلى نفسه مع علمه أنه ولد غيره ومع هذا يلحقه بنسبه وأسرته، ويثبت له كل أحكام البنوة وآثارها مع إباحة اختلاط وحرمة الزواج واستحقاق الميراث.[3]

ثانيا: خصائص التبني

يتميز نظام التبني بعدة خصائص تميزه عن غيره من الأنظمة المشابهة وهي:

- تعود جذور نظام التبني إلى عصور الجاهلية، والمجتمعات الغربية عند الرومان واليونان.

-يرد التبني على الأطفال القصر ذكورا وإناثا، ويتم إلحاق نسب المتبني القاصر بنسب المتبنى، وجعله بمرتبة ابنه الشرعي وذلك بمساواته في الحقوق كأن يرث معه بنفس المرتبة[4].

- إمكانية تبني أي شخص بغض النظر عن جنسيته.

- يغلب على التبني الطابع الشكلي[5]،(02) والإجرائي فهو بمثابة عقد بين المتبني والهيئات المتكفلة بالطفل المتبني.

- يتميز التبني بخاصية أنه يتم بموجب حكم قضائي، بعد إجراءات تحقيق معمقة رعاية لمصلحة الطفل الفضلى هذا بالنسبة للدول التي تأخذ بنظام التبني.

---

[1] عمر بن محمد السبيل، أحكام الطفل اللقيط، دراسة فقهية مقارنة ط1، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض 2005.

[2] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومة، الجزائر 2013 ص 151.

[3] يوسف القرضاوي، الحلال والحرام ط 2، دار البعث، قسنطينة الجزائر 1404ه 1984م ص 186.

[4] القانون رقم 58/27 المؤرخ في 04 مارس 1958 المتعلق بقانون الأحوال الشخصية التونسي.

[5] الفصل 13 من قانون رقم 27 المؤرخ في 04 مارس 1958 المتعلق بقانون الأحوال الشخصية التونسي.

الفرع الثاني: حكم تحريم التبني في الشريعة الإسلامية

أولا: من القرآن الكريم

قال الله تعالى: ﴿**وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ۚ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُمْ ۖ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ (4) ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ ۚ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ**﴾[1].

لقد جاءت هاتين الآيتين لتهدما نظاما اجتماعيا كان سائدا في الجاهلية، وكان له امتداد في صدر الإسلام، وقد رفع الله سبحانه وتعالى بهما حكم التبني ومنع من إطلاق لفظه.

فوجه الدلالة من هذه الآية، أن الإسلام نفى التبني، فلا يكون نظامه مشروعا في الإسلام، وإنما أمرنا الإسلام بأن ننسب الأدعياء إلى آبائهم، إذا كانوا معروفي الآباء، فقال تعالى: "**ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ**"، أما إذا كانوا غير معروفي الآباء فلا ننسبهم إلى أحد، وإنما هم إخواننا في الدين ومواليينا، إذ قال تعالى: "**فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ**" وليسوا أبناء.

وقد ورد في تفسير ابن كثير[2] في قوله تعالى: "**ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ**" هو أمر ناسخ لما كان من ابتداء الإسلام من جواز ادعاء الأبناء الأجانب وهم الأدعياء، فأمر الله تبارك وتعالى برد نسبهم إلى آبائهم، في الحقيقة وإن هذا هو العدل والقسط والبر.

وورد في تفسير الظلال[3]، أن الإسلام أبطل عادة التبني التي كانت سائدة عند العرب قبل الإسلام حيث كان الرجل يعجبه ولد غيره فيتبناه، أو يعجبه مجهول النسب فيتبناه، فأبطل الإسلام ذلك وهذا لقوله تعالى: "**وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ۚ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُمْ**". فالكلام لا

---

[1] الآيتان 4 و5 من سورة الأحزاب.

[2] ابن كثير، الإمام الجليل الحافظ عماد الدين أبو الفدا إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، ج 3، مكتبة التراث، بدون تاريخ، ص 466.

[3] الطبري الإمام الحافظ، أبي جعفر محمد بن جرير الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، المجلد 10ا، دار الغد العربي، القاهرة، بدون تاريخ، ص 281.

يغير واقعا ولا ينشئ علاقة غير علاقة الدم وعلاقة الوراثة، وعلاقة المشاعر الطبيعية الناشئة بين الولد والوالدين.

وضرب الله برسوله المثل في إبطال حرمة تزوج الرجل من زوجة من تبناه، وكان زيد زوج زينب بنت جحش بنت عمة الرسول صلى الله عليه وسلم، تزوجته رغما عنها بعد أن نزل قوله تعالى: ﴿**وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ**﴾[1]. فكانت تتعالى عليه، وفزع زيد إلى الرسول في فراقها وقد أوحي إليه أنه سيتزوجها من بعده وخشي اتهام الكفار بأنه أوقع بين الزوجين واستحل الحرام حين تزوج امرأة متبناه.

وكان يقول عليه الصلاة والسلام لزيد: "**أمسك عليك زوجك واتقي الله**"، حتى نزول قوله تعالى: ﴿**وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ وَاتَّقِ اللَّهَ وَتُخْفِي فِي نَفْسِكَ مَا اللَّهُ مُبْدِيهِ وَتَخْشَى النَّاسَ وَاللَّهُ أَحَقُّ أَن تَخْشَاهُ ۖ فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا ۚ وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ مَفْعُولًا**﴾[2]، فتزوج مطلقة زيد بنت جحش، فقالوا إن محمد تزوج زوجة ابنه، ولم يكن ذلك شأنا معهودا عندهم، فأنزل الله الآية بيانا لأن الإسلام لا يقر التبني.

فأنزل الله الآية بيانا لأن الإسلام لا يقر التبني. فبهذه الواقعة حرم القرآن الكريم التبني وما كان يترتب عليه من آثار سلبية في الجاهلية.

ثانيا: السنة المطهرة والعملية

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**ليس من رجل أدعى لغير أبيه وهو يعلمه إلا كفر بالله، ومن أدعى قوما ليس له فيهم نسب فليتبوأ مقعده من النار**".

---

[1] الآية 36 من سورة الأحزاب.

[2] الآية 37 من سورة الأحزاب.

وأيضا ما رواه ابن عمر قال: أن زيد بن حارثة رضي الله عنه مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كنا ندعوه إلا زيد بن محمد حتى نزل قوله تعالى: "**وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ۚ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُمْ**".[1]

قالت سهيلة بنت يعار الأنصارية امرأة أبي حذيفة رضي الله عنها يا رسول الله إنا كنا ندعوا سالما ابنا لنا، وإن الله قد أنزل ما أنزل وأنه كان يدخل علي وإني أجد في نفس أبي حذيفة من ذلك شيئا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**أرضعيه تحرمي عليه**".[2]

وتبرز أدلة تحريم نظام التبني في السنة العملية[3]، في قوله تعالى: ﴿**وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ وَاتَّقِ اللَّهَ وَتُخْفِي فِي نَفْسِكَ مَا اللَّهُ مُبْدِيهِ وَتَخْشَى النَّاسَ وَاللَّهُ أَحَقُّ أَن تَخْشَاهُ ۖ فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا ۚ وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ مَفْعُولًا**﴾.

وثبت أن الرسول صلى الله عليه وسلم زوج الذي كان متبنيه من بنت عمته زينب بنت جحش ليحطم به فوارق الطبقات الموروثة ويحقق معنى قوله تعالى: "**إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ**". ويقرر هذه القيمة الإسلامية الجديدة بفعل عملي وواقعي، ثم شاء الله أن يحمل نبيه صلى الله عليه وسلم بعد ذلك. فيما يحمل من أعباء الرسالة مهمة إزالة آثار نظام التبني، فيتزوج من مطلقة زيد بن حارثة.

يواجه المجتمع بهذا العمل الذي لا يستطيع أحد أن يواجه المجتمع به، على الرغم من إبطال عادة التبني في ذاتها، وألهم الله نبيه صلى الله عليه وسلم أن زيدا سوف يطلق زوجته،

---

[1] البخاري الإمام الحافظ أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، كتاب التفسير، باب "أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله"، كتاب الفرائض، باب من ادعى إلى غير أبيه، ج7، حديث رقم 3209، ص265.

[2] رواه مسلم في صحيحه، كتاب الرضاعة، باب الرضاعة الكبير، ص700، والإمام أحمد في مسنده، ج 18 ص89، رقم (257889)، وأخرجه البخاري في كتاب المناقب باب رقم 5 وفي الفرائض 29والترمذي في الوصايا والولاء، وابن ماجة في الحدود والوصايا، والدرامي في السير والفرائض، وأحمد في المسند، ج 2–ص 118.

[3] الشيخ سيد قطب، تفسير الظلال، سورة الأحزاب، المجلد الخامس ج 19، دار الشروق، القاهرة، 1992–ص 2868، 2869، 2870.

وأنه سيتزوجها، للحكمة التي قضي الله بها وكانت العلاقات بين زيد وزينب اضطربت وأصبحت توحي بأن حياتهما لن تستقيم طويلا.

روى البخاري عن أنس، أن زينب كانت تفخر على زوجات النبي صلى الله عليه وسلم فتقول أنتن زوجكن أهلكن أما أنا فزوجني ربي من فوق سبع سماوات طباق[1]. وهكذا مضت تلك القصة التي تشير أبعادها إلى أنها قصة مقصودة أبطالها ثلاثة: زيد وزينب ورسول الله صلى الله عليه وسلم، وذلك لإبطال التبني عملا، وخرج الجميع منها رافعي الرأس، أما زيد فإنه كوفئ بأن ذكر في القرآن الكريم اسمه وهو الصحابي الوحيد الذي ذكر اسمه في القرآن الكريم وأصبح اسمه يتعبد بتلاوته في القرآن.

كوفئت زينب بأعظم مكافأة، وهي أن تزوجت رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصبحت أم للمؤمنين، وهي الوحيدة التي تزوجها النبي صلى الله عليه وسلم بأمر من الله من فوق السماوات السبع الطباق. وأما رسول الله صلى الله عليه وسلم فمكافأته أداء الرسالة وتبليغ الأمانة والآخرة خير وأبقى. وبهذا تأكدت حرمة التبني وبطلانه في السنة العملية[2].

المطلب الثاني:

التحديات الواقعة على الأسرة المسلمة المترتبة عن إشكالية الأسرة المتبنية

الأسرة المتبنية كأحد أشكال الأسر البديلة تطرح تحديات كثيرة تهدد استقرار وأمن الأسرة المسلمة، وقد طرحت عدة نزاعات قضائية بشأنها، منها ما يتعلق بالحقوق المعنوية كثبوت النسب ومنها ما يتعلق بالحقوق المادية كثبوت التوارث.

---

[1] الترمذي، الإمام أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، سنن الترمذي، الوصايا والولاء، الجامع الكبير، المجلد الخامس، دار الفكر العربي، لبنان، 1980، 1400، حديث رقم(3213)، ص267.

[2] عبد اللطيف محمد عامر، التبني قديما وحديثا وموقف الإسلام منه، رسالة ماجستير، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 1974 ص 34.

الفرع الأول: التحديات المتعلقة بالحقوق المادية (الحق في الميراث كمثال)

رغم أن الجزائر حظرت نظام الأسرة المتبنية وفقا للشريعة الإسلامية، إلا أنه وقعت عدة تحايلات قانونية بشأنه. طرحت من أجلها عدة نزاعات أمام القضاء الجزائري بين أفراد الأسرة.

بخصوص هذه المسألة صدرت عدة قرارات عن المحكمة العليا منها القرار الذي يقضي: المقرر قانونا أن التبني ممنوع شرعا وقانونا. وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال. ونأخذ على سبيل المثال: طلب الطاعنين بإبطال التبني الذي أقامه المرحوم، فقضاة الموضوع عندما ناقشوا الدعوى كأنها دعوى نفي النسب، وطبقوا قاعدة: الولد للفراش. فإنهم أساءوا التكييف مما انجر عنه نقض قرارهم بدون إحالة[1].

وللتفريق بين دعوى إبطال التبني ودعوى نفي النسب، أكدت المحكمة العليا على أن الدعويين تختلفان شكلا ومضمونا، من خلال ما انتهت إليه في قرار لها أصدرته سنة 1994حيث أقرت: من المقرر أنه يمنع التبني شرعا وقانونا. فقد عالج هذا القرار مشكلتين إحداهما أساسية والأخرى ثانوية، فالأساسية تتمثل في إزالة كل غموض يتعلق بمسألتي التبني من جهة والإقرار بالبنوة كطريق من طرق إثبات النسب من جهة أخرى.

وعليه يمكن تطبيق المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري، والمادتين 46و47 من قانون الحالة المدنية[2].

فبموجب هذه المواد يحق لكل ذي صفة أن يطلب إبطال العقود الخاطئة عندما تكون البيانات الأساسية الواردة فيها مزورة أو في غير محلها.

---

[1] المحكمة العليا–غرفة الأحوال الشخصية– ملف رقم 103232 بتاريخ 1995/05/02، المجلة القضائية، عدد 2–1995،

[2] تنص المادة 46 من قانون الحالة المدنية: "تبطل العقود عندما تكون البيانات الأساسية الواردة فيها مزورة أو في غير محلها، ولو أن العقد في حد ذاته كان صحيحا شكلا. كما يجوز أيضا إبطال العقد عندما يكون محررا بصورة غير قانونية، ولو كانت بياناته صحيحة. وتنص المادة 47: "يقدم الطلب إما بصفة أصلية أمام محكمة المكان الذي حرر أو سجل فيه العقد، وإما بصفة فرعية أمام المحكمة التي رفع إليها النزاع تناول العقد المشوب بالبطلان".

أما بالنسبة للمشكلة الثانوية فتتعلق بأسباب الإرث وهي: القرابة والزوجية، وهذا ما نصت عليه المادة 126من قانون الأسرة الجزائري. فباعتبار العلاقة التي كانت قائمة بين المورث والمتبنى محرمة شرعا وقانونا فإنه لا يوجد دليل شرعي وقانوني يثبت التوارث بينهما[1]. لأن التوارث يستحق بالقرابة أو الزوجية، والقرابة ترتكز على النسب القائم بين الوارث والمورث، وهي من الأسباب الشرعية للميراث.

وبالتالي فإن انعدام الرابطة الشرعية والقانونية بين الطفل المتبنى والشخص المتبني تمنع التوارث بينهما. وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا بتاريخ 1968/02/20.[2]

كما أنه صدر قرار عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 18 جانفي 2000[3]، أكد على إبطال التبني وفي نفس الوقت إبطال عقد الميلاد باعتباره عقد مزور طبقا للمادة 47 من الأمر 70-20 المتعلق بالحالة المدنية.

الفرع الثاني: التحديات المتعلقة بالحقوق المعنوية (النسب كمثال)

منعا لاختلاط الأنساب، حرم الأخذ بنظام الأسرة المتبنية كأحد أشكال الأسرة البديلة، فلا يمكن أن يثبت النسب بالتبني لدى الأسر المسلمة التي تحظر قوانينهم الوطنية نظام التبني، غير أن ذلك لم يمنع من وجود عدة نزاعات قضائية بين أفراد الأسر طرحت بشأن مسألة التبني كسبب من أسباب النسب.

فالتبني هو إستلحاق شخص معروف النسب إلى أب، أو إستلحاق مجهول النسب مع التصريح بأنه ليس ولد حقيقي، لأنه تصرف قانوني منشئ لنسب يختلف في أحكامه عن

---

[1] تنص المادة 126 من قانون الأسرة الجزائري: "أسباب الإرث: القرابة والزوجية..... ".

[2] غالي كحلة، لقب الطفل المولود من امرأة عازبة، مجلة دفاتر مخبر حقوق الطفل، جامعة وهران، العدد 4 لسنة 2013، ص 288.

[3] قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 234949 بتاريخ 2000/01/18 المجلة القضائية، عدد خاص، 2000، ص 4 و5.

النسب الحقيقي، إذ لا يثبت بنوة حقيقية كالبنوة التي تترتب على الإقرار بالنسب، إنما يثبت بنوة ثابتة بحكم القانون، تترتب عليها أحكام تختلف عن أحكام البنوة الحقيقية[1].

نظام الأسرة المتبنية يشكل إحدى التحديات القديمة الحديثة التي تواجهها الأسرة المسلمة تتمثل فيما يلي:

- يترتب عنه اختلاط الأنساب، لأنه ادعاء لبنوة طفل مجهول أومعروف النسب، وينسب لغير أبيه الأصلي.
- تترتب عنه حقوق لا يجب أن تثبت إلا بموجب قرابة حقيقية، كالحق في الميراث مثلا.

[1] صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، الاختصاص القضائي الدولي وتنازع القوانين، بدون دار نشر، 2009، ص314.

المبحث الثاني:

نظام الكفالة وحكمها في الشريعة الإسلامية

لقد حرمت الشريعة الإسلامية التبني بعدما كان معمول به في الجاهلية قبل الإسلام، إلا أن هذا التحريم كان له بديل والذي يتمثل في نظام الكفالة، وذلك لحماية شريحة في المجتمع كانت ضحية لتصرفات سلبية نتج عنها أطفال مجهولي النسب ولقطاء، ونظام الكفالة عملت به العديد من الدول الإسلامية، منها الدولة الجزائرية مقتدية بأحكام الشريعة الإسلامية[1].

المطلب الأول:

مفهوم نظام الكفالة

إن مصطلح الكفالة لديه عدة معاني، لكن ما يهمنا في هذا المبحث هو مفهوم الكفالة في الفقه الإسلامي والتي تتمثل في كفالة أطفال مجهولي النسب واللقطاء.

الفرع الأول: تعريف الكفالة

أولا: تعريف الكفالة لغة: هي بمعنى الالتزام أو هي الضم، يقال: تكفل بالشيء ألزمه لنفسه وتحمل به، وتكفل بالدين التزم به[2]. إذا فالكافل هو القائم بأمر اليتيم والمربي له.

ثانيا: تعريف الكفالة عند الفقهاء: هناك عدة تعريفات نذكر منها:

- هي التزام ثابت في ذمة الغير أو هي التزام على وجه التبرع[3].
- ويقصد بالكفالة في الفقه الإسلامي: هي حفظ الولد القاصر وتربيته ورعايته وهي جائزة وتنعقد تبرعا، ولا تصح له إن كان غير أهلا للتبرع بها[4].

---

[1] طبقا للمادة 46قانون الأسرة الجزائري إستبعاد نظام التبني والبديل أحكام المواد من 116 إلى 125من قانون الأسرة الجزائري.

[2] مجموعة من المؤلفين. المعجم الوسيط. معجم اللغة العربية. الطبعة الأولى. المكتبة الإسلامية. تركيا. الجزء2. بدون سنة ص793.

[3] وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. دارالفكر. الطبعة الأولى. دمشق. سوريا 1984. ص161.

[4] العربي بختي. أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر2013 ص213.

- عرفها الذهبي بأنها: كفالة اليتيم بالقيام بأموره والسعي في مصالحه من طعامه وكسوته وتنمية ماله إن كان له مال، وإن كان لا مال له أنفق عليه وكساه ابتغاء وجه الله تعالى[1].
- عرفها الحنفية بتعريفات عدة أوضحها: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل للمطالبة مطلقا بنفس أو دين أوعين[2].

ومن خلال هذه التعريفات يتضح لنا أن الكفالة في الفقه الإسلامي بصفة عامة هي:

- القيام على العناية بطفل قاصر من خلال تربيته والقيام بأموره وماله، والهدف منها كسب مرضاة الله تعالى، وهو ما تتفق عليه جل التعريفات الشائعة.

الفرع الثاني: حكم الكفالة وأدلة مشروعيتها

أولا: حكم الكفالة

الكفالة مستحبة، والأصل فيها التبرع.[3]

ثانيا: أدلة مشروعية الكفالة: توضحت وبرزت عناية الإسلام بالطفل والحث على تربيته والمحافظة على نفسه وماله، في القرآن والسنة النبوية المطهرة.

- من القرآن الكريم: وقد ظهرت عناية القرآن الكريم بشأن اليتيم فمنذ نزول القرآن الكريم في مكة ظلت آياته بشأن اليتيم تتوالى إلى أن أكمل الله دينه[4].

ورد لفظ الفعل "كفل" في القرآن الكريم بمعنى: يتعهد الصغير ويرعى شؤونه[5].

---

[1] الجزري أبو السعادات المبارك بن محمد. النهاية في غريب الحديث. المكتبة الإسلامية. الطبعة الأولى. القاهرة. مصر. ص342.

[2] أسامة يعقوب الأيوبي. الكفالة بالنفس في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في العرف الفلسطيني في قطاع غزة. رسالة ماجستير في الفقه المقارن. كلية الشريعة والقانون. الجامعة الإسلامية بقطاع غزة 2009ص11.

[3] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص161.

[4] يحيى أحمد زكرياء الشامي، التبني في الإسلام وأثره على العلاقات الدولية، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الأولى الإسكندرية مصر دون سنة ص 52.

[5] محمد حسن حمادة، الكفالة في الشريعة الإسلامية، كلية الدراسات العليا، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجدبدة، جامعة الخليل، فلسطين 2008، ص 75.

قال الله تعالى: ﴿**فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا**﴾[1].

قال الله تعالى: ﴿**هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ لَكُمْ وَهُمْ لَهُ نَاصِحُونَ**﴾[2].

– من السنة المطهرة: عن سهل بن سعد بن مالك قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

"**أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا وأشار بالسبابة والوسطى وفرج بينهما شيئا**"[3].

وعن عثمان عن سعد رضي الله عنهما قالا: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**إني أحرج حق الضعيفين اليتيم والمرأة**"[4]. ففي هذا الحديث يحث الرسول صلى الله عليه وسلم على التكفل بالطفل اليتيم ونيل جزاء مرافقته إلى الجنة.

لذا فتعتبر الكفالة إحدى صور الرعاية البديلة التي تعترف بها الشريعة الإسلامية للطفل الذي فقد رعاية والديه سواء كان معلوم النسب أو مجهول النسب.

المطلب الثاني:

أحكام الكفالة وشروطها في الفقه الإسلامي

الفرع الأول: أحكام الكفالة في الفقه الإسلامي

الكفالة في الفقه الإسلامي هي حفظ القاصر وتربيته ورعايته، وهي ولاية جائزة وتنعقد شرعا[5].

إذن فالكفالة عقد ينشأ عنه التزام يتمثل في رعاية الطفل المكفول وتربيته، ويمكننا أن نستنتج أحكام الكفالة فيما يلي:

– الولاية على نفس المكفول تحول الكفالة حق الولاية على الطفل المكفول[6].

---

[1] سورة آل عمران، الآية 37.

[2] سورة القصص، الآية 12.

[3] رواه البخاري في الطلاق رقم 5304 وأخرجه مسلم في كتاب الزهد والرقاق بدون سنة ص 130.

[4] صحيح البخاري– كتاب الفرائض.

[5] العربي بختي، المرجع السابق، ص 213.

[6] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، الجزء الأول، الطبعة السادسة، 2010، ص422.

- الإسلام رأى التبني هو تزوير على الطبيعة والواقع، تزوير يجعل شخصا غريبا من أسرة فرد منها، وهكذا ألقى الإسلام الآثار التي كانت ترتب هذا النظام من إرث وتحريم الزواج من حليلة المتبني[1].
- الولاية على اللقيط في ماله ونفسه للسلطان لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "السلطان ولي من لا ولي له".
- ولاية النفس فالمقصود بها التأديب والتربية والتوجيه والإرشاد بعد انتهاء فترة الحضانة، وهذه الولاية خاصة بالرجال دون النساء، لما ميز الله عز وجل الرجل بالقوة والقدرة والشدة أكثر من المرأة، ولقد حث الله عز وجل الآباء على القيام بتربية أولادهم في قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا قوا أنفسكم وأهليكم نارا وقودها الناس والحجارة". كما ألزم الرسول صلى الله عليه وسلم كل راع بالعناية بمن تحت يده[2].
- يتمتع اليتيم بأهلية أداء ناقصة بسبب صغره، وبناء على ذلك فهو لا يصلح للالتزام بالحقوق وأداء الواجبات، وأهلية الأداء هي صلاحية الأعمال التي يخاطب بها الشارع الإنسان عند كمال عقله وتصور هذه الأعمال منه على وجه يعتد به شرعا، وعلى هذا تقسم تصرفاته إلى ثلاثة أقسام، تصرفات نافعة نفعا محضا فيتصرف اليتيم فيها مباشرة لأن الأهلية القاصرة كافية بجواز الأداء، أي يترتب عليها دخول شيء في ملكه، كالهبة والصدقة والوصية.

وتصرفات ضارة ضررا محضا لا يجوز لليتيم أن يتصرف أي تصرف فيه ضرر محض ولا يجوز له ولاية أو وصية ولا يجوز إجراء أي شيء من هذه التصرفات كالقرض والصدقة.

---

[1] عمارة مسعودة، أحكام الكفالة في القانون الجزائري على ضوء الإجتهاد القضائي المحكمة العليا، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية العدد 01، المجلد أ، جامعة سعد دحلب البليدة، 2011.

[2] عبد الله بن ناصر عبد الله السد حان، فصل كفالة اليتيم دعوة إلى مرافقة النبي صلى الله عليه وسلم، الطبعة الأولى، جامعة الرياض، السعودية، بدون سنة، ص 34.

أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع مثلا والنكاح فلا يجوز لليتيم أن يباشرها بنفسه، بل يملكها فقط بموافقة الولي فتصح هذه التصرفات من اليتيم المميز، تنعقد صحيحة بإذن وليه منعا للضرر والإجحاف في حقه عند الحنفية ولا تصح منه برأي الجمهور[1].

تنتهي الولاية على المال بزوال سببها وهو الصغر، سن الرشد المالي عن طريق الإختبار والتجربة، وإذا تأكد الولي على المال من وصول الصغير إلى سن الرشد المالي يسلمه أمواله وتزول الولاية عنده.

تنتهي الولاية على النفس عند الحنفية بالنسبة للصبي ببلوغه خمسة عشر سنة أو بظهور علامة من علامات البلوغ الطبيعية إذا كان عاقلا مأمونا على نفسه. أما بالنسبة للصغيرة، تنتهي الولاية عليها بزواجها وإن لم تتزوج تبقى في ولاية غيرها إلى أن تصبح مسنة مأمونة على نفسها، والظاهر من كلامهم أن الولاية تنتهي على المرأة غير المتزوجة عندما تصبح عجوزا لا يرغب فيها الرجال[2].

هذا وقد ميز فقهاء الشريعة الإسلامية بين الألفاظ التي تطلق على الطفل المكفول:

- الطفل اليتيم: ولغة هو الإنفراد[3]، وأوجب الإسلام رعاية الطفل اليتيم وحمايته[4]..

لقوله تعالى: ﴿**وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا ۖ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ**﴾[5]. وقوله تعالى: ﴿**فَأَمَّا الْيَتِيمَ فَلَا تَقْهَرْ**﴾[6].

---

[1] تسنيم محمد جمال حسن أستيني، حقوق اليتيم في الفقه الإسلامي، أطروحة لنيل الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007، ص69.

[2] صفية الوناس حسن، مجهول النسب بين رحمة التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي، المؤتمر الدولي عن الرحمة في الإسلام، الجزء الخامس، اقسم الدراسات الإسلامية، كلية التربية، جامعة الملك، الرياض، السعودية، ص 69.

[3] عبد الله بن ناصر عبد الله السدحان، المرجع السابق، ص 11.

[4] عروبة بيسار المزرجي، حقوق الطفل بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009، ص 61.

[5] سورة النساء، الآية 36.

[6] سورة الضحى، الآية 09.

- الطفل اللقيط: لغة هو المولود الذي ينبذه والده فيلتقط، أما في الاصطلاح الفقهي، فقد عرفه الإمام السرخسي الحنفي بأنه اسم مولود طرحه أهله خوفا من الفقر أو فرارا من تهمة الزنا[1].
- مجهول النسب: لغة يقال نسب الشيء إذ وضعه وذكر نسبه وناسب فلان إذا أشركه والمتناسب، المتشابه[2]..

والنسب اصطلاحا هو رابطة سامية وصلة عظيمة على جانب كبير الخطورة تولاها الله عز وجل بشريعته وأعطاها المزيد من عنايته وأحاطها بسياج منيع يحميها من الفساد والاضطراب، فأرسى قواعدها على أسس سليمة[3]..

من خلال ما تقدم يتضح لنا أن الفقه الإسلامي تناول موضوع الكفالة بشيء من التفصيل، ومن جميع الجوانب وكان حريص على توضيح كل ما يتعلق بمختلف أحكام الكفالة وتحديد مختلف المصطلحات المتعلقة بهذا الموضوع تحديدا دقيقا، مما يكفل الطفل المكفول حقوقه ويضمن استقراره.

الفرع الثاني: شروط الكفالة في الفقه الإسلامي

تشترط أحكام الشريعة عدة شروط حتى تتم الكفالة، وهي بصفة عامة كالتالي:

يشترط في الكافل جملة من الشروط إذا تحققت فيه أقر المكفول في يده، وإذا انتفت كلها أو بعضها نزع المكفول من يده وسلم إلى غيره ليقوم بحفظه ورعايته وهذه الشروط هي:

- أن يكون الملتقط مسلما، فإذا كان غير مسلم نزع منه، وعلل الفقهاء هذا الشرط وما يترتب عليه بأن الملتقط على اللقيط ولاية ولا ولاية للكافر على المسلم، ولأنه لا يؤمن أن يفتنه ويعلمه الكفر، وهنا يجب نزعه من يده وتسليمه إلى مسلم.

---

[1] عبد الكريم زيدان، أحكام اللقيط في الشريعة الإسلامية، مطبعة سليمان ألأعظمي، الطبعة الأولى، 1968، بغداد، ص03.

[2] إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، دار الأمواج، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، 1990، ص612.

[3] صفية الوناس حسن، المرجع السابق، ص413.

- البلوغ والعقل، فيشترط في الملتقط أن يكون بالغا عاقلا، أما الصبي والمجنون فعاجزان عن حفظ اللقيط ورعايته، فإذا التقطه أحدهما نزعه الحاكم منه وجوبا وسلمه إلى من هو أهلا لحفظه ورعايته والولاية عليه.
- أن يكون عدلا، فإذا التقطه فاسق انتزعه الحاكم من يده، وهذا مذهب الشافعية وهو قول المذهب الجعفري. وعللوا ذلك بأن الحضانة للقيط استئمان ولا أمانة للفاسق والسفيه، كالفاسق عند الشافعية في وجوب نزع اللقيط من يده[1].

[1] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص05.

الفصل الثاني

تطبيقات الأسرة البديلة بين

الاتفاقيات الدولية والتشريع الجزائري

الفصل الثاني:

تطبيقات الأسرة البديلة بين الاتفاقيات الدولية والتشريع الجزائري

سنتطرق في هذا الفصل إلى تطبيقات الأسرة البديلة بين الاتفاقيات الدولية والتشريع الجزائري وارتأينا أن نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتطرق في المبحث الأول إلى إقرار الأسرة البديلة في الاتفاقيات الدولية وفي المبحث الثاني إلى إقرار الأسرة البديلة في التشريع الجزائري.

المبحث الأول:

إقرار الأسرة البديلة في الاتفاقيات الدولية

سنتحدث في هذا المبحث عن إقرار الأسرة البديلة في الإعلان العالمي لحقوق الطفل ثم إلى إقرار الأسرة البديلة في توصيات الأمم المتحدة.

المطلب الأول:

إقرار الأسرة البديلة في الإعلان العالمي لحقوق الطفل

لقد نادت الأمم المتحدة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بأن: "لكل إنسان أن يتمتع بجميع الحقوق والحريات المقررة فيه دون أي تمييز بسبب العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي...".

ولما كان الطفل يحتاج بسبب عدم نضجه الجسمي والعقلي إلى حماية وعناية خاصة، وخصوصا إلى حماية قانونية مناسبة سواء قبل مولده أو بعده، وبما أن هذه الحماية نص عليها إعلان حقوق الطفل الصادر في جنيف عام 1924 واعترف بها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وفي النظم الأساسية للوكالات المتخصصة والمنظمات الدولية المعنية برعاية الأطفال ولهذا أصدرت الجمعية العامة رسميا "**إعلان حقوق الطفل**"، لتمكينه من التمتع بطفولة سعيدة بالحقوق والحريات المقررة في هذا الإعلان، تدعو الآباء والأمهات والرجال والنساء كلا بمفرده، كما تدعوا المنظمات الطوعية والسلطات المحلية والحكومات القومية إلى الاعتراف بهذه الحقوق والسعي لضمان مراعاتها وفقا للمبادئ التالية:

- المبدأ الأول: وجوب تمتع الطفل بجميع الحقوق المقررة في هذا الإعلان دون تفريق أو تمييز.
- المبدأ الثاني: جاء فيه يجب أن يتمتع الطفل بحماية خاصة.
- المبدأ الثالث: حق الطفل منذ مولده في اسم وجنسية.
- المبدأ الرابع: استفادة الطفل من الضمان الاجتماعي.
- المبدأ الخامس: الطفل المعوق والعناية الخاصة التي تقضيها حالته.
- المبدأ السادس: يحتاج الطفل إلى الحب والتفهم لكي ينعم بشخصية منسجمة النمو مكتملة التفتح، فيراعى برعاية والديه وفي ظل مسؤوليتهما، وفي جو يسوده الحنان والأمن.
- إلا في ظروف استثنائية فصل الطفل الصغير عن أمه كما أوجب هذا المبدأ المجتمع والسلطات العامة تقديم عناية خاصة للأطفال المحرومين من الأسرة والمفتقرين إلى كفاف العيش.
- كما تدفع مساعدات حكومية وغير حكومية للقيام بنفقة أطفال الأسر الكبيرة العدد.
- المبدأ السابع: للطفل الحق في التعليم واللعب واللهو.
- المبدأ الثامن: توفير الحماية والإغاثة للطفل، " تمتع الطفل بالحماية والإغاثة"
- المبدأ التاسع: يجب أن يتمتع الطفل بالحماية من جميع صور الإهمال والقسوة والاستغلال.
- المبدأ العاشر: إحاطة الطفل بالحماية من جميع الممارسات التي قد تدفع إلى التمييز العنصري، وأن يربى على روح التفهم والتسامح والصداقة والسلم والأخوة[1].

إن الجزائر بصفتها عضوا في المجتمع الدولي بادرت منذ الاستقلال بالتوقيع والمصادقة على العديد من المعاهدات الدولية والإقليمية التي تهتم بحماية وترقية حقوق

[1] الإعلان العالمي لحقوق الطفل الثاني / نوفمبر 1959.

الإنسان، ومن بين هذه المعاهدات: الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989 ولقد جاء في القانون الجنائي الجزائري من الحماية الجنائية للطفل طبقا لهذه الاتفاقية.

ففي ديباجة الاتفاقية نجد أن الاتفاقية جاءت بأن: باعتبار الأسرة هي الوحدة الأساسية للمجتمع، وأنها البيئة الطبيعية لنمو ورفاهية جميع أفرادها وخاصة الأطفال، ينبغي أن تولى الحماية والمساعدة اللازمتين لتتمكن من الاضطلاع الكامل بمسؤوليتها داخل المجتمع.

- و تقر بأن الطفل كي تترعرع شخصيته ترعرعا كاملا ومتناسقا، ينبغي أن ينشأ في بيئة عائلية في جو من السعادة والمحبة والتفاهم.
- كما ترى أنه ينبغي إعداد الطفل إعدادا كاملا ليحيا حياة فردية في المجتمع وتربيته بروح المثل العليا المعلنة في ميثاق الأمم المتحدة. و خصوصا بروح السلم والكرامة والتسامح والحرية والمساواة والإخاء.
- وإذ تضع في اعتبارها أن الحاجة إلى توفير رعاية خاصة للطفل قد ذكرت في إعلان جنيف لحقوق الطفل لعام 1924 وفي إعلان حقوق الطفل الذي اعتمدته الجمعية العامة في 20 نوفمبر 1989 والمعترف به في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.
- وإذ تضع في اعتبارها أن الطفل بسبب عدم نضجه البدني والعقلي يحتاج إلى إجراءات وقاية ورعاية خاصة، بما في ذلك حماية قانونية مناسبة. قبل الولادة وبعدها وذلك كما جاء في إعلان حقوق الطفل.
- وإذ تشير إلى أحكام الإعلان المتعلق بالمبادئ الاجتماعية والقانونية المتصلة بحماية الأطفال ورعايتهم، مع الاهتمام الخاص بالحضانة والتبني على الصعيدين الوطني والدولي.
- وإذ تسلم بأن ثمة في جميع بلدان العالم أطفالا يعيشون في ظروف صعبة للغاية وبأن هؤلاء الأطفال يحتاجون إلى مراعاة خاصة.
- وإذ تأخذ في الاعتبار الواجب أهمية تقاليد كل شعب وقيمه الثقافية لحماية الطفل وترعرعه ترعرعا متناسقا.

- وإذ تدرك أهمية التعاون الدولي لتحسين ظروف معيشة الأطفال في كل بلد، ولاسيما في البلدان النامية.

فبعد الحرب العالمية الثانية تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1948 الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والذي تضمن بعض حقوق الطفل.

ثم جاء إعلان حقوق الطفل الذي أصدرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1959/11/20 وجعل يوم 20 نوفمبر من كل سنة اليوم العالمي لحقوق الطفل.

المطلب الثاني:

إقرار الأسرة البديلة في توصيات الأمم المتحدة

لقد جاءت الاتفاقية الدولية الخاصة بحقوق الطفل والتي تبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نوفمبر 1989[1] أي بعد 30 سنة من صدور إعلان حقوق الطفل 1959 وعشر سنوات من السنة العالمية للطفل 1979، والاتفاقية الدولية لحقوق الطفل تحتوي على 54 مادة وتسعى إلى الحماية القانونية للطفل دون 18 سنة وقد وقع على الاتفاقية في اليوم الأول 61 دولة وذلك في يوم 1990/01/26 ودخلت حيز التنفيذ في 1990/09/02 وصادقت الجزائر على الاتفاقية الدولية الخاصة بحقوق الطفل في 1992/12/19 ولم تصادق على الاتفاقية سوى دولتين هما الولايات المتحدة الأمريكية والصومال.

وقد تلت هذه الاتفاقية بروتوكولان إضافيان خاصان بحقوق الطفل:

- البروتوكول الأول: خاص بتورط الأطفال في المنازعات المسلحة الصادر في 2000/05/25.
- البروتوكول الثاني: خاص ببيع الأطفال والدعارة وصور الدعارة الخاصة بالأطفال الصادر في 2000/05/25.

[1] اتفاقية حقوق الطفل الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20نوفمبر 1989.

*** الميثاق الإفريقي لحقوق وتحسين أحوال الطفل الإفريقي:**

صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية في 2003، وأهم ما جاء في هذا الميثاق:

- تحسين أحوال الطفل الإفريقي وجعل له حقوق وواجبات.
- كما أكد الميثاق على وجوب تدخل الدولة ومسؤوليتها تجاه الطفل في حالة عجز العائلة لأداء واجباتها نحوه، وهذا ما أدرجته المادة 65 من الدستور الجزائري.

*** الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل في التشريع الجزائري:**

هذه الاتفاقية هي معاهدة دولية متعددة الأطراف قد أصبحت حسب الدستور الجزائري تسمو على التشريعات الوطنية بعد المصادقة عليها.

فجاء في هذا الصدد أنه بالنسبة للمعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون وهذا ما جاءت به المادة 132 من الدستور الجزائري[1].

وهذا يعني أن مصادقة الجزائر على المعاهدة الدولية الخاصة بحقوق الطفل يسري ضمن التشريع الجزائري فيما عدا التحفظات التي أصدرتها الجزائر فيما يخص المواد 14 الفقرة 1و2 والمواد 13، 16 و17 من نفس الاتفاقية، ففيما يخص المادة 14 فالتحفظات التي أبدتها الجزائر فيما يخص هذه المادة هي نفسها التحفظات التي أبدتها الدول العربية الإسلامية التي انضمت إلى الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل 1989، وسبب التحفظ هو ما جاء فيها من مبادئ تتعارض مع مبادئ وقيم المجتمع والدولة الجزائرية، وهذا للحفاظ على تراث الجزائر الفكري وعلى ثوابتها الإسلامية والوطنية.

فقد جاء في المادة الثانية 02 من الدستور بأن الإسلام دين الدولة.

[1] القانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016 جريدة رسمية رقم 14 المؤرخ في 07 مارس 2016 المتضمن دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

وكذا المادة 36 من الدستور فقد جاء فيها لا مساس بحرية المعتقد، وحرمة حرية الرأي، أما قانون الأسرة الجزائري أكد على تربية الطفل على دين أبيه وهذا ما جاء في المادة 62 منه.

فتحفظ الجزائر على المادة 14 قد يكون أصوب، إذا خص فقط حرية الدين لأن حرية الفكر لابد من وجودها ودعمها ليتمكن الطفل من تنمية قدراته الفكرية والتعبير عن رأيه، فالجزائر أخذت وجهة للحد وإلغاء حرية الديانة.

إن التحفظ على المعاهدة الدولية لحقوق الطفل ليس مساسا بالقواعد القانونية بحيث أن التحفظ لم يمنع الدولة المتحفظة " الجزائر" من أن تكون طرفا في المعاهدة ولم يمنع هذه المعاهدة من سموها في ظل هرم القواعد القانونية الجزائري طبقا للمادة 132 من الدستور[1].

[1] قادري توفيق–الحماية الدولية لحقوق الطفل –مدى تطبيق الجزائر للاتفاقية الدولية لحقوق الطفل –معهد العلوم القانونية والإدارية–المركز الجامعي د يحي فارس بالمدية ص من 09 إلى 27.

المبحث الثاني:

إقرار الأسرة البديلة في التشريع الجزائري

لقد أقر المشرع الجزائري الأسرة البديلة للطفل في الدستور كقانون عام، كما أقرها في القوانين الخاصة كقانون الأسرة الجزائري وقانون حماية الطفل وهذا ما سنتطرق إليه في مطلبين.

المطلب الأول:

الحماية الدستورية للطفل في إطار الأسرة الأصلية والبديلة

الحماية الدستورية هي أفضل حماية لحقوق الطفل باعتبار أن الدستور أسمى القوانين، ونص على مجموعة ضمانات أساسية للحقوق والحريات بصفة عامة وحقوق الطفل بصفة خاصة، وباعتبار أن الطفل أهم عنصر في تكوين المجتمع فتنشئته السليمة تحتاج إلى الكثير من الوسائل والآليات خصوصا في وقتنا الحالي.

والطفل هو عبارة عن مشروع لمستقبل مشرق إذا أحسنا تكوينه، ويمكن أن يكون العكس في حال عدم تأطيره وتكوينه.

فمصطلح الأسرة البديلة لم يستخدم صراحة في الدستور الجزائري، ومع ذلك فقد نص الدستور على عدة أحكام تعزز حماية الطفولة وتؤكد على حق الطفل في العيش في بيئة أسرية آمنة ومستقرة. ومن أهم هذه الأحكام نجدها في المواد التالية:

- المادة 36: تقر بأن: "الأسرة هي نواة المجتمع، وواجب الدولة حمايتها وتدعيمها".
- المادة 37: تؤكد بأن: "الدولة تضمن للطفل حقه في الحياة والكرامة وتوفر له الظروف الملائمة لنموه البدني والعقلي والنفسي".
- المادة 38: تلزم الدولة: "حماية الطفولة من كل أشكال الإهمال والاستغلال والعنف".

ففي ضوء هذه الأحكام، يمكن تفسير مفهوم الأسرة البديلة على أنها:

- أسرة تأوي طفلا محروما من الرعاية الأسرية سواء بالوفاة أو العجز أو الإهمال أو غير ذلك.
- يجب أن توفر هذه الأسرة للطفل بيئة آمنة ومستقرة تتيح له النمو والتطور بشكل سليم.
- يجب أن تراعي هذه الأسرة مصلحة الطفل العليا، وأن تحترم حقوقه وكرامته.

لا يلغي نظام الرعاية البديلة الأسرة الأصيلة للطفل، ويجب أن تبذل الدولة كل الجهود لإعادة دمج الطفل في أسرته الأصلية.

فبالنسبة لحماية الحقوق الدستورية للطفل من الحق في الاسم وأوراق تثبت هويته ورعاية صحية وأسرية وتغذية أساسية ومأوى آمن وتنمية معرفية وغيرها، وتلتزم الدولة برعاية الطفل وحمايته من جميع أشكال العنف والإساءة وسوء المعاملة، فلكل طفل الحق في التعليم المبكر في مراكز الطفولة حتى سن السادسة من عمره، ويمنع تشغيله تحت سن 18[1]. وهذه الحقوق تنطبق على الطفل في الأسرة البديلة فتكون له نفس الحقوق التي هي للطفل الطبيعي الذي يعيش في أحضان أسرته الطبيعية، لأنه هو كذلك طفل ومن حقه أن يعيش مثله مثل غيره من الأطفال الطبيعيين.

المطلب الثاني:

إقرار الأسرة البديلة في القوانين الخاصة

سنتطرق في هذا المطلب إلى الأسرة البديلة في قانون الأسرة الجزائري، وكذا الأسرة البديلة في قانون حماية الطفل.

[1] مهدي شريفي، الحماية الجنائية للأسرة، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الجزائر 2008 ص24

الفرع الأول: الأسرة البديلة في قانون الأسرة الجزائري

إن المشرع الجزائري لم يذكر مصطلح الأسرة البديلة في قانون الأسرة الجزائري لأنه مصطلح جديد، غير أنه منع التبني وأباح الكفالة باعتبارها التزام إرادي شخصي يقوم به الكافل في حق الكفيل سواء كان معلوم النسب أو مجهوله وتناولها قانون الأسرة[1] في المواد من 116 إلى 125.

أولا: تعريف الكفالة وأحكامها في قانون الأسرة الجزائري

المادة 116 من ق أج نصت على أن: "الكفالة التزام على وجه التبرع للقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه ويتم بعقد شرعي".

من خلال هذه المادة يتضح لنا جليا أن الكفالة في ق أ ج هي عبارة عن عقد مبرم في شكل رسمي عند الموثق أو القاضي أمام المحكمة، يصرح فيه طالب الكفالة عن رغبته في التكفل بولد قاصر والعمل على رعايته وتربيته تربية سليمة مبنية على أخلاق سامية، والعمل على توفير كل الظروف الاقتصادية والاجتماعية، التي تسمح له بالعيش في حياة كريمة ومعاملته معاملة الابن الشرعي، وإن كان في حقيقة الأمر لا تربط بين الكافل والمكفول أي علاقة[2].

- لم يعرف قانون الأسرة الجزائري الطفل المكفول(اليتيم، اللقيط، ومجهول النسب) وألحق باللفظ مجهول النسب دون تبيان ذلك.

---

[1] قانون رقم84-11 مؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة (الجريدة الرسمية عدد 24 لسنة 1984) معدل ومتمم ب: الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005.

[2] أمينة مساعدي، الحماية القانونية للطفل في إطار أحكام نظام الكفالة، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد السادس، المجلد الثالث، جامعة البليدة 2 اونيسي علي 2019، ص82.

ومع هذا جاء في تعريف الطفولة المسعفة في المادة 8 من القانون الداخلي للمؤسسات بأنهم: "الأطفال المحرومون من الأسرة بصفة نهائية بقرار قاضي الأحداث، الطفل المهمل والمعروف أبويه والذي أهملته أمه عمدا، أو لم تطالب به في أجل لا يتعدى ثلاثة أشهر".

أما قانون الصحة العمومية الجزائري رقم 76-79 المؤرخ في 1979/10/23، والذي ألغي بقانون 1985/02/16، فقد وضح الوضعية المادية والمعنوية للأطفال المسعفين وكيف يتم استقبالهم تحت وصاية مصلحة الإسعاف العمومي في المادة 246 منه.

ثانيا: شروط كل ركن من أركان الكفالة في القانون الجزائري

نصت عليها المادة 118من ق أ: "يشترط أن يكون الكافل مسلما، عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادر على رعايته".

- **شروط الكافل:** أن يكون المرشح مسلما، وأن يكون المرشح عاقلا والعقل شرط وواجب للكفالة، وأن يكون أهلا للقيام بشؤون المكفول وهو أن يكون الكافل بالغا سن الرشد أي 19 سنة وفقا للمادة 40 من القانون المدني الجزائري، وأن يكون المرشح قادرا من الناحية العضوية ومن الناحية المادية[1].
- **الشروط المتعلقة بالمكفول:** لم يرد في قانون الأسرة أي شرط بالنسبة للمكفول، وعليه يمكن استنتاج بعض الشروط المطلوبة عمليا والمنوه إليها بصورة غير مباشرة في قانون الأسرة، وبالرجوع إلى نص المادة 116 ق أ، نستنتج أن المشرع اشترط في المكفول سن معين، وهو أن يكون قاصر، كذلك سردت المادة 119 منه وضعية الطفل المكفول مجهول أو معلوم النسب[2].

[1] بوشريعة نسيمة، الحماية القانونية للطفل المهمل في التشريع الجزائري، مجلة دفاتر مخبر حقوق الطفل، العدد الأول، المجلد السادس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، وهران، 2018 ص 235.

[2] علال أمال، التبني والكفالة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009/2008 ص 79.

- **الشروط المتعلقة بعقد الكفالة:** من خلال نص المادة 116 ق أ: " الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي". ونص المادة 117 ق أ: " يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق وأن تتم برضا من له أبوان".

يتضح لنا أن الكفالة تتم بعقد شرعي أمام المحكمة أو الموثق وفي حالة ما إذا كان الطفل المكفول معلوم الأبوين يتم العقد برضاهم.

ثالثا: الفرق بين الكفالة وبعض النظم المشابهة لها

- الفرق بين الكفالة والحضانة: الطفل لكونه عاجز عن تلبية احتياجاته والقيام بأموره بنفسه وجدت الحضانة، بحيث حصرت مهمة القيام بأمور الطفل ورعايته في مجموعة من تربطهم بالطفل رابطة قرابة وفي حالة عدم وجودهم وجدت الأسر البديلة للقيام بأمور الطفل ورعايته.

تتفق الكفالة والحضانة في كونهما يتعلقان برعاية وتربية طفل والقيام على شؤونه وتوفير جو أسري من عطف وحنان.

أما بالنسبة لأوجه الاختلاف بينهما فتتمثل في:

- لقد نظم المشرع الحضانة من المواد 62 إلى 72 من ق أ ج، بينما نظم الكفالة في المواد من 116 إلى 125 من نفس القانون.
- الكفالة تلزم الكفيل بالإنفاق على الطفل المكفول بينما الحضانة لا تلزم الحاضن بالإنفاق على المحضون.
- الكفالة التزام على وجه التبرع، الحضانة تكون بشكل طبيعي نتيجة صلة القرابة لأشخاص محددين على سبيل الحصر في القانون.
- الكفالة تكون للطفل يتيم الأبوين أو مجهول النسب أو معلوم الأبوين، أما الحضانة تكون للطفل معلوم النسب من زواج صحيح أو نتيجة طلاق أو وفاة.

- في الحضانة يكون المحضون في حضن أحد أقاربه أو أحد والديه، بينما في الكفالة لا يكون كذلك.
- الكفالة توفر أسرة بديلة عن الأسرة الأصلية إن وجدت أساسا، بينما الحضانة ففي الأغلب يكون هناك أحد الوالدين أو أحد أفراد عائلته الكبيرة.
- تتم الكفالة عن طريق عقد أمام الموثق، أو أمام مديرية الضمان الاجتماعي أما الحضانة فتكون بحكم قضائي.

وحسب المادة 87 من ق أ ج، للكافل الولاية القانونية على المكفول، بينما في الحضانة ليس للحاضن ذلك مبدئيا إلا بعد وفاة الأب أو حصول مانع له أو غيابه تحل محله الأم، في الأمور المستعجلة وفي الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد.

المكفول لا يعتبر محرما ولا يرث ولا يحمل لقب الكافل.

تنتهي الكفالة بطلب أحد الوالدين بعودة المكفول إلى ولايته أو يتخلى عنها، أما الحضانة فحددت قانونا وتكون بلوغ عشر سنوات مع إمكانية تمديد إلى 16 سنة، أما إذا كان معاق تستمر الحضانة والأنثى إلى زواجها[1].

- **الفرق بين الكفالة والتبني:** كان التبني سائدا في الجاهلية وكان الرجل يتبنى ولد وينسبه إليه ويورثه، ولعل أهم قصة هي تبني سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم لزيد بن الحارثة حيث أصبح يلقب بزيد بن محمد ولما جاء الإسلام حرمه.

الكفالة نظام بديل جاء به الإسلام بعد تحريمه للتبني لما له من آثار سلبية على الفرد والمجتمع ككل، فالشبه بينهما هو أن كلاهما متعلقان برعاية الطفل.

[1] وردة دباغ، الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري – دراسة مقارنة– مذكرة ماستر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، السنة الجامعية 2021–2022 ص 31 و32.

أما بالنسبة لأوجه الاختلاف بينهما فتتمثل في:

- الطفل المتبنى ينسب إلى الشخص الذي تبناه ويحمل اسمه ونسبه، بينما الطفل المكفول لا ينسب إلى الكافل ولا يحمل اسمه.
- الطفل المتبنى يرث الشخص الذي تبناه بينما الطفل المكفول لا يرث الشخص الكافل.
- الطفل المتبنى يعتبر محرما ويجوز له العيش بكامل الحرية داخل البيت المتبنى، فلا يجوز له الزواج ببنات المتبنى كونهم إخوة بالتبني، بينما الطفل المكفول لا يعتبر محرم، وهو أجنبي غريب عن الأسرة البديلة.

الكفالة هي عبارة عن التزام تطوعي لرعاية الطفل وتربيته وحمايته تنتهي بطريقة آلية، ببلوغ المكفول سن الرشد القانوني أو عن طريق القضاء، أما التبني فهو إلحاق طفل قاصر بنسب المتبنى واعتباره ابنا شرعيا له فيأخذ لقبه، كما أن له الحق في الميراث وينتهي هذا الأخير بموجب حكم قضائي مراعاة لمصلحة الطفل[1].

الفرع الثاني: الأسرة البديلة في قانون حماية الطفل

يعتبر برنامج الرعاية البديلة آلية هامة في مجال حماية الطفولة، تسعى أغلب الدول إلى تجسيدها وإرسائها في تشريعاتها الداخلية، ومن بين هذه الدول: الجزائر والتي أقرت هذا النظام صراحة من خلال القانون رقم 12/15 المتعلق بحماية الطفولة[2].

لقد نصت المادة الرابعة منه لاسيما الفقرة الثانية منها والتي نصت على عدم جواز فصل الطفل عن أسرته إلا إذا استدعت مصلحته الفضلى ذلك. خاصة أنه لا يمكن لأي شخص أن يعتني بالطفل أحسن من أسرته. وهذا الإجراء لا يجب أن يفعل إلا إذا

[1] www. mémoire en line. com 03/07/397/m. Assaoui. kafala(le mecueil. legal).

[2] قانون رقم 12/15 المؤرخ في 28 رمضان 1436 هـ الموافق ل 15 يوليو 2015 المتعلق بحماية الطفل.

كان الأذى الذي يتعرض له الطفل منشؤه هذه الأسرة وأنه لا يمكن تفاديه بسبل أخرى إذ أن مصلحة الطفل الفضلى تقتضي بقاءه في أسرته[1].

وجاء في المادة الخامسة منه على: "... تضمن الدولة للطفل المحروم من العائلة حقه في الرعاية البديلة".

والرعاية البديلة إما أن تكون رعاية أسرية أو رعاية مؤسساتية.

في الجزائر إلحاق الطفل بالأسرة البديلة يتم عن طريق نظام الكفالة وبتدخل مديرية النشاط الاجتماعي، على أن تكاليف ومصاريف هذا الطفل يتحملها الكفيل وحده، لذا فيشترط لتقديم طلب الكفالة أن يكون الطالب ميسور الحال وإمكانياته المادية كافية. هذا بعد دراسة الحالة الاجتماعية والمادية للأسرة الكفيلة والاطمئنان على سلامتها من الناحية الاجتماعية والأخلاقية، وذلك بواسطة أخصائيين نفسيين واجتماعيين يتم إلحاق الطفل بهذه الأسرة.

أما المادة التاسعة منه فجاء فيها عدم فصل الطفل عن والديه والمادة 10جاء فيها جمع شمل الآسرة، أما المادة 18 فأقرت مسؤولية الوالدين، والمادة 20 ذكرت الحرمان من البيئة العائلية والرعاية البديلة. وهذه تعتبر من مصالح الطفل الفضلى.

ونظرا إلى خطورة آثار فصل الطفل عن والديه، فلا ينبغي أن يحدث هذا الفصل إلا عند الضرورة القصوى، كأن يكون الفصل مثلا مهددا بخطر محدق يسبب له أضرارا، وقبل اتخاذ هذا الإجراء على الدولة أن تدعم الوالدين لأداء مهامهم الأبوية، كما أنه لا يمكن تبرير الفصل بأسباب اقتصادية.

[1] لوكال مريم. دراسات قانونية وسياسية. التعليق على قانون حماية الطفل رقم 12/15 على ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة المنعقد يوم 07 ديسمبر – جامعة أمحمد بوقرة –بومرداس.

إن المبادئ التوجيهية للرعاية البديلة للأطفال ترمي إلى التأكد من أن الأطفال ليسوا مستودعين بغير داع في مؤسسات للرعاية البديلة، فيجب أن تكون هذه الرعاية ملائمة تكفل حقوق الطفل ومصالحه فلا يمكن للفقر مثلا أن يكون سببا في فصل طفل عن والديه، كما لا يجوز فصل الطفل عن والديه بسبب تعوقه هو أو والديه.

خاتمة

خاتمة:

الأسرة البديلة خيار هام لتوفير رعاية أسرية للأطفال المحرومين من أسرهم الأصلية، فهناك العديد من التحديات التي تواجه الأسرة البديلة يمكن التغلب عليها من خلال التعاون بين جميع الجهات المعنية. فللأسرة البديلة مستقبل واعد مع ازدياد الوعي بأهميتها وتطور الأنظمة والقوانين المتعلقة بها، فمهما كانت ايجابيات الرعاية البديلة وخاصة تلك المتمثلة في رعاية المؤسسات الإيوائية، إلا أنها لا يمكن أن تحل محل أسرة الطفل، والأفضلية للأسرة الأصلية أو البديلة في حالة انعدام الأصلية مع ضرورة التحلي بما يلي:

- على الأسرة البديلة أن تقوم بدورات تدريبية عند مشرفين نفسانيين مؤهلين للتعامل مع الطفل لتجنب وقوعه في السلوك العدواني.
- توعية الأسرة البديلة بدورها المهم في إشباع حاجات الطفل وعدم الانشغال عنه، وعدم إهماله ولا الاهتمام الزائد به.
- على الجهات المسؤولة متابعة الأسرة البديلة ودراستها قبل تسليم الطفل لها.

وفي نظرنا فإنه من الضروري إدراج الأسرة البديلة في التشريع الجزائري عامة وفي قانون الأسرة خاصة، وتوضيح ماهيتها وسن قوانين تتعلق بها، باحترام حقوق الطفل وضمان حصوله على الرعاية والاهتمام بدمجه في الأسرة البديلة دون تحسيسه بأنه فرد دخيل فيها، وذلك بفرض رقابة مستمرة على هذه الأسر.إضافة إلى ذلك ضرورة تسهيل إجراءات الكفالة نظرا لصعوبتها في الجزائر، فطفل سعيد في أسرة ولو كانت بديلة هو مشروع مواطن صالح.وضرورة التركيز على حماية الطفل الضحية وليس على آليات متابعة الطفل باعتباره ضحية في كل الأحوال.

من خلال دراستنا لهذا الموضوع فإنه يمكن تقديم المقترحات والأفكار التي من شأنها توفير حماية أكبر للطفل:

- وضع قانون مستقل متعلق بالأسرة البديلة ينظم مختلف أحكامها.

- الفصل بين المسائل المتعلقة بالطفل مجهول النسب والطفل معلوم النسب وهذا بالنظر إلى الفرق الكبير بينهما واحتياجات كل منهما.
- تسريع تطبيق منح الكفالة على مستوى مديرية النشاط الاجتماعي التي في أغلب الأحيان تتماطل في إبرام العقد مما يجبر العائلات الانتظار لفترات طويلة قد تمتد لأكثر من سنة.
- النص الدقيق على إجراءات تسليم الطفل للأسرة البديلة وإحاطته بجملة من التدابير التي من شأنها صون مصلحة الطفل مثل ضرورة تحرير محضر بالتسليم من قبل محضر قضائي وموقع من قبل الأطراف وكذا النيابة العامة كونها طرف أصيل في قضايا شؤون الأسرة.
- إضافة إلى ما سبق فإنه من الناحية الإنسانية والأخلاقية والدينية على العائلات الكافلة الالتزام بواجبها نحو الطفل وتوفير الجو العائلي الملائم لنشأته والحرص عليه كما تحرص على أبناءها الشرعيين.

قائمة

المصادر المراجع

قائمة المصادر والمراجع:

I. المصادر:

1/ كتب السنة:

1. الترمذي، الإمام أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، سنن الترمذي، الوصايا والولاء، الجامع الكبير، المجلد الخامس، دار الفكر العربي، لبنان، 1980، 1400، حديث رقم (3213).
2. رواه البخاري في الطلاق رقم 5304 وأخرجه مسلم في كتاب الزهد والرقاق بدون سنة.
3. رواه مسلم في صحيحه، كتاب الرضاعة، باب الرضاعة الكبير، ص700، والإمام أحمد في مسنده، ج 18 ص89، رقم (257889)، وأخرجه البخاري في كتاب المناقب باب رقم 5 وفي الفرائض 29والترمذي في الوصايا والولاء، وابن ماجة في الحدود والوصايا، والدرامي في السير والفرائض، وأحمد في المسند، ج 2.
4. صحيح البخاري– كتاب الفرائض.
5. الطبري الإمام الحافظ، أبي جعفر محمد بن جرير الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، المجلد 10ا، دار الغد العربي، القاهرة، بدون تاريخ.
6. البخاري الإمام الحافظ أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، كتاب التفسير، باب "أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله"، كتاب الفرائض، باب من ادعى إلى غير أبيه، ج7، حديث رقم 3209.
7. ابن كثير، الإمام الجليل الحافظ عماد الدين أبو الفدا إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، ج 3، مكتبة التراث، بدون تاريخ.
8. مجموعة من المؤلفين. المعجم الوسيط. معجم اللغة العربية. الطبعة الأولى. المكتبة الإسلامية. تركيا. الجزء2. بدون سنة.

II. المراجع:

أ. باللغة العربية:

أولا: الكتب

1. إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، دار الأمواج، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، 1990.
2. أبو النيل محمد السيد، علم النفس الاجتماعي، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ج2، ط4، بيروت، لبنان 1985.
3. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، أحكام الزواج، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ط6، 2010.
4. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، الجزء الأول، الطبعة السادسة، 2010.
5. بن طيبة صونيا، الرعاية البديلة للطفل على ضوء التشريع الجزائري. مخبر القانون المقارن والدراسات الاجتماعية والاستشرافية، جامعة العربي التبسي، تبسة 2022.
6. الجزري أبو السعادات المبارك بن محمد. النهاية في غريب الحديث. المكتبة الإسلامية. الطبعة الأولى. القاهرة. مصر.
7. حمدان بن عبيد العتيبي. تجربة الأسر البديلة لرعاية الأحداث من الانحراف. الرياض. جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية 2010.
8. زياد علي الجرجاوي وعبد الفتاح عبد الغني الهمص، درجة تقبل اللقطاء في المجتمع الفلسطيني، فلسطين، جامعة غزة، كلية التربية (2010، 2011).
9. الشيخ سيد قطب، تفسير الظلال، سورة الأحزاب، المجلد الخامس ج 19، دار الشروق، القاهرة، 1992.

10. صفية الوناس حسن، مجهول النسب بين رحمة التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي، المؤتمر الدولي عن الرحمة في الإسلام، الجزء الخامس، اقسم الدراسات الإسلامية، كلية التربية، جامعة الملك، الرياض، السعودية.
11. صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، الاختصاص القضائي الدولي وتنازع القوانين، بدون دار نشر، 2009.
12. عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومة، الجزائر 2013.
13. عبد الكريم زيدان، أحكام اللقيط في الشريعة الإسلامية، مطبعة سليمان ألأعظمي، الطبعة الأولى، 1968، بغداد.
14. عبد الله بن ناصر عبد الله السد حان، فصل كفالة اليتيم دعوة إلى مرافقة النبي صلى الله عليه وسلم، الطبعة الأولى، جامعة الرياض، السعودية، بدون سنة.
15. العربي بختي. أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر 2013.
16. عروبة بيسار المزرجي، حقوق الطفل بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009.
17. علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، قاموس المصطلحات وتعريفات علم الفقه والفلسفة والمنطق والتصوف والنحو والصرف والعروض والبلاغة، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، مصر 2004.
18. عمر بن محمد السبيل، أحكام الطفل اللقيط، دراسة فقهية مقارنة ط1، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض 2005.
19. فتيحة بن فرحات، دور الأسرة البديلة في اندماج الطفل غير الشرعي في المجتمع، جامعة البليدة 2. الجزائر.

20. محمد حسن حمادة، الكفالة في الشريعة الإسلامية، كلية الدراسات العليا، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة، جامعة الخليل، فلسطين 2008.
21. وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. دارالفكر. الطبعة الأولى. دمشق. سوريا 1984.
22. يحيى أحمد زكرياء الشامي، التبني في الإسلام وأثره على العلاقات الدولية، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الأولى الإسكندرية مصر دون سنة.
23. يوسف القرضاوي، الحلال والحرام ط 2، دار البعث، قسنطينة الجزائر 1404هـ 1984م.

ثانيا: الرسائل والمذكرات الجامعية

1/ رسائل الماجستير:

1. علال أمال، التبني والكفالة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009/2008.
2. أسامة يعقوب الأيوبي. الكفالة بالنفس في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في العرف الفلسطيني في قطاع غزة. رسالة ماجستير في الفقه المقارن. كلية الشريعة والقانون. الجامعة الإسلامية بقطاع غزة 2009.
3. تسنيم محمد جمال حسن أستيني، حقوق اليتيم في الفقه الإسلامي، أطروحة لنيل الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007.
4. عبد اللطيف محمد عامر، التبني قديما وحديثا وموقف الإسلام منه، رسالة ماجستير، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 1974.
5. محمد العربي بدرينة، أثر الحرمان من الوالدين على شخصية الطفل، دراسة ميدانية بمدينة الجزائر 1988، رسالة ماجستير، عين شمس، مصر، كلية الآداب.

6. منى عبد اللطيف عد الحمدي جاد الحق، قصور الرعاية الاجتماعية وعلاقته البسيكوماتية والانحرافات السلوكية لدى أبناء المؤسسات الرسمية والأهلية، رسالة ماجستير، كلية الآداب جامعة الزقازيق، مصر 2005.

2/ مذكرات الماستر:

1. وردة دباغ، الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري – دراسة مقارنة– مذكرة ماستر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، السنة الجامعية 2021–2022.
2. مهدي شريفي، الحماية الجنائية للأسرة، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الجزائر 2008.

ثالثا: المجلات والمقالات

1. أمينة مساعدي، الحماية القانونية للطفل في إطار أحكام نظام الكفالة، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد السادس، المجلد الثالث، جامعة البليدة 2 اونيسي علي 2019.
2. بوشريعة نسيمة، الحماية القانونية للطفل المهمل في التشريع الجزائري، مجلة دفاتر مخبر حقوق الطفل، العدد الأول، المجلد السادس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، وهران، 2018.
3. عمارة مسعودة، أحكام الكفالة في القانون الجزائري على ضوء الإجتهاد القضائي المحكمة العليا، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية العدد 01، المجلد أ، جامعة سعد دحلب البليدة، 2011.
4. غالي كحلة، لقب الطفل المولود من امرأة عازبة، مجلة دفاتر مخبر حقوق الطفل، جامعة وهران، العدد 4 لسنة 2013.

5. قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 234949 بتاريخ 2000/01/18 المجلة القضائية، عدد خاص، 2000.
6. المحكمة العليا–غرفة الأحوال الشخصية– ملف رقم 103232 بتاريخ 1995/05/02، المجلة القضائية، عدد 2–1995.
7. اتفاقية حقوق الطفل الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نوفمبر 1989.
8. الإعلان العالمي لحقوق الطفل الثاني / نوفمبر 1959.
9. قادري توفيق–الحماية الدولية لحقوق الطفل –مدى تطبيق الجزائر للاتفاقية الدولية لحقوق الطفل –معهد العلوم القانونية والإدارية–المركز الجامعي د يحي فارس بالمدية.
10. لوكال مريم. دراسات قانونية وسياسية. التعليق على قانون حماية الطفل رقم 12/15 على ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة المنعقد يوم 07 ديسمبر– جامعة أمحمد بوقرة –بومرداس.

رابعا: النصوص التشريعية

1. القانون رقم 58/27 المؤرخ في 04 مارس 1958 المتعلق بقانون الأحوال الشخصية التونسي.
2. قانون رقم 84–11 مؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة (الجريدة الرسمية عدد 24 لسنة 1984) معدل ومتمم ب: الأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005.
3. قانون رقم 12/15 المؤرخ في 28 رمضان 1436 هـ الموافق ل 15 يوليو 2015 المتعلق بحماية الطفل.
4. القانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016 جريدة رسمية رقم 14 المؤرخ في 07 مارس 2016 المتضمن دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

ب. باللغة الأجنبية:

1. www.mémoire-en-line.com 03/07/397/m. Assaoui. Kafala (le mecueil. Legal).

فهرس

الموضوعات

فهرس الموضوعات:

كلمة شكر وتقدير ..... /

إهداء ..... /

مقدمة 1

الفصل التمهيدي:

مفهوم الأسرة البديلة وأشكال رعاية الطفل فيها

المبحث الأول: مفهوم الأسرة البديلة 8

المطلب الأول: تعريف الأسرة البديلة وأهميتها 8

الفرع الأول: تعريف الأسرة البديلة: 8

الفرع الثاني: أهمية الأسرة البديلة في الرعاية الاجتماعية للطفل غير الشرعي 8

المطلب الثاني: دور وأهداف الأسرة البديلة 10

الفرع الأول: دور الأسرة البديلة: 10

الفرع الثاني: أهداف نظام الأسرة البديلة 11

المبحث الثاني: أشكال رعاية الطفل في الأسرة البديلة 13

المطلب الأول: نظام الرعاية عن طريق الكفالة: 13

الفرع الأول: تعريف الكفالة: 13

الفرع الثاني: أشكال الكفالة: 13

المطلب الثاني: نظام الرعاية ضمن مؤسسات ايوائية 14

الفرع الأول: تعريف المؤسسات الإيوائية والفئات المستفيدة منها 14

الفرع الثاني: المشاكل والمعوقات التي تواجه مؤسسات الرعاية البديلة 15

الفصل الأول:

الأسرة البديلة للطفل في الفقه الإسلامي

المبحث الأول: نظام التبني وحكمة تحريمه في الإسلام 22
المطلب الأول: مفهوم التبني وحكمه في الشريعة الإسلامية 22
الفرع الأول: مفهوم التبني 22
الفرع الثاني: حكم تحريم التبني في الشريعة الإسلامية..... 24
المطلب الثاني: التحديات الواقعة على الأسرة المسلمة المترتبة عن إشكالية الأسرة المتبنية 27
الفرع الأول: التحديات المتعلقة بالحقوق المادية (الحق في الميراث كمثال)..... 28
الفرع الثاني: التحديات المتعلقة بالحقوق المعنوية (النسب كمثال)..... 29
المبحث الثاني: نظام الكفالة وحكمها في الشريعة الإسلامية 31
المطلب الأول: مفهوم نظام الكفالة 31
الفرع الأول: تعريف الكفالة 31
الفرع الثاني: حكم الكفالة وأدلة مشروعيتها 32
المطلب الثاني: أحكام الكفالة وشروطها في الفقه الإسلامي 33
الفرع الأول: أحكام الكفالة في الفقه الإسلامي..... 33

الفصل الثاني:

تطبيقات الأسرة البديلة بين الاتفاقيات الدولية والتشريع الجزائري

المبحث الأول: إقرار الأسرة البديلة في الاتفاقيات الدولية..... 40
المطلب الأول: إقرار الأسرة البديلة في الإعلان العالمي لحقوق الطفل 40
المطلب الثاني: إقرار الأسرة البديلة في توصيات الأمم المتحدة 43

المبحث الثاني: إقرار الأسرة البديلة في التشريع الجزائري 46
المطلب الأول: الحماية الدستورية للطفل في إطار الأسرة الأصلية والبديلة 46
المطلب الثاني: إقرار الأسرة البديلة في القوانين الخاصة 47
الفرع الأول: الأسرة البديلة في قانون الأسرة الجزائري..... 48
الفرع الثاني: الأسرة البديلة في قانون حماية الطفل 52
خاتمة 56
قائمة المصادر والمراجع 59
فهرس الموضوعات 67