

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية الشريعة والاقتصاد
قسم: الشريعة والقانون
تخصص أحوال شخصية



جامعة الأمير عبد القادر
للعلوم الإسلامية
قسنطينة

النظام القانوني لحماية القاصر

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري والمواثيق الدولية

أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية تخصص الأحوال الشخصية

إشراف الأستاذ الدكتور:

كمال لدع

إعداد الطالب:

هشام عليواش

لجنة المناقشة

| الاسم واللقب | الرتبة | الجامعة الأصلية | الصفة |
|-------------------|----------------------|-----------------------------------|--------------|
| أ د/ سعاد سطحي | أستاذ التعليم العالي | جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة | رئيسا |
| أ د/ كمال لدع | أستاذ التعليم العالي | جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة | مشرفا ومقررا |
| د/ ليندة بومحراث | أستاذ محاضر - أ | جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة | عضوا |
| أ د/ سامي بن حملة | أستاذ التعليم العالي | جامعة الاخوة منتوري - قسنطينة 01 | عضوا |
| د/ وليد كحول | أستاذ محاضر - أ | جامعة الاخوة منتوري - قسنطينة 01 | عضوا |
| د/ محمد العايب | أستاذ محاضر - أ | جامعة الحاج لخضر - باتنة 01 | عضوا |

السنة الجامعية: 1442هـ/1443هـ - 2021م/2022م

شكر وتقدير

أتقدم بالشكر الجزيل لى الاستاذ الدكتور كمال لدرج، المشرف على هذا البحث،

على كل ما بذله من عناية وتوجيه ونصائح، وكذلك على صبره وتفهمه،

جعل الله كل ذلك فى ميزان حسناته

أهداء

أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع...

لبي روح والدي عبد الرحمان وأسكنه الله فسيح جنانه...

ولبي والدي شفاها الله وعافاها...

ولبي رفيقة ديني... زوجتي الغالية حفظها الله...

لبي قره عيني... ابني رامي برهان، وابنتي لجين غيداء، وابنتي كنزة إشراف

رعاهم الله...

مقدمة

جامعة الأمير
عبد القادر
للعلوم الإسلامية

من حكمة الله عزّ وجلّ ورحمته أن جعل حياة الإنسان مراحل وأطوارا، بدءا بتكوّن الجنين في بطن أمّه ومرورا بولادته طفلا ثم نموّه ليصبح راشدا، وانتهاء بوفاته بعد مرحلة الشيخوخة والهرم. ولا شك أن مرحلة الطفولة هي مرحلة خاصة واستثنائية، وإن كانت مرحلة تحضيرية طبيعية يمر بها حتما كل إنسان ليصبح راشدا، فجميع الراشدين كانوا أطفالا قاصرين، كما أن أطفال اليوم سيصبحون غدا راشدين إذا كتبت لهم الحياة، غير أن هذه المرحلة تعدّ مرحلة انتقالية كذلك، يكون فيها القاصر في حالة نموّ وتطور، وبالتالي في حالة ضعف من النواحي الجسدية، العقلية، والنفسية، وحالة الضعف هذه تجعله هدفا سهلا لمختلف أشكال التعسف والاستغلال والاعتداء. فكان لزاما رعاية هذا القاصر، بتوفير كل المقومات والظروف لضمان نموّه السليم في ظل حماية شاملة لكل الجوانب، وهنا يأتي دور القانون الذي يهدف إلى تنظيم العلاقات وتحديد الحقوق والواجبات، إذ يتكفل بقواعده العامة والمجرّدة والملزمة بإحاطة القاصر بمجموعة من الأسس والمبادئ، التي تضمن تغطية الضعف وتكملة النقص إلى غاية بلوغه الرشد والاستطاعة حيث يمكنه بعدها التكفل بنفسه.

غير أنه إذا كان القاصر شبيها بالفئات العاجزة الأخرى، كالمجنون أو المعتوه... إلخ، من حيث حاجته الكبيرة للحماية، فإنه يتميّز عن أولئك بأن حالة عجزه مؤقتة وانتقالية، وهي حالة طبيعية يمر بها كل إنسان عادي، كما أنها تنزل بصفة تدريجية إلى غاية انتهائها.

والملاحظ أنه عند تطبيق أي مبدأ أو قاعدة فقهية كانت أو قانونية، وإسقاطها على حالة القاصر في العلاقات والمعاملات التي يكون طرفا فيها، فإنها تصطبغ بصبغة خاصة وتكتسي طابعا متميّزا، بالشكل الذي يتلاءم ويتكيّف مع حاجاته ومتطلباته ويظهر ذلك جليا في جميع المجالات، سواء تعلّق الأمر بالمعاملات والعقود، أو المسؤولية بشقيها المدني والجزائي، أو في مجال القواعد الإجرائية ووسائل الإثبات، أو حتى في مجال الحقوق والحريات العامة.

فالقاصر يحوز على أفضلية تتيح له عدّة امتيازات واستثناءات مقارنة ببقية الفئات، وذلك سواء من حيث المبادئ والأسس، أو من خلال الآليات والأطر القانونية التي تضمن تجسيد كل

ذلك في الواقع، وكل هذه المبادئ والأسس والقواعد تشكل منظومة قانونية تحيط بالقاصر من كل الجوانب لترد عنه كل ما يضره.

وهذا ما سأحاول-إن شاء الله-بحثه وتحليله في موضوع اخترت له عنوانا بعد الاستفادة من توجيهات الأستاذ المشرف:

- النظام القانوني لحماية القاصر-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري والمواثيق الدولية.

2-دواعي اختيار الموضوع:

-دواعي ذاتية: بعدما تطرقت في بحثي للماجستير للجزئية الخاصة بسلطة القاضي ودوره في حماية مال القاصر، فإن ذلك كان دافعا قويا لأحاول التوسع والإحاطة ما أمكن بجميع المبادئ والقواعد الهادفة لحماية القاصر في كل فروع الفقه والقانون، وهو ما أريد دراسته-إن شاء الله-في هذا البحث كتكملة للدراسة الأولى.

-دواعي موضوعية: ما لاحظته أن الدراسات في هذا الشأن عبارة عن دراسات غير جامعة لجميع جزئيات الموضوع، وتكتفي بالتطرق لأحد جوانب تلك الحماية دون بقية الجوانب الأخرى، يضاف إلى ذلك صدور قانون الطفل 15-12 سنة 2015، وما تضمنه من أحكام جديدة تتطلب الدراسة والبحث، كما دفعني لاختيار هذا الموضوع كذلك، ما لمست من المكانة الخاصة التي يحتلها القاصر في كل فروع الفقه والقانون، فأردت الوقوف على هذه المكانة بشيء من التفصيل والتحليل، وجمع شتات الموضوع وجوانبه في دراسة أكاديمية محكمة.

3-أهمية الموضوع:

لا تكمن أهمية البحث فقط في إبراز المكانة والمركز الخاصين اللذين يحوزهما القاصر في مختلف الأنظمة القانونية القديمة والحديثة، من خلال مختلف المبادئ القانونية التي تهدف إلى حمايته وآليات تطبيقها، بل تبرز كذلك في محاولة الجمع بينها وبين أحكام الفقه الإسلامي، باعتباره

منظومة قانونية متميِّزة وفريدة، تبلورت وتطورت خلال قرون عديدة.

كما تكمن أهمية الموضوع كذلك في أنه يسلِّط الضوء على خصوصية وتميِّز النظام القانوني لحماية القاصر، باعتباره جزءاً مهمًّا من منظومة شاملة تُعنى برعاية وحماية هذه الفئة، وهي المنظومة التي نجد لها امتداداً في بقية العلوم، كعلم الاجتماع، علم النفس وعلوم التربية والسلوك وغيرها.

4- أهداف البحث:

- ما أهداف إليه أساساً من هذا البحث، هو رسم المعالم الرئيسية للنظام القانوني الذي يُعنى برعاية وحماية القاصر، وذلك في شكل منظّم للإحاطة ما أمكن بمميّزاته وخصائصه وذلك كله في دراسة فقهية وقانونية متكاملة.

- كما أهداف من خلال هذا البحث إلى الكشف المحتمل عن نقائص وعيوب هذا النظام القانوني، مادام الفقه الإسلامي والقانون هما نتاج العقل البشري، فلا حرج من مراجعتهما كلّما دعت الضرورة لذلك بهدف التحسين والتطوير، وسدّ الثغرات لتحقيق الغاية من التشريع.

- ويهدف البحث كذلك إلى إبراز تميِّز أحكام الفقه الإسلامي وسموّها، وإلى مدى يمكن للمشرع أن يستفيد منها، وأنها لا تقل اهتماماً بفئة القصر من القوانين الحديثة، بل أنها تتفوق عليها في كثير من الحالات سواء من ناحية السّبق التاريخي، أو من ناحية درجة الاهتمام بهذه الفئة، وخير مثال على ذلك فئة اليتامى التي تحظى بعناية خاصّة، في حين تهملها معظم القوانين أو أنها لا تعطيها الاهتمام اللازم، ومن جهة أخرى فإن ما توصّل إليه التشريع الحديث من تطوّر كبير في القواعد والأسس والآليات الحمائية لا يستهان به، ويستحقّ إبرازه وإظهار مزاياه.

5- إشكالية البحث:

إذا كانت فئة القصر تحظى برعاية وحماية القانون، فإن الإشكالية الأساس لهذا البحث لا تقتصر على بيان وجود نظام قانوني شامل ومتكامل وقائم بحدّ ذاته يضطلع بذلك، بل يتعدّى

الأمر إلى محاولة تحديد وإبراز خصائص ومميزات هذا النظام، ورسم معالمه الأساسية في شكل علمي منظم ومنسق، ومن ثم صياغتها في هذا التساؤل الكبير، ما هي حدود وامتدادات النظام القانوني لحماية القاصر في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري والقانون الدولي بفرعيه، القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الانسان؟ وما هي مرتكزات وأسس هذا النظام القانوني الشامل؟

وهذه الإشكالية أحاول الإجابة عنها من خلال الأسئلة الفرعية الآتية:

- 1- ما هي أهم القواعد والأسس الفقهية والقانونية، التي تهدف لحماية القاصر؟
 - 2- ما هو المركز القانوني الذي أعطاه الفقه والقانون للقاصر بهدف حمايته، وما مدى أهمية وخصوصية هذا المركز القانوني؟
 - 3- ما مدى تحقيق هذا النظام للحماية الكافية للقاصر؟
 - 5- ما هي أوجه الالتقاء والاختلاف في هذا النظام بين الفقه والقانون؟
 - 6- إلى أي مدى يمكن أن يستفيد المشرع الجزائري من أحكام الفقه الإسلامي بخصوص حماية القاصر؟
- 6- منهج البحث:**

اقتضت طبيعة البحث الاستعانة بعدة مناهج متكاملة فيما بينها وهي كالاتي:

- المنهج الاستقرائي الذي يعدّ من المناهج المساعدة في البحث، بحيث نستخرج النتائج من الجزئيات الصغيرة.
- المنهج الوصفي، لعرض ما يتوفر من قواعد ومبادئ حماية القاصر في الفقه والتشريع الداخلي والاتفاقيات والمواثيق الدولية.
- المنهج التحليلي، للوصول إلى معرفة دقيقة وتفصيلية لعناصر ومكونات هذا النظام، سواء كان تحليلاً عمودياً رأسياً يوصل إلى فهم الإطار العام لهذا النظام، أو التحليل الأفقي ببحث

وتحليل مختلف القواعد والآليات ونقدها.

- كما أجباً للمنهج المقارن بين أحكام الفقه الإسلامي وأحكام التشريع الجزائري والدولي، لإبراز جوانب التميّز والإيجابيات وكذا جوانب النقص في كل منهما.

وعمدت ما أمكن إلى عرض وجهة نظر فقهاء الشريعة الإسلامية أولاً، بداية بالمشهد المالكي المتبع في المغرب العربي ثم تليه بقية المذاهب الأخرى، وبعدها التشريعات الداخلية مدعمة بالمواثيق والاتفاقيات الدولية ذات الصلة بموضوع البحث.

7- الدراسات السابقة:

في حدّ علمي، فإنه لا توجد دراسة تتطرق للنظام القانوني لحماية القاصر بمفهومه الشامل المتكامل، كنظام قانوني قائم بحدّ ذاته، وذلك سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون الداخلي أو الدولي، فضلاً عن دراسة تجمع بين كل ذلك، وهو ما أحاول الوصول إليه في هذا البحث.

ومع ذلك، فإن عناصر وجوانب هذا النظام تناولتها بعض الدراسات والبحوث متفرقة، وكذلك مسائل موزعة في بطون المصادر والمراجع الفقهية المعتمدة في كل مذهب فقهي، أو في مختلف فروع الفقه والقانون.

ومن الدراسات ذات الصلة بالموضوع:

1- رسالة دكتوراه بعنوان الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري للطالب علي قصير تمت مناقشتها سنة 2008 بجامعة باتنة، لكنها اقتصرت على الجانب الجزائري من الحماية دون بقية الجوانب الأخرى كما أنها دراسة تغاضت عن المقارنة بأحكام الفقه الإسلامي أو القانون الدولي.

2- رسالة دكتوراه أخرى بعنوان الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري والقانون المقارن، تمت مناقشتها سنة 2014 بجامعة بسكرة من اعداد الطالب حمو بن إبراهيم فخار، والتي توسعت كذلك في الحماية الجزائية مع اهمال جانب الحماية المدنية والدولية للقاصر.

3- رسالة دكتوراه بعنوان الحماية القانونية للقاصر في إطار القوانين المتعلقة بالتمهين من

اعداد الطالب مكي خالدية نوقشت بجامعة وهران سنة 2010، وهي خاصة بجزئية حماية القاصر في إطار قوانين العمل والتمهين وحسب.

وكلها هذه الدراسات تناولت جزئيات من نظام حماية القاصر دون محاولة الإحاطة به.

يضاف إلى ذلك العديد من المقالات والبحوث في المجلات المحكمة والكتب الجامعية المتخصصة، مثال ذلك كتاب بعنوان: رعاية الأحداث في الإسلام والقانون المصري لمؤلفه الشوربجي، وهي دراسة مقارنة مهمة، وإن كان المؤلف قد فصل رعاية الأحداث في جميع فروع القانون، إلا أنه اكتفى بعرض هذه القواعد القانونية دون تحليلها ووضعها في الإطار العام الذي يهدف أساسا لحماية القاصر من خلال الامتيازات الخاصة التي يعطيها له القانون، كما أنه من جهة أخرى لم يتطرق لا بالتفصيل ولا بالتحليل لمدى رعاية الفقه الإسلامي للقاصر واكتفى بالكلام عن رعاية اليتيم بشكل موجز.

ومن الكتب المهمة كذلك كتاب بعنوان: التصرف الدائر بين النفع والضرر لصاحبه محمد السعيد جعفر، وفيه يتطرق لجزء مهم من النظام القانوني الهادف لحماية القاصر في جانب المعاملات والعقود وهي دراسة مقارنة مهمة، إلا أنها تقتصر على الجانب المدني فقط لحماية القاصر دون الجانب الجزائي والإجرائي.

ومن المقالات العلمية التي تطرقت للمكانة الخاصة للقاصر، مقال بعنوان «اتفاقية حقوق الطفل خطوة إلى الأمام إلى الورا» لصاحبه عبد العزيز خيمر ورد في مجلة الحقوق السنة 17- العدد 3، وإن كان هذا المقال قد أبرز الاهتمام الدولي بحماية فئة القصر، والذي تجسد في اتفاقية دولية وضعت بعد القيام بدراسات اجتماعية ونفسية وطبية، إلا أنه اكتفى باستظهار الأحكام الواردة في الاتفاقية والآليات الهادفة لتطبيقها، دون أن يقارنها بأحكام الفقه الإسلامي.

وكذلك مقال ل: علي محمد جعفر بعنوان «حماية الأحداث المنحرفين في التشريع الجزائري والمواثيق الدولية» الوارد في العدد الأول من مجلة الدراسات القانونية لسنة 1998، وإن كان صاحب المقال قد ركز على مبدأ تدرج مسؤولية الحدث، تبعا لتدرج نموه، إلا أنه قصر الدراسة

على التشريع اللبناني فقط بالإضافة إلى التشريعات الدولية، كما أنه لم يقارن مع أحكام الفقه الإسلامي.

وفي مجال تشغيل الأطفال، اطّلت على مقال بعنوان: «تشغيل الأطفال وصمة في جبين الحضارة المعاصرة»: ل: محمد عباس نور الدين، الوارد في مجلة الطفولة والتنمية في العدد الثالث منها لسنة 2000، والذي تطرق فيه لعمالة الأطفال من حيث أسبابها ومخاطرها، كما تطرق للأحكام والتوصيات الواردة في الاتفاقيات الدولية.

8- خطة للبحث:

لمعالجة إشكالية البحث، وضعت خطة تشتمل على مقدمة وبابين وخاتمة، تناولت في الباب الأول مظاهر الحماية المدنية للقاصر من خلال فصلين اثنين، تطرقت في الأول إلى ما يتعلّق بالإطار العام لحماية القاصر في الجوانب المدنية، من خلال دراسة مركزه القانوني وحقوقه الأساسية التي يضمنها الفقه الإسلامي والقانون الداخلي والقانون الدولي لحقوق الإنسان، وأفردت الفصل الثاني في جزئه الأول لدراسة نظام النيابة الشرعية لما له من أهمية تقتضي تفصيل جزئياته عبر دراسة كلّ من الولاية على النفس والولاية على المال، وتناولت في الجزء الثاني من هذا الفصل ما يتعلّق بحماية فئتين متميّزتين من الأطفال، وهما فئة الأطفال اللقطاء والأطفال ذوي الاحتياجات الخاصة.

أما الباب الثاني من هذه الدراسة، فقد خصّصته لبحث مختلف مظاهر وجزئيات الحماية الجنائية للقاصر في زمن الحرب أو في حالة السلم والاستقرار، وذلك سواء ما تعلّق بالتشريع الجزائري حيث تناولت الدراسة الجوانب الإجرائية والموضوعية لتلك الحماية، سيما في ظل قانون الطفل 12/15، أو ما تعلّق بالقانون الدولي الإنساني ومختلف الاتفاقيات والمواثيق الدولية ذات العلاقة.

وفي الأخير توجّحت هذه الدراسة بخاتمة، تطرقت فيها لنتائج الدراسة، وأهم التوصيات والمقترحات الناتجة عنها.

الكتاب الأول:
مظاهر الحماية المرنية للقاصر

جامعة الأمير
مركز الدراسات
للعلوم الإسلامية

جامعة الأمير
علاء الدين
العلم الإسلامية

الفصل الأول: الإطار العام لحماية القاصر

يتناول هذا الفصل بالدراسة والبحث المركز القانوني للقاصر، منذ الحضارات القديمة وصولاً إلى اليوم، ومميزات وكيفية تطوّر شخصيته القانونية، فضلاً عن الحماية التي تنالها الأسرة التي ينشأ ويتزعرع فيها، بالإضافة إلى الحقوق الأساسية التي يتمتع بها في كل من منظومة الفقه الإسلامي وكذا التشريعين الجزائري والدولي.

وذلك من خلال مبحثين:

المبحث الأول: المركز القانوني للقاصر

المبحث الثاني: الحقوق الأساسية للقاصر

المبحث الأول: المركز القانوني للقاصر

شهد المركز القانوني للقاصر تغييرًا وتطورًا تدريجيًا عبر العصور إلى أن وصل إلى ما عليه اليوم من مركز محمي و متميز، يرمي خصوصياته الجسدية والعقلية والنفسية، ولا بد-لاستيعاب مقومات هذا المركز القانوني الخاص- من مراجعة مكانة القاصر القانونية، بداية بنماذج من بعض الحضارات القديمة، مع استعراض مظاهر الحماية الشرعية والقانونية التي يحظى بها الوسط الأسري.

المطلب الأول: مكانة القاصر في الحضارات القديمة

الفرع الأول: في بلاد الرافدين ومصر القديمة وروما

البند الأول: مكانة القاصر في حضارة بلاد الرافدين

تمتع الأب بسلطة كبيرة على أولاده في حضارة بلاد الرافدين حسب المؤرخين⁽¹⁾، حيث وصل الأمر إلى إمكانية بيعهم في حالة الفقر ليصبحوا بذلك رقيقًا لغيرهم، وجاز له أن يرهن زوجته وأولاده إذا كان مُعسرًا، غير أن هذه السلطة لم تكن مؤبّدة كما هو الحال في القانون الروماني، بل تنتهي بمجرد زواج الأولاد أو باستقلالهم في المعيشة، كما أنه كان يمنع على رب الأسرة قتل أولاده أو التصرف فيهم بالبيع أو الرهن لدينه إلا على سبيل العقوبة وفي حالات محدّدة كإنكار الأبوة، ولا يستطيع حرمانهم من الميراث أو إنقاص أنصبتهم سوى في حالات استثنائية، كما يمنع عليه وأد طفله المولد حديثًا⁽²⁾.

وأشار العديد من المؤرخين إلى أن شريعة "حمورابي" قصرت حق الميراث على الأبناء الشرعيين دون غيرهم، وأن هذا القانون حرم الإناث من التركة للحؤول دون خروج المال من العائلة⁽³⁾، في

⁽¹⁾ "نظام الأسرة الأبوية كان سائدًا لدى معظم الشعوب القديمة ومن ذلك الرومان واليونان والهنود والمصريون، حيث أقر هؤلاء سلطة أبوية واسعة، في حين خفف العراقيون من حدة هذه السلطة"، أنظر صاحب عبید الفتلاوي-تاريخ القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، طبعة 1998 ص 47.

⁽²⁾ أحمد إبراهيم حسن-فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، دار المطبوعات الجامعية مصر، طبعة 2003 ص 480-481.

⁽³⁾ اعتبر الميراث في المجتمعات القديمة من قبيل التكليف الديني، حيث كان الولد يرث أباه بغض النظر عن إرادته (القبول أو الرفض)، فينتقل إليه الميراث لأنه حقه المطلق، كما أن نظام التبني كذلك قد سمح لرب الأسرة في حال كان عقيمًا بنقل الميراث لابن المتبني ليضمن -حسب اعتقاد تلك المجتمعات- عبادة أسلاف أسرته، أنظر عباس العبودي-تاريخ القانون، مكتبة دار الثقافة، الأردن طبعة 1998 ص 37-154-155.

حين يرث أبناء الأمة من الحرّ بالتساوي مع أبناء الحرّة إذا نسبهم أبوهم إليه⁽¹⁾، ويعوّض عن حرمان البنات من الميراث بالمال الذي كان يمنح لمنّ لدى زواجهنّ، مع وجود استثناء وحيد يسمح بميراث البنت في حالة عدم وجود أولاد ذكور⁽²⁾.

وفيما يتعلق بالنسب⁽³⁾، فإن القاعدة عندهم أن الأولاد المنحدرين من أمة يصبحون عبيدا، كما يمكن أن يصير ابن الحرّ عبدا إذا باعه أبوه لفقره، ويصبح رقيقا كذلك كل من يولد من أبوين من الرقيق وتؤخذ العبرة بحالة الأم في حال الزواج بين العبيد والأحرار، فإذا كانت حرّة اعتبروا مثلها وإن كانت أمة اعتبروا عبيدا، غير أنه بداية من عصر "حمورابي" أصبح الرّق يتمتّعون بشخصية قانونية محدودة أو مقيدة، رغم أنهم يعدّون أشياء مملوكة لأسيادهم عكس ما كان سائدا قبل ذلك⁽⁴⁾.

ولم تحدد سنّ الزواج في حضارة بلاد الرافدين، وإن كان العرف عندهم أن يتم الزواج في سن مبكرة، حيث ارتبط الأمر بالنمّو الجسماني الذي يمكن معه تحقيق الغاية من الزواج وهي الإنجاب، وتُشترط الأهلية الكاملة للزوج كي يستطيع التعبير عن إرادته، وفي حال كان ناقص الأهلية أو عديمها يتم عقد الزواج بتراضي أولياء الزوجين، ولا حق للبكر في تزويج نفسها بل يجب موافقة وليّها كشرط أساسي لصحة العقد، فيما يصحّ لوليّها حق تزويجها ممن يشاء دون اعتبار لإرادتها، ولا يعترف القانون عندهم بالزواج الذي تعقده الفتاة البكر لوحدها ولا يرتّب عليه أي أثر كان، أما الثيب فيُشترط رضاها ويجوز لها أن تعقد زواجها بنفسها، وليس لأبيها أن يجبرها على الزواج⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ أسامة سراس-شريعة حمورابي وأصل التشريع في الشرق القديم، منشورات دار علاء الدين، الطبعة الرابعة 2005 ص118.

⁽²⁾ دليلة فركوس-الوجيز في تاريخ القانون، دار الرغائب والنفاثس الطبعة الثالثة 1999 ص 60.

⁽³⁾ يختلف العلماء اختلافا كبيرا فيما يتعلق بمسألة نسب القاصر في الحضارات القديمة، حيث يرى أنصار نظرية الأسرة الأبوية أن القاصر كان ينسب لأبيه لأن الأسرة تتكون عندهم من الأب وزوجته وما ينتج عنهما من أولاد، وهي النظرية التي تعرضت لانتقاد كثير خاصة من قبل أنصار نظرية القبيلة الذين يرون أن الأولاد القصر كانوا ينسبون لأهمهم باعتبار أن نظام القبيلة هو الذي كان سائدا في تلك المجتمعات، حيث كانت المرأة ملكا مُشاعا لكل الرجال، بل وصل الأمر إلى اشتراك عدد من الرجال في امرأة واحدة، ليتطور الأمر بعدها إذ كان الإخوة يشتركون في امرأة واحدة لكي ينسب الولد بعدها للأخ الأكبر، ثم ظهر نظام الزواج الفردي حيث انفرد رجل واحد بزوجه أو زوجاته وينسب الأولاد إليه، أنظر عباس العبودي -تاريخ القانون ص 22-68.

⁽⁴⁾ أحمد إبراهيم حسن-فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ص 60-61.

⁽⁵⁾ أحمد إبراهيم حسن-فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ص 438 إلى 440 و446.

والجدير بالذكر، أن قانون "حمورابي" مقارنة ببقية التشريعات التي عرفتتها الحضارات القديمة، حاول توفير الحماية للطفل من خلال عدة نصوص قانونية، حيث شدد مثلاً في عقوبة كل من يعتدي على امرأة حامل فيتسبب في إسقاط جنينها وفرض عليه غرامة مالية، وفي حال وفاة الأم قرّر القانون قتل ابنة الضارب، أما إذا كانت الحامل من طبقة العبيد فينتج عن إسقاط جنينها بالضرب دفع غرامة مالية من المعتدي، ونفس الأمر عند وفاتها نتيجة ذلك الاعتداء⁽¹⁾، أما الطفل المتبني فنص قانون "حمورابي" أن له الحق في البحث عن والديه الحقيقيين فإذا وجدتهما كان بإمكانه العودة إليهما، كما يحق للطفل المتبني ثلث التركة من أموال أبيه، إذا أراد أن يطرده من البيت الذي بناه له بعد أن رزق بأولاد من صلبه، كما أن من يختطف رضيعاً لرجل حرّ تكون عقوبته القتل، وإذا أهملت مربية الولد الذي في رعايتها ومات تعاقب بقطع يدها إذا ثبت إهمالها، ومن المهم الإشارة إلى ما نص عليه قانون "حمورابي"، بأن الأرملة التي لديها أولاد قاصرون لا يمكنها الزواج إلا بعد تحري القضاة عن تركة زوجها السابق، حيث يضعون زوجها الثاني وصياً على تركة زوجها الأول ويتعهدان هي وزوجها الجديد في لوح مكتوب بالاعتناء بالأملأك وتربية الأولاد⁽²⁾.

وفي المقابل لم يخل هذا النص القديم من عقوبات قاسية في بعض الأحيان على الأطفال، مثلما هو الحال بالنسبة للقاصر الذي يضرب أباه حيث يُعاقب بقطع يده⁽³⁾، كما يقتل ابن الدائن الذي أخذ ابن المدين رهينة لضمان دينه، وذلك في حال كانت وفاة ابن المدين بسبب الضرب أو إساءة المعاملة⁽⁴⁾، ولو قرّر رجل حرمان ابنه من الميراث، يبحث القاضي في ماضي الابن فإن اكتشف أنه اقترف ذنباً جسيماً أباح حرمانه من الميراث، ويتعرض الطفل المتبني الذي ينكر أمّه أو أباه، لعقوبة صارمة تتمثل في قطع لسانه أو فقأ عينيه أو إنزاله مرتبة العبيد⁽⁵⁾.

(1) دليلة فركوس-الوجيز في تاريخ القانون ص 64.

(2) أسامة سراس-شريعة حمورابي وأصل التشريع في الشرق القديم ص 37-60-70-121.

(3) عباس العبودي-تاريخ القانون ص 160.

(4) أسامة سراس-شريعة حمورابي وأصل التشريع في الشرق القديم ص 110.

(5) دليلة فركوس-الوجيز في تاريخ القانون ص 62.

البند الثاني: مكانة القاصر في روما القديمة

انقسم المجتمع في روما القديمة إلى ثلاث طبقات، هي طبقة الأحرار المتمثلة في المواطنين الرومان الذين يتمتعون بكافة الحقوق، وطبقة الأجانب عن الإمبراطورية، ثم طبقة الرقيق أو العبيد، حيث كانت الطبقتان الأخيرتان أقل شأنًا وأهمية، إذ تتراوح حقوق العبيد والأجانب بين الوجود والعدم وأحيانًا اعتبر كل من الأجنبي والعبد في مكانة واحدة⁽¹⁾، وكان بالإمكان التعامل بهما كسلعة تُباع وتُشترى وتُرهن، وجاز للروماني الحر أن يتصرف في عبده كما يشاء وأمكنه قتله دون أن يتعرض للمساءلة على ذلك، أما القاصر فلم يكن له بصفة عامة مركز قانوني مهم، بل كان في أغلب الأحيان في مراتب دنيا وفقًا للطبقة التي ينحدر منها.

و ارتبطت مكانة القاصر عند الرومان ارتباطًا وثيقًا بمكانة أبويه والطبقة التي ينتميان إليها، حيث يتبع مركزه القانوني مباشرة مركز أبيه أو أمه، فهو يخضع في طبقة الأحرار مثلًا للسلطة الأبوية المطلقة والدائمة التي تسري على نفسه وماله وتمتد أحيانًا إلى ما بعد الرشد، وتشمل سلطة الأب كذلك أسرة ابنه، حيث كان يملك بذلك حق الموت والحياة على أبنائه ويجوز له بيعهم عقابًا لهم، وليس في وسعهم أن يتزوجوا دون الحصول على إذنه، وكان الأب يمتلك حقوقًا مطلقة على أبنائه حيث يحق له بيعهم خارج حدود روما كعبيد⁽²⁾، واستمر ذلك إلى غاية العهد الإمبراطوري، حيث أصبح للابن الراشد بعض الحقوق وأصبحت له ذمة مالية مستقلة عن أبيه تتيح له الالتزام مدنيًا⁽³⁾.

من جهة أخرى فإن القاصر الذي ينتمي إلى طبقة الرقيق يعتبر كوالديه تمامًا ملكًا لسيده بشكل مطلق، يتصرف فيه كما يشاء ولا يملك أية حقوق بل يعتبر محلاً لها، ولا يكون لبلوغه أو رشده أي أثر يذكر على أهليته أو حقوقه فالعبد القاصر مثل العبد الراشد، يُعتبران ملكًا للسيّد بما يستتبع ذلك من حقوق مطلقة له عليهما، حيث لم يكن للعبيد أيضًا الحق في الزواج وكان الأمر

⁽¹⁾ لم يكن للأجانب في الحضارات القديمة أية حقوق، وكان يتم في العديد من الحالات المساواة بينهم وبين الرقيق، بحيث لا يتمتعون بأية حماية قانونية في أنفسهم أو أموالهم، ويجل قتلهم واسترقاقهم والاستيلاء على أموالهم، أنظر أحمد إبراهيم حسن-فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ص 87.

⁽²⁾ أحمد إبراهيم حسن-فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ص 73.

⁽³⁾ تقلصت السلطة الأبوية المطلقة فيما بعد بفضل تأثير الفلسفة اليونانية، حيث منع الأب من بيع أبنائه أو قتلهم، واقتصر حقه على إمكانية تأديبهم، كما منع عليه تزويجهم دون رضاهم وأصبح في إمكانهم بعد ذلك مقاضاته في حالة سوء المعاملة، كما نص القانون الروماني على أن الأب الذي يجرّس ابنته على الفجور يفقد سلطته عليها، أنظر عباس العبودي-تاريخ القانون ص 199-201.

مقتصرًا على طبقة الأحرار وكذا الأجانب الذين يجوزون هذا الحق عن طريق اتفاقيات مبرمة مع روما⁽¹⁾، ومن الناحية القانونية كان الرقيق معدومي الشخصية القانونية وليس لهم القدرة على اكتساب الحقوق أو تحمّل الواجبات، بل يُعتبرون مجرد سلعة تباع وتشتري وترهن، ويحقّ للسيد قتل عبده دون أن يتحمّل أية مسؤولية أو تبعات قانونية⁽²⁾.

أما في حال كان أحد الأبوين من طبقة العبيد والآخر حرًا فإن الأمر يختلف حسب الحالات، حيث إن الطفل المولود من أمة عند الرومان يعتبر عبدا ولو كان والده حرًا تمامًا كالأمر بالنسبة لمن ولد من أبوين عبدَيْن لأن القانون الروماني لم يكن يقرّ بالزواج بين العبيد⁽³⁾، وقد أخذ هذا القانون بعين الاعتبار القرابة من جهة الأم حيث اعتبر أن الأولاد المولدين خارج إطار الزواج نتيجة ما عُرف عندهم بنظام المعاشرة أو التسري، ينسبون للأُم دون الأب ويكون لهم في هذه الحالة الحق في ميراث أمهم⁽⁴⁾، كما يُنسب الولد غير الشرعي إلى أمّه وبالتالي تنتقل إليه صفة المواطنة أو الجنسية التي كانت تقتصر على الرومان ذوي الأصول التي تعود للقبائل التي أسست روما⁽⁵⁾.

وعرف الرومان أيضا نظام "الزواج بالسيادة" الذي كان ينعقد ويحل بإرادة ربّي الأسرتين اللذين يخضع لإرادتهما المطلقة كل من الزوج والزوجة، حيث تنتقل الزوجة بعد القران من سلطة أبيها إلى سلطة رب أسرة زوجها وتخضع له بشكل تام كما تدخل أموالها ضمن أموال زوجها، وفي العهد الجمهوري وقع تطوّر معتبر حيث انتشر ما يُعرف بالزواج دون سيادة، والذي كان يتم بإرادة الزوجين إضافة إلى إرادة ربّي الأسرتين، فإذا رفض هذان الأخيران الزواج، تدخل "البريتور" لتسهيل الإجراءات، كما أن الزوجة احتفظت بأموالها التي ترجع لأسرتها في حالة وفاتها إذ كانت تعتبر أجنبية عن زوجها وأولادها ولا وجود لحق الإرث بينهما⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ كان من شروط الزواج عندهم البلوغ وهو الذي يحدده رب الأسرة، وفي عهد "الكنصل" تم تحديده بين 12 و14 سنة وهو ما أخذ به فيما بعد قانون "جوستينيان"، أنظر عباس العبودي - المرجع نفسه ص 203.

⁽²⁾ أحمد إبراهيم حسن - فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ص 74.

⁽³⁾ أحمد إبراهيم حسن - فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ص 71.

⁽⁴⁾ دليلة فركوس - الوجيز في تاريخ القانون، ص 173، أحمد إبراهيم حسن - فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ص 432.

⁽⁵⁾ صاحب عبيد الفتلاوي - تاريخ القانون ص 144.

⁽⁶⁾ دليلة فركوس - الوجيز في تاريخ القانون ص 174 - 175.

من جهة أخرى، كان نظام التبني لدى الرومان القدامى يتم بإشراف القاضي الذي يصادق على العقد بعد أن يدعي الأب الجديد أن الطفل ابنه، فإذا سكت أبوه الحقيقي وقع التبني ورتب كل آثار البنوة الشرعية من حيث الواجبات والحقوق، ومنها طاعة الأب والخضوع لسلطته والحق في الميراث، وإن كان هناك استثناء بالنسبة للأجانب حيث لا يسمح لهم إلا بتبني أطفال أجانب أيضا⁽¹⁾.

ورغم ذلك فقد أولى القانون الروماني القديم بعض الأهمية للطفل وخصّه بالحماية في حالات قليلة، وعلى سبيل الذكر ما تعلق بحماية الجنين الذي توفي مورثه قبل ميلاده، حيث لجأ القانون الروماني إلى استعمال الحيلة القانونية واعتبر أن هذا الجنين قد ولد قبل وفاة مورثه، وبذلك اعتبر أنه يتمتع بالشخصية القانونية التي تمكنه من الحصول على نصيبه في الميراث⁽²⁾.

الفرع الثاني: مكانة القاصر عند الإغريق واليهود والعرب قبل الاسلام

البند الأول: مكانة القاصر عند الإغريق

تميّزت بعض القوانين الإغريقية القديمة بقسوتها عموماً واتجاه فئة الأطفال بصفة خاصة، مثلما كان عليه الحال بالنسبة لقانون "ليكورج" الذي صدر سنة 630 ق م في مدينة اسبرطة، والذي اشتهر بأنه أكثر القوانين قسوة، حيث جاء فيه إمكانية التخلص من الأطفال المشوهين وقتلهم بالقائم من فوق الجبال⁽³⁾، وعموماً كانت السلطة الأبوية واسعة جداً في حضارة اليونان القديمة، بحيث كان الأب يقبل أو ينكر نسب أولاده إليه بعد ولادتهم مباشرة، وكان له حق رهن أولاده وتسليمهم إلى عائلة أخرى تتبناهم، غير أنه بمجيء قانون "صولون" فيما بعد تم تقييد هذه السلطة الواسعة عندما منع بيع الأولاد أرقاءً أو قتلهم⁽⁴⁾.

من جهة أخرى فإنّ من يولد من أمة يصبح عبداً ولو كان والده حرّاً تماماً كالذي يولد من أبوين عبدين، فهم يرون أن الطفل يتبع حالة أمّه كباقي الشرائع الأخرى، فيما اعتبر أفلاطون أن

(1) دليّة فركوس-الوجيز في تاريخ القانون ص 177-178.

(2) عباس العبودي-تاريخ القانون ص 76.

(3) عباس العبودي-تاريخ القانون ص 20.

(4) دليّة فركوس-الوجيز في تاريخ القانون ص 116-118، أحمد إبراهيم حسن-فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ص 84.

المولود الجديد يجب أن يتبع حالة أي من والديه الأسوأ مركزاً⁽¹⁾.

البند الثاني: مكانة القاصر عند اليهود

تبني اليهود نظام السلطة الأبوية الواسعة على الأبناء، رغم أن الأب كان مجبراً إذا أراد معاقبة أولاده بالقتل مثلاً، أن يلجأ إلى مجلس شيوخ القبيلة الذي يصدر الحكم، فيما حرمت شريعتهم بعض العادات الوثنية التي كانت شائعة في القديم مثل وأد الأطفال والتضحية بهم وذبحهم قربانا للآلهة.

ومن حق الأب عند اليهود أن يزوّج ابنته دون 12 سنة من العمر دون رضاها، أو يبيعها إذا شاء كخادمة في حال فقره، ويمكنه شراؤها مرة أخرى إذا تحسنت أحواله، وتنتهي السلطة الأبوية عندهم ببلوغ الابن الرشد حيث يستقل بذمته المالية ويمكنه تملك بعض الأموال، في حين لم تكن لدى اليهود عموماً سنّ محدّدة للزواج وإن كان الأمر يتم في سن مبكرة، حيث ارتبط بالقابلية الجسدية وامكانية الإنجاب⁽²⁾.

وبالنسبة لطبقة العبيد، أعتبر الأولاد المولودون من أمة رقيقاً مثلها ولو كان أبوهم حرّاً، ونفس الأمر للولد من أبوين عبدين⁽³⁾، كما عُرف لدى اليهود أنّ المدين وزوجته وأولاده يُصبحون كلهم عبيداً لدى الدائن الذي يستولي عليهم ضماناً لدينه، ولا ينتهي هذا النوع من الرّق إلا بعد الوفاء بالدين أو مرور ستّ سنوات من تاريخ الاسترقاق إذا كان الرقيق يهوداً، وإذا كانوا أجنباً فلا يستفيدون من تحديد مدة العبودية، وكان العبد عُرضة لكل أنواع التصرفات المالية عندهم، حيث بالإمكان بيعه ورهنه ويحق لسَيِّده قتله إذا أراد، وإن كانت التوراة قد نصّت فيما بعد في عهد القضاة والعهد الملكي على بعض حقوق العبيد، ومنها معاقبة السيّد الذي يقتل عبده عمداً، وكذا تحرير العبد الذي يصيبه سيّده بجرح أو كسر⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ أحمد إبراهيم حسن - فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ص 82-83.

⁽²⁾ أحمد إبراهيم حسن - المرجع نفسه ص 446-481-482.

⁽³⁾ أحمد إبراهيم حسن - المرجع نفسه ص 67.

⁽⁴⁾ أحمد إبراهيم حسن - المرجع نفسه ص 68-69.

البند الثالث: مكانة القاصر عند العرب قبل الاسلام

لم تكن السلطة الأبوية لدى العرب مطلقة أو دائمة مثلما كان عليه الحال عند الرومان أو غيرهم، بل اتسمت بأنها مؤقتة تنتهي ببلوغ الرشد لدى الابن واستقلاله بحياته، ولدى البنت بالزواج، كما يصبح للابن بعد بلوغه وزواجه ذمة مالية مستقلة تمكنه من إبرام الصفقات والتصرفات القانونية دون إذن رب الأسرة، وكانت قرابة الدم الأساس الذي ارتكزت عليه الأسرة عند العرب منذ القدم، حيث يُنسب الأولاد إلى والدهم في ضل نظام الأسرة الأبوية أو ما يعرف بقرابة العصبية وهي قرابة الذكور من جهة الأب⁽¹⁾.

ولم يكن من حق الفتى أو الفتاة لدى العرب قبل الاسلام عقد الزواج، وإن كان العرف أن تتم استشارة الفتى غير أن العقد يتم من طرف وليه الذي يتحمل التكاليف المادية، حيث يتحرى في زواج ابنه زيادة على الاستكثار من النسل، تقوية عصبته عن طريق مصاهرة قبائل لها مكانتها بين القبائل الأخرى، فيما لا تستطيع الفتاة إبرام عقد زواجها بنفسها ولا يُشترط رضاها لصحة عقد القران، ولوليها وهو الأب أو الجد أو الأخ أو العم حق جبرها على الزواج ممن يشاء، إذ يتحرى في ذلك الكفاءة في الزواج للقبيلة التي ينتمي إليها⁽²⁾.

وعُرف في الجاهلية زواج المتعة، حيث يُنسب الولد في الغالب لأمه وعشيرتها لارتباطه بها، وهو زواج ينتهي بانتهاء المدة المحددة ولا يستلزم مهرا ولا شهودا⁽³⁾، كما عرف العرب في الجاهلية بعض صور تعدد الأزواج، ومنها تلك التي كان يجتمع فيها أكثر من رجل ثم يدخلون على امرأة ويصيبها جميعهم، وعندما تضع حملها تناديهم جميعا وتختار من ينسب إليه المولود دون أن يكون له أن يرفض أو يمتنع⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ أحمد إبراهيم حسن- فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ص 575-596.

⁽²⁾ أحمد إبراهيم حسن- المرجع نفسه ص 582-583.

⁽³⁾ عربوية جبار الخزرجي- حقوق الطفل بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة الأردن الطبعة الثانية 2013 ص 30، وانظر أحمد إبراهيم حسن- المرجع نفسه ص 579.

⁽⁴⁾ عباس العبودي - تاريخ القانون ص 22، أحمد إبراهيم حسن- المرجع نفسه ص 580.

واشتهرت لدى العرب الجاهليين عادة الوأد التي حرّمها الإسلام، حيث كان الأب يخشى على ابنته من السبّي والفقر الذي يدفعها حسب الاعتقاد آنذاك لارتكاب الفاحشة، فكان الوأد عادة لدى بعض القبائل مخافة العار والفاقة، واستعملوا مصطلح الجارية للدلالة على الأمة والبنات والزوجة على حدّ السواء، وانعكس هذا الوضع الاجتماعي للمرأة على مركزها القانوني وأدّى إلى تجريدها من جميع حقوقها فأصبحت بذلك خاضعة لنظام الوصاية الدائمة، إذ تخضع لسلطة وليّها قبل الزواج وبعده لسلطة زوجها، ولا تتمتع بدمّة مالية ولا بشخصية قانونية، وإن كانت هناك بعض الاستثناءات على هذه القاعدة العامة⁽¹⁾.

وفي المقابل يرى الكثير من الدارسين لتاريخ العرب قبل الإسلام، أن المرأة حينها كانت ذات شخصية قانونية ودمّة مالية مستقلة، وأن وضعها كان أفضل بكثير من وضع المرأة في الحضارة الرومانية مثلا، حيث كانت تُستشار في زواجها ومن حقّها الإبقاء على عصمتها في يدها، وكانت تتعاطى التجارة بصفة مستقلة أيضا ما يدلّ حسبهم على كمال شخصيتها القانونية، وكان بإمكانها مباشرة كل التصرفات وتمتلك الأموال وإبرام الصفقات، دون أن يترتب على الزواج أي انتقاص من أهليتها أو ذمتها المالية أو حقّها في التصرف بكل حرية في مالها، واستدلّوا على ذلك بوجود العديد من الأخبار والروايات التي تؤكّد ذلك، إلا الميراث حيث كان من شروطه حينها الذكورة انطلاقا من مبدأ أنه "لا إرث إلا لمن يقاتل على الخيل ويأخذ الغنيمة"، وهو ما نتج عنه استبعاد الصغار والنساء وحرمانهم من التركة⁽²⁾.

المطلب الثاني: الشخصية القانونية للقاصر وكيفية ترشيده

الفرع الأول: تدرّج الشخصية القانونية للقاصر

البند الأول: تعريف القاصر

أولا- لغة: مصطلح القاصر مشتقّ لغةً من القاف والصاد والراء، وهو أصل يدلّ إمّا على عدم بلوغ الشيء نهايته ومداه، أو يدلّ على الحبس، وعليه يرتبط مدلول هذا المصطلح بمعنى

⁽¹⁾ أحمد إبراهيم حسن- فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ص 598.

⁽²⁾ أحمد إبراهيم حسن- المرجع نفسه ص 598-607.

العجز والنقص، والقاصر مفرد قاصرون وقَصْر، وهو من لم يبلغ سن الرشد، وقَصَارَى الرجل أو الشيء: غايته وآخر أمره وما اقتصر عليه، وقَصَرَ الشيء: حَبَسَهُ، وقَصَرَ عن الشيء: عجز عنه ولم يبلغه، والتقصير في الأمر: التواني فيه، والاقتصار على الشيء: الاكتفاء به⁽¹⁾.

ثانياً-اصطلاحاً:

أ-الاصطلاح القانوني: أما القاصر قانوناً فهو الشخص الذي لم يبلغ سنّ الرشد، وعادة ما يضع القانون سنّاً معيّنة كـمعيار لمعرفة حدّ الرشد بالإضافة إلى معيار التمتع بالقوى العقلية، ما أكدته المادة 40 من القانون المدني التي جاء فيها: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة (19) عشر سنة كاملة"⁽²⁾، فالقاصر هو كل شخص عديم أو ناقص الأهلية لقصور في سنّه عن السنّ الواجبة قانوناً لمباشرة حقوقه.

ب-الاصطلاح الفقهي: القاصر عند الفقهاء من قَصَرَ عن الشيء إذا تركه عجزاً، كالعاجز عن التصرف السليم مثل الصغير دون البلوغ أو المجنون⁽³⁾، وهذا المصطلح نادر الاستعمال من الفقهاء سيما القدماء منهم، حيث يستعملون ألفاظاً أخرى للدلالة على معنى القاصر أو الطفل، مثل لفظ الصبيّ أو اليتيم أو الصغير.

وتبدأ مرحلة الصبا من الولادة إلى الفطام⁽⁴⁾، لقوله تعالى: ﴿قَالُوا كَيْفَ نُكَلِّمُ مَنْ كَانَ فِيهِ الْفُطُورُ صَبِيًّا﴾ سورة مريم الآية 29، وقوله عزّ وجل: ﴿وَأَتَيْنَاهُ الْكُتُبَ صَبِيًّا﴾ سورة مريم الآية 12، وقيل: "الإنسان جنين في بطن أمه، فإذا انفصل عنها ذكرها فهو صبيّ إلى البلوغ، فغلام إلى تسع عشرة، فشباب إلى أربع وثلاثين، فكهل إلى أحد وخمسين، فشيخ إلى آخر عمره، هذا وسُمي صبيّاً

⁽¹⁾ أبو الحسين بن فارس بن زكريا-معجم مقاييس اللغة تحقيق وضبط عبد السلام هارون، دار الفكر بيروت، طبعة 1979 م، 96/5، وانظر محمد بن أبي بكر الرازي-مختار الصحاح، راجعته وحققتها لجنة من العلماء، دار الفكر للطباعة والنشر بيروت، طبعة 1981 ص537، جماعة من كبار اللغويين العرب-المعجم العربي الأساسي، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، طبعة 1989 ص990.

⁽²⁾ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

⁽³⁾ محمد رواس قلعه جي وحامد صادق قنبي-معجم لغة الفقهاء، دار النفائس بيروت، الطبعة الثانية 1408هـ/1988م ص270-354.

⁽⁴⁾ محمد رواس قلعه جي وحامد صادق قنبي-المرجع نفسه ص354.

لأنه يصبو، أي يميل إلى كل شيء لاسيما اللّعب"⁽¹⁾، وعليه فإن معنى الصبّا فقها يدور حول مرحلة تبدأ منذ الولادة وتنتهي بالبلوغ سواءً في ذلك الذكر والأنثى.

أمّا الصبّي المميّز فهو الذي يُدرك معاني العقود في عرف الناس، وأدنى سنّ للتمييز هي سبع سنوات، والصبّي غير المميّز هو الذي لا يعرف معاني العقود، فلا يدرك أن البيع سالب للملكية وأن الشراء جالب لها⁽²⁾.

كما يستعمل الفقهاء لفظ اليتيم، وهو لغة الفرد لأن اليتيم هو الانفراد واليتيم من فقد أباه، وأمّا من فقد أمه فيسمّى عجياً، ومن فقد أمه وأباه يسمّى لطيماً، ويسمّي يتيماً لأنه منفرد عن الأب الذي يعتني به ويليه ويحيطه برعايته وعطفه⁽³⁾.

وشرعاً اليتيم هو من مات أبوه حتى يبلغ، فإذا بلغ زال عنه اليتيم لحديث رسول الله ﷺ: {لا يُتم بعد احتلام}⁽⁴⁾، وجاء في التعريفات أن اليتيم: "هو المنفرد عن الأب لأن نفقته عليه لا على الأم، وفي البهائم اليتيم هو المنفرد عن الأم لأن اللبن والأطعمة منها"⁽⁵⁾.

فاليتيم ينتهي بالبلوغ ولا تجري شرعاً أحكام اليتامى بعد ذلك⁽⁶⁾، وجاء في معجم لغة الفقهاء أن اليتيم في الإنسان هو فقد الأب قبل البلوغ⁽⁷⁾.

(1) عبد النبي الأحمد النكري-موسوعة مصطلحات جامع العلماء، مكتبة لبنان ناشرون، الطبعة الأولى ص 523.

(2) محمد أبو زهرة-الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي مصر، الطبعة الثالثة (د ت) ص 282.

(3) ابن منظور-لسان العرب، دار المعارف، طبعة محققة القاهرة (د ت) ص 4949، أبو بكر أحمد الرازي الجصاص-أحكام القرآن، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، (د ت)- (د ط) 46/2.

(4) أخرجه أبو داود-كتاب الوصايا، باب متى ينقطع اليتيم، انظر أبو داود السجستاني-تحقيق شعيب الأرنؤوط، دار الرسالة العالمية، دمشق طبعة 2009، 496/4.

(5) علي بن محمد الجرجاني-التعريفات، ضبطه وفهرسه محمد بن عبد الحكيم القاضي، دار الكتاب اللبناني بيروت، ودار الكتاب المصري القاهرة، الطبعة الأولى 1991/1411 ص 268.

(6) قال الحنفية: "اسم اليتيم حقيقة، يتناول الصغير" انظر السرخسي-المبسوط، دار المعرفة، بيروت، طبعة 1409/1989م، 21/25، وقال الشافعية أن: "اليتيم إنما يقع على غير البالغ" انظر الشريبي-مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الفكر، (د ت)- (د ط) 165/2.

(7) محمد رواس قلعه جي وحامد صادق قنبي-مرجع سابق ص 513.

أما مصطلح الصغير فيقصد به لغةً قليل الجسم أو الحجم، فالصغير ضد الكبر والصغار بالفتح خلاف العظم وجمعه صغارٌ وصغراءٌ، والصغير المميّز: هو الصبي دون البلوغ الذي يفرّق بين الریح والخسارة وبين ما يضرّه وينفعه، ويدرك الفرق بين ما يجلب له النفع وما يجلب له الخسارة⁽¹⁾، ومعنى لفظ الصغير في اللغة، لا يختلف عن معناه في اصطلاح الفقهاء، إذ يدلّ على الطفل الذي لم يبلغ بعد، وعليه يعرّف الصغر بأنه: "وصف لحال لم تتكامل فيها قوى الإنسان، وتبتدئ من ولادته إلى حين بلوغه"⁽²⁾.

البند الثاني: مراحل تدرّج الشخصية القانونية للقاصر

من المتعارف عليه أن شخصية الإنسان القانونية تبدأ بمجرد مجيئه للحياة، حيث أن أشخاص القانون هم الأشخاص الطبيعيون من البشر، وأشخاص اعتباريون مثل الشركات والمؤسسات والأحزاب والجمعيات... الخ، وكان الإعلان العالمي لحقوق الانسان قد أقرّ بحق الطفل منذ ولادته في الاعتراف بشخصيته القانونية وبالحق في الجنسية وألا يُجرّم منها بطرق تعسفية⁽³⁾.

أما المقصود بالشخصية القانونية للقاصر فهي أهليته لتحمل الالتزامات والتمتع بالحقوق، وهو المعروف في مصطلحات القانون بالأهلية القانونية التي تنقسم بدورها إلى أهلية وجوب وأهلية أداء. ويمكن تعريف الأهلية بأنها: "صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، وتعبير آخر صلاحية الشخص لأن يكون طرفاً في الحق سواء كان طرفاً إيجابياً أو سلبياً"⁽⁴⁾، حيث تكون أهلية الوجوب نسبية للجنين، بمعنى أنها قاصرة على بعض الحقوق دون غيرها، في حين تصبح كاملة للطفل عند ولادته، لأن أهلية الوجوب مرتبطة بالحياة وبمجرّد ولادة الطفل حيّاً يحوز أهلية وجوب كاملة.

⁽¹⁾ الفيروز أبادي-القاموس المحيط، دار الكتاب العربي، دت دط 70/2، محمد رواس قلعة جي وحامد صادق قنبي-المرجع نفسه 274.

⁽²⁾ أحمد مصطفى الزرقا-المدخل الفقهي العام للفقهاء الإسلامي في توبه الجديد، دار الفكر دمشق، طبعة 1968، 816/2.

⁽³⁾ راجع المواد 6 و7 و15 من الإعلان العالمي لحقوق الانسان 1948.

⁽⁴⁾ إسحاق إبراهيم منصور-نظريتنا القانون والحق وتطبيقاًهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية 2001، القسم الثاني النظرية العامة للحق ص 227.

أولاً- أهلية الوجوب: تتعلق بالصلاحيّة لتلقّي الحقوق والالتزامات، وتبدأ قبل ميلاد الإنسان حيث تصح الوصية والهبة للجنين، ويحفظ له حقه في الميراث إلى أن يستهلّ حيا، وقد جعل المشرّع الجزائري ولادة الإنسان بداية لشخصيته القانونية، مع تأكيده على حقوق الجنين في بطن أمّه، حيث جاء في المادة 25 من القانون المدني: "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيّا وتنتهي بموته، على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا".

كما أقرت المادة 187 من قانون الأسرة حقّ الحمل بتلقّي الوصايا قبل ميلاده: "تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا، وإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس"⁽¹⁾، وهو ما يتماشى مع قول المالكية⁽²⁾، ونفس الأمر فيما يتعلّق بالهبة حيث جاء في المادة 209 من ذات القانون: "تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا".

وفي حالة الميراث اعترف قانون الأسرة في المادة 134 بحق الحمل في نصيب منه، مع تعليق ذلك بشرط ولادته حيا بالاستهلال أو ظهور أي علامة تدل على الحياة، ووضّح في المادة 173 ق أ أنه يتم وقف نصيب من التركة يُعادل الأكثر مما يأخذه ابن أو بنت في حال ما إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، أما في حالة كان الحمل يحجب الورثة حجب حرمان فيتوجّب وقف كامل التركة وتأجيل القسمة إلى أن يولد.

والمشهور عند المالكية أن توقف قسمة التركة في حال وجود الحمل بسبب الشك في وارث من عدمه وفي كونه ذكرا أو أنثى، أمّا الحنثى المشكل فله نصف نصيب ذكر أو أنثى، حيث يأخذ نصف نصيب الذكر ونصف نصيب الأنثى⁽³⁾، وقال الحنفية بأنه يوقف للحمل نصيب ابن واحد في قول أبي يوسف، وعند محمد نصيب ابنين، وعند أبي حنيفة يوقف الأكثر من نصيب أربع بنين أو أربع

⁽¹⁾ القانون 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.
⁽²⁾ وتصح الوصية للحمل إذا استهل صارخا، وإذا وضعت الأم أكثر من رضيع واحد توزّع عليهم بالتساوي بين الذكر والأنثى، كما تصح وصية الصغير المميّز إذا كان مالكا، ولا تصح إذا كان غير المميّز، وتعزف الوصية عند المالكية بأنها: "العقد الذي يوجب حقا في ثلث عقده والذي لا يلزم إلا بموته أو نيابة عنه"، أنظر الخرشى على مختصر خليل، المطبعة الأميرية، مصر الطبعة الثانية 1317هـ، 195-168-167/8.

⁽³⁾ عبد الله الخرشى-الخرشى على مختصر خليل 224/8-226.

بنات والفتوى المعتمدة عندهم هي القول الأول، ويرث الجنين إذا خرج أكثره وهو حي فمات⁽¹⁾، وعند الشافعية يرث الحمل إذا وُلد حيا بأن يستهل صارخا أو يعطس أو يتشاءب أو يلتقم ثدي أمه، ويوقف عندهم اقتسام التركة إلى غاية ولادته حيث يُترك له حق الذكر إن كان أفضل وحق الأنثى إن كان أفضل، وقيل يوقف للحمل ميراث أربعة ذكور لأنه أكثر الحمل ويقسم الباقي على الورثة، ويوقف أمر الحثى حتى يصير مكلفا فيختبر ويُعرف بالمئى والحيض وغيرها من العلامات⁽²⁾.

وذهب الحنابلة إلى أنه يوقف للحمل إما نصيب ذكرا، أو نصيب أنثيين، أو نصيب ذكر وأنثى إذا كان أوفر، ولا يرون استحقاق الحمل للميراث إلا إذا استهل صارخا مع الخلاف في وقت ثبوت الميراث له، ففي رواية عن أحمد منذ وفاة مورثه وفي أخرى لا يثبت إلا بعد انفصال الجنين حيا، أما الحثى المشكل فيرث نصف ميراث الذكر ونصف ميراث الأنثى، وذلك أخذا بحالتيه وحذرا من ترجيح إحداهما بلا مرجح، وهو قول ابن عباس رضي الله عنه، وقال الزركشي أنه لا يعرف خلافا لهذا القول⁽³⁾.

ولا تتيح أهلية الوجوب للطفل مباشرة أي تصرف مالي، وتقع كل تصرفاته باطلة بحكم القانون⁽⁴⁾، وينوب عنه نائبه الشرعي وهو إما وليه أو الوصي أو المقدم عليه، وذلك وفقا للأحكام المتضمنة في قانون الأسرة.

ثانيا- أهلية الأداء: وهي أساسا صلاحية القاصر لمباشرة التصرفات القانونية، وكما عرّفها السنهوري: "مناطقها التمييز لأن الإرادة لا تصدر إلا عن تمييز فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية، ومن نقص تمييزه نقصت أهليته، ومن كان عديم التمييز كان عديم الأهلية"⁽⁵⁾، فهي صلاحية الشخص للقيام بنفسه بالأعمال القانونية، بحيث أنها مرتبطة بالتمييز المتمثل في بلوغ سن

⁽¹⁾النسفي-البحر الرائق، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى 1998، 391/9.

⁽²⁾الشريبي-مغني المحتاج 39/3-40.

⁽³⁾المرداوي-الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، صححه وحققه محمد حامد الفقي، الطبعة الأولى 1956، 229/7-230، شمس الدين الزركشي-شرح الزركشي على مختصر الخرقى، دراسة وتحقيق عبد الملك بن دهيش المملكة السعودية، الطبعة الثالثة 2009، 47/3.

⁽⁴⁾المادة 82 من قانون الأسرة.

⁽⁵⁾عبد الرزاق السنهوري-الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية القاهرة، (دت)-(دط)، ج 4 البيع والمقايضة ص 94 و95.

معينة، وحرية الإرادة عن طريق التصرف دون إكراه سواء كان ماديا أو معنويا، فأهلية الأداء تتوفر عند كل شخص يمتلك التمييز والادراك بما يجعله قادرا على التعبير عن ارادته تعبيرا ينتج آثارا قانونية⁽¹⁾.

وأهلية الأداء إما تكون ناقصة بالنسبة لمن بلغ سن التمييز وهو 13 سنة وفقا للمادة 42 من القانون المدني في فقرتها الثانية: "يعتبر غير مميّز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة"، أو مكتملة لمن بلغ سن الرشد المحددة ب 19 سنة كاملة⁽²⁾.

وعليه فإن القاصر المميّز هو الذي يُدرك معاني العقود في عرف الناس، وأدنى سنّ معتبرة للتمييز هي سبع سنوات، كما يمكن القول أن المميّز هو من لم يصل مرحلة البلوغ لكنه يفرّق بين الربح والخسارة وبين ما يضره وينفعه، ويدرك الفرق بين ما يجلب له النفع وما يجلب له الخسارة⁽³⁾. ويتربّب على أهلية الأداء إمكانية مباشرة القاصر المميّز بعض التصرفات القانونية دون غيرها، فيستطيع طبقا للمادة 83 من قانون الأسرة مباشرة التصرفات النافعة له نفعا محضاً، مثل تلقي الهبات والوصايا، غير أنه يتوجّب في هذه الحالة التأكّد من أن تلك الهبات خالية من الشروط المالية التي قد تذهب فائدتها، كما يمكن للقاصر في هذه المرحلة مباشرة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ومنها البيع وكل تصرفات المعاوضة⁽⁴⁾، شرط الحصول على إذن نائبه الشرعي وإلا وقعت باطلة، فيما يبقى المنع ساريا على التصرفات الضارة ضررا محضاً، فلا يمكن له التبرّع بماله مثلا حيث يقع مثل هذا التصرف باطلا بقوة القانون.

(1) إسحاق إبراهيم منصور-مرجع سابق ص 228.

(2) المادة 40 من القانون المدني الجزائري.

(3) محمد أبو زهرة-الأحوال الشخصية ص 282، محمد رواس قلعة جي وحامد صادق قنبي-معجم لغة الفقهاء 274.

(4) يدور مفهوم التصرف الدائر بين النفع والضرر حول احتمالية المنفعة والمصلحة التي يجلبها للقاصر، أو احتمالية الضرر الذي يُفوّت عليه تلك المصلحة أو يُرتّب عليه التزاما بدون مقابل أو يجلب له خسارة، مثل البيع والشراء والإيجار والاستحجار والرهن والارتحان وغيرها، أنظر محمد السعيد جعفرور-التصرف الدائر بين النفع والضرر في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر طبعة 2002 ص 12، أما التصرفات الضارة ضررا محضاً فهي التي يترتب عليها افتقار من يباشرها دون مقابل لهذا الافتقار وتشمل أعمال التبرّع، والتصرفات النافعة نفعا محضاً هي تلك التي تؤدّي إلى إثراء القاصر دون مقابل مثل قبول الهبة والوصية وانقاص ديونه بلا مقابل وتُدعى بأعمال الاغتناء، أنظر صبري السعدي-الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى الجزائر، طبعة 2011 ص 154.

وعليه يمكن استخلاص أن أهلية القاصر تتدرج على مراحل، تبدأ منذ تكوّنه في بطن أمه جنينا حيث تكون له أهلية وجوب ناقصة على اعتبار تعليقها على شرط ولادته حيا، وهي التي تتيح له تلقي الهبات والوصايا وحفظ حقه من التركة، وبعد الولادة يتمتع الطفل بأهلية وجوب كاملة لتلقي الحقوق وتحمل الالتزامات عن طريق نائبه الشرعي، أما أهلية الأداء فلا يكتسبها إلى غاية بلوغه سن التمييز، حيث تكون له أهلية أداء غير مكتملة تتيح له من التصرفات المالية ما ينفعه وتردّ عنه ما يضره فيقع باطلا، وتجعل التصرفات الضارة بين النفع والضرر متوقفة على إجازة نائبه الشرعي، وعليه تكون تصرفات القاصر إما صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية إذا كان نافعة له، وإما باطلة بطلانا مطلقا إذا كان فيها ضرر له، وإما قابلة للإبطال إذا كانت تدور بين النفع والضرر، ولا تكتمل أهلية القاصر إلا ببلوغه الرشد لئتمكّن من مباشرة كل تصرفاته بنفسه دون حاجة إلى من ينوب عنه.

الفرع الثاني: الإذن للقاصر

البند الأول: تعريف الإذن

الإذن لغة "الإعلام بإجازة الشيء والرخصة فيه"⁽¹⁾، وشرعاً هو: "فكّ الحجر برفع المانع لمن هو محجور عنه وإعلاماً بإطلاقه فيما حُجر عليه"⁽²⁾، أو "هو فكّ الحجر في التجارة"⁽³⁾، أو هو: "فكّ الحجر وإطلاق التصرف للشخص فيما كان ممنوعاً منه أو هو: إباحة التصرف وإتيان الفعل كيف شاء الفاعل في حدود الإذن"⁽⁴⁾.

فالإذن في اللغة هو الإعلام بالترخيص في الشيء وإجازته، وشرعاً يكون هذا الإعلام بالإجازة للقاصر بالتصرف وفكّ الحجر عنه في التجارة وتوابعها، كما أنّ الإذن في القانون

(1) مجموعة من المؤلفين-المعجم الوسيط دار الفكر، سوريا (دت)- (دط) 12/1.

(2) قاسم القنوي-أنيس الفقهاء في التعريفات المتداولة بين الفقهاء، تحقيق أحمد بن عبد الرحمان الكبيسي، دار الوفاء للطباعة والنشر السعودية، الطبعة الثانية 1987م ص 267.

(3) ابن عابدين-رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، الطبعة الثانية 1966م 154/6، الشيخ نظام ومجموعة من علماء الهند-الفتاوى الهندية، دار الفكر للطباعة والنشر بيروت، طبعة 1991م 61/5.

(4) محمد رواس قلعة جي وحامد صادق قنبي-معجم لغة الفقهاء 37 و52.

هو: "التصريح للقاصر بإدارة شؤون نفسه وأمواله والانتفاع بها في حدود القانون"⁽¹⁾، أو هو: "دفع الولاية عنه ومنحه أهلية الأداء الكاملة"⁽²⁾.

ويكون الإذن للقاصر من حق كل من يملك الولاية على ماله، كما يحق للقاضي أن يأذن للقاصر بالتجارة ولو كانت ولايته مؤخرّة على باقي الأولياء⁽³⁾، ويختص الإذن بالنوع الذي أُذن فيه دون غيره، فمن أُذن له في تجارة معيّنة كان الإذن خاصاً بتلك التجارة وحدها، إلا أن أبا حنيفة رحمه الله قال بعدم تجزئة الإذن فيكون عاماً في كل الأنواع دون استثناء⁽⁴⁾.

ويُشترط فيمن يُؤدّن له أن يكون مميزاً، أو كما قال الفقهاء عارفاً بأنّ البيع سالب للملك والشراء جالب لها، ويقصد الربح ويعرف الغبن الفاحش من اليسير، أما غير المميّز فلا حاجة لاختباره لأنه قد عُلم حاله، كما أنّ المأذون له يملك القيام بكل توابع التجارة فله أن يبيع ويشترى، ويؤجّر ويستأجر، كما يصح إقراره بدين التجارة، وذلك حتى يقتنع الناس بالتعامل معه⁽⁵⁾.

فالإذن في الفقه الإسلامي والقانون، يعني فك الحجر وإطلاق التصرف للمحجور عليه، وإن كان الإذن للقاصر قانوناً يتم وفقاً لإجراءات قانونية سنعرضها فيما يأتي:

البند الثاني: إجراءات الإذن للقاصر

يكون الحق في الإذن للقاصر أو ترشيده-وفقاً لقانون الأسرة الجزائري- للقاضي وحده، ويكون له أيضاً الحق في الرجوع عن الإذن إذا رأى ما يستوجب ذلك، والإذن يكون إما جزئياً أو كلياً بطلب من الأب أو الأم أو الوصي أو القاصر⁽⁶⁾، حيث نصّت المادة 84 ق أ: "للقاضي أن يأذن

⁽¹⁾ أحمد زكي بدوي-معجم المصطلحات القانونية، دار الكتاب اللبناني، بيروت، طبعة 1989 ص 98.

⁽²⁾ محمد حسنين-الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، طبعة 1985 ص 89.

⁽³⁾ السرخسي-المبسوط 220/5، الشيخ نظام-الفتاوى الهندية 11/5-54-112، ابن قدامة المقدسي-المغني ويليهِ الشرح الكبير، دار الكتاب العربي بيروت، طبعة 1983م 533/4، الجصاص-أحكام القرآن 2/62.

⁽⁴⁾ الكاساني-بدايع الصنائع، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثانية 1982م، 7/193.

⁽⁵⁾ ابن عابدين-رد المحتار على الدر المختار 6/161-173، الشيخ نظام-الفتاوى الهندية 5/110، ابن قدامة-المغني ويليهِ الشرح الكبير 4/533.

⁽⁶⁾ العوثي بن ملحّة-قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الأولى 2005 ص 200.

لمن يبلغ سنّ التمييز في التصرف جزئياً أو كلياً في أمواله بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبزر ذلك".

والأصل في الترشيد- كما أخذ به بعض المشرّعين العرب- أن يكون مشروطاً ببلوغ القاصر سن معينة مثل 15 سنة مثلاً، ولا يتاح له في هذه الحالة إلا القيام بأعمال الإدارة⁽¹⁾ بعكس المشرّع الجزائري الذي مكّنه من التصرف في أمواله⁽²⁾.

وتم تعديل سنّ التمييز وفقاً للمادة 42 من القانون المدني الجزائري المعدّلة والمتمة بالقانون 10/05 المؤرّخ في 20 يونيو 2005، حيث خُفّضت إلى 13 سنة بدل 16 سنة، حيث صحّح المشرّع ارتفاع حدّ سنّ التمييز التي كانت قبل التعديل المذكور، لكنّه أغفل في المقابل تعديل المادة 84 من قانون الأسرة، بحيث لا يُعقل أن يؤذن للقاصر الذي بلغ ثلاثة عشر سنة فقط بالتصرف في أمواله، والصحيح أن يشترط سناً أكبر لإمكان ترشيده، ليتوافق ذلك مع السن المنصوص عليها في المادة الخامسة 5 من القانون التجاري وهي 18 سنة.

كما أنّ المشرّع الجزائري قرن ترشيد القاصر ببلوغه سنّ التمييز، وهو ما أدّى لحصول تناقض بين نصوص القانون المدني وقانون الأسرة، وكان عليه كما ذكرنا أن يجعل سنّاً معينة كمعيار لترشيد القاصر كما نصّت عليه التشريعات العربية الأخرى بـ 18 أو 15 سنة⁽³⁾، بحيث تبعد عن سنّ التمييز الذي حدّده بثلاثة عشر سنة.

والأصل أنه يجوز للقاصر المأذون له- بالإضافة إلى إدارة أمواله- مزاولة التجارة، غير أن ذلك يتم بعد إذن خاص من القاضي لأن التجارة لا تدخل ضمن أعمال الإدارة⁽⁴⁾، كما أنّ فيها مخاطرة بمال القاصر لأنها تحتمل الخسارة كما تحتمل الربح، بالإضافة إلى أنّ القدرة على ممارستها

⁽¹⁾ أعمال الإدارة هي الأعمال التي لا تمس أصل المال مثل جني المحصول وبيعه، وتأجير العين لمدة قصيرة، بينما أعمال التصرف فتتطرق لأصل المال في حدّ ذاته مثال ذلك البيع، أنظر عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 151/9.

⁽²⁾ محمد صبري السعدي- شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى الجزائر، الطبعة الثانية (دت) 161/1.

⁽³⁾ المادة 55 من قانون الولاية على المال المصري، والمادة 2/164 من قانون الأحوال الشخصية السوري.

⁽⁴⁾ المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال المصري، أنظر كمال صالح البناء- أحكام الولاية على المال، التعليق على مواد قانون الولاية على المال المصري، عالم الكتب، القاهرة، طبعة 1982 ص 49.

تختلف من شخص لآخر، فكان واجبا تأكد القاضي من قدرة القاصر على ذلك دون أن يعرض أمواله للخطر، وهو ما نصت عليه المادة 5 من القانون التجاري الجزائري⁽¹⁾: "لا يجوز للقاصر المرشد ذكرا أو أنثى البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية، إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمه أو على قرار مجلس العائلة مصدقا عليه من المحكمة، فيما إذا كان والده متوفيا أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحالت عليه مباشرتها أو في حالة عدم وجود الأب والأم".

فهذه المادة تضع شروطا إضافية لممارسة القاصر الأعمال التجارية، فبالإضافة إلى اشتراط بلوغ 18 سنة كاملة، يجب حصوله على الإذن من والده أو أمه أو بقرار من مجلس العائلة في حالة غياب الأب⁽²⁾، وفي هذه الحالة يجب أن يكون الإذن مصادقا عليه من المحكمة.

البند الثالث: حكم الإذن للقاصر

أجمع الفقهاء على عدم جواز الإذن للقاصر غير المميز، لأنه لا يدرك الفرق بين ما يضره وما ينفعه فكان في الإذن له بالتصرف في أمواله ضررا أكيدا به، وهو ما يتفق مع نصوص القانون، أما القاصر المميز فقد اختلفوا في جواز الإذن له إلى فريقين:

الفريق الأول: وهو قول المالكية والحنفية والحنابلة⁽³⁾، بجواز الإذن للقاصر المميز ونفاذ جميع

⁽¹⁾ الأمر 59/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1385 هـ الموافق ل 26 ديسمبر سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمّم بموجب القانون 02/05 المؤرخ في 06 فبراير 2005.

⁽²⁾ لم يورد المشرع الجزائري المقصود بمجلس العائلة أو تشكيلته وصلاحياته، غير أنّ المعمول به في ميدان الواقع أنه يتكوّن من عضوين من جهة الأم وعضوين من جهة الأب، يتم اختيارهم من بين أقارب القاصر، ويعيّن هذا المجلس من طرف القاضي الذي تمارس الولاية المالية في دائرة اختصاصه، والذي يترأس جلسات هذا المجلس، كما تدوّن مداولاته في محضر، أنظر الغوثي بن ملحّة-قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ص 204.

⁽³⁾ الخطاب-مواهب الجليل، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثالثة 1992، 61/5، الكاساني-بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع 193/7، وما بعدها، وانظر أيضا: السمرقندي-تحفة الفقهاء دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية 1993م، 275/3، السرخسي-المبسوط 25/21، الزيلعي-تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، الطبعة الثانية (دت) 5/219، ابن قدامي-المغني وويليه الشرح الكبير 533/4.

تصرفاته بموجب هذا الإذن، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ سورة النساء الآية 6، وقالوا أن الله سبحانه وتعالى أمر بابتلائهم وهم يتامى أي قبل البلوغ⁽¹⁾، وابتلاؤهم يكون بالسماح لهم بالتصرف في بعض أموالهم بالتجارة لمعرفة رشدهم من عدمه، ولقد جعل الله عز وجل الاختبار ممتدا إلى غاية البلوغ لقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ وفي ذلك دلالة ثانية على أن الاختبار يكون قبل البلوغ⁽²⁾.

ويُردّ على هذا الاستدلال، بأنّ الاختبار المذكور في الآية الكريمة لا يكون بالسماح لهم بالتصرف في أموالهم، ولكن باختبار عقولهم وإطلاعهم على كيفية التعامل في البيع والشراء فإذا أرادوا العقد عقد الولي⁽³⁾، كما أنه تعالى اشترط لدفع المال إليهم البلوغ مع الرشد فقال عز وجل: ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ سورة النساء الآية 6، فاشترط الرشد مع البلوغ لدفع المال إليهم يدل على عدم جواز الإذن لهم قبل ذلك⁽⁴⁾، والاجابة على الاعتراض، بأن الآية الكريمة أمرت بابتلائهم واختبارهم وهم صغار قبل البلوغ وبدفع أموالهم بعد إيناس رشدهم، وذلك يقتضي أن يُسلم لهم جزء من المال للاختبار في البيع والشراء فإذا بلغوا راشدين دُفعت لهم أموالهم جميعها⁽⁵⁾.

كما استدلوا بحديث أم سلمة رضي الله عنها عندما انقضت عدّتها، وأرسل رسول الله ﷺ في خطبتها فقالت: يا رسول الله ليس أحد من أوليائي شاهدا، فأمرت ابنها عمر فقام فزوجها

(1) الاختبار يشمل اليتيم الذي يختبره الوصي، كما يشمل من له أب كذلك، فيختبره أبوه ليعرف حاله، أنظر ابن عربي-أحكام القرآن، دار الفكر بيروت، (دت) (دط) 320/1.

(2) الكاساني-بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع 193/7، الزيلعي-تبيين الحقائق 219/5، الجصاص-أحكام القرآن 61/2، ابن قدامة-المغني ويليهِ الشرح الكبير 533/4، أحمد فراج حسين-المدخل للفقهِ الإسلامي، الملكية ونظرية العقد، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، طبعة 2001 ص 217.

(3) النووي-المجموع شرح المهذب، دار الفكر، (دت) (دط) 366/13.

(4) الجصاص-أحكام القرآن 62/2.

(5) ابن عابدين-رد المختار على الدر المختار 150/6، السرخسي-المبسوط 21/25، ابن عربي-أحكام القرآن 320/1، محمود الكبيسي-الصغير بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء، إدارة إحياء التراث الإسلامي بدولة قطر، طبعة 1983 م ص 340.

لرسول الله⁽¹⁾، وقالوا أن الإذن له في تزويج أمه، دليل على جواز الإذن له في التجارة⁽²⁾، ومن المعقول: قالوا أنه عاقل محجور عليه، فيصح تصرفه بإذن وليه، كما يصح تصرف العبد المأذون⁽³⁾.

الفريق الثاني: قال الشافعية والحنابلة في رواية⁽⁴⁾، وكذلك فيما نقله ابن القاسم وابن وهب وأشهب عن الإمام مالك رحمه الله⁽⁵⁾، بعدم جواز الإذن للمميّز ولا يتسلّم أمواله إلاّ بالبلوغ وإيناس الرشد⁽⁶⁾، واستدلوا بالآية الكريمة: ﴿وَابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ سورة النساء الآية 6، ويقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ سورة النساء الآية 5، ووجه الدلالة عندهم أن الله سبحانه وتعالى أمر بدفع أموالهم إليهم بشرطي البلوغ والرشد معاً، فلا يجوز دفع المال إليهم قبل ذلك، كما أنه أمر سبحانه وتعالى بمنع الأموال عن السفهاء، والصبّي منهم، فدّل ذلك على عدم جواز الإذن له⁽⁷⁾.

⁽¹⁾ أخرجه أحمد بن حنبل-مسند الإمام أحمد بجامشه منتخب كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال - دار الفكر بيروت (دت)- (دط) 295/6، وأنظر أحمد عبد الرحمان البنا-الفتح الرباني مع شرحه بلوغ الأماني، دار إحياء التراث العربي، لبنان (دت)- (دط) 162/16-163، وأنظر كذلك محمد ناصر الدين الألباني-إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية 1985، 251/6.

⁽²⁾ السرخسي-المبسوط 22/25، عبد الأحد ملا رجب-أحكام اليتيم في الفقه الإسلامي دار الأطلس للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، طبعة 1992م ص398.

⁽³⁾ ابن قدامة-المغني ويلييه الشرح الكبير 533/4، السرخسي-المبسوط 21/25.

⁽⁴⁾ عبد الله الكوهجي-زاد المحتاج بشرح المنهاج، راجعه عبد الله الأنصاري، وزارة الشؤون الدينية بدولة قطر، الطبعة الأولى-1982م ص 1901، الشيرازي-المهذب في فقه الشافعي 331/1، النووي-المجموع شرح المهذب 366/13، ابن قدامة-المغني ويلييه الشرح الكبير 533/4.

⁽⁵⁾ ابن عربي-أحكام القرآن 322/1.

⁽⁶⁾ والرشد يكون عند جمهور الفقهاء بحفظ المال وعدم تبذيره، أنظر حاشية ابن عابدين 150/6، وأنظر الفخر الرازي-التفسير الكبير، دار إحياء التراث العربي بيروت، الطبعة الثالثة (دت) 188/9، وهو ما فسّر به ابن عباس رضي الله عنهما قوله تعالى ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا﴾ فقال أنّ الرشد هو الصلاح في العقل وحفظ المال، أنظر الجصاص- أحكام القرآن 63/2، بينما قال الشافعية أنّ الرشد يكون بصلاح الدين والمال معاً، فلا يرتكب المعاصي التي تسقط عدالته ولا يبذر ماله، أنظر في معنى الرشد عند الشافعية: الشريبي-مغني المحتاج 168/2، الشيرازي-المهذب في فقه الإمام الشافعي 331/1، النووي-المجموع شرح المهذب 366/13، ابن عربي-أحكام القرآن 322/1.

⁽⁷⁾ الجصاص-أحكام القرآن 61/2، السرخسي-المبسوط 21/25.

ويردّ الفريق الأول على ذلك بأن الآية الكريمة تنهى عن إيتاء السفهاء الأموال، في حين يتعلّق الأمر في هذه الحالة بدفع أموالهم إليهم، وأنه حتى لو أن الآية عامة، فإن من يُؤنس رشده ليس سفيهاً ويجوز الإذن له⁽¹⁾.

كما استدّلوا بأنه غير مكلف فهو أشبه بغير المميّز فلا يجوز الإذن له، والردّ على ذلك أن المميّز يدرك ما يجلب له النفع مما يضرّه، فكان في الإذن له اختباراً لمعرفة رشده من عدمه، فإذا ثبت صحة تصرفاته دفعت أمواله جميعها، وإلا فلا⁽²⁾.

وقد أخذت مختلف التشريعات الوضعية بمبدأ الإذن للقاصر أو الترشيده، ولو مع اختلافات طفيفة في السنّ الواجبة لذلك وما يشمله الإذن، غير أنّها تتفق كلّها على مبدأ تسليم القاصر بعض أمواله ليتمرّس على التعامل مع الناس ويكتسب الخبرة اللازمة لذلك، وهو ما رجّحه الكثير من الفقهاء المعاصرين⁽³⁾، لأنه يتماشى مع ظاهر الآية في وجوب ابتلاء اليتامى، ولأن مبدأ الإذن للقاصر أقرب إلى تحقيق مصلحته، فهو وإن كان اختباراً للقاصر فهو تدريب له على خوض غمار الحياة وتهيئته لدخولها.

المطلب الثالث: أهمية الوسط الأسري في حماية القاصر

يحتاج الطفل إلى الأسرة كبيئة سليمة يكبر في كنفها وسط الاهتمام والرعاية والتكافل، وينال فيها كل ما يحتاجه بفضل ما يوفّره الأب والأم من عناية وعاطفة، وتكفّل مادي يتيح له نمواً سليماً ومتكاملاً من النواحي النفسية والعقلية والجسدية، ويضطلع القانون بمهمّة حماية هذا الوسط الأسري من خلال العناية بداية بمؤسسة الزواج، وجعلها الطريقة الشرعية الوحيدة لإنجاب الأولاد واحاطتها بكل ما يلزم للحيلولة دون المساس بها.

⁽¹⁾ الزيلعي-تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، الطبعة الثانية (دت) 220/5، وانظر أحمد فراج حسين- المدخل للفقهاء الإسلاميين ص 217.

⁽²⁾ الزيلعي-تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق 219/5، عبد الأحد ملا رجب-أحكام اليتيم ص 401.

⁽³⁾ أنظر أحمد فراج حسين-المدخل للفقهاء الإسلاميين ص 217، وأنظر محمود الكبيسي-الصغير بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء ص 340، وأنظر عبد الأحد ملا رجب-أحكام اليتيم في الفقه الإسلاميين ص 398.

الفرع الأول: حماية الأسرة في الفقه الاسلامي والقانون

عُني الإسلام عناية خاصة بحماية الأسرة حتى قبل تكوّنها، بداية بتحريم الزنا وبقية أشكال العلاقات الجنسية غير الشرعية التي كانت سائدة في الجاهلية، فقال تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيْشِمَهُمْ نَذَابٌ مِمَّا طَابَ مِنْ الْمُؤْمِنِينَ (2) الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرْمٌ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ (3)﴾ سورة النور الآيتان 2 و3.

وحتّ الإسلام على الزواج ورغّب فيه الشباب، لقوله ﷺ: {يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج} (1)، وجعل الزواج واجبا في حال قدرة الرجل على النفقة وعلى العدل بين الزوجات، وتأكد وقوعه في الزنا أو يغلب على ظنه ذلك إذا لم يتزوج (2).

وحتّ رسول الله ﷺ على الاختيار الحسن للزوج والزوجة، حفظا للأسرة وحرصا على دوام العشرة ومراعاة لحقوق الأولاد المادية والمعنوية، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: {تُنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك} (3)، لأن ذات الدين هي التي تحفظ أولادها وزوجها وتضمن حقوقهم وتخشى الله فلا تهملهم، كما حتّ رسول الله ﷺ على نكاح المرأة البكر فقال لجابر بن عبد الله حين علم بزواجه: {أبكر أم ثيبا؟} قال: ثيب، فقال عليه الصلاة والسلام: {فأين أنت من العذاري ولعابها؟}، وفي رواية: {هلاّ جارية تلاعبها وتلاعبك} أو قال: {تضاحكها وتضاحكك} (4)، وفي ذلك حرص على دوام العشرة وعلى حفظ النسل وزيادة الولد، وكل ذلك أفضل في البكر ممّن كان لها زوج.

(1) أخرجه مسلم أبو الحسن في صحيحه، كتاب النكاح باب استحباب النكاح، الحديث رقم 1400، صحيح مسلم- دار الآفاق العربية مصر، طبعة 2005 ص 562.

(2) محمد أبو زهرة- الأحوال الشخصية ص 22.

(3) أخرجه مسلم في صحيحه- كتاب الرضاع باب استحباب نكاح ذات الدين الحديث رقم 1466، صحيح مسلم- دار الآفاق العربية مصر، طبعة 2005 ص 599.

(4) أخرجه مسلم في صحيحه- كتاب الرضاع باب استحباب نكاح البكر، الحديث رقم 1466 ص 599.

وقال ﷺ: {إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فأنكحوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد} (1)، وهذا ارشاد من النبي ﷺ للمرأة ولوليها بحسن اختيار الزوج الخلق ذو الدين الذي يعاشرها بالمعروف أو يسرحها بإحسان، وذلك لأن: "من زوج موليته من ظالم أو فاسق أو مبتدع أو شارب خمر، فقد جنى عليها وعلى دينها وتعرض لسخط الله" (2).

وجعل الإسلام التعامل داخل الأسرة قائماً على المودة والرحمة والتعاون بين الزوجين والأولاد، وكفل لكل طرف حقوقه وكلف كلاً منهم بواجباته، ووفّر الرعاية التامة للأبناء الصغار وجعل العناية بهم سبباً لرضوان الله تعالى ودخول الجنة، كما حثّ على برّ الوالدين وجعل عقوقهما من الكبائر، وحمى الأسرة من كل ما يهددها، وحثّ على الصلح بين الزوجين وجعل الطلاق أبغض الحلال عند الله وآخر ما يلجأ إليه.

وجعل القانون من الأسرة محور المجتمع وخليته الأساسية، وأكد على قيم التكافل والترابط والتربية الحسنة ونبد الآفات الاجتماعية، وجعل من الزواج الطريق الوحيد لتكوين الأسرة السليمة في جوّ من المودة والرحمة والتعاون، والمحافظة على الأنساب وفقاً للمواد 2، 3 و4 من قانون الأسرة. ونصّت المادة 2/36 من ذات القانون على واجب الزوجين في رعاية الأولاد من جميع النواحي، وتربيتهم تربية حسنة تؤهلهم ليصبحوا أفراداً صالحين لا يشكّلون عالة على أسرهم أو دولتهم.

الفرع الثاني: حماية الأسرة في القانون الدولي

تخظى الأسرة في إطار المواثيق والاتفاقيات الدولية بحماية متميّزة، على اعتبار أنها ترتبط بحق الطفل في النمو ضمن وسط طبيعي وسليم برفقة الأبوين اللذين يرعيانه ويوفّران له أفضل حماية، فكان من أهم الحقوق الواجبة للطفل بعد حقّه في الحياة وفي الحصول على شخصية قانونية، حقّه

(1) أخرجه الترمذي أبو عيسى - كتاب النكاح باب ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه فتزوجوه رقم الحديث 1085، انظر الترمذي أبو عيسى - جامع الترمذي، بيت الأفكار الرياض (دت) - (دط) ص 192، ورواه ابن ماجة في كتاب النكاح باب الأكفاء رقم الحديث 1967، أنظر ابن ماجة أبو عبد الله القزويني - سنن ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي - دار احياء الكتب العربية، (دت) - (دط) 632/1.

(2) محمد بن مصطفى الاسكندري - مسائل في الزواج والحمل والولادة، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى 2002 ص 44.

في الترعير داخل وسط عائلي مليء بالعناية والاهتمام اللذان يحتاجهما ليغدو شخصا طبيعيا منتجا و متممعا بكافة قدرات الابداع، حيث أن اتفاقية الطفل لسنة 1989 أقرت في هذا المجال ثلاثة مبادئ أساسية نتطرق لها فيما يأتي:

البند الأول: حماية الطفل من الانفصال عن أبويه

حثت اتفاقية الطفل لسنة 1989 الدول على احترام مبدأ عدم فصل الطفل عن أبويه مهما كانت الظروف، وفصلت كيفية العمل على ذلك مع الأخذ بعين الاعتبار مصلحة الطفل الفضلى كأساس لأي إجراء يتخذ في هذا المجال⁽¹⁾، ولم تسمح للسلطات القضائية اللجوء لهذا الفصل إلا في حالة الضرورة التي تتطلبها مصلحة الطفل، مثل حالات سوء المعاملة أو الإهمال من الأبوين أو انفصلهما، ويتوجب في هذه الحالة الأخيرة ضمان اتصال الطفل بهما والحفاظ على علاقات منتظمة مع كليهما.

وفي حال انفصال الطفل عن أبويه بسبب إجراء اداري أو قضائي اتخذته الدولة، مثل احتجاز أحد أبوي الطفل أو كلاهما أو حتى احتجاز الطفل ذاته، فإنه يقع على عاتق ومسؤولية الدولة المحتجزة وفقا لنص الاتفاقية⁽²⁾، تقديم كافة المعلومات لأسرة الشخص المحتجز حول مكان وجوده، مع مراعاة مبدأ مصلحة الطفل الفضلى دائما.

البند الثاني: جمع شمل أسرة الطفل

في حال تفرقت الأسرة لأي سبب كان، تُلزم اتفاقية الطفل الدول بتسهيل جمع تلك الأسر المشتتة، سيما عن طريق النظر السريع في الطلبات التي يقدمها الأبوان أو الطفل ذاته للسلطات الإدارية المختصة، والتعامل مع تلك الطلبات بشكل إيجابي والنظر إليها بعين الإنسانية، وفي حال

⁽¹⁾ انظر المادة 9 من اتفاقية الطفل لسنة 1989 التي صادقت عليها الجزائر بتاريخ 19/12/1992، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 461-92.

⁽²⁾ وتقدم تلك الدولة عند الطلب للوالدين أو الطفل أو عند الاقتضاء لعضو آخر من الأسرة، المعلومات الأساسية الخاصة بمحل وجود عضو الأسرة الغائب أو أعضاء الأسرة الغائبين إلا إذا كان تقدم هذه المعلومات ليس لصالح الطفل، وتضمن الدول الأطراف كذلك ألا تترتب على تقديم مثل هذا الطلب في حد ذاته أي نتائج ضارة للشخص المعني أو الأشخاص المعنيين، راجع المادة 4/9 من الاتفاقية.

كانت إقامة الأبوين في دولتين مختلفتين يتوجب احترام حق الطفل في الاتصال بوالديه بصورة منتظمة ومباشرة، عن طريق ضمان وتسهيل حق الطفل في مغادرة ودخول تلك الدول⁽¹⁾. فضلا عن ذلك تؤكد الاتفاقية على مكافحة ظاهرة تهريب الأطفال إلى خارج بلدانهم أو ما اصطلح عليه في نص الاتفاقية بالنقل غير الشرعي للأطفال، وهي الظاهرة التي فاقمت افتراق الأطفال عن أسرهم، ويتم التشجيع على إبرام اتفاقيات ثنائية أو متعددة بين الدول المعنية أو الانضمام إلى اتفاقيات قائمة للحد من تلك الظاهرة⁽²⁾.

البند الثالث: المسؤولية المشتركة للوالدين عن الأطفال

اعتمدت الاتفاقية مبدأ المسؤولية المشتركة للوالدين عن تربية أطفالهما⁽³⁾، من خلال تقاسم أعباء وواجبات التربية بين الأبوين فضلا عن حقوق كل منهما في ذات الإطار، على أن القاعدة الواجبة الاتباع أولا وأخيرا في كل ذلك هي المصلحة الفضلى للطفل، إذ تتعهد الدول تبعا لذلك ببذل المساعدة الضرورية للأولياء ليضطلعوا بمسئولياتهم، سيما بالاعتماد على تطوير المؤسسات والمرافق التي توفر الرعاية للأطفال، ومنها تلك المرافق والمؤسسات التي تتعهد أطفال الآباء العاملين. وفي ذات السياق أقر العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية⁽⁴⁾، أنّ الأسرة باعتبارها الخلية الأساسية للمجتمع، يجب أن تنال أكبر قدر من الحماية والمساعدة منذ بداية تكوينها وطوال اضطلاعها بمهمة اعمالة ورعاية وتربية الأطفال، ومنح الحوامل حماية خاصة سيما في المدّة التي تسبق الوضع، وأتاح للنساء العاملات أثناء الفترة المذكورة إجازة مأجورة أو مصحوبة باستحقاقات الضمان الاجتماعي.

⁽¹⁾ حسب المادة 10 من ذات الاتفاقية، تكفل الدول الأطراف كذلك ألا تترتب على تقديم طلب من هذا القبيل نتائج ضارة على مقدمي الطلب وعلى أفراد أسرهم، وتحققا لتلك الغاية ووفقا لالتزام الدول الأطراف بموجب الفقرة 2 من المادة 9 تحترم الدول الأطراف حق الطفل ووالديه في مغادرة أي بلد بما في ذلك بلدانهم هم وفي دخول بلدانهم، ولا يخضع الحق في مغادرة أي بلد إلا للقيود التي ينص عليها القانون والتي تكون ضرورية لحماية الأمن الوطني أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحرياتهم وتكون متنفكة مع الحقوق الأخرى المعترف بها في هذه الاتفاقية.

⁽²⁾ حسب المادة 11 من اتفاقية حقوق الطفل 1989.

⁽³⁾ حسب المادة 18 من اتفاقية حقوق الطفل 1989.

⁽⁴⁾ المادة 10 من الجزء الثالث من العهد الذي اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة 2200 للأمم المتحدة المؤرخ في 16 ديسمبر 1966، تاريخ بدء التنفيذ 3 جانفي 1976.

وحتت ذات الوثيقة على ضرورة اتخاذ تدابير وإجراءات حماية ومساعدة خاصتين بالأطفال والمراهقين، خاصة من الاستغلال الاقتصادي والاجتماعي، وحتت الدول الأطراف فيها على تكيف قوانينها لمعاقبة من يستغل الأطفال في أي عمل قد يؤدي إلى فساد أخلاقهم، أو الإضرار بصحتهم ونموهم أو تهديد حياتهم، زيادة على فرض سنّ أدنى يحظر عمل الأطفال الذين لم يبلغوها.

كما اعتبر العهد الدولي الخاص بالحقوق السياسية والمدنية، أنّ الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع التي تتمتع بحماية الدولة وأفادها بحماية خاصة⁽¹⁾.

وقبل ذلك اهتم الإعلان العالمي لحقوق الانسان برعاية الوسط الأسري، حيث أشار إلى ضرورة تمتع الطفل في كنف أسرته بالحماية التي تقدمها الدولة والمجتمع-باعتبارها الوسط الطبيعي لنمو الطفل والوحدة الأساسية للمجتمع-من أي تدخل في حياته الخاصة أو مسكنه أو شرفه وسمعته، كما يكون له الحق في التنقل داخل وخارج بلده⁽²⁾، بالإضافة إلى الحق في اللجوء إلى دولة أخرى هروبا من الاضطهاد⁽³⁾.

الفرع الثالث: صلاحيات النيابة العامة في حماية الأسرة

تمثل النيابة العامة في هذا الإطار المجتمع أو الضمير العام في الدولة الذي يسهر على حماية الأسرة لأنها أساس المجتمع الذي لا يقوم بدونه، ومنح القانون للنيابة العامة في هذا المجال عدّة صلاحيات تتعدى في بعض الحالات العمل القضائي بمفهومه الكلاسيكي.

⁽¹⁾ المادة 1/23 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الذي تم اعتماده وعرضه للتوقيع والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة 2200 للأمم المتحدة المؤرخ في 16 ديسمبر 1966، تاريخ بدء النفاذ 23 مارس 1976.

⁽²⁾ تجدر الإشارة إلى أن حق تنقل الأطفال خارج حدود البلاد يخضع إلى قيود تتعلق بحق الأبوين أو أحدهما في الموافقة على هذا التنقل.

⁽³⁾ المواد 12-13-14 و3/16 من ذات الوثيقة.

البند الأول: صلاحيات النيابة العامة في إطار قانون الأسرة

أولا- النيابة كطرف أصلي في قضايا الأسرة:

أقر قانون الأسرة في مادته 3 مكرّر، مبدأ تدخّل النيابة العامة كطرف أصلي في كل القضايا المتعلقة بشؤون الأسرة سواء تعلّق الأمر بقضايا الزواج أو الطلاق، أو تلك القضايا التي تتعلّق خاصة بحماية القاصر، مثلما هو الحال في قضايا النسب والميراث والنيابة الشرعية.

وإن كان المشرّع لم يوضّح كينيات وإجراءات هذا التدخل في نصوص قانون الأسرة أو القوانين الأخرى ذات العلاقة، كما أن اجتهادات المحكمة العليا في هذه المسألة شحيحة ولا تكاد تذكر، حيث أن إرادة المشرّع في منح النيابة العامة دورا أساسيا في حماية الأسرة زيادة على دورها التقليدي في ممارسة الدعوى العمومية عن طريق المتابعة والتحقيق، لم يقابل بتجسيد ذلك فعليا من خلال نصوص إجرائية وموضوعية توضّح الوسائل العملية الدقيقة لتدخل النيابة لحماية الأسرة والقاصر.

والأساس وفقا لما نصّت المادة 3 مكرّر ق أ أن النيابة العامة طرف أصلي في كل القضايا المتعلقة بتطبيق قانون الأسرة، ما يعني أنّها في هذه الحالة إما مدّعية في حال كانت هي التي قدّمت طلب الدعوى أمام المحكمة، أو مدّعى عليها في حال رُفعت ضدها دعوى مباشرة من أحد المتقاضين، إذ يمكن للنيابة العامة ممارسة كافة أشكال الطعن في قضايا الأسرة، اعتمادا على القواعد العامة المتضمنة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ماعدا الطعن بالمعارضة لأن الأحكام تصدر في حضورها⁽¹⁾.

وتكون كل عائلة النيابة العامة، سواء تعلّق الأمر بوكيل الجمهورية على مستوى محكمة الدرجة

⁽¹⁾ ويتم رفع الدعوى بواسطة عريضة مكتوبة لدى كتابة الضبط، كما هو الحال عندما ترفع النيابة دعوى أمام المحكمة للمطالبة بتعيين مقدّم لفاقد الأهلية أو ناقصها، ويشترط في هذه الحالة لصحة الدعوى توافر القواعد العامة من شرط الصفة والمصلحة وفقا للمادة 13 من القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وأيضا شرط الأهلية وفق المادتين 64 و65 من ذات القانون، فضلا عن ضرورة احترام القواعد الإجرائية سواء تعلّق الأمر بمواعيد التبليغ والطعن والتقدم، ويمكن للنيابة العامة الرد على من يدّعي ضدها بمناقشة موضوع أو إجراءات الدعوى، أنظر مقال فائزة جروني، تدخل النيابة العامة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة حمّة لخضر-الوادي العدد 13 جوان 2016.

الأولى أو النائب العام على مستوى المجلس القضائي، وحتى بالنسبة لممثل النيابة العامة على مستوى المحكمة العليا، معينين بتلك الاجراءات ومن حق كل واحد منهم التدخّل في الدعوى على مستوى مركزه القانوني⁽¹⁾.

وبناء على ما سبق أمكن للنيابة العامة مثلا التدخّل في حالة عدم تسجيل عقد الزواج وفقا للمادة 22 من قانون الأسرة، حيث تضطلع بتسجيل الزواج الذي يتم اثباته بحكم قضائي في حالة لم يكن مثبتا بعقد في سجّلات الحالة المدنية، كما تؤدّي النيابة العامة دورا هاما في قضايا النسب سواء تعلق الأمر بالاعتراف بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لشخص مجهول النسب أو انكار الأبوة، وللنيابة العامة أيضا حسب ما جاء في المادة 99 من قانون الأسرة، أن تتدخّل لحماية القاصر في حالة عدم وجود ولي أو وصّي عليه، بتقديم طلب للمحكمة من أجل تعيين مقدّم عليه يرمى شؤونه.

و تظهر أهمية تدخّل النيابة العامة عندما يتعلّق الأمر بحماية حقوق قاصر من بقية الورثة، حيث يمكن لها في هذه الحالة أن تحل محل الويّ أو الوصّي وفقا للمادة 182 من قانون الأسرة، وتقدّم طلبا للمحكمة بتصفية التركة وتعيين مقدّم لرعاية القاصر وإدارة أمواله، وهو ما يضاف إلى إجراء القسمة القضائية على اعتبار وجود قاصر بين الورثة وفقا للمادة 181 من ذات القانون.

بالإضافة إلى ما سبق فإن للنيابة دورا في حالة كفالة القاصر، حيث أنه قبل البتّ من طرف المحكمة في طلب الكفالة يتأكد قاضي شؤون الأسرة من استيفاء الشروط من قبل طالب الكفالة ويأخذ في ذلك رأي النيابة العامة⁽²⁾، كما أنه في حال تهاون الكافل في أداء واجباته تجاه مكفوله، يتدخّل أيضا قاضي شؤون الأسرة لإلغاء الكفالة وانهاؤها أو قبول التخلي عنها بعد أخذ رأي النيابة العامة وفقا لنص المادة 125 من قانون الأسرة.

(1) سائح سنقوفة-شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى طبعة 2011 ص 383.

(2) مقال فائزة جروني-تدخّل النيابة العامة في ظل قانون الأسرة الجزائري ص 52.

ثانيا- تدخل النيابة كطرف منضم في قضايا الأسرة:

لا يتوقف تدخل النيابة العامة على كونها طرفا أصليا، حيث جاء في المادة 256 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يمكن لممثل النيابة العامة أن يكون مدعيا أصليا أو يتدخل كطرف منضم"، فيجوز بذلك للنيابة في هذه الحالة أن تتدخل أيضا كطرف منضم للدعوى القضائية أثناء سريانها وليس فقط كطرف أصلي، مع الإشارة إلى أن هذا التدخل يكون إما اختياريا أو إجباريا أو جوازيا، فيكون اختياريا وتلقائيا ودون حاجة إلى طلب أي جهة وفقا للمادة 257 ق إ م إ في الحالات التي تتعلق بقضايا يحددها القانون مسبقا، أو عندما تتدخل لحماية النظام العام، مثلما جاء في المادة 260 من ذات القانون حيث تتدخل النيابة العامة بصفة تلقائية بعد ابلاغها من طرف القاضي في أية دعوى غير تلك المحددة وجوبا.

أما التدخل الإجباري، فيكون في حالات محددة حصرا في المادة 260 ق إ م إ⁽¹⁾، ومن أهمها القضايا المتعلقة بحماية ناقصي الأهلية، حيث يتوجب على المحكمة في هذه القضايا ابلاغ ممثل النيابة العامة في أجل 10 أيام قبل تاريخ الجلسة، وعليه يمكن أن تدرج في هذا التصنيف كل القضايا المتعلقة بحماية القاصر ومنها الكفالة والوصاية وتقسيم التركات وغيرها.

بالإضافة إلى أن تدخل النيابة العامة يكون جوازيا في جميع القضايا التي تكتسي طابع الأهمية للأسرة والمجتمع بناء على طلب من قاضي الأسرة، وذلك قصد ابداء رأيها في القضية دون أن تكون ملزمة بذلك بل قد تكتفي بالإشارة إلى اطلاعها على ملف القضية.

وينتج عن تدخل النيابة كطرف منضم، أن لها الحق في ابداء رأيها كتابيا حول تطبيق القانون مع حضورها اختياريا في الجلسات وفق المادة 266 ق إ م إ، كما يجوز لها أن تبدي طلبات جديدة دون أن يعني ذلك أنها طرف في النزاع أو أنها تنحاز لطرف على حساب الآخر، ويترتب على عدم ابلاغ النيابة العامة بالقضية في حالة التدخل الوجوبي أو عدم تمكينها من ابداء رأيها في

⁽¹⁾ وتمثل في القضايا التي تكون فيها الدولة أو أحد فروعها طرفا فيها، أو في حالات تنازع الاختصاص بين القضاة أو في رد القضاة أو ما تعلق بالحالة المدنية، أو حماية ناقصي الأهلية أو الطعن بالتزوير أو الإفلاس والتسوية القضائية، أو المسؤولية المالية للمسيرين الاجتماعيين.

الدعوى أو عدم اطلاعها على الملف، بطلان الحكم وهو بطلان يتعلق بالنظام العام يمكن للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، في حين لا يترتب على عدم ابلاغ النيابة العامة أو تمكينها من ابداء رأيها في حالة التدخل الاختياري والجوازي بطلان الحكم الصادر في القضية المعنية⁽¹⁾.

والأصل أن تمارس النيابة العامة طرق الطعن بصفتها خصما سيما ما تعلق باستئناف الأحكام الابتدائية والطعن بالنقض، إلا أنه لا يمكنها وفقا لنص المادة 353 ق إ م ممارسة طرق الطعن حين تكون طرفاً منضمّاً للقضية لأنها لا تحوز صفة الخصم في الدعوى، باستثناء النائب العام لدى المحكمة العليا الذي يمكنه الطعن بالنقض إذا رأى ما يمكن وصفه بمخالفة القانون.

البند الثاني: صلاحيات النيابة العامة خارج إطار قانون الأسرة

أولا-صلاحيات النيابة في قانون حماية الطفل 15-12:

صدر قانون حماية الطفل في 15 جويلية 2015 بعد طول انتظار من المهتمين بحماية هذه الفئة⁽²⁾، وتضمن العديد من الأحكام المتعلقة بالأسرة والقاصر، وإن كانت أغلبها تتعلق بالحماية الجنائية، فضلا عن تجسيد بعض المبادئ المنصوص عليها في اتفاقيات دولية انضمت إليها الجزائر.

ففيما يتعلق بحماية الأسرة جاء في المادة الرابعة من قانون حماية الطفل، أن الأسرة هي الوسط الطبيعي لنمو الطفل ولا يجوز فصله عن أسرته إلا إذا استدعت ذلك مصلحته، وأوضحت المادة 23 فيما يخص دور النيابة العامة في مجال حماية الطفل، أنه يمكن لمصالح الوسط المفتوح-وهي التي تمثل الخدمة الاجتماعية على المستوى المحلي-أن تطلب عند الاقتضاء تدخل النيابة العامة أو قاضي الأحداث، وهو التدخل الذي يهدف إلى حماية القاصر حماية قضائية عندما يتطلب الأمر ذلك، كما جاء في المادة 16 من القانون 15-12 إعطاء المفوض الوطني لحماية الطفولة-وهو الذي يمثل الهيئة المركزية التي استحدثها قانون حماية الطفل-صلاحيات اخطار النائب العام المختص قصد تحريك الدعوى العمومية في حال تم الاعتداء أو تهديد حق من حقوق القاصر.

⁽¹⁾ مقال فائزة جروني-تدخل النيابة العامة في ظل قانون الأسرة الجزائري ص 52.

⁽²⁾ القانون 15-12 المؤرخ في 15 يوليو 2015 المتعلق بحماية الطفل.

كما يتكفل وكيل الجمهورية بمهمة الاطلاع على ملف القاصر بعد الانتهاء من التحقيق فيه من طرف قاضي الأحداث وفق المادة 38، وقبل ذلك يلزم قانون الطفل في المادة 49 الضبطية القضائية بضرورة اخطار وكيل الجمهورية مباشرة بعد توقيف الطفل، وفي حالات الاختطاف التي يكون القاصر ضحيتها، منح قانون الطفل لوكيل الجمهورية في مادته 47 صلاحية التوجه إلى وسائل الاعلام بما يشبه التسخيرة، بغية نشر اشعارات وأوصاف أو صور تخص الطفل للمساعدة في عمليات البحث لإيجاده.

وزيادة على دور النيابة العامة في الحماية القضائية للطفل، أسند اليها المشرع صلاحيات أخرى لا تتعلق بالعمل القضائي أساسا، مثل ما هو الحال بالنسبة للوساطة التي أدرجها القانون كبديل للمتابعة القضائية لحل النزاعات التي يتورط فيها القاصر، حيث يجري وكيل الجمهورية حسب المادة 111 هذه الوساطة حماية للقاصر من المتابعة الجزائية وتأثيراتها الفورية والمستقبلية على الطفل.

ثانيا-صلاحيات النيابة العامة في قانون الحالة المدنية:

تضطلع النيابة العامة بصلاحيات واسعة في مجال الرقابة على سجلات الحالة المدنية وتصحيحها وحتى ابطالها إذا اقتضى الأمر، حيث نصّت المادة 23 من قانون حالة المدنية⁽¹⁾، على أنه يحق للنائب العام ووكيل الجمهورية الاطلاع على سجلات الحالة المدنية المتعلقة بحالات الولادة والوفاة وعقود الزواج التي تحفظ في الأساس على مستوى البلدية، وترسل نسخ منها إلى المجالس القضائية في كل عام.

كما جاء في المادة 48 من قانون الحالة المدنية، أن النائب العام يمتلك الصفة القانونية في طلب ابطال عقود الحالة المدنية إذا اقتضى ذلك ضرورة حفظ النظام العام، ويضطلع وكيل الجمهورية أيضا حسب المادة 1/49 من ذات القانون بسلطة توجيه عريضة إلى رئيس المحكمة لتصحيح عقود الحالة المدنية والمقررات القضائية المرتبطة بها.

⁽¹⁾ القانون رقم 08/14 المؤرخ في 9 غشت 2014 المعدل والمتّم للأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فبراير 1970 والمتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتّم بالأمر 03/17 المؤرخ في 10 جانفي 2017.

ثالثاً-صلاحيات النيابة العامة في إطار قانون الجنسية:

نظراً لأهمية ومدلول الجنسية من الناحية القانونية باعتبارها الرابط بين المواطن ودولته، قرّر المشرع جعل النيابة العامة كطرف أصلي في جميع القضايا المتعلقة بتطبيق قانون الجنسية وفقاً للمادة 37 منه⁽¹⁾،

ولا شك أن دور النيابة محوري عندما يتعلق الأمر بمنح الجنسية الجزائرية وفقاً لمعيار الإقليم للأطفال مجهولي النسب الذي يتم العثور عليهم فوق التراب الوطني مثلما تنص عليه المادة 7 من ذات القانون.

ومن جهة أخرى تضطلع النيابة العامة على وجه الخصوص وفقاً لذات المادة بصلاحيات طلب تفسير أحكام الاتفاقيات الدولية المتعلقة بهذا الأمر من وزارة الشؤون الخارجية، كما يحق للنيابة العامة وحدها رفع دعوى قضائية على كل شخص بغرض اثبات تمتعه بالجنسية أو عدمه حسب المادة 38 من ذات القانون.

⁽¹⁾ الأمر رقم 86/70 المؤرخ في 17 شوال 1390 الموافق 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية.

المبحث الثاني: الحقوق الأساسية للقاصر

يخيط القانون الطفل منذ ولادته بمنظومة حمائية شاملة، تتضمن حقوقه البديهية كالحق في الحياة والهوية والرعاية الصحية والاجتماعية، فضلا عن ضمان حقه في التعليم.

المطلب الأول: الحق في الهوية والتعليم والصحة

الفرع الأول: الحق في الاسم والتسجيل والجنسية

من الحقوق الأساسية التي اعتمدها اتفاقية سنة 1989، حق الطفل في الحصول على اسم وجنسية يحوّله التمتع بشخصية قانونية داخلية ودولية، تحببًا لحالات انعدام الجنسية لدى الأطفال وما يترتب عنها من تملص الدول من واجباتها تجاههم، بالإضافة إلى حق التسجيل في سجلات الحالة المدنية ليكتسب الشخصية القانونية ويتمتع بالحقوق المكفولة قانونًا، ولتصبح واقعة ميلاده معترف بها ومنشئة للآثار المترتبة عنها، وفي هذا السياق يقع على عاتق الدول الأطراف في الاتفاقية واجب تكيف قوانينها الداخلية لضمان تجسيد هذه الحقوق في الميدان⁽¹⁾.

ويستتبع ذلك حق الطفل في الحفاظ على هويته وجنسيته من كل ما قد يطالها من مساس أو تغيير غير شرعي⁽²⁾، حيث يقع على عاتق الدولة المعنية الامتناع عن أي تغيير جزئي أو كلي يطال هوية الطفل، وإذا وقع ذلك يتوجب عليها التدخل بتقديم المساعدة والحماية اللازمتين من أجل إعادة إثبات هوية الطفل، وفي هذا السياق نص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية⁽³⁾، على افادة الطفل-دون أي تمييز على أي أساس كان- من الحق في اتخاذ تدابير تحميه بالنظر إلى كونه قاصرا، ويضمن العهد لكل طفل بمجرد ميلاده الحق في التسجيل والحصول على اسم واكتساب الجنسية.

⁽¹⁾ راجع المادة 7 من اتفاقية حقوق الطفل 1989.

⁽²⁾ المادة 8 من اتفاقية حقوق الطفل 1989.

⁽³⁾ وفقا للمادة 1/23 و 24 منه.

ومن جهته أكد قانون الحالة المدنية الجزائري، حق الطفل بمجرد ميلاده في الحصول على اسم يختاره أبواه أو الشخص الذي وجدته في حال تعلق الأمر بمجهول النسب، وحقه في التسجيل في سجلات معدة لهذا الغرض، وهي سجلات الحالة المدنية التي تودع نسخة منها على مستوى المجلس القضائي المختص اقليمياً⁽¹⁾، وفي حالة الطفل اللقيط يقوم ضابط الحالة المدنية بتحرير محضر يذكر فيه تاريخ ومكان العثور على الطفل، وجنسه وعمره الظاهر وكل المعلومات الخاصة به، ثم يقوم بتسجيل هذا المحضر في سجلات الحالة المدنية⁽²⁾، ويُمنح للطفل اللقيط اسم يختاره الشخص الذي صرح به وفقاً لنص المادة 64 من قانون الحالة المدنية، كما يضمن قانون الجنسية في المادة 7 منه حق الطفل في الحصول على الجنسية الجزائرية بمجرد ميلاده فوق التراب الوطني حتى ولو كان من أبوين مجهولين، أو من أب مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاد دون بيانات أخرى تمكن من إثبات جنسيتها، فضلاً عن ذلك يُعتبر الولد الحديث العهد بالولادة والذي عثر عليه في الجزائر مولوداً فيها ما لم يثبت ما يخالف ذلك.

الفرع الثاني: الحق في مستوى معيشي ملائم وفي الرعاية الصحية

تقع مسؤولية توفير المستوى المعيشي الملائم للطفل بداية على أبويه أو الأشخاص الذين يُحْتَوَن محلهم في رعايته وفقاً للإمكانيات المالية المتوفرة لديهم، ثم بعد ذلك تقع المسؤولية على الدولة لاتخاذ التدابير الضرورية لتقديم المساعدة للأولياء لضمان أعمال هذا الحق، خاصة فيما يتعلق بضمان الغذاء واللباس والمأوى⁽³⁾.

وفي حالات انفصال الأبوين تعمل الدولة على ضمان حقه في الحصول على النفقة من الولي الملزم بها قضاءً، وإذا كان هذا الولي مقيماً في بلد غير بلد إقامة الطفل تلتزم الدول المعنية بالتنسيق فيما بينها لتأمين حصول الطفل على النفقة بشكل منتظم.

⁽¹⁾ حسب المادة 64 من القانون 08/14 المتعلق بالحالة المدنية، يختار اسم الطفل المولود الأب أو الأم أو الشخص المصرح به، ويدون ضابط الحالة المدنية هذا الاسم مع بقية المعلومات الأخرى عن الطفل اللقيط وفقاً لما تنص عليه المادة 76 المبينة أعلاه.

⁽²⁾ المادة 67 من قانون الحالة المدنية.

⁽³⁾ المادة 27 و28 من اتفاقية الطفل 1989.

ويضمن العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية⁽¹⁾، حق الطفل في الحصول على مستوى معيشي يكفل له الغذاء والكسوة والسكن، وأن يكون لأسرته الحق في السعي لتحسين ظروفها المعيشية، ولضمان تخبث الأطفال التأثيرات الخطيرة لسوء التغذية والتعرض للجوع، تلتزم الدول ببذل جهودها من أجل تحسين انتاج وحفظ الأطعمة، وذلك من خلال استعمال التقنيات الحديثة في انتاج واستصلاح وري الأراضي الزراعية، وكذا تأمين توزيع الأغذية بطريقة عادلة.

كما أن الحق في الصحة مكرّس وفق المادة 54 من الدستور التي اعتبرت الرعاية الصحية حقا للمواطن وأن الدولة تكفل الوقاية من الأمراض البوائية والمعدية وبمكافحتها، كما أن القانون 05/85 المؤرخ في 16/2/1985 الخاص بحماية وترقية الصحة⁽²⁾، كرّس حق كل شخص في التمتع بالصحة الجسدية والعقلية وفي الحصول على العلاج المناسب، فضلا عن انشاء وحدات استشفائية داخلية وخارجية للوقاية والكشف والعلاج والتكفل بالمرهقين دون 16 سنة⁽³⁾.

ويضمن قانون الأسرة تأمين ضروريات الحياة للأطفال ورعايتهم الصحية، حيث تجب نفقة الأولاد على أبويهم سواء كانت علاقة الزواج قائمة أو حدث الانفصال، ذلك أن حق النفقة واجب على الأب إلى غاية بلوغ الذكور وزواج الاناث حسب المادة 75 ق أ، ويستمر إذا وجدت عاهة بدنية أو عقلية أو استمر الولد في الدراسة، وبعد الأب تجب النفقة على الأم حسب المادة 76 ق أ، وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن، وكل ما يعتبر من الضروريات في العرف حسب المادة 78 من ذات القانون.

و تلتزم الدول الأطراف في اتفاقية الطفل لسنة 1989 بتوفير أعلى مستوى ممكن من

⁽¹⁾ المادة 11، الجزء الثالث من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

⁽²⁾ المعدل والمتمم بالقانون 17/90 المؤرخ في 03/07/1990.

⁽³⁾ المادتان 2 و 104 من قانون ترقية الصحة، أنظر مقال خريّف عبد الوهاب-الطفل الجزائري بين القانون الدولي لحقوق الطفل والتشريع الوطني، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية-مجلة علمية محكمة العدد السابع 1437هـ/2015م ص 57-58.

الخدمات الصحيّة⁽¹⁾، وتعمل في هذا الإطار على اتخاذ تدابير خاصة من أجل خفض الوفيات في أوساط الرضع والأطفال وضمان المساعدة الطبيّة والرعاية الصحيّة وتنميتها، وتعمل على مكافحة الأمراض وسوء التغذية والأوبئة المنتشرة وسط الأطفال، بتوفير الأغذية والمياه والوقاية من آثار التلوّث، ووألت الاتفاقية الأمّيات عناية خاصّة حيث أكّدت على تمتعهنّ بالرعاية الصحيّة المناسبة سواء قبل أو بعد الولادة، وفي سبيل استفادة الطفل من الخدمات الطبيّة والعلاجية اللازمة، يكون من حقّه الحصول على تغطية خدمات الضمان الاجتماعي ويستفيد أبواه أو الأشخاص الذين يرعونهم من الإعانات اللازمة في هذا المجال.

وتلتزم الدول الأطراف بنشر التوعية الصحيّة عن طريق ارشاد وتزويد الآباء خاصة بالمعلومات الضرورية لرعاية الأطفال ووقايتهم، والتحذير من الممارسات الضارة بهم، كما تعمل الدول المعنية على تدعيم التعاون والتنسيق قصد التحسيس الشامل للحقوق المذكورة بصفة تدريجية.

الفرع الثالث: الحق في التعليم وفي التعبير عن الرأي

يعتبر حق الطفل في التعليم المجاني والالزامي سيما في المرحلة الابتدائية من المبادئ الأساسية التي أقرّها اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989⁽²⁾، حيث تلتزم الدولة بالعمل على تشجيع حضور

⁽¹⁾ على الدولة الاعتراف بحق الطفل في مرافق علاج الأمراض وإعادة التأهيل الصحي، وأن تبذل قصارى جهدها لتضمن ألا يحرم الطفل من حقّه في الحصول على خدمات الرعاية الصحيّة هذه، وتتابع الدول الأطراف أعمال هذا الحق كاملا وتتخذ بوجه خاص التدابير المناسبة من أجل، توفير المساعدة الطبيّة والرعاية الصحيّة اللازمين لجميع الأطفال مع التشديد على تطوير الرعاية الصحيّة الأولية، وتطبيق التكنولوجيا المتاحة وتوفير الأغذية المغذية الكافية ومياه الشرب النقية، وكفالة الرعاية الصحيّة المناسبة للأمّيات قبل الولادة وبعدها، كفالة تزويد جميع قطاعات المجتمع ولا سيما الوالدين والطفل بالمعلومات الأساسية المتعلقة بصحة الطفل وتغذيته ومزايا الرضاعة الطبيعيّة ومبادئ حفظ الصحة والوقاية من الحوادث، وتطوير الرعاية الصحيّة الوقائية والخدمات المتعلقة بتنظيم الأسرة، وتتخذ الدول الأطراف جميع التدابير الفعالة والملائمة بغية إلغاء الممارسات التقليديّة التي تضر بصحة الأطفال، وتتعهد الدول بتعزيز وتشجيع التعاون الدولي من أجل التوصل بشكل تدريجي إلى الأعمال الكامل للحق المعترف به في هذه المادة، وتراعى بصفة خاصة احتياجات البلدان النامية في هذا الصدد، راجع المواد 24، 25 و26 من اتفاقية حقوق الطفل، وهو ما نصت عليه أيضا المادة 12 من الجزء الثالث من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصاديّة والاجتماعيّة والثقافيّة.

⁽²⁾ تلتزم الدول الأطراف أن يكون التعليم موجها نحو تنمية شخصيّة الطفل إلى أقصى إمكاناتها، وتنمية احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية والمبادئ المكرسة في ميثاق الأمم المتحدة، وتنمية احترام ذوي الطفل وهويته الثقافيّة ولغته وقيمه الخاصّة والقيم الوطنيّة للبلد الذي يعيش فيه الطفل، والبلد الذي نشأ فيه في الأصل والحضارات المختلفة عن حضارته، وتنمية احترام البيئة الطبيعيّة، حسب المادة 29 من الاتفاقية.

الأطفال المنتظم للدراسة وتقليل حالات التسرب، زيادة على ضرورة إتاحة التعليم الثانوي للجميع، وكذا جعل الفرص متاحة على أساس القدرات للالتحاق بالتعليم الجامعي، كما تلتزم الدول بمحاربة ظاهرة الأمية والجهل عن طريق التنسيق الدولي فيما بينها وتسهيل الوصول إلى المعلومات وفقا لما تتيحه التقنيات الحديثة، على أن يهدف التعليم الذي يناله الطفل إلى تنمية شخصيته ومواهبه وقدراته العقلية والبدنية، واحترام أبويه وهويته الثقافية ولغته وقيمه الوطنية، وأن يكون موافقا لمبادئ حقوق الانسان الأساسية، ويغرس فيه قيم التفاهم والسلم والتسامح بين الشعوب والأعراق والأديان.

وتضمن العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية الاعتراف بحق كل طفل في الحصول على التربية والتعليم الضروريين لتكوين شخصية سليمة مثقفة ومتعلمة، ومتسامحة ومتفتحة على جميع الثقافات والأعراق، ولضمان ذلك تلتزم الدولة باتخاذ مجموعة من التدابير⁽¹⁾، كإجبارية التعليم الابتدائي مع اتاحته للجميع بالمجان، وفي ما يتعلق باختيار المدارس ومعايير التعليم المعتمدة فيها فإن العهد ينص على ضمان حق الأولياء آباء كانوا أو أوصياء في اختيار المدارس التي يرتادها أطفالهم وفقا لقناعاتهم الخاصة، وتلتزم كل دولة انضمت إلى العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في ظرف سنتين باتخاذ التدابير اللازمة لجعل التعليم الأساسي اجباريا ومجانيا، وذلك من خلال خطة مفصلة وتدرجية وخلال فترة زمنية معقولة⁽²⁾.

واعتبر الإعلان العالمي لحقوق الانسان قبل ذلك، بأن من حق الطفل أن يستفيد من مستوى معيشي مقبول من حيث الغذاء والكسوة والايواء والخدمات الطبية، وحقه في الحصول على التعليم المجاني والالزامي على الأقل في المراحل الأولى، وأن يهدف التعليم الذي يناله إلى تعزيز مفاهيم احترام الانسان وتنمية قيم التسامح والتعارف والصدقة بين الشعوب والجماعات، مع إعطاء الحق

⁽¹⁾ وفق المادة 13 من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية، فيما نص العهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية في المادتين 2/10 و 14 أنه من حق الآباء والأوصياء حرية اختيار تربية أولادهم دينيا وخلقيا وفقا لقناعاتهم الشخصية.

⁽²⁾ المادة 14 من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية.

في اختيار نوعية التعليم والتربية للآباء دون غيرهم⁽¹⁾.

وكرّست الجزائر حق التعليم في المادة 53 من الدستور التي اعتبرت أن التعليم مضمون ومجاني، مع اجبارية التعليم الأساسي وسهر الدولة على ضمان التساوي في الالتحاق بالتعليم والتكوين المهني، ووفقا للمرسوم 65/76 المؤرخ في 16/04/1976 القاضي بتنظيم قطاع التربية والتكوين في مادته الرابعة، فإن التعليم مجاني والزامي للإناث والذكور لمدة 9 سنوات، وفرضت المادة 7 منه العقوبة على الأولياء الذين يمنعون أولادهم من سن 6 إلى 16 سنة من التمدرس⁽²⁾.

و عمل القانون الدولي على ترقية حقوق الطفل فلم يكتف بالحق في الحياة والتغذية والصحة والتعليم، بل ذهب أبعد من ذلك من حيث ضمان حرية تعبير الطفل عن آرائه وأفكاره والحق في تنميتها وفقا لسنة ونضجه⁽³⁾، خاصة في المسائل التي تتعلق بحقوقه وواجباته مثلما هو الحال في الإجراءات الإدارية والقضائية، فوفقا لاتفاقية 1989 يمكنه مباشرة هذا الحق بنفسه أو عن طريق هيئة أو ممثلين عنه حسب الإجراءات التي تنص عليها القوانين الداخلية لكل بلد، ويمكن للطفل تنمية أفكاره وطلب المعلومات وتلقيها وإذاعتها بكل الوسائل المتاحة، مع احترام حقوق الغير ومقتضيات الأمن والآداب العامة.

غير أنه من الواجب الإشارة إلى الإشكالية التي أثارها المادة 14 من اتفاقية الطفل، والتي تمنحه زيادة على حرية التعبير، الحرية في اختيار الديانة أيضا⁽⁴⁾، وإن كانت قد وضّحت ضرورة احترام حقوق الأبوين في توجيه الطفل في هذه النقطة بالذات، وكذا إخضاع الأمر للقوانين الداخلية لكل دولة واعتبارات النظام العام والآداب العامة وحقوق وحرريات الآخرين، إلا أنّ ذلك قد خلق إشكالية بالنسبة للبلدان الإسلامية التي تعتبر المساس بالديانة خطأ أحمر لا يمكن تجاوزه، لذلك أبدت الجزائر تحفظاتها عند التوقيع على اتفاقية الطفل فيما يتعلق بهذه المادة، حتى لا تكون

⁽¹⁾المادتان 25 و26 من الإعلان العالمي لحقوق الانسان.

⁽²⁾مقال خريّف عبد الوهاب-الطفل الجزائري بين القانون الدولي لحقوق الطفل والتشريع الوطني ص 57-58.

⁽³⁾المواد 12 و14 إلى 17 من اتفاقية حقوق الطفل 1989.

⁽⁴⁾وهو ما نصّت عليه أيضا المادتان 18 و19 من الإعلان العالمي لحقوق الانسان، في إطار ما يصطلح عليه بالحقوق الثقافية، حيث أشارت إلى تمتع الطفل بالحق في التفكير والديانة وحق تغيير الديانة والعقيدة والتعبير عنهما بكل حرية، كما يتمتع بحرية الرأي والتعبير بكافة الأشكال.

مدخلا للسماح بنشر أفكار وتصرفات لا تتماشى مع النظام العام والأعراف والقيم الجزائرية. مع الإشارة إلى أن لجنة حقوق الطفل الأممية قد دعت الجزائر إلى إعادة النظر في إعلاناتها التفسيرية فيما يخص اتفاقية حقوق الطفل، داعية لسحبها⁽¹⁾، وتماشيا مع أحكام الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها الجزائر وتكييف التشريع الداخلي مع ما جاء فيها سيما اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، أقرّ المشرّع حق الطفل في التعبير عن آرائه ضمن ما يسمح به القانون من احترام حقوق الآخرين وعدم مخالفة معيارَي النظام والآداب العامين⁽²⁾.

من جهة أخرى نال الطفل بموجب نصوص الاتفاقية الحق في انشاء الجمعيات وعقد الاجتماعات السلمية، بشرط عدم مخالفة القوانين الداخلية، مع حمايته من كل ما يمس خصوصياته الشخصية أو سمعته وشرفه بشكل تعسفي أو غير قانوني، ولم تُغفل الاتفاقية - في ظل التطور الكبير الذي عرفه ميدان الوسائط الإعلامية بشكل عام - حق الأطفال في الاستفادة مما تتيحه هذه الوسائل الجديدة من معلومات وأنشطة اجتماعية وترفيهية، داعية إلى تشجيع انتاج وتوزيع تلك المعلومات، سيما التي تسهم في العناية الخاصة بالطفل في جميع مجالات الحياة ومنها التربوية والتعليمية والوقائية منها.

المطلب الثاني: الحق في النسب والحضانة

الفرع الأول: حق القاصر في النسب

البند الأول: مفهوم الحق في النسب

النسب في اللغة القرابة، والنسبة الصلة أو القرابة، والنسب هو واحد الأنساب ومثله النسبة بكسر النون وضمّهما، وفلان يناسب فلانا فهو نسيبه أي قريبه، فالنسب هو القرابة خاصة في الآباء والذي يستنسب هو الذي يذكر نسبه⁽³⁾، والنسب عند الفقهاء هو القرابة وما يصل من

⁽¹⁾ حثّت لجنة حقوق الطفل على استحداث آلية مستقلة لمعالجة شكاوى الأطفال عن انتهاكات حقوقهم، سواء في إطار المؤسسة الوطنية لحقوق الانسان (الهيئة الوطنية لحماية وترقية حقوق الانسان) أو في إطار آلية مستقلة بذاتها، راجع التقرير الأممي الذي أعدته المفوضية الأممية في إطار الاستعراض الدوري الشامل أمام مجلس حقوق الانسان الأممي في دورته الـ 27 بتاريخ 12 ماي 2017 ص 2.

⁽²⁾ المادة 9 من القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل.

⁽³⁾ مجموعة من المؤلفين - المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، الطبعة الرابعة 2004 ص 916، وكذلك: الرازي محمد بن أبي بكر - مختار الصحاح، مكتبة لبنان طبعة 1986 ص 273، الفيروز آبادي مجد الدين - القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة الطبعة الثامنة 2005 ص 137.

الأبوين من الشرف أو الدناءة، ويقابله الحسب الحاصل بالكسب وما يعدّه الإنسان من مفاخر⁽¹⁾.

وقد حدّد المشرّع الجزائري طرق اثبات النسب في أحكام قانون الأسرة، وإن لم يعط تعريفا واضحا له، غير أنه من استقراء أحكام المادتين 41 و43 من ذات القانون حيث تكرّرت عبارة نسب الولد لأبيه، يظهر أن المشرّع أخذ بالمفهومين اللغوي والفقهي باعتبار أن النسب هو القرابة من جهة الأب، لكنّه وسّع أيضا من ذلك المفهوم في نص المادة 45 ق أ إلى القرابة من جهة الأم كذلك.

وحصر قانون الأسرة كيفيات اثبات النسب، فنص بداية على الزواج الصحيح إعمالا لقاعدة الولد للفراش، كما اعتبر في اثباته الإقرار والبيّنة، فضلا عن نكاح الشبهة وكل نكاح يفسخ بعد الدخول وفقا للمواد 32، 33 و34 ق أ، وهي التي تنص على حالات الزواج المشتمل على موانع وشروط تتنافى مع مقتضيات العقد والزواج الذي يبطل لتخلّف الرضا أو الذي تم بدون شاهدين أو صداق أو وليّ، كما يثبت النسب في الزواج بإحدى المحرّمات.

البند الثاني: طرق ثبوت النسب

أولا- الزواج الصحيح:

وهو ما ينعقد نافذاً ومستجمعاً لشروط صحة النكاح⁽²⁾، أو هو الزواج الذي يستوفي أركانه وشروط صحته، وأهم أركانه الرضا حيث جاء في المادة 9 من قانون الأسرة: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، وأوضحت المادة 10 ق أ، أن الرضا يكون عن طريق إيجاب أحد الطرفين وقبول الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً، أو بكل ما يفيد معنى النكاح لغةً أو عرفاً كالكتابة والإشارة في حالة العجز عن الكلام.

أما الشروط الواجبة لصحة الزواج فهي تلك المنصوص عليها في المادة 9 مكرّر ق أ، وهي أهلية الزواج المحدّدة بـ19 سنة كاملة لكلا الزوجين وفق المادة 7 من ذات القانون، مع استثناء

⁽¹⁾ البركتي محمد عميم-التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى 2002 ص 227.

⁽²⁾ ويقابله النكاح الفاسد الذي فقد شرطا من شروط الصحة، كالنكاح بلا شهود أو في العدة، أنظر محمد البركتي-التعريفات الفقهية ص 232.

يتمثل في سماح القاضي بالزواج قبل بلوغ هذه السن في حالة الضرورة والقدرة على الزواج، بالإضافة إلى الصداق والشاهدين والولي، واشتراط انعدام الموانع الشرعية للزواج سواء المؤتدة كالقرابة والرضاعة والمصاهرة، أو المؤقتة كالمحصنة والمعتمدة من طلاق أو وفاة المطلقة ثلاثاً حسب المواد 24 إلى 30 ق أ.

ويعقد الزواج أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية المختص وفق المادة 18 ق أ، ويتم اثباته إما بمستخرج من الحالة المدنية في حال كان رسمياً أو بحكم قضائي في حالة الزواج العرفي إذا توفرت أركانه وشروطه حسب المادة 22 ق أ.

فمن حقوق الأولاد على آبائهم النسب بالزواج الصحيح اعمالاً لحديث رسول الله ﷺ: {الولد للفراش وللعاهر الحجر} (1)، غير أن عقد الزواج لوحده ليس كافياً لإثبات النسب حيث يشترط قانون الأسرة في المادة 41 إمكانية الاتصال بين الزوجين بالدخول، وعدم نفي الوالد لنسب الولد بالطرق الشرعية وهي اللعان.

وذلك ما يتماشى مع ما أقره جمهور الفقهاء من أن العقد الصحيح لوحده لا يكفي لإثبات النسب إذا استحال اثبات امكان التلاقي بين الزوجين، في حين قال الحنفية بأن العقد وحده يثبت النسب ولو لم يلتق الرجل بالمرأة (2).

ويشكل اللعان الطريقة الوحيدة شرعاً لنفي النسب من الزوج، وقد اكتفى المشرع الجزائري بالإشارة إليه دون تعريفه أو تحديد ما يتعلّق به من تفاصيل (3)، ما يحيل إلى أحكام الشريعة

(1) أخرجه مسلم في صحيحه - كتاب الرضاع باب الولد للفراش وتوقي الشبهات الحديث 1458، انظر مسلم أبو الحسن - مرجع سابق ص 596.

(2) الشيرازي - المهذب في فقه الشافعي 78/3-79، المرادوي - الانصاف 259/9، الكاساني - بدائع الصنائع 232/2، وأنظر في المسألة: محمد أبو زهرة - الأحوال الشخصية ص 387.

(3) اشترطت المحكمة العليا الصادر في 03-02-1971 أن تتم دعوى انكار النسب بعد سبعة أيام من العلم بالحمل، نشرة القضاة 1972 العدد 2 ص 44، رقم القرار غير متوفر، كما جاء في قرار آخر أنه يجب انكار الحمل بالملاعنة عند العلم بالحمل أو حين ولادة الطفل وليس بعد ذلك، القرار 35326 الصادر بتاريخ 03-12-1984، المجلة القضائية ع 1 ص 83، فيما ينص قرار آخر أن اللعان وفقاً لما استقر عليه الاجتهاد القضائي يجب أن يتم في فترة قصيرة لا تتجاوز ثمانية أيام من تاريخ العلم بالحمل القرار 99000 المؤرخ في 23-11-1993 مجلة الاجتهاد القضائي 2001 عدد خاص ص 64، ويجب رفع دعوى اللعان خلال ثمانية

الإسلامية، حيث يُعرّف الفقهاء اللعان بأنه: "شهادات مؤكدة بالإيمان مقرونة باللّعن، قائمة مقام حدّ القذف في حقه ومقام حدّ الزنا في حقّها"⁽¹⁾، أو هو: "ما يجري بين الزوجين من الشهادات الأربعة، وركنه الشهادات الصادرة منهما وشرطه قيام الزوجية وسببه قذف الرجل امرأته قذفاً يوجب الحدّ في الأجنبي، وأهله من كان أهلاً للشهادة وعند الشافعي من كان أهلاً لليمين"⁽²⁾.

والأصل في اللعان أن رجلاً أتى رسول الله ﷺ فقال: لو أن رجلاً وجد مع امرأته رجلاً فتكلم جلدتموه، أو قتل قتلتموه، أو سكت على غيظ، فقال النبي ﷺ: {اللهم افتح} ⁽³⁾، وجعل يدعو فنزلت آية اللعان: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (6) وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (7) وَيَدْرَأُ مِنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ (8) وَالْخَامِسَةَ أَنَّ خَصَمَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾ سورة النور الآيات 6، 7 و8⁽⁴⁾.

كما يُشترط لينسب الولد لأبيه، أن يولد بين أقل مدّة مقررّة للحمل وأكثرها، وقد حدّد المشرّع الجزائري أقل مدّة للحمل قبل الولادة بـ 6 أشهر وأكثرها 10 أشهر وفق المادتين 42 و 43

أيام من يوم العلم بالحمل أو رؤية الزنا وفق ما استقرّ عليه الاجتهاد القضائي، ومتى ولد الطفل خلال العلاقة الزوجية ولم ينفه باللعان فلا ينظر إلى أقل مدّة الحمل وأكثره ويثبت النسب، القرار 204821، الصادر في 20-10-1998 مجلة الاجتهاد القضائي 2001 عدد خاص ص 82.

⁽¹⁾ الجرجاني علي بن محمد-معجم التعريفات، تحقيق محمد صديق منشوي، دار الفضيلة مصر 2004 ص 161.

⁽²⁾ قاسم القونوي-أنيس الفقهاء في التعريفات المتداولة بين الفقهاء ص 163.

⁽³⁾ أخرجه مسلم في صحيحه، عن زهير بن حرب وعثمان بن أبي شيبة واسحاق بن إبراهيم (واللفظ زهير قال إسحاق: أخبرنا، وقال الآخران حدثنا جرير) عن الأعمش عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله قال: إنا ليلة الجمعة في المسجد، إذ جاء رجل من الأنصار فقال: لو أن رجلاً وجد مع امرأته رجلاً فتكلم جلدتموه، أو قتل قتلتموه، وإن سكت سكت على غيظ، والله لأسألن عليه رسول الله ﷺ، فلما كان من الغد أتى رسول الله ﷺ فسأله، فقال: لو أن رجلاً وجد مع امرأته رجلاً فتكلم جلدتموه، أو قتل قتلتموه، وإن سكت سكت على غيظ، فقال عليه الصلاة والسلام: {اللهم افتح}، وجعل يدعو، فنزلت آية اللعان: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ﴾، فابتلي به ذلك الرجل من بين الناس، فجاء هو وامرأته إلى رسول الله فتلاعنا، فشهد الرجل أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين، ثم لعن الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، فذهبت لتعلن، فقال رسول الله ﷺ: {مّة} فأبت فلعنت، فلما أدبرا قال: {لعلها أن تجيء به أسود جعدا} فجاءت به أسود جعدا، صحيح مسلم- كتاب اللعان 1495، انظر صحيح مسلم ص 624.

⁽⁴⁾ الشيرازي-المهذب في فقه الشافعي 76/3.

ق أ، فإذا أتت المرأة المتزوجة بزواج صحيح بولد بين ستة وعشرة أشهر نُسب لأبيه⁽¹⁾، ولو كان هناك انفصال بطلاق ونحوه أو وفاة للزوج⁽²⁾، غير أن الاشكال المطروح قضاءً يتعلّق بأن التاريخ المعتمد في احتساب مدّة الحمل هو تاريخ صدور حكم الطلاق من المحكمة، وهو ما قد يتجاوز الشهور العديدة التي تتجاوز أقصى مدة الحمل، ليتم بعدها نسبة الطفل إلى الوالد بدعوى أنه وُلد خلال أقصى مدّة الحمل، وهو ما أقرته المحكمة العليا⁽³⁾.

وقد نحى فقهاء الشريعة الإسلامية في اعتبار أقل وأكثر مدّة للحمل منحنى مختلفاً، وإن أجمعوا على أقل مدّة وهي ستة أشهر إلا أنهم اختلفوا في أكثرها.

فأقصى مدّة للحمل عند المالكية خمس سنوات وعند الشافعي أربع، فيما قال الظاهرية بأنها تسعة أشهر⁽⁴⁾، ويرى الإمام أبو زهرة أن هذا التباين فيما يتعلّق بأقصى مدّة للحمل، لا يرجع إلى تقديرات مبنية على نصوص بل على وقائع مدّعاة، مضيفاً أن استقرار الحاضر لا يؤيّد تقدير الحمل بخمس أو أربع أو حتى بسنتين، مرجحاً للاحتياط العمل بتقدير سنة واحدة⁽⁵⁾.

فيما اعتبر الحنفية أن أكثر مدّة للحمل سنتان، وأقلّها ستة أشهر⁽⁶⁾، لحديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت: "ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحوّل ظل عمود المغزل" وفي لفظ "لا

⁽¹⁾ اعتبر قرار المحكمة العليا أن الزواج العرفي إذا تم إثباته كزواج صحيح لتوفر أركانه وشروطه، وإذا أمكن الاتّصال بين الزوجين، ووُلد الطفل لأقل مدة الحمل وهي ستة أشهر فإنه ينسب لأبيه، سيما إذا لم ينفه بالطرق الشرعية يوم علمه بالحمل، القرار رقم 99000 المؤرخ في 23-11-1993 مجلة الاجتهاد القضائي 2001 عدد خاص ص 64.

⁽²⁾ غير أن القرار رقم 165408 المؤرخ في 08-07-1997 أكد أنه ما دامت العلاقة الزوجية قائمة فإنه ينسب الولد لأبيه حتى إذا جاءت به أمه بعد 16 شهراً من غياب الزوج، سيما أنه لم يلاعن بعد علمه بالحمل واعتبر القرار أن المادة 42 ق أ لا تنطبق في هذه الحالة، وأنه طبقاً للمادة 41 ق أ لا تؤثر غيبة الزوج ما دامت العلاقة الزوجية قائمة ولم ينف النسب باللعان في المدّة المحددة قضاءً بشمانية أيام من تاريخ العلم بالحمل أو الولادة، مجلة الاجتهاد القضائي 2001 عدد خاص ص 70.

⁽³⁾ القرار رقم 330464 المؤرخ في 23-03-2005 مجلة المحكمة العليا 2005 عدد 1 ص 293.

⁽⁴⁾ ويقول ابن عبد البر في هذه المسألة أن: "لا أصل لها إلا الاجتهاد والرد إلى ما عرف من أمر النساء"، انظر ابن عبد البر الاستدكار، تحقيق عبد المعطي قلجعي، دار قتيبة سوريا، الطبعة الأولى 1993، 178/22.

⁽⁵⁾ محمد أبو زهرة-الأحوال الشخصية ص 387.

⁽⁶⁾ ابن عابدين-رد المختار على الدر المختار، دار عالم الكتب الرياض طبعة 2003، 5/231-230، النسفي-البحر الرائق، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى 1998، 269/4.

يكون الحمل أكثر من سنتين⁽¹⁾، وأقل الحمل ستة أشهر لقوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ سورة الأحقاف الآية 15 ثم قال: ﴿وَفِصَالُهُ فِي سِنَيْنِ﴾ سورة لقمان الآية 14، فيبقى ستة أشهر للحمل.

على أن شرط ثبوت النسب عندهم من مطلقة رجعية أو بائنة، الشهادة بالولادة أو اعتراف الزوج بالحمل أو وجود حمل ظاهر، وعليه يثبت نسب الولد الذي طلقت أمه بعد الدخول إن أقرت بانقضاء العدة بعد ثلاثة شهور وولدت لأقل من ستة أشهر من الإقرار، وإن ولدت لسته أشهر أو أكثر لا يثبت لانقضاء العدة بإقرارها، وإن لم تدع الحمل ولم تقر بانقضاء العدة وجاءت به لأقل من تسعة أشهر من الطلاق ثبت وإلا فلا، وإذا طلقت المرأة رجعيًا وجاءت بولد في أقل من سنتين ثبت نسب الولد للزوج، وحتى إذا نفاه فلا لعان في هذه الحالة ولا حد، وإذا أنجبت بعد السنتين ونفاه الزوج يقع اللعان ويقطع النسب، فإذا أنجبت الولد في أقل من سنتين في حالة الطلاق البائن أو الثلاث، فعلى الزوج الحد إذا نفى ويثبت النسب، وبعد السنتين لا يثبت النسب وإن نفاه الزوج فلا حد عليه ولا يلزم باللعان⁽²⁾، ويثبت نسب ولد المعتدة من الموت إذا جاءت به في أقل من سنتين من وقت الموت وبعد السنتين لا يثبت، كما يثبت نسب ولد المعتدة من وفاة المقررة بمضي العدة، إذا أنجبت في أقل من ستة أشهر لثبوت كذب ادّعائها بمضي العدة، وإذا جاءت به بعد ستة أشهر لا يثبت نسب الولد، وإذا أنكرت المعتدة من وفاة الولادة، يثبت نسب ولدها بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو بوجود حبل ظاهر أو إقرار به أو تصديق الورثة، وعند محمد وأبي يوسف يثبت بشهادة امرأة واحدة وهي الأم المعتدة ولا يثبت بذلك عند أبي حنيفة⁽³⁾.

و المذهب عند الحنابلة أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر وأكثرها أربع سنين، واستدلوا على أقل مدة الحمل، بما روي عن علي رضي الله عنه أنه منع عمر رضي الله عنه من إقامة الحد على

(1) رواه البيهقي-كتاب العدد، باب ما جاء في أكثر الحمل الحديث رقم 15552، أبو بكر البيهقي-السنن الكبرى، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الثالثة 2003، 7/728، ورواه الدارقطني-كتاب النكاح باب المهر الحديث رقم 3813، علي بن عمر الدارقطني-سنن الدارقطني دار المعرفة بيروت، الطبعة الأولى 2001، 3/250.

(2) الكاساني-بدائع الصنائع 5/234، الشيخ نظام-الفتاوى الهندية 4/138-139-144، النسفي-البحر الرائق 4/262.

(3) النسفي-البحر الرائق 3/264-269-270-271.

امرأة جاءت بطفل لسته أشهر، وقال له ليس لك ذلك، قال الله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ
أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ سورة البقرة الآية 233، وقال تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ
شَهْرًا﴾ سورة الأحقاف الآية 15، فحولان وستة أشهر ثلاثون شهرا، لا رجم عليها، فحلى عمر
سبيلها⁽¹⁾، أما المطلقة رجعيا التي تلد لأكثر من أربع سنوات قبل انقضاء عدتها، أو لأقل من أربع
سنوات منذ انقضاء العدة فالمذهب أنه يلحق نسب الولد بالزوج⁽²⁾.

واللافت في الأمر الاختلاف الكبير بين الفقهاء في اعتبار أكثر مدة الحمل، حيث قدرها
بعضهم بستين فيما بالغ الآخرون باعتبار أكثر مدة الحمل أربع أو خمس سنوات، والحقيقة أن
العلم الحديث لا يقر إلا بالمدة الأصلية للحمل وهي تسعة أشهر لا غير، وقد حاول المشرع
الجزائري في هذه النقطة الاحتياط قدر الإمكان وقرّر أن أطول مدة ممكنة للحمل هي 10 أشهر
وفق المادة 42 ق أ.

ثانيا- الإقرار بالنسب:

الإقرار في اللغة الإثبات، من قر الشيء أي ثبت، وفي اصطلاح الفقهاء هو: "إخبار الشخص
بحقّ عليه"، أو هو: "إخبار عن ثبوت الحقّ للغير على نفسه"، وشرطه البلوغ والعقل⁽³⁾.

وقد جعله المشرع الجزائري من بين أسباب ثبوت النسب وفقا للمادة 40 ق أ، وعرفه في
المادة 341 من القانون المدني بأنه الاعتراف الوارد من الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى
بها عليه، وأضاف في المادة 342 من ذات القانون، بأن الإقرار يعدّ حجة قاطعة على المقرّ وأنه
غير قابل للتجزئة.

⁽¹⁾ أخرجه البيهقي-كتاب العدد أبواب المدخول بها باب ما جاء في أقل الحمل رقم الحديث 15549، أبو بكر البيهقي-السنن
الكبرى، 7/727.

⁽²⁾ المرادوي-الانصاف 9/253-263-274، ابن قدامة-المغني شرح مختصر الخري 11/231-232.

⁽³⁾ زكريا بن محمد الأنصاري-الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، حققه مازن المبارك، دار الفكر المعاصر لبنان، الطبعة الأولى 1991،
ص 74، وانظر علي بن محمد الجرجاني-التعريفات ص 48، وانظر الشيخ نظام-الفتاوى الهندية 4/170.

غير أن الإقرار الوارد في قانون الأسرة يختلف عن ذلك وفقا لما جاء في قرار المحكمة العليا⁽¹⁾، الذي اعتبر أن الإقرار بالنسب لا يُشترط فيه من الناحية الشكلية أن يتم خلال دعوى قضائية أو أمام القضاء، وأنه من الممكن أن يتم أمام موثّق بوجود شهود، والسبب في ذلك حسب القرار أن اثبات النسب مما يقع التسامح فيه لأنه من حقوق الله تعالى، ويتم اثباته مع وجود الشكّ وفي الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة "أحياء الولد"، وبذلك يلزم إقرار الوالد بالحمل ويثبت نسب الولد لأبيه، كما رفض القرار الدّفع بأقل مدّة الحمل لنفي النسب، ويكفي الإقرار لوحده دون البحث عن أي دليل آخر لإثبات نسب الولد، بحيث لا يُقبل تقديم أي دفع آخر لإبطال مفعول هذا الإقرار. وفي قرار ثانٍ اعتبرت المحكمة العليا⁽²⁾ أن قيام شخص بتسجيل ولادة ابنته لدى مصالح الحالة المدنية وأمام ضابط الحالة المدنية، ليتّهب من المسؤولية الجنائية للاغتصاب يعدّ إقرارا منه بنسب البنت وفق المادة 41 ق أ، والإقرار المجرد بالبنة يثبت به النسب متى كان مباشرا، ويعدّ هذا الإقرار حجّة من المقر، ولا يتحمّل النفي بعد ذلك لما فيه من حق النسب للبنت، ولا يصدّق المقر في التراجع عنه والمطالبة بإسقاطه.

غير أن قرارا آخر للمحكمة العليا، قضى برفض الإقرار بالأبوة المقدم أمام مصالح الحماية الاجتماعية بحجّة أن الإدارة غير مؤهلة قانونا لتلقّي الإقرار وعليه رفضت دعوى النسب، كما اعتبر القرار أن واقعة ميلاد الطفل بعد ثلاثة أيام من عقد الزواج تتناقى مع أقل مدّة للحمل والمقدّرة قانونا بستة أشهر، مع الإشارة إلى أن ثبوت وقوع علاقة غير شرعية قضائاً تتمثل في ممارسة المدّعي للفعل المخّل بالحياة ضد الأم القاصر وبالتالي لا يثبت النسب عن علاقة غير شرعية⁽³⁾.

وجاء قانون الإجراءات المدنية والإدارية ليؤكد أن الإقرار والانكار في موضوع النسب لا يتم إلا أمام القضاء، وينعقد الاختصاص الإقليمي لمحكمة موطن المدّعي عليه وفقا للقواعد العامة

⁽¹⁾ واستدلّت المحكمة العليا فيما ذهبت إليه بقول خليل: "ولزم الإقرار لحمل في بطن امرأة"، القرار رقم 222674 المؤرخ في 15-06-1999 المجلة القضائية 1999 العدد 1 ص 126.

⁽²⁾ القرار 617374 المؤرخ في 12-5-2011 مجلة المحكمة العليا لسنة 2012 العدد 1 ص 294.

⁽³⁾ القرار 210478 المؤرخ في 17-11-1998 مجلة الاجتهاد القضائي 2001 عدد خاص ص 85.

حسب المادة 490 ق إ م⁽¹⁾.

ونصّ المشرّع على نوعين من الإقرار بالنسب: الأوّل هو الإقرار بالأبوة والأمومة والبنوة، والثاني الإقرار بالنسب في غيرها.

أ- الإقرار بالأبوة والأمومة والبنوة:

وهو المنصوص عليه في المادة 44 ق أ، ويشترط فيه أن يكون الولد مجهول النسب، وأن يمكن تصديق الإقرار من خلال استقراء الظروف المحيطة والمتعلقة بالمقرّ وبالولد الذي يراد نسبه إليه، كأن يكون بينهما فارق معقول من العمر⁽²⁾.

وهو ما يدعوه فقهاء الشريعة الإسلامية بالاستلحاق، وفيه تحميل للنسب على الغير، وهو عند المالكية: "ادّعاء المدّعي أنه أب لغيره ويكون خاصا بالأب دون غيره"، فلا يصحّ من الأم اتفاقاً ومن الجد على المشهور، ولا يكون استلحاق الأب إلا لمجهول النسب لأن من استلحق معلوم النسب ينال حدّ القذف، ويشترط فيه أن لا يكذبه العقل أو العادة، كما لا يصحّ استلحاق اللقيط "إلا بيّنة أو بوجه"⁽³⁾، ويصحّ إقرار الرجل بالولد عند الحنفية بشرط أن يكون المقرّ له بحال يولد مثله لمثله، وأن لا يكون المقرّ له ثابت النسب من غيره، وأن يصدّق المقرّ له المقرّ في إقراره، كما أعطوا حق الاستلحاق للمرأة إذا صدقته وكانت خالية عن زوج وعدّة، ويحقّ أن يُنسب اللقيط لمن يدّعيه ولو غير الملتقط إذا كان حياً، فإذا كان ميتا تلزم البيّنة من الملتقط، ولو ادّعت امرأة ذات زوج نسب ولد لها، ثبت نسبه إذا صدّقها الزوج أو شهدت القابلة أو

⁽¹⁾ استعمل المشرّع مصطلح الاعتراف بالنسب في قانون الإجراءات المدنية بدل الإقرار بالنسب، كما نص على إمكانية انكار الأبوة وفقاً لذات الإجراءات حيث يُفضّل في هذه الدعاوى بحضور النيابة العامة في جلسات سرّية.

⁽²⁾ يثبت النسب في هذه الحالة بأربعة شروط، أن يكون المقرّ به مجهول النسب وأن يصدقه الحس بأن يكون في سن تسمح كونه ابن المقرّ، وأن يصدقه المقرّ له في إقراره إذا كان بالغاً أو مميّزاً وألا يكون في الإقرار حمل النسب على الغير، انظر مقال الأستاذ كمال لدري: حماية حقوق الطفل، مجلة المعيار- دورية علمية محكمة صادرة عن كلية الشريعة بجامعة الأمير عبد القادر الإسلامية العدد التاسع 1425/هـ 2004م ص 552.

⁽³⁾ الخرشي على مختصر خليل 100/6-101، القراني شهاب الدين- الذخيرة، تحقيق محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى 1999، 135/9.

قامت بيّنة بشهادة رجل وامرأتين على الولادة، وإن لم يكن لها زوج فلا بد من شهادة رجلين⁽¹⁾.
لو استلحق اللقيط مسلم حرّ لحقه بشروط الإقرار عند الشافعية، سواء كان الملتقط أو غيره،
وإن ادّعى نسب اللقيط حرّ مسلم لحق به لأنه يقرّ له بحق لا ضرر فيه على أحد كما قالوا، وإن
ادّعت امرأة نسبة ولد إليها فثلاثة أقوال عندهم، الأوّل أنه ينسب لها لأنها أحد الأبوين فيقبل
إقرارها بالنسب كالأب، والثاني أنه لا يُقبل لأنه يمكن إقامة البيّنة على ولادتها بطريق المشاهدة
خلاف الأب، والثالث إن كانت متزوجة لم يُقبل قولها لأن إقرارها يتضمّن الحاق النسب بالرجل،
وإن لم تكن متزوجة قبل إقرارها لأنه لا يتضمّن الحاق النسب بغيرها⁽²⁾، وذهب الحنابلة إلى أنه إذا
ادّعى الملتقط نسب اللقيط إليه، فإذا كان مسلماً حرّاً فينسب إليه بالبيّنة إذا كان من الممكن أن
ينسب إليه، وإذا كان ذمياً لحق به أيضاً، فإذا ادّعى نسب اللقيط اثنان فأكثر ولو كافراً ومسلماً
فهما سواء ومن كانت له بيّنة هو أحقّ به، وإذا لم تكن لأحدهم بيّنة يتم الاستعانة بالقيافة، وإن
ادّعى نسب اللقيط، فإن كان مسلماً حرّاً وأمكن أن يكون منه ألحق به، لأن الإقرار لصالح الطفل
لاتّصال نسبه⁽³⁾، أما الظاهرية فقالوا أنه يصدّق من ادّعى أن اللقيط ابنه وكان مسلماً، إن أمكن
أن يكون ما قال حقاً، على اعتبار أن الولادات والأنساب لا تُعرف إلا بقول الآباء والأمّهات
كما ذكروا⁽⁴⁾.

ولا يصحّ قانوناً الإقرار بالنسب أمام القضاء في حال ثبوت الزنا أو الفعل المخلّ بالحياء⁽⁵⁾، بما
يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية، حيث لا يثبت النسب لمن زنى بامرأة ثم ادّعى الولد إليه، بل
ينسب لأمه، وأمّا لو قال الرجل أن الولد هو من نكاح ثبت النسب، ولو قالت المرأة أنه من زنا لم
يثبت النسب، فيما يثبت النسب بالنكاح حتى لو قال الرجل إني زنيت بها فجاءت به⁽⁶⁾.

(1) الشيخ نظام-الفتاوى الهندية 228/4، ابن عابدين-رد المحتار على الدر المختار 426/6-427.

(2) الشريبي-مغني المحتاج 551/2، الشيرازي-المهذب في فقه الشافعي 316/2.

(3) الزركشي-شرح الزركشي على متن الخرقى 654/2، ابن قدامة-المغني شرح مختصر الخرقى 367/8.

(4) ابن حزم-الحلى بالآثار، تحقيق محمد منير الدمشقي، الطباعة المنيرية مصر طبعة 1352 هـ، 276/8.

(5) القرار 210478 المؤرخ في 17-11-1998 مجلة الاجتهاد القضائي 2001 عدد خاص ص 85.

(6) الشيخ نظام-الفتاوى الهندية 138/4-139، النسفي-البحر الرائق 262/4، وأنظر محمد أبو زهرة-الأحوال الشخصية ص 397.

وهناك من يرى أن بعض السلف أقرّوا نسب ولد الزنا، ومنهم الحسن وابن سيرين وعروة بن الزبير والنخعي وإسحاق بن راهويه، وقالوا أن إسحاق أوّل حديث الولد للفراش بأنه يخص حالة تنازع الزاني وصاحب الفراش، كما استدّلوا بالقياس، وقالوا أنه يثبت نسب الولد من أمّه وهي أحد الزانيين وترثه ويرثها وقد ولد الولد من ماء الزانيين وقد اشتركا فيه، فإذا كان يثبت نسبه من الأم الزانية فما المانع حسبهم من ثبوت نسبه من الزاني الأب⁽¹⁾.

والإقرار بالأمومة، في اجتهاد المحكمة العليا يُثبت النسب متى كان صحيحا⁽²⁾، كما أنه لا يحتاج إلى تدخّل أي شخص آخر كزوج المرأة التي تقرّ بنسب ولدها إليها، وهو عكس ما ذهب إليه الحنفية كما رأينا سابقا.

ويُعتبر النسب الثابت بالإقرار غير قابل للنفي، لأنه يكون بذلك إنكارا للإقرار ولا يُلتفت إليه، على أساس أن المقرّ بالنسب أقدم على ذلك بإرادته واعترافه وهو أدري بما اعترف به، زيادة على أن الإقرار حجّة ملزمة بذاته لا يحتاج إلى شيء آخر يثبت به الحق⁽³⁾.

ب- الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة:

وهو المنصوص عليه في المادة 45 ق أ، ومن شروطه ألا يسري على غير من أقرّ به إلا بتصديق منه، إضافة إلى شرطي جهالة نسب المقرّ له، وأن يصدّق العقل ذلك الإقرار.

وتقتصر آثار هذا الإقرار على المقرّ دون غيره، ففي حال الإقرار بالأخوة مثلا لا يسري ذلك ولا يرتّب آثار قانونية إلا بالنسبة لمن أقرّ دون غيره، كالأب في هذه الحالة، وفي حالة الإقرار بالعمومة لا تسري إلا على العم دون الجد.

وبما أن هذا الإقرار فيه تحميل للنسب على الغير فإنه لا يثبت على غير المقرّ بدون تصديقه، كما في حال من أقرّ بأن الولد ابن ابنه فلا يثبت النسب إلا بتصديق ابنه، أو في حال الإقرار

⁽¹⁾ باسل محمود الحافي-فقه الطفولة، دار النوادر دمشق الطبعة الأولى 2008 ص312.

⁽²⁾ القرار رقم 52212 المؤرخ في 16-01-1989 المجلة القضائية 1991 العدد 3 ص 55.

⁽³⁾ أحمد نصر الجندي-شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية طبعة 2009 ص86.

بالأخوة الذي لا يثبت إلا بإقرار أب المقر، غير أنه يؤخذ المقر بإقراره ما يترتب عنه مشاركته في نصيبه من الميراث دون من حملهم بذلك النسب ولم يصدقوه، كما أنه إذا كان المقر موسرا والمقر له فقيرا ويستحق النفقة وجبت عليه نفقته، وفي حال توفي المقر ولا وارث له إطلاقا استحق تركته المقر له⁽¹⁾، كما يمكن إضافة شرط تقتضيه المادة 45 ق أ دون أن تنص عليه، وهو أن يكون المقر في سن تسمح أن يكون الولد المقر له ابنا له، وكذا أن يكون المقر له في سن تسمح له أن يكون ابنا للمقر بالنسب⁽²⁾.

ثالثا- اثبات النسب بالبينة:

البينة لغةً الحجّة الواضحة، وفي اصطلاح الفقهاء هي الحجّة القوية والدليل⁽³⁾، وأوردها المشرع كوسيلة لإثبات النسب حسب المادة 40 ق أ، دون أن يوضح إذا كان المقصود بها المعنى العام المتمثل في الدليل والحجّة أو المعنى الخاص المتمثل في الشهادة⁽⁴⁾، غير أن سياق ذكره للبينة في نص المادة 40 ق أ، مصحوبة بالإقرار وبقية وسائل اثبات النسب، تشير بوضوح إلى معنى الإثبات بالشهادة دون معنى الحجّة أو الدليل.

إلا أن الإشكالية تتمثل في عدم وضوح كفيات اعتماد الشهادة في هذه الحالة في ظل قانون الأسرة، أو حتى بالنسبة للقانون المدني، حيث يتبين أنها تشير إلى كيفية إثبات المعاملات المالية بشهادة الشهود، ما يجعلها غير صالحة لتطبّق على أحكام الأحوال الشخصية والنسب على وجه الخصوص، وهو ما يجيل وفق المادة 222 ق أ على أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا نص فيه.

وغالبا ما يقرن فقهاء الشريعة الإسلامية بين الإقرار بالنسب والبينة، خاصة عندما يتعلق الأمر باستلحاق اللقيط الذي لا يصح عند المالكية إلا "ببينة أو بوجه"⁽⁵⁾، وقال الحنفية بثبوت نسب ولد المعتدة إن هي أنكرت ولادتها، بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو بوجود حمل ظاهر أو إقرار

(1) محمد أبو زهرة-الأحوال الشخصية ص 396-400.

(2) أحمد نصر الجندي-المرجع نفسه ص 91.

(3) مجموعة من المؤلفين-المعجم الوسيط ص 80، البركي-التعريفات الفقهية ص 49.

(4) نظم القانون المدني أحكام الإثبات بالبينة من خلال المواد 333 إلى 336.

(5) الخرشي-شرح مختصر خليل 100/6-101، القرابي-الذخيرة 135/9.

به أو تصديق الورثة، وعند محمد وأبي يوسف يثبت بشهادة امرأة واحدة وهي الأم المعتدة، كما يثبت نسب الولد لأبيه بشهادة القابلة عند انكار الولادة إذا كان فراش الزوجية قائما والمدّة تامة، ويصحّ استلحاق اللقيط عندهم من امرأة إذا أقامت البيّنة على الولادة ولو برجل وامرأتين، وإن لم يكن لها زوج فلا بدّ من شهادة رجلين، أما ذات الزوج فيصحّ إذا صدقها الزوج أو شهدت القابلة بالولادة⁽¹⁾، وفي قول للشافعية يُقبل استلحاق المرأة اللقيط إذا أقامت البيّنة على ولادتها بطريق المشاهدة، فلا يحكم فيها بالدعوى خلاف الأب⁽²⁾، كما أثبت الحنابلة نسب اللقيط إلى المنتقط بالبيّنة، والتي تكون أيضا سببا للفصل في النزاع إذا ادّعى نسب اللقيط اثنان⁽³⁾.

أما إثبات الولادة في وقت معيّن أو اثبات أن المولود هو ذلك الطفل بعينه، فإنه في حالة الاختلاف بين الزوجين بأن ادّعت ذلك وأنكر هو، فيكفي شهادة القابلة لأن الولادة حادثة لا يعاينها في الغالب إلا القابلات ويتعدّر غالبا حضور الرجال فيها أو حضور نساء كثيرات⁽⁴⁾.

وأقر القانون امكانية اثبات النسب ولو مع وجود الشك وحتى في حالة الاحتمالات النادرة، لأنه يدخل في قاعدة احياء الولد، كما أنه عند التعارض يقدّم الوجه المثبت للنسب لوجوب الاحتياط فيه، كما يثبت النسب بالإيحاء مع القدرة على النطق بخلاف سائر التصرفات⁽⁵⁾.

وهو ذات المبدأ الذي استقرّ عليه القضاء المصري في دعاوى النسب، حيث يثبت النسب مع الشك ويبنى على الاحتمالات النادرة التي يمكن تصورها بأي وجه، وذلك "حملا لحال المرأة على الصلاح وإحياء للولد"، واستقرّ القضاء المصري على أن "التناقض في النسب مغتفرّ مع أن الأصل اعتبار التناقض في الدعوى مانعا من سماعها"، كما أقرّ مبدأ جواز الشهادة في النسب بالشهرة والسماع⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ النسفي-البحر الرائق 270/3-271، ابن عابدين-رد المحتار على الدر المختار 426/6-427.

⁽²⁾ الشريبي-مغني المحتاج 551/2، الشيرازي-المهدّب في فقه الشافعي 316/2.

⁽³⁾ شرح الزركشي 654/2، ابن قدامة-المغني شرح مختصر الحرقى، تحقيق عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب الرياض (دت)- (دط) 367/8.

⁽⁴⁾ محمد أبو زهرة-الأحوال الشخصية ص 395.

⁽⁵⁾ أحمد نصر الجندي-شرح قانون الأسرة الجزائري ص 94.

⁽⁶⁾ عبد العزيز عامر-الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي (دت)- (دط) ص 145.

رابعا- ثبوت النسب بنكاح الشبهة:

تُعرّف الشبهة بأنها: "ما لم يتيقن كونه من الحلال أو الحرام"، أو هي: "ما يشبه الشيء الثابت وليس بثابت"، وهي أنواع:

شبهة الملك: وهي أن يظن الرجل الموطوءة امرأته أو جاريتها، أو هي التي تتعلق بالمحل وتسمى شبهة حكمية كوطء الرجل أمة ولده، ووطء البائع الأمة المبيعة، ووطء أجنبية ظنا أنها امرأته⁽¹⁾.

شبهة العقد: وهو ما وجد فيه العقد صورة لا حقيقة، كما إذا تزوج امرأة بلا شهود، أو مجوسية، أو خمسا في عقد، أو تزوج بمحارمه، أو جمع بين الأختين.

شبهة الفعل: وهو الوطاء تشببه عليه حرمة لا في محله وهي الموطوءة وتسمى شبهة الاشتباه، كوطء معتدة الثلاث ووطء المرتحن الأمة المرهونة، وفيه يعتقد الشخص من غير دليل أن الوطاء حلال وهو حرام⁽²⁾.

ويرتّب وطاء الشبهة عند الفقهاء ثبوت النسب ويوجب العدة وحرمة المصاهرة عند الشافعية، وتستحق المرأة التي وُطئت بشبهة المهر⁽³⁾.

ويمكن تعريف نكاح الشبهة بأنه: "الاتصال الجنسي بالمرأة المبني على شبهة، فلا هو زنا أو ملحق بالزنا، ولا هو بناء بعقد زواج صحيح أو فاسد"⁽⁴⁾، في حين لم يوضح المشرع المقصود بنكاح الشبهة حالها حال الإقرار والبيّنة، ما يطرح إشكالات عدّة لدى تطبيق نصوص القانون، ويظهر هذا الغموض جلياً من خلال عدم استقرار الاجتهاد القضائي الصادر عن المحكمة العليا في المسألة، وكمثال على ذلك نأخذ القرارين الآتيين:

1- القرار رقم 74712 الصادر في 21-5-1991⁽⁵⁾ الذي اعتبر أن العلاقة الجنسية بين

(1) علي بن محمد الجرجاني-التعريفات ص 107-138، محمد البركتي-التعريفات الفقهية ص 119.

(2) محمد البركتي-المرجع نفسه ص 120، وانظر عبد العزيز عامر-الأحوال الشخصية ص 82.

(3) الشريبي-معني المحتاج 237/3، ابن عابدين-رد المحتار على الدر المختار 60/4.

(4) أحمد نصر الجندي-شرح قانون الأسرة الجزائري ص 87.

(5) المجلة القضائية لسنة 1994 العدد 2 ص 56.

المرأة المدّعية والرجل الذي كان يخالطها في منزلها ويعلم الجيران لا تعتبر من قبيل نكاح الشبهة، وعليه تم رفض طلب المدّعية نسب البنت إلى ذلك الرجل، ما يوافق نظرة الشرع من حيث أنه لا شُبْهة فيه وأنه زنا لا يثبت منه النسب لأن القاعدة أنّ "الولد للفراس وللعاهر الحجر".

2-القرار رقم 617374 الصادر في 12-5-2011⁽¹⁾ الذي أثار جدلا واسعا حين اعتبر أن الاغتصاب الثابت بحكم قضائي يعدّ وطأً بالإكراه ويكيّف على أنه نكاح شبهة يثبت النسب. ومن الإشكالات التي أثارها القرار أن الواقعة تتعلق أساسا بالاغتصاب وهو جريمة عمدية من الفاعل لا شُبْهة فيها، ويرتّب عليها قانون العقوبات مسؤولية جزائية تامة في حق الجاني تؤدّي إلى عقوبة الحرمان من الحرية فضلا عن التعويض عن الضرر.

فإذا كان القانون يرتّب المسؤولية الجزائية على ذلك الفعل، فإنه ينفي أية شُبْهة تتعلق بعدم العلم، بل يثبت قطعاً أنها جريمة متعمّدة من شخص مكلف ومسؤول قانونا، ويظهر أن مثل هذا التكييف خاطئ من حيث أساسه القانوني، لأن مفهوم نكاح الشُبْهة أو وطأ الشبهة محدّد تحديدا دقيقا عند جمهور الفقهاء، ولا غموض فيه يتيح اعتبار الاغتصاب أو الزنا كشبهة ترتّب نسب الولد للمغتصب أو الزاني، وقد جاء في مختصر خليل أن: (الإكراه غصب فيكون من قبيل الزنا)⁽²⁾.

خامسا- ثبوت النسب بالنكاح الفاسد والباطل:

يثبت النسب بالنكاح الفاسد الذي فقد شرطا من شروط الصّحة، كالنكاح بلا شهود أو في العدة⁽³⁾، والنكاح الباطل هو الذي لم ينعقد لبطلان المحل كنكاح زوجة الغير مع العلم والنكاح

⁽¹⁾مجلة المحكمة العليا لسنة 2012 العدد 1 ص 294.

⁽²⁾الخرشي-شرح مختصر خليل 169/3.

⁽³⁾والشرط في الشرع ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم ذاته، أو هو ما يتم به الشيء وهو خارج عنه، والركن ما يتم به الشيء وهو داخل فيه، أنظر زكريا بن محمد الأنصاري-التعريفات ص 72، وأركان الزواج عند المالكية: ولي وصدّق ومحل وصيغة، ويشترط المالكية الشهادة في الدخول لا العقد، وعند الحنفية: ينعقد بإيجاب وقبول في مجلس واحد، وشروطه شاهدان على العقد ومهر، وعند الشافعية: صيغة وزوجة وزوج وولي وشاهدان، وعند الحنابلة: لا ينعقد الزواج إلا بالإيجاب والقبول، وشروطه خمسة: الزوجة والرضا والولي وشاهدين والكفاءة، انظر في المسألة: الخرشي-شرح مختصر خليل 172/3 وانظر ابن جزير الكلي الغرناطي-القوانين الفقهية، تحقيق محمد مولاي (دت)- (د ط) ص 328، وانظر سليمان البجيرمي-البجيرمي على الخطيب، دار الكتب العلمية،

بالمحرّمات⁽¹⁾.

والنكاح الفاسد لا حكم له قبل الدخول، ويثبت به النسب والعدّة ومهر المثل للمرأة بعد الدخول، وكذا في النكاح الباطل مثل نكاح المحرّمات مؤبّدا ومؤقتا ونكاح الإكراه، والنكاح الفاسد إذا تعلّق فسادُه بالعقد فسخ قبل الدخول وبعده، وإذا كان فسادُه بسبب الصداق يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده على المشهور عند المالكية، والفسخ في هذه الحالة إما يكون بطلاق أو بدونه فكل نكاح محرّم بالإجماع يفسخ بدون طلاق وما اختلف فيه يفسخ بالطلاق، وعليه يكون كل نكاح يدرأ فيه الحدّ مثبتا لنسب الولد وإذا وجب الحدّ لا يلحق النسب⁽²⁾.

وعليه أمكن القول أنّ الزواج الفاسد اتفاقا والمختلف فيه أيضا، يكون له حكم الزواج الصحيح من حيث ثبوت النسب، بشرط تحقّق الدخول الحقيقي وإمكان الحمل من الزوج ومجيء الولد لأكثر من ستة أشهر⁽³⁾.

وأثبت قانون الأسرة في المادة 40، النسب إذا كان نتيجة لنكاح تم فسخه بعد الدخول، مشيرا إلى الحالات المنصوص عليها في المواد 32، 33 و34 من ذات القانون وهي:

أولا: الزواج الباطل بسبب تخلف الرضا أو تنافي شروطه مع مقتضيات العقد.

ثانيا: الزواج الذي تم دون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه.

ثالثا: الزواج بإحدى المحرّمات⁽⁴⁾.

بيروت، الطبعة الأولى 1996م 121/4، وانظر ابن عابدين-رد المختار على الدر المختار 69/4 وما بعدها، وانظر الكاساني-بدائع الصنائع 223/2 وما بعدها، وانظر المرداوي-الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف 45/8 وما بعدها، وانظر ابن قدامة-الكافي، تحقيق عبد الله التركي، دار هجر للطباعة والنشر(دت)- (د ط) 223/4 وما بعدها.

⁽¹⁾ البركتي-التعريفات الفقهية ص 232.

⁽²⁾ ابن جزئي-القوانين الفقهية 349-350، الكاساني-بدائع الصنائع 336/2، ابن عابدين-رد المختار على الدر المختار 87/4.

⁽³⁾ باسل محمود الحافي-فقه الطفولة ص 311.

⁽⁴⁾ يبطل الزواج من المرأة المحصنة قبل وبعد الدخول، ويترتب عليه ثبوت النسب، انظر القرار 39362 المؤرخ في 24-2-1986 صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، غير منشور، أنظر بلحاج العربي-قانون الأسرة معلقا عليه بأحدث التعديلات وقرارات المحكمة العليا-ديوان المطبوعات الجامعية 2012 ص 164.

وفي هذه الحالات الثلاثة أثبت المشرّع النسب حماية للأولاد الناتجين عن هذه الصور الفاسدة والباطلة من النكاح، مع تأكيده أن النكاح بدون شاهدين أو ولي أو صديق يفسخ قبل الدخول، وذهب اجتهاد المحكمة العليا⁽¹⁾ في ذات السياق إلى اثبات النسب بالأنكحة الفاسدة والباطلة اعتمادا على قاعدة إحياء الولد، على اعتبار أن اثبات النسب إحياء له ونفيه قتل له.

سادسا- اثبات النسب بالطرق العلمية:

من وسائل اثبات النسب التي أضيفت بموجب تعديل قانون الأسرة الذي تضمنه الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، في الفقرة الثالثة من المادة 40 ق أ، لجوء القضاء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب على سبيل الجواز.

غير أن المشرّع لم يحدّد الحالات التي يمكن فيها اللجوء إلى تلك الوسائل العلمية بُغية إثبات النسب، ولم يذكر شروط استعمالها وإذا كانت تخص حالات قيام العلاقة الزوجية الشرعية كما هو الحال في الزواج العربي، أو تتعدّاه لتشمل كل علاقة أنتجت أطفالا، كما لم يحدّد القانون على وجه الحصر الوسائل العلمية المسموح باستعمالها، على اعتبار أن التقنيات الحديثة في تطوّر مستمر وأن بعض تلك الوسائل تكون دقّتها وحجّيتها العلمية والقانونية أكثر من الأخرى، ما ترك المجال واسعا أمام الاجتهاد القضائي لوضع الأطر العامة لإثبات النسب بما يتيح العلم الحديث.

وفي هذا الإطار حدّد القرار رقم 355180⁽²⁾ من بين الوسائل العلمية لإثبات النسب، استعمال ما يسمّى بتقنية الحمض النووي أو ADN كشكل من أشكال الخبرة الطبية، وأوضح أن استعمال هذه التقنية أو غيرها لا يجب أن يتجاوز القاعدة الفقهية في اثبات النسب "الولد للفراس"، حيث أكد في نصّه أنه: "لا ينبغي الخلط بين اثبات النسب في الزواج الشرعي وفق المادة 40 من قانون الأسرة، وبين الحاق النسب في حالة العلاقة الشرعية".

⁽¹⁾ قرار رقم 172333 المؤرخ في 28-10-1997 المجلة القضائية 1997 عدد 1 ص 42.

⁽²⁾ المؤرخ في 05-03-2006 مجلة المحكمة العليا عدد 1 ص 469.

غير أن الطرق العلمية يمكن أن تمتد من الناحية النظرية لشمّل تحليل فصيلة الدم أو تحليل البصمة الوراثية، وفقاً لما اعتمدته المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في بحث صدر لها بتاريخ 21 رجب 1422 الموافق لـ 08 أكتوبر 2001⁽¹⁾، والذي توصل من خلاله باحثون في الطب والشريعة إلى أن الإسلام يقر بحجية الأخذ بالبصمة الوراثية في حال تنازع أكثر من شخص في أبوة مجهول النسب أو عدول الأب عن استلحاق الولد أو انكار أبنائه، وكذا في توريث مجهول النسب إذا أقر بعض الإخوة بأخوته ونفاها آخرون، أو في حال ادعاء امرأة الأمومة دون دليل، وتكمن حجية البصمة الوراثية حسب ذات البحث في أن كل إنسان ينفرد بنمط خاص في التركيب الوراثي ضمن كل خلية من خلايا جسده ولا يشاركه فيه أي شخص آخر في العالم، وهي وسيلة أكيدة حسب المختصين في التحقق من الأبوة البيولوجية والتحقق من الشخصية سيما في مجال الطب الشرعي، مع الإشارة إلى أن البصمة لا تعتبر دليلاً على الزوجية التي تثبت بالطرق الشرعية، فضلاً عن ضرورة توفّر ضوابط عند إجراء بحث البصمة الوراثية ومن ذلك إذن الجهات الرسمية.

وعليه فلا مانع في الفقه الإسلامي من الأخذ بالوسائل الطبية الحديثة في إثبات النسب إذا دعت إلى ذلك حاجة، قياساً على دور القافة أو القيافة في إثبات النسب⁽²⁾، غير أن الخلاف يبقى في معرفة الوسائل القطعية من الظنية في تحديد النسب، مثل تحليل زمرة الدم أو نظام ADN⁽³⁾.

ومهما تعددت الوسائل العلمية لإثبات النسب، فإن من الواجب والاحتياط الذي تتطلبه ضرورة الحفاظ على الأنساب من الاختلاط، أن يبادر المشرع الجزائري إلى تحديد الوسائل التقنية الواجب الأخذ بها وتلك التي يجب استبعادها، سيما وأن التطور العلمي الكبير الذي يعرفه المجال الطبي وعلم الجينات وغيرها من علوم البيولوجيا، قد ينتج طرقاً أخرى في المستقبل لا تتماشى بالضرورة مع الضوابط الشرعية في مسألة إثبات النسب.

(1) نبيل صقر- قانون الأسرة نصاً وفقها وتطبيقاً، دار الهدى طبعة 2006 ص 91.

(2) القافة هم قوم يعرفون الأنساب بالشبه، ولا يقبل قول القائف إلا أن يكون ذكراً عدلاً حراً مجرباً في الإصابة لأن قوله محكم، انظر ابن قدامة- المغني شرح مختصر الخرقى 375/8.

(3) باسل محمود الحايي- فقه الطفولة ص 328.

الفرع الثاني: حق القاصر في الحضانة والكفالة

البند الأول: مفهوم حق الحضانة

أولاً-تعريف الحضانة:

الحضانة في اللغة من الحُضِن وهو الصدر، ويقال احتضن الطائر البيض بمعنى رقد عليه للتفريخ، وحَضِن الرجل الضبيّ رعاه وربّاه فهو حاضن، والحاضنة الدّاية التي تقوم على تربية الصغير وتقوم مقام الأم في تربية الولد بعد وفاتها، والحضانة الولاية على الطفل لتربيته وتسيير شؤونه⁽¹⁾.

أما الحضانة في الاصطلاح الفقهي فهي تربية الولد، أو: "حفظه في مبيته ومؤونة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه"، وتُعرّف كذلك بأنها: "حفظ من لا يستقلّ بأمور نفسه وتربيته بما يُصلحه ويقيه عما يضرّه"، كما تُعرّف بأنها: "حفظ الطّفل عما يضرّه وتربيته وغسل رأسه وبدنه وثيابه ودهنه وتكحيله وربطه في المهد وتحريكه لينام ونحو ذلك"، أو هي: "حفظ من لا يستقلّ بنفسه وتربيته حتى يستقل بنفسه"⁽²⁾، وهي التعريفات التي تدور في مجملها حول رعاية الطفل منذ ولادته في أموره المعيشية اليومية وفي تربيته وتوجيهه.

وفي نظر القانون الحضانة هي: "امسك الولد وتربيته منذ أوّل وجوده سواء كان ذلك للأم أو غيرها ممّن يقوم مقامها"⁽³⁾، وقد نظم المشرّع الجزائري أحكامها في الباب الثاني من قانون الأسرة المتعلّق بالخلال الزواج، كأثر من الآثار المترتبة على الطلاق، وعرّفها في المادة 62 بأنها: "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحّة وخلقا"، ما يوافق النظرة الشرعية على اعتبار أن الحضانة تتعلّق بحفظ القاصر وصيانته ماديا ومعنويا من كل ما قد يضرّه، كما تتضمّن تربيته وفقا لدين أبيه، وعليه أمكن القول أن الحضانة حق للولد والوالد.

(1) مجموعة من المؤلفين-المعجم الوسيط مادة حَضِن ص 182، محمد الرازي-مختار الصّحاح، مكتبة لبنان طبعة 1986 ص 60.
(2) الجرجاني-معجم التعريفات ص 87، الخرشبي-شرح مختصر خليل 207/4، الشريبي-مغني المحتاج 592/3، البحيري-البحيري على الخطيب 475/4، المرادوي-الانصاف 416/9، وانظر محمد البركي-التعريفات الفقهية ص 75.
(3) نبيل صقر-قانون الأسرة ص 244.

وتستمر الحضانة قانوناً إلى سنّ عشر سنوات للذكر وإلى بلوغ سنّ الزواج للأُنثى⁽¹⁾، وتنتهي حضانة الطفل بسبب استغنائه عن خدمة النساء وحاجته إلى الأخذ بأخلاق الرجال وسماتهم ولأخذ العلم والمعرفة والأدب، والأب أقدر في ذلك من الأم، أما البنت فبعد الاستغناء عن الخدمة تحتاج إلى تعلم آداب النساء والعمل في المنزل والتدريب على مهمتها كأم مستقبلية، والنساء في ذلك أقدر ولهذا كان الأفضل بقاء البنت مع الحاضنة⁽²⁾، غير أن المالكية يرون أن الأب أحقّ برعاية البنت بعد انتهاء حضانتها لأنه أحرص على حفظها من الفساد ولأنها تخطب منه وليس من الأم وهو أحرص على تزويجها من الكفاء لها.

مع الإشارة إلى أنه يمكن للقاضي وفق المادة 65 ق أ، أن يمدّد حضانة القاصر إلى 16 سنة إذا رأى في ذلك مصلحةً للطفل ولم تُعدّ أمّه الزواج، ويجب أن يُراعي الحكم بانتهاء الحضانة في جميع الأحوال مصلحة القاصر.

ثانياً- الطبيعة القانونية لحق الحضانة:

مذهب المشرّع الجزائري في هذه المسألة أن الحضانة حقّ للحاضن يجوز له اسقاطها متى شاء⁽³⁾، ونص في المادة 66 ق أ على إمكانية التنازل عن هذا الحق حتى بالنسبة للأم وهي الأولى بحضانة الولد، دون أن يشترط تبرير التنازل أو يحصره في حالات محدّدة⁽⁴⁾، غير أنه جعل الأمر منوطاً بتقدير القاضي لمصلحة المحضون.

⁽¹⁾ المادة 65 ق أ، تنتهي الحضانة بقوة القانون ببلوغ السن المحددة دون حاجة إلى حكم قضائي، القرار 347914 المؤرخ في 04-01-2006 مجلة المحكمة العليا 2006 عدد 1 ص 449، غير أن القرار 599850 المؤرخ في 10-02-2011 قرر أن الحضانة لا تنتهي إلا بموجب حكم قضائي وأن التمديد للذكر بعد 10 سنوات لا يحتاج لحكم قضائي وهو ما يتناقض مع نص المادة 65 ق أ، أنظر مجلة المحكمة العليا 2012 عدد 1 ص 281.

⁽²⁾ نيبيل صقر- قانون الأسرة ص 252.

⁽³⁾ لا يمكن للأم أن تنازل عن الحضانة إذا كان تنازلها لا يخدم مصلحة القاصر وعليه أمكن إجبارها على الحضانة، أنظر القرار رقم 189243 المؤرخ في 21-04-1998 مجلة الاجتهاد القضائي 2001 عدد خاص ص 175.

⁽⁴⁾ اعتبرت المحكمة العليا أنه لا يمكن للأم التي تنازلت عن حقّها في الحضانة باختيارها الحر أن تسترجعه بمجرد طلب ذلك، وأن ذلك يُخالف القواعد الفقهية والقانونية، أنظر القرار 53340 المؤرخ في 27-03-1989 المجلة القضائية 1990 عدد 3 ص 85، وانظر القرار 26545 المؤرخ في 25-01-1982 نشرة القضاة 1982 عدد خاص ص 243، كما اعتبرت أن تسليم الأم طفلها المحضون إلى الأب بشكل مؤقت يعدّ تنازلاً إذا لم تطالب به في فترة وجيزة ويسقط حقّها تماماً في الحضانة، أنظر القرار 134951 المؤرخ في 12-05-1996 المجلة القضائية 1997 عدد 2 ص 86.

وعند الفقهاء تكون الحضانة في مذهب المالكية حقا للحاضن فإذا أسقطها مستحقتها سقطت، وإذا سقطت حضانة الأم بالزواج بأجنبي لم ترجع لها بطلاقها منه، وعند الحنفية والحنبلة هي حق للصغير لأنه: "يحتاج إلى من يقوم بمنفعة بدنه في حضانتها"، ولا تُجبر الأم على الحضانة إلا إذا لم يقبل الطفل ثدي غيرها أو كان الولد وأبوه مُعسرين، فإذا أسقطت حقها انتقلت الحضانة لغيرها فإذا رجعت الأم رجع حقها⁽¹⁾.

والحقيقة أن الحضانة تتعلق بما ثلاثة حقوق، أولها حق الحضانة وثانيها حق المحضون وثالثها حق الحاضن، والأصح الجمع والتوفيق بين هذه الحقوق ومراعاتها كلها وإن تعذر ذلك توجب تقديم حق المحضون على غيره⁽²⁾.

و مع أن الحضانة تعدّ حقا للأبوين، فالأصل في تشريعها بداية يرجع لكونها حقا للطفل في الرعاية والعناية في سنوات عمره الأولى، وعليه كان من الواجب حظر إمكانية تنازل الأم عن الحضانة إلا في حالات خاصة أو في حالات العجز، دون الاتاحة المطلقة بما قد يشجع بعض الأمهات على التخلي عن مسؤوليات رعاية أولادهن.

كما أن التنازل عن الحضانة بلا مبرر قد يؤدي إلى انعدام من يعتني بالولد فيجد نفسه بدون رعاية، ويصبح فريسة للتشرد أو يقع في أيدي غير أمينة أو يوضع في أحسن الحالات في دور رعاية الأطفال، وهو الأمر الذي تتضاعف مخاطره وآثاره على الطفل، لأن التجربة أثبتت أن الوسط العائلي لا يمكن تعويضه بمؤسسات الرعاية مهما بلغت درجة العناية المبذولة في ذلك.

وقد تصدّى الاجتهاد القضائي لمثل هذه الحالة، حين اشترط لقبول تنازل الأم الاختياري عن الحضانة ضرورة وجود حاضن كفاء غيرها يقبل حضانة الطفل⁽³⁾، فإذا كان التنازل لا يخدم

⁽¹⁾ الحارثي-شرح مختصر خليل 213/4 وما بعدها، وانظر في المسألة: النسفي-البحر الرائق 280/4 إلى 289، ابن قدامة-المغني شرح مختصر الحرقى 413/11.

⁽²⁾ انظر مقال الأستاذ كمال لدرع: حماية حقوق الطفل ص 56.

⁽³⁾ القرار 581222 المؤرخ في 14-10-2010 مجلة المحكمة العليا 2011 عدد 1 ص 248، وانظر القرار 51894 المؤرخ في 19-12-1988، المجلة القضائية 1990 عدد 4 ص 70، والقرار 54353 المؤرخ في 03-07-1989 المجلة القضائية 1992 عدد 1 ص 45، حيث رفض تنازل الأم عن حضانة البنت المريضة.

مصلحة المحضون يتم رفضه، وحتى إذا تنازلت الأم لصالح الأب الذي ثبت عدم صلاحيته للحضانة، فتسند إليها رغم ذلك لأنه ما تقتضيه مصلحة الطفل.

لكن الملاحظ تذبذب اجتهاد المحكمة العليا في مسألة التنازل عن الحضانة، فتارة يعتبر التنازل نهائياً لا يمكن الرجوع عنه، وتارة يُتيح للأم المتنازلة إمكانية استرجاع حقها بدعوى خدمة مصلحة المحضون، كما ذهب إليه القرار 235456 الذي اعتبر أن تنازل الأم عن حضانة أولادها لا يعد نهائياً⁽¹⁾، مبرراً ذلك بأن الحضانة من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وهي ما يمكن الرجوع فيه اعتباراً لمصلحة المحضون.

وذهب بعض رجال القانون إلى أن الحضانة باعتبارها ضرباً من ضروب الولاية فهي حق للصغير والأم معاً⁽²⁾، فإذا أسقطت حقها بقي حقه في العناية والرعاية والقيام بشؤونها كلها، وهو واجب الأم لأنها الأقدر على ذلك من الأب، وحق الطفل في الحضانة أقوى من حق الأم، ونفس الأمر عندما يتعلق الأمر بالأب بالنسبة للصغير بعد تجاوز سن الحضانة، ويرى آخرون أن الحضانة فيها حقوق ثلاثة، وهي حق الحاضن والمحضون والأب أو من يقوم مقامه⁽³⁾، فإذا أمكن الجمع بين هذه الحقوق جميعها كان أفضل، وإذا تعارضت فإن حق المحضون يقدّم على بقية الحقوق، لأن الأساس في الحضانة مصلحة الصغير فيقدم على غيره عند الاقتضاء، وعليه تجب الحاضنة على الحضانة إذا وجبت عليها بأن لم يوجد غيرها أو وجد غيرها ورفض، أما إذا لم تثبت عليها فلا تجبر، وحتى لو خالعت الأم زوجها على أن تترك له الولد فإن الخلع صحيح مع أنه لا يسقط حق الأم في الحضانة إذا كان في ذلك ضرر للصغير، كما لا يجوز للأب أن ينزع الطفل من حاضنته إلا لمبرر معتبر شرعاً، وفي حالة رضاع الصغير من غير الحاضنة تجب ارضاعه لدى حاضنته.

⁽¹⁾المؤرخ في 22-02-2000 المجلة القضائية 2001 عدد 1 ص 280، وانظر القرار 201336 الذي اعتبر أن زواج الأم من غير محرم يدخل في إطار الأسباب غير الاختيارية طبقاً للمادة 71 ق أ، وأنه يحق لها بعد الطلاق أن تسترجع حق الحضانة، مجلة الاجتهاد القضائي 2001 عدد خاص ص 178.

⁽²⁾نبيل صقر- قانون الأسرة نصاً وفقها وتطبيقاً ص 244.

⁽³⁾أحمد نصر جندي- شرح قانون الأسرة الجزائري ص 151.

وكان من الأفضل ترتيب الأولوية في حق الحضانة، من الطفل بداية ثم الحاضن ثانياً، فيقدم حق المحضون في الرعاية والتربية وفقاً لما يخدم مصلحته، لأنه يتعلّق بحماية نفسه ودينه وعرضه ومستقبله، على حق الحاضن الذي لا يتجاوز كونه حقاً أدبياً أو قانونياً، لا يترتب على الحرمان منه في كامل الأحوال آثار تضاهي تلك الناتجة عن حرمان الطفل من الحضانة.

البند الثاني: أصحاب حق الحضانة وواجباتهم

أولاً- ترتيب الأولوية في استحقاق حضانة القاصر:

أ- في إطار الفقه الإسلامي:

أجمع الفقهاء على أن الأم هي الأولى في ترتيب مستحقي الحضانة على الولد، لما لها من عطف ورفق وشفقة على الطفل لا يوازها فيه أحد⁽¹⁾.

ويجعل المالكية الحضانة للأم عند الذكر حتى البلوغ على المشهور وعند الأنثى حتى دخول زوجها بها، وتثبت بعدها لأم الأمّ لأن عاطفتها على ولد بنتها كعاطفة أمّه عليه، ذلك أن المعيار في تقديم الحاضن واستحقاقه هي عاطفة الرحمة أو ما يعبر عنه الفقهاء بوفور الشفقة على الولد، والمشهور في المذهب أن القرابات من جهة الأم أقوى شفقة على الطفل من القرابات من جهة الأب⁽²⁾.

وبعدها الخالة ثم الجدّة لأب، ثم الأب، ثم الأخت، ثم العمّة ثم ابنة الأخ أو الأخت ثم للأفضل بالقرابة، وقيل للوصّي قبل العصبية من الإناث والذكور، وفي جميع مراتب الحضانة يقدم الشقيق على الذي للأمّ وعلى الذي لأب وفقاً لنفس الترتيب، فإن لم يكن الأول مستحقاً للحضانة أو سقطت حضانته أو لم يوجد، انتقل حق الحضانة لمن بعده ترتيباً، ولا يخرج الخنثى

⁽¹⁾ لما روي أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم أبوه أنه ينزعه مني، فقال ﷺ: {أنت أحقّ به}، رواه أبو داود، كتاب الطلاق باب من أحق بالولد الحديث رقم الحديث 2276، أنظر أبو داود -السنن 588/3، وانظر أحمد بن حنبل-المسند، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى 2001، 311/11، وأنظر في المسألة النسفي-البحر الرائق 282/4.

⁽²⁾ يقول ابن عرفة أن الحضانة: "تفتقر إلى وفور الصبر على الأطفال في كثرة البكاء والتضجر من الهيئات العارضة للصبيان ومزيد الشفقة والرفقة الباعثة على الرفق بالمحضون، فلذلك فرضت للنساء لأن علو همة الرجال تمنعهم من الانسلاخ في أطوار الصبيان"، أنظر عبد الله الخرشني-الخرشي على مختصر خليل 210/4، وانظر القراني-الذخيرة 246/4.

المشكل عن الحضانة ما دام مُشكلاً، ويكفّ الأب بنفقة الولد وكل ما يحتاجه عند حاضنه مهما كان، وفي المدونة تكون أجرة مسكن الحاضن على الأب وعند سحنون على الحاضن وأب المحضون يتقاسمها⁽¹⁾.

وتستحقّ الأم الحضانة عند الحنفية قبل وبعد الفرقة، ثم أمّ الأم، ثم أمّ الأب، ثم الأخت الشقيقة، ثم لأم ثم لأب، ثم الخالات كذلك ثم العمّات كذلك، ويحلّ بعد النساء المذكورات آنفا العصبّات من الرجال، فيقدّم الأب ثم أب الأب وإن علا، ثم الأخ الشقيق ثم لأب، ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب وإن سفلوا، ثم العمّ الشقيق ثم العمّ لأب، ثم ابن العمّ لأب وأم، غير أنه لا تدفع لأبناء العمومة الصغيرة لأنهم غير محرمين لها، ولا تدفع للأم غير المأمونة وللعصبة الفاسقين⁽²⁾.

وتمتدّ حضانة الأم والجدّة عند الحنفية إلى غاية سبع سنوات، فإذا استغنى الولد عمّن يحضنه احتاج إلى التأديب والتخلّق بأخلاق الرجال والأب أقدر على ذلك، لأنه بعد سبع سنوات يهتدي إلى طريقة الأكل والشرب واللبس والاستنجا لوجهه دون حضانة النساء، أما الصغيرة فالأم والجدّة أحقّ بها إلى أن تحيض، لأنها بعد الاستغناء تحتاج إلى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك أقدر، وبعد البلوغ تحتاج إلى التحصين والحفظ والأب أفضل وأقدر على ذلك، وبعد انتهاء مدة الحضانة لا يثبت الحنفية حق الاختيار للولد ذكراً أو أنثى، على اعتبار أن الطفل سيختار حسبهم بعاطفته من يوقّر له الراحة واللعب، واستدلّوا في ذلك بما صحّح عن الصحابة رضي الله عنهم أنهم لم يُخيروا، وعليه إذا بلغ الطفل السنّ الذي يُنزع من الأم يأخذه الأب دون اختيار منه⁽³⁾.

ويُثبت الشافعية الحضانة للأم بداية ولا يقدر عليها غيرها في طلاق أو فسخ أو حتى لعان، لأنها تتوقّر حسبهم على أوجه التقديم الثلاثة وهي الولادة والوراثة والقربة، ولا تُجبر على الحضانة إذا تنازلت عنها، ثم بعدها تثبت لأُمَّهاتها الوارثات لها الأقرب فالأقرب، ثم أمّهات الأب الوارثات، ثم الأخت ثم الخالة ثم بنت الأخ والأخت ثم العمّة، وتقدّم الأخت الشقيقة على الأخت من أحد

⁽¹⁾ ابن جزئي-القوانين الفقهية ص 366-367، الحرشي-الحرشي على مختصر خليل 206/4 إلى 218، القرابي-الذخيرة 246/4.

⁽²⁾ النسفي-البحر الرائق 279/4-286.

⁽³⁾ النسفي-المرجع نفسه 287/4 إلى 292.

الأبوين والأصح تقديم الأخت لأب على الأخت لأم، كما تقدّم الخالة والعمّة لأب على الخالة والعمّة لأم، وتثبت لكل ذكر محرم وارث على ترتيب الإرث، وكذا غير محرم كابن العم على الصحيح مع استثناء تسليمه الفتاة المشتهاة⁽¹⁾.

وتتمد الحضانة عندهم إلى سنّ التمييز وتقدّر بسبع أو ثمان سنين، أو باستقلال الولد بالأكل والشرب والاستنجااء لوحده ومن بعد التمييز تصبح كفالة، ويُخَيَّر المميّز الذي افترق أبواه بينهما⁽²⁾، مستدّلين بما ثبت عن رسول الله ﷺ أنه خيرّ غلاما بين أبويه⁽³⁾.

فيما يستدلّ الحنابلة في ترتيب الأم كأولى الناس بحضانة الطفل بأنها الأقرب إليه ولأنها ترعى الطفل بنفسها، في حين يحضن الأب بغيره بحيث يوكل رعاية الطفل لزوجته أو أمه، مستشهدين بحديث المرأة التي قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وإن أباه يريد أن ينتزعه مني، قال: {لا، أنت أحقّ به ما لم تتزوجي}⁽⁴⁾، وبعد الأم تحلّ عندهم أم الأب على المشهور، ثم الأخت لأب وبعدها لأم، ثم الخالة ثم خالة الأب ثم خالة الأم لأن قرابة الأب تقدّم على قرابة الأم، كما يعود الولد إلى أمه التي تزوجت إذا طلّقت، وكذا كل مستحقّ للحضانة منعه مانع كالصّغر أو الجنون أو الفسق، يعود له حق الحضانة بزوال المانع⁽⁵⁾.

(1) البجيرمي على الخطيب 475/4-476، الشريبي-مغني المحتاج 592/3 إلى 294.

(2) وذكروا في هذا الشأن أنه إن اختارها معا يُقرع بينهما "لأنه لا يمكن اجتماعهما ولا مزية لأحد على الآخر"، وكذا يُقرع إذا لم يختار بينهما، وإن اختار أحدهما وكان ابنا فاختار الأم، كان عندها بالليل ويأخذها الأب بالنهار (ويسلمه إلى مكتب أو صنعة لينال حظ الولد)، وإن اختار الأب كان عنده بالليل والنهار ولا يمنعه من زيارة أمه لكي لا يغيره بالعقوق وقطع الرحم، وإن كانت فتاة واختارت أحدهما كانت عنده بالليل والنهار ولا يمنعه الآخر من زيارتها من غير إطالة، وإن مرضت الفتاة أو الابن كانت الأم أحق بتمريضهما في بيتها لأن بالمرض صار الابن أو البنت كالصغير الذي يحتاج من يقوم بأمره والأم أحق بذلك، وإن مرض أحد الأبوين والولد عند الآخر لا يمنعه من زيارته وحضوره عند موته، وإن اختار أحدهما فسلم إليه ثم اختار الآخر حوّل إليه، وإن عاد فاختار الأول أعيد إليه، (فيتبع الطفل فيما يشتهي من المقام عند هذا أو ذلك كما يتبع ما يشتهي في المأكّل والمشرب) أنظر الشيرازي-المهذب في فقه الشافعي 168/3.

(3) رواه الترمذي-كتاب الأحكام باب ما جاء في تخيير الغلام بين أبويه إذا افترقا، الحديث رقم 1357، انظر الترمذي-جامع الترمذي، كتاب الأحكام باب ما جاء في تخيير الغلام بين أبويه إذا افترقا، ص 237، ورواه البيهقي-كتاب النفقات باب الأبوين إذا افترقا وهما في قرية واحدة الحديث 15757، البيهقي-السنن الكبرى 8/4.

(4) رواه الدارقطني في سننه-كتاب النكاح باب المهر الحديث رقم 3752، 233/3.

(5) الزركشي-شرح الزركشي على مختصر الخرقى 525/3-530، ابن قدامة-المغني شرح مختصر الخرقى 414/11-428.

ويُخَيَّرَ الطفل على المشهور في المذهب بين أبويه بعد سبع سنين ولأنه اجماع الصحابة كما قال صاحب المغني⁽¹⁾، وسنّ الاختيار عندهم سبع سنوات لأنه أول سنّ أمر فيها رسول الله عليه الصلاة والسلام بمخاطبة الأطفال بأمرهم بالصلاة، ولأن الأم قُدِّمت في الصغر بسبب حاجة الطفل إلى الرعاية فلما كبر الطفل واستغنى أصبحت هي والأب سواء فيرجح الاختيار، وإذا بلغت البنت سبع سنوات فالأب أحقّ بها لأنه يقوم بحفظها ولأنه أحرص عليها في الزواج ولأنها تخطب منه لا من أمّها.

ب- في إطار القانون:

الأم أولى بحضانة ولدها من غيرها، ولا ينافسها في ذلك أحد إلا إذا ثبت عدم صلاحيتها، ثم الأب بعدها مباشرة⁽²⁾، ثم الجدّة لأم ثم الجدّة لأب ثم الخالة ثم العمّة، ثم الأقارب الأقرب درجة للطفل المحضون، مع تأكيد المشرّع على معيار المصلحة في اسناد الحضانة من عدمها، فأينما كانت مصلحة الطفل أقر القاضي الحضانة وفقا لذلك، وأينما انتفت أسقطها.

ولا يُلزم القاضي باتباع الترتيب المذكور في المادة 64 ق أ، حيث باستطاعته تعيين الحاضن الذي يستجيب لمعيار مصلحة القاصر مهما كان ترتيبه⁽³⁾، غير أنه حتى عند عدم صلاحية أحد

(1) مستدلين بما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ خيّر غلاما بين أبيه وأمه-سبق تخرجه في الصفحة 66، واستدلوا أيضا بما روي أن عمرا خيّر غلاما بين أبيه وأمه وعن عليّ مثله، رواه البيهقي في كتاب النفقات باب الأبوين إذا افترقا وهما في قرية واحدة، الحديث رقم 15761، البيهقي-السنن الكبرى 8/6، وغيرها تدلّ على اجماع الصحابة، ولأن الحضانة تكون لمن هو أشفق على الولد وعلى اعتبار أنه بلغ حدّا يعرب عن نفسه ويميّز بين الاكرام وضدّه، فميوله إلى أحد الأبوين دليل على أنه أرفق به وأشفق عليه، وإذا اختار الطفل أحدهما يسلم إليه، ثم اختار الآخر ردّ إليه فإن عاد واختار الأول أعيد إليه، وكلما اختار أحدهما يسلم إليه "لأنه اختيار شهوة لحظ نفسه فأتبع ما يشتهي كما يتبع ما يشتهي من أكل وشرب"، وإن لم يختار بينهما أو اختارهما معا يُقرع بينهما، فإن غاب الأب وحضر أحد عصيته كالأخ والعم وابن العم، قام مقام الأب ويخَيَّرَ الغلام بين أمّه وعصيته لأن عليّا رضي الله عنه خيّر عمارة الجرمي بين أمّه وعمّه، ولأنه عصيته فأشبهه الأب، وكذا إن غابت الأم أو كانت معدومة وسلم إلى الجدّة، فإنه يخَيَّرَ بين الجدّة وبين الأب أو من يقوم مقامه من العصبات، انظر في المسألة: ابن قدامة-المغني شرح مختصر الخرقي 415/11 إلى 417.

(2) وكانت المادة 64 قبل التعديل الذي مسّ المادة 64 من قانون الأسرة سنة 2005، توافق في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة المذهب المالكي إلى حد كبير، حيث جعلت حق الحضانة بعد الأم لأمتها، ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب.

(3) لحسين آث ملويا-قانون الأسرة نضا وشرحا، دار الهدى طبعة 2013 ص 77، وانظر القرار 613469 المؤرخ في 10-03-2011 مجلة المحكمة العليا 2012 عدد 1 ص 285، والقرار 256629 المؤرخ في 12-02-2001 مجلة القضائية 2002 عدد 2 ص 421.

مستحقّي الحضانة واسقاطه فإن القاضي ملزم بتعيين من يليه في الترتيب إذا كان مستوفيا للشروط، وإذا لم يحترم الترتيب كان مخالفا لنص قانوني صريح ويكون في قراره قصورا في التسبيب.

وقرّر اجتهاد المحكمة العليا⁽¹⁾، أن حالة المستحقّ لحضانة الطفل تعتبر قبل ترتيب استحقاقه لها، وهو ما يظهر مثلا من خلال اثبات الحضانة للأب رغم أن الأم لم تتنازل عن حقّها في الحضانة، وذلك تبعا لظروف الأم والأب التي يثبتها تقرير المصالح الاجتماعية الذي يعتمد عليه القاضي في اثبات حق الحضانة، كما يلجأ القاضي عادة إلى شهادة الشهود أو تقارير المصالح الاجتماعية لمساعدته في اتخاذ قرار اثبات الحضانة إذا تنازع الحق طرفان أو أكثر بناءً على مصلحة المحضون⁽²⁾.

وتنتهي حضانة الطفل الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى بالبلوغ حسب المادة 65 ق أ، ولم يحدّد القانون من يؤول إليه رعاية الولد بعد انتهاء حضنته، ولم يذكر إذا كانت تنتقل للأب مثلا بعد الأم أو أنه يتم اعتماد طريقة تختيار الطفل بين أبويه أو بقية الأقارب ممن يستحقّون الحضانة كما تنص عليه متون الفقه الاسلامي، وهو ما يحتمّ على القضاة الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في هذه الحالة. وقد رأينا أن الفقهاء اتفقوا على تقديم الأم على غيرها في حضانة الولد ولأمهاتها من بعدها، حيث يقدمون القرابات من جهة الأمومة على القرابات من جهة الأبوة باستثناء الحنابلة الذمّ يقدمون قرابات الأب، كما يُقرّ الشافعية والحنابلة حق الاختيار للولد المميّز بعد انتهاء فترة الحضانة، فيما لا يُثبت الحنفية حق الخيار وقالوا أن الطفل بفطرته سيختار من يمنحه اللعب واللهو فيأخذه الأب مباشرة بعد ذلك، فيما ذهب قانون الأسرة إلى اثبات الحضانة للأب بعد الأم مباشرة بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005، بعدما كان نص المادة 64 ق أ موافقا لترتيب المالكية في استحقاق الحضانة.

⁽¹⁾القرار رقم 153640 المؤرخ في 18-02-1997 المجلة القضائية 1997 عدد1 ص 39.

⁽²⁾القرار رقم 330566 المؤرخ في 18-05-2005 مجلة المحكمة العليا 2005 عدد 1 ص 301، والقرار رقم 179471 المؤرخ في 17-03-1998 مجلة الاجتهاد القضائي 2001 عدد خاص ص 172، والقرار 245123 المؤرخ في 18-07-2000 المجلة القضائية 2004 العدد 1 ص 247.

ثانياً- شروط الحاضن:

أ- شروط الحاضن في الفقه الإسلامي:

يشترط المالكية العقل فلا تصح الحضانة لمجنون ولو مجنون غير مطبق، أو لمن به طيش، وتشترط الكفاية وهي القدرة على رعاية أمور الطفل، فلا تصح الحضانة لمن تجاوز عمر الستين مثلاً، وصيانة مال الطفل ونفسه سيما البنت مما قد يُفسد الأخلاق والتربية، والأمانة فلا يكون الحاضن أباً أو أمّاً لا يؤتمن على الولد أو البنت، والسلامة وهي الصّحة الجسدية والخلوّ من الأمراض الخطيرة كالجذام وغيره لخوف الاضرار بالمحضون، في حين لا يشترط الإسلام بل يصح أن يكون الحاضن أو الحاضنة من الكفار⁽¹⁾، ويشترط في الحاضن الذّكر أن يكون له أهل يتولّون المحضون، ويُشترط للمحضونة الأنثى أن يكون الحاضن محرماً لها، وللحاضنة أن تخلو من زوج دخل بها، وتسقط حضانة الأم التي تزوّجت أجنبياً فإذا طُلقت أو مات زوجها لا تعود لها⁽²⁾.

وشروط الحاضنة عند الحنفية أن تكون حرة بالغة عاقلة أمينة قادرة وخالية من الزوج، ونفس الشروط للحاضن ما عدا الشرط الأخير، كما تثبت الحضانة عندهم للأُم النسبية ولو كافرة أو مجوسية لأن الرحمة والشفقة على الصغير لا تختلف باختلاف الدين، ولأن الحضانة مبنية على العاطفة والأُم أكثر رحمة وعطفاً، وذلك إلى أن يبلغ الطفل مبلغاً يتيح له معرفة الأديان فيُنزع منها لاحتمال تأثره بدينها، فيما لا تنال حق الحضانة في كل الأحوال المرتدة والفاجرة فجوراً يُضَيِّع

⁽¹⁾ وهو ما أخذ به اجتهاد المحكمة العليا من خلال القرار 52221 المؤرخ في 13-03-1989 الذي أثبت الحضانة للأُم ولو كافرة إلا إذا خيف على دين الولد، في حين أنه يعتبر سعي الأم إلى تغيير دين الأولاد المحضونين من الأسباب المسقطه لحضانتها لأن من واجب الحاضن تربية الأولاد على دين أبيهم، أنظر القرار رقم 19287 المؤرخ في 16-04-1979 نشرة القضاة 1981 عدد 2 ص 108، ولا يعتبر اكتساب جنسية أجنبية بالنسبة للحاضن سبباً في اسقاط حضانتها مادامت لم ترتد عن الدين الإسلامي، أنظر القرار 457038 المؤرخ في 10-09-2008 مجلة المحكمة العليا 2008 عدد 2 ص 313،

⁽²⁾ عبد الله الخرشبي-الخرشي على مختصر خليل 213/4-217، ابن جزيء-القوانين الفقهية ص 367، ابن رشد القرطبي-بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة الطبعة السادسة 1982، 57-56/2، وأورد المالكية بعض الحالات لا تسقط فيها حضانة الأم التي تزوّجت أجنبياً، منها أن تكون وصية على الطفل أو ألا يقبل الرضيع غيرها وإن كانت ذا زوج أرفق به من الأجنبية أو كان من تولّو اليه الحضانة بعدها غير مأمون أو عاجز عن الحضانة أو غيرها من الأعذار، أو لا يكون للولد من يحضنه بعدها فيترك مع أمه، وإذا طُلقت أو مات زوجها لا تعود لها الحضانة، أنظر الخرشبي على مختصر خليل 214/4 وما بعدها.

الولد، كما يشترط فيها أن لا ترفض تربية الولد مجاناً في حال اعسار أبيه، وأن لا تكون متزوجة ممن هو غير محرم للصغير لقوله ﷺ: {أنت أحقّ به ما لم تتزوجي} (1)، كما لا يجوز أن تسافر الحاضنة بالولد خارج البلاد الذي تزوجها فيه أبوه، أمّا الأب فليس له أن يخرج الولد من بلد أمّه إذا كان لها حق الحضانة، فإذا أخرجها بغير إذنها أعاده إليها وإذا كان بإذنها تزوره حيث انتقل (2).

ولا تصحّ الحضانة عند الشافعية إلا بتوقّر العقل والحرية والدين، فلا حضانة لكافر على مسلم عندهم لأنهم يعتبرونها من قبيل الولاية عكس المالكية والأحناف، كما تشترط عندهم العفة وهي الامتناع عن الحرام والأمانة وهما تجتمعان فيما يصطلح عليه بالعدالة، للخشية على الطفل من الفاسق الذي ينشأ في كنفه وعلى طريقته، يضاف إلى ذلك شرط الإقامة في بلد المحضون والخلو من زوج غير محرم للحاضنة، كما يشترطون أن تكون الحاضنة مرضعة للطفل وإلا سقطت عنها على الأصحّ في مذهبهم (3).

وتتلخّص شروط الحاضن عند الحنابلة في الحرية والبلوغ والعدالة الظاهرة، فلا تثبت للمعتوه أو الطفل لانعدام القدرة عليها، أو للفاسق لعدم الثقة في آدائه واجب الحضانة لأن الطفل ينشأ على طريقته، ولا لكافر لأنه يتعلّم منه الكفر ويؤيّنه له كما قالوا، وإذا سقطت حضانة الأم بزواجها ثم طلّقت رجع لها حق الحضانة ولو كان الطلاق رجعيًا، وكل مستحقّ للحضانة منعه مانع كالصّغر أو الجنون أو الفسق تعود له الحضانة بزوال المانع، لأنها سببها قائم ومنعها المانع فتعود بزواله، كما يشترطون أن يقيم الحاضن في بلد المحضون وإلا يسقط حقّه وتنتقل لمن بعده (4).

وعليه فقد اتفق الفقهاء عموماً على اشتراط القدرة والأمانة والعقل في الحاضن، وكذا الإقامة في نفس بلد المحضون، بالإضافة إلى الاسلام باستثناء الحنفية والمالكية الذين أجازوا للكافر حضانة الطفل.

(1) رواه الدارقطني في سننه، كتاب النكاح باب المهر، الحديث رقم 3752، 233/3.

(2) ابن عابدين-رد المختار على الدر المختار 253/5-258، النسفي-البحر الرائق 286/4 إلى 292.

(3) البجيرمي-البجيرمي على الخطيب 484/4 إلى 488، الشيرازي-المهذب في فقه الشافعي 164/3.

(4) الزركشي-شرح الزركشي 526/3-527، ابن قدامة-المغني شرح مختصر الحرقي 415/11-418-428، المرادوي-الانصاف 427/9.

ب- شروط الحاضن في القانون:

نستخلص تلك الشروط من المادة 62 ق أ، وهي بداية القدرة على رعاية الطفل من ناحية المأكل والمشرب والسكن وكل ما يحتاجه، فضلا عن بذل الجهد لتعليمه بالسعي لمتابعة مساره الدراسي سيما مرحلة التعليم الأساسي، وكذا تربيته وفقا لدين أبيه وحماية أخلاقه من كل ما قد يهددها في هذه السن التي يتأثر فيها الطفل بكل ما حوله ويقتدي به⁽¹⁾، زيادة على المحافظة على صحّة المحضون من كل مرض أو عدوى عن طريق الوقاية باتباع برنامج التلقيحات، ورغم أن كل هذه المتطلبات تستوجب جهدا وتفريغا، إلا أن المشرع لم يعتبر عمل المرأة عائقا في آدائها لواجبات الحضانة، فأشار في المادة 67 ق أ إلى أن العمل لا يعدّ سببا في اسقاط حضانتها إلا إذا مسّ بمصلحة المحضون⁽²⁾.

وذلك رغم أن أصل حقّ الأم في الحضانة وتقديمها على الأب عند الفقهاء هو تفريغها للحضانة وممارستها بنفسها، في حين يمارس الأب الحضانة بالاستعانة بغيره كزوجته أو أمه أو غيرها، إذ تستوي المرأة العاملة معه في هذه الحالة حيث يضطرها العمل إلى الاستعانة بغيرها، فإذا تساويا في ممارسة الحضانة بمن ينوب عنهما، فإن ذلك بلا شكّ يجعلهما في ذات المرتبة من حيث استحقاق الحضانة على الطفل، وتبقى السلطة التقديرية للقاضي هي الفيصل في تحديد الأولى باستحقاق الحضانة بناء على مصلحة المحضون.

وفي هذا السياق، كانت المحكمة العليا قد قرّرت أن عمل المرأة طوال اليوم يجعلها بعيدة عن الأولاد ولا يُمكنّها من القيام بواجب الرعاية والاهتمام بهم لأنها بعيدة عنهم الشطر الأكبر من

⁽¹⁾ يسقط حق الأم التي ثبتت ممارستها الزنا قضاءً في حضانة أبنائها حسب القرار 171684 المؤرخ في 30-09-1997 المجلة القضائية عدد خاص ص 169، ولا يكفي محض مصالح الأمن كدليل على عدم صلاحية الأم لممارسة الحضانة حسب القرار 245123 المؤرخ في 18-07-2000 المجلة القضائية العدد 1 ص 247، غير أن المحكمة العليا تراحت عن هذا المبدأ وأقرت بإمكانية اسناد الحضانة لأم مدانة بجريمة الزنا "إذا كان ذلك يخدم مصلحة المحضونة"، بحجة أنها طفلة صغيرة ما زالت تحتاج لخدمة النساء، أنظر القرار 567787 المؤرخ في 15-07-2010 مجلة المحكمة العليا عدد 2 ص 262.

⁽²⁾ أنظر في هذه المسألة: القرار 295996 المؤرخ في 23-10-2002 نشرة القضاة عدد 5 ص 219، والقرار رقم 245165 المؤرخ في 18-07-2000 مجلة الاجتهاد القضائي 2001 عدد خاص ص 188، والقرار 274207 المؤرخ في 03-07-2002 المجلة القضائية 2004 عدد 1 ص 263.

اليوم، وعليه أسقط حقّها في الحضانة ومُنح للأب الذي أثبت توفير من يعتني بهم طوال النهار وهي جدّتهم أم أبيهم⁽¹⁾.

يضاف إلى ذلك أنه يشترط عدم زواج الأم بغير محرم حسب المادة 66 ق أ، وفي ذات السياق إذا كانت الجدة حاضنة أو الخالة فإنه يشترط أن لا تقيم مع الأم التي تزوجت بغير محرم حسب المادة 70 ق أ⁽²⁾، وهو ما يوافق أحكام الشريعة الإسلامية خوفاً على سلامة عرض الفتاة المحضونة، على أنه يعود الحق في الحضانة بزوال السبب المسقط لها وفق المادة 71 ق أ وهو في هذه الحال الزواج بغير محرم⁽³⁾، كما اشترط المشرع أن يقيم الحاضن في نفس بلد المحضون وإلا كان للقاضي إسقاط الحضانة إذا كان الأمر لا يخدم مصلحة المحضون وفق المادة 69 ق أ⁽⁴⁾، وقد اعتمدت المحكمة العليا مسافة ستة برود كحدّ أقصى بين مسكن الحاضن ومسكن الأب ليتسنى له ممارسة حقّه في الرقابة والزيارة⁽⁵⁾، كما يشترط قانوناً على صاحب الحق في الحضانة أن يطالب بها قضاءً في مدّة سنة من اكتسابها وإلا سقط حقّه حسب نص المادة 68 ق أ.

⁽¹⁾القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 29-05-1969 رقم القرار غير موجود، نشرة القضاة 1970 ص 50.

⁽²⁾القرار 331058 المؤرخ في 18-05-2005 مجلة المحكمة العليا 2005 عدد2 ص 383، وقد ذهب اجتهاد المحكمة العليا إلى رفض اسناد حضانة الأولاد للجدّة بعد إسقاط حضانة الأم وهي ابنتها لثبوت فساد أخلاقهما، ميّزاً ذلك بعدم الثقة في كليهما، أنظر القرار 31997 المؤرخ في 09-01-1984 المجلة القضائية 1989 عدد1 ص 73.

⁽³⁾زواج الأم بغير محرم يُعدّ مانعاً اختيارياً ولا تنطبق عليه أحكام المادة 71 ق أ، وبالتالي لا يعود حق الأم في الحضانة أبداً ولو تطلقت أو توفي عنها زوجها الأجنبي، أنظر القرار 58812 المؤرخ 05-02-1990 المجلة القضائية 1992 عدد 4 ص 58، في حين ذهب القرار 252308 المؤرخ في 21-11-2000 إلى أنه يجوز للأم المطالبة بحقّها في حضانة الطفل بعد طلاقها من قريب غير محرم، معتبراً أن ذلك يدخل في إطار زوال مانع الحضانة طبقاً للمادة 71 ق أ، المجلة القضائية 2001 عدد 2 ص 284.

⁽⁴⁾اعتبرت المحكمة العليا أن اسناد الحضانة للأم المقيمة خارج البلاد يعدّ مخالفاً للشرع والقانون على اعتبار أنهم سيكونون بعيدين عن رقابة الأب، وأن ذلك لا يخدم مصلحتهم ولا يستجيب إلى شرط التربية وفقاً للأب، كما لا يمكن للأب ممارسة حق الزيارة كل أسبوع، أنظر في القرار رقم 59013 المؤرخ في 19-02-1990 المجلة القضائية 1991 عدد 4 ص 117، والقرار 43594 المؤرخ في 22-09-1986 نشرة القضاة 1988 عدد 4 ص 175، والقرار 273526 المؤرخ في 26-12-2001 المجلة القضائية 2004 عدد 258، غير أنه لا تسقط الحضانة بسبب الإقامة في بلد أجنبي إذا كان الزوجان يقيمان هناك حسب القرار 282033 المؤرخ في 08-05-2002 مجلة المحكمة العليا 2004 عدد 2 ص 363، فيما تراجعت المحكمة العليا وأقرت في القرار 426431 المؤرخ في 12-03-2008 أن اسناد الحضانة للأم المقيمة في الخارج ممكن إذا كان يخدم مصلحة المحضونين، انظر مجلة المحكمة العليا 2008 عدد 1 ص 271.

⁽⁵⁾القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 18-10-1970 الرقم غير موجود، نشرة القضاة 1972 عدد 1 ص 67، والقرار رقم 26693 المؤرخ في 25-1-1982 نشرة القضاة عدد خاص ص 251.

وهي الشروط التي توافق إلى حد بعيد ما قال به الفقهاء سيما ما تعلق بالقدرة والأمانة، والمحرم بالنسبة للفتاة والإقامة في بلد المحضون.

ثالثاً- نفقة المحضون ورضاعه:

أ- نفقة المحضون في الفقه الاسلامي:

يُلزم الأب عند الملكية بنفقة الولد وكل ما يحتاجه عند حاضنه، وتكون أجرة مسكن الحاضن على الأب وعند سحنون على الحاضن وأب المحضون يتقاسمها، وتجب نفقة الولد الذكر حتى يبلغ عاقلاً قادراً على الكسب، فإذا كان له مال أو صنعة سقطت النفقة عن أبيه، أما الأنثى فتجب على أبيها حتى يدخل بها زوجها، كما يجب للحامل المطلقة طلاقاً بائناً النفقة والكسوة والمسكن، ولو أرضعت تُفرض لها أيضاً نفقة الارضاع مضافة إلى نفقة الحمل، وهو ما يلزم لها مما تتقوى به على الارضاع من الأكل، كما يجب للزوجة ما تحتاجه عند الولادة من النفقة المعتادة ولو كانت مطلقة، وفي المقابل تُلزم المرأة بإرضاع ابنها دون أجر خاصة إذا لم يقبل الرضاعة من غيرها، أمّا المطلقة فإنها تُرضع اجمالاً مقابل أجر إذا لم يقبل الطفل غيرها، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ سورة الطلاق الآية 6، وتُجبر ذات الزوج على ارضاع ولدها إلا أن تكون شريفة لا يُرضع مثلها، لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ سورة البقرة الآية 233، ولأنه عُرف فيلزمها شرعاً⁽¹⁾.

أما الحنفية فيوجبون نفقة الطفل على أبيه من طعام وكسوة وسكنى⁽²⁾، مستدلين بقوله تعالى: ﴿وَمَلَى الْمَوْلُودَ لَهُ مِنْ رِزْقِهِمْ وَمِنْ حَسْبِهِمْ﴾ سورة البقرة الآية 233، حيث أن

⁽¹⁾ عبد الله الخرخشي-الخرشي على مختصر خليل 184/4-185-193-194-218، ابن رشد-بداية المجتهد ونهاية المقتصد 56/2-57، القرابي-الذخيرة 271/4.

⁽²⁾ وتشمل النفقة شرعاً الطعام والكسوة والسكنى، وعرفا هي الطعام، ونفقة الغير تجب بأسباب ثلاثة هي الزوجية، والقرابة، والملك، انظر حاشية ابن عابدين 278 إلى 5/181، والأصل في مشروعيتها قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ﴾ سورة الطلاق الآية 7، وقوله تعالى: ﴿وَمَلَى الْمَوْلُودَ لَهُ مِنْ رِزْقِهِمْ وَمِنْ حَسْبِهِمْ﴾ سورة البقرة الآية 233، وقوله ﷺ في حجة الوداع: {وَلهن رزقهن وكسوتهن بالمعروف} وعليه الاجماع لأن النفقة جزاء احتباس المرأة لزوجها، النسفي-البحر الرائق 293/4.

إيجاب نفقة الزوجة في الآية إشارة إلى أنّ نفقة الأولاد تجب على الأب، سواء في ذلك الذكر والأنثى من الولادة إلى البلوغ، وسواء كان الأب غنياً أو فقيراً والصغير كذلك، فإن كان الأب والصغير غنيين فإن الأب ينفق على الطفل من ماله (الطفل)، وإلا ينفق الأب من ماله ولا يرجع بمطالبة ما أنفق إلا إذا طلب الإذن السابق من القاضي أو يكون قد أشهد أنه أنفق، وإن كان للصغير مال من عقار أو منقولات واحتاج النفقة كان للأب عند الحنفية أن يبيع ذلك كله وينفق عليه لأنه غني بتلك الأشياء، وإن كانا فقيرين فلقد أجازوا للأب أن يتكفّف الناس لينفق على صغاره كما قال الخصّاف، وفي قول تكون نفقتهم في بيت مال المسلمين إذا كان الأب عاجزاً عن الكسب وإلا اكتسب وأنفق أو يُجس، وذلك خروجاً على قاعدة عدم حبس الوالد وإن علا في دين ولده وإن سفل، إلا في النفقة لأن في الامتناع عنها ضياع النفس، أما إذا كان لامرأة أولاد صغار وغاب أبوهم ولم يترك نفقة، فثجّر الأم على الانفاق إن كان لها مال ثم ترجع على الزوج أو تستدين وترجع عليه⁽¹⁾.

وتستحقّ الحاضنة أجر الحضانة إذا لم تكن منكوحة أو معتّدة لأبيه، والمقصود في هذه الحالة أجر الرضاع والنفقة للولد، ويلزم الأب بتوفير السكن لحاضنة ولده إذا لم يكن لها سكن، كما تجب النفقة لمعتدة الطلاق الرجعي والبائن من نفقة وكسوة وسكنى بسبب احتباسها لصيانة الولد، فيما لا تجب النفقة على المعتّدة من وفاة زوجها أو التي ارتكبت معصية كالمتردّة، لأن احتباس معتّدة الوفاة يكون لحقّ الشرع وليس لحقّ الزوج فلا تجب نفقتها عليه، ولأن ماله صار لورثته فلا يمكن فرض النفقة في ماله⁽²⁾.

وفي المقابل لا تجبر الأمّ عند الحنفية على ارضاع الولد لأنهم يعتبرون الارضاع كالنفقة واجبا على الأب⁽³⁾، فلا تُجبر عليه قضاءً وتؤمر به دياناً، وذلك سواء لم يجد الأب من يُرضع الصغير أو

⁽¹⁾النسفي-البحر الرائق 4/335-340-341.

⁽²⁾ابن عابدين-رد المختار على الدر المختار 5/260 إلى 262، النسفي-البحر الرائق 4/337-339.

⁽³⁾الرضاع شرعاً هو: "مص ثدي آدمية ولو بكراً أو ميتة، ويلحق به الوجور والسعوط، في وقت مخصوص (حولان ونصف عنده وحولان عندهما وهو الأصح والمفتى به)" ابن عابدين-رد المختار على الدر المختار 391، 4/394، أو هو: "مص الرضيع من ثدي الأدمية في وقت مخصوص وحرم به وإن قل، لا فرق بين المص والوجور والسعوط"، ويجرم عند أبي حنيفة ما كان في ثلاثين شهراً لقوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ﴾

لم يقبل الرضاعة من غير أمه، غير أن الفتوى عند الحنفية بوجود اجبارها لأنه الأصوب للطفل، وإن لم يكن للأب ولا الولد مال تجر الأم على الارضاع⁽¹⁾.

فيما استدلل الشافعية في وجوب نفقة الولد على أبيه بما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رجلا جاء إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله عندي دينار، فقال: {أنفقه على نفسك}، قال عندي آخر، فقال: {أنفقه على ولدك}، قال عندي آخر، فقال: {أنفقه على أهلك}، قال عندي آخر قال: {أنفقه على خادمك}، قال عندي آخر، قال {أنت أعلم به}⁽²⁾، وكذا لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتَرْضْنَ﴾ سورة الطلاق الآية 6، لأن ايجاب الأجرة في ارضاع الأولاد يوجب النفقة عليهم، ولقوله ﷺ لهند: {خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف}⁽³⁾، كما تجب على الأم نفقة الولد عندهم لقوله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا﴾ سورة البقرة الآية 233، وقالوا: "إذا وجبت النفقة على الأب وولادته من جهة الظاهر، فلأن تجب على الأم وولادتها من جهة القطع أولى"⁽⁴⁾.

أما المطلقة رجعيا فتجب نفقتها على الزوج سواء كانت حاملا أو لا وذلك بسبب بقاء احتباس الزوج لها وسلطته عليها⁽⁵⁾، وقدرته على التمتع بها بالرجعة إلى أن تقر بانقضاء عدتها أو بوضع الحمل، وإذا ظهر بعد النفقة عليها أنها غير حامل أو أقرت بانقضاء العدة استرجع الزوج ما

﴿فَإِذَا لَمْ يَلِدْ يُؤْتَىٰ مِنْ مَالِهَا﴾ سورة الأحقاف الآية 15، وعند الشيخين يحرم ما كان في الحولين لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ سورة البقرة الآية 233، أنظر النسفي-البحر الرائق 386/3 إلى 389.

⁽¹⁾ النسفي-البحر الرائق 342/4، ابن عابدين-رد المختار على الدر المختار 398/4.

⁽²⁾ رواه أبو داود-كتاب الزكاة باب في صلة الرحم، الحديث رقم 1691، سنن أبي داود 132/2.

⁽³⁾ أخرجه البخاري-كتاب الأحكام باب من رأى للقاضي أن يحكم بعلمه، الحديث 7161، صحيح البخاري-دار بن كثير دمشق طبعة 2002، ص 1768.

⁽⁴⁾ الشيرازي-المهذب في فقه الشافعي 158/3-159، الشريبي-مغني المحتاج 584/3-585، البجيرمي-البجيرمي على الخطيب 437/4.

⁽⁵⁾ ويجب في النفقة مدان على الموسر الذي يملك النفقة من ماله وكسبه ومد واحد على المعسر الذي لا يملك النفقة من ماله وكسبه، لقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾ سورة الطلاق الآية 7، فتقاس النفقة على نفقة الطعام في الكفارة وأكثرها مدان في فدية الأذى ومد في كفارة الجماع في رمضان، وتجب النفقة عليه من قوت البلد لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ سورة البقرة الآية 232، انظر في المسألة الشيرازي-المهذب في فقه الشافعي 151/3.

أنفقه، أما المعتدة بطلاق بائن فلا نفقة لها ولا كسوة لها إلا بالحمل لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلًا فَأَنْفِقُوا لَهُنَّ مِمَّا بَعَثْتُمْ عَلَيْكُمْ بِمَا كَفَرْتُمْ وَلَا يَجْرِمُ عَلَيْكُمْ ذُنُوبُهُمْ وَلَا يَحِلُّ عَلَيْكُمْ أَمْوَالُهُمْ وَلَا يَكْفِرُ بَكُمْ ذُنُوبُهُمْ أُولَئِكَ هُمُ الْمُتَوَقَّاتُ﴾ سورة الطلاق الآية 6، ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها ولو حاملا لقوله ﷺ: {ليس للحامل المتوفى عنها زوجها نفقة} ⁽¹⁾، مستدلين بأنها لو كانت بلا حمل بانت بالوفاة ولا نفقة لها، وإن كانت حاملا وقيل النفقة للحمل سقطت نفقتها لأن نفقة القريب تسقط بالموت، وإن قيل أن النفقة لها بسببه فكذلك لأنها كالحاضنة للولد لا تجب نفقة الحاضنة بعد الموت، وقال الشافعي بوجوب النفقة للأم بحملها وليس للحمل، وفي مذهبه القديم قال بوجوب النفقة للحمل لأنها وجبت بوجوده وتسقط بعدمه، وفي وجوب السكنى قولان لما جاء عن النبي ﷺ أنه قال لفريضة بنت مالك: {امكثي في بيتك الذي جاءك فيه نعي زوجك حتى يبلغ الكتاب أجله} ⁽²⁾، ولأنها معتدة نكاح صحيح فوجب لها السكنى كالمطلقة ⁽³⁾.

ولا يُجبر الأب الأم على الارضاع إن امتنعت إذا وجد من ترضعه ⁽⁴⁾، وإن أرادت ارضاع الطفل يكره للزوج منعها لأن حليبها أفضل له، وإن كان يحق له ذلك لأن من حقه الاستمتاع بها إلا في وقت العبادة فلا يجوز تفويته عليه بالرضاع، وإن كانت مطلقاً بائنة لا يملك الأب إجبارها على ارضاعه، فإن طلبت أجره ولم يوجد غيرها ليُرضع الطفل دون أجره كانت الأولى لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ سورة الطلاق الآية 6، وإن طلبت أكثر من أجره المثل جاز انتزاعه منها وتسليمه لغيرها لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمَ فَسُدُّوا لَهُ أُخْرَى﴾ سورة الطلاق الآية 6 ⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ رواه الدارقطني - كتاب الطلاق والخلع، الحديث رقم 3884، انظر سنن الدارقطني 274/3.

⁽²⁾ رواه ابن ماجه في كتاب الطلاق - باب عدّة المتوفى عنها زوجها الحديث رقم 2031، ابن ماجه - سنن ابن ماجه ص 654، ورواه الترمذي في كتاب الطلاق واللعان - باب المتوفى عنها زوجها الحديث رقم 1204، الترمذي - الجامع ص 214.

⁽³⁾ الشريبي - مغني المحتاج 3/576-577، البحرمي - البحرمي على الخطيب 4/442، الشيرازي - المهذب في فقه الشافعي 3/156-157.

⁽⁴⁾ الرضاع عند الشافعية هو: "اسم لحصول لبن المرأة أو ما حصل منه في معدة طفل أو دماغه، ويثبت بلبن امرأة حية بلغت تسع سنين، وشرطه رضيع حي لم يبلغ سنتين"، ويحرم من الرضاع خمس رضعات لما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: "كان فيما أنزل من القرآن، عشر رضعات معلومات يُحزمن، ثم نُسخن بخمس معلومات، فتوفي رسول الله ﷺ وهن فيما يقرأ من القرآن" رواه مسلم في كتاب الرضاع باب التحريم بخمس رضعات الحديث رقم 1452، صحيح مسلم ص 593، وانظر في المسألة: البحرمي - البحرمي على الخطيب 4/426، الشريبي - مغني المحتاج 3/543-546.

⁽⁵⁾ الشيرازي - المهذب في فقه الشافعي 3/162، الشريبي - مغني المحتاج 3/589.

ويُجبر الرجل عند الحنابلة على نفقة أولاده الذكور والإناث، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ سورة الطلاق الآية 6، ولقوله عز وجل: ﴿وَمَلَى الْمَوْلُودَ لَهُ مِنْ رِزْقِهُنَّ﴾ سورة البقرة الآية 233، ولحديث هند زوج أبي سفيان في الصحيحين حين قال لها رسول الله ﷺ: {خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدِكَ بِالْمَعْرُوفِ} (1)، وذكروا أن على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم، وقالوا: "ولد الانسان بعضه وهو بعض والده، فكما يجب عليه أن ينفق على نفسه وأهله كذلك وجب على بعضه وأصله"، وأوجب الحنابلة نفقة الأولاد الصغار على الأقارب إذا لم يكن للصغار أب وكانوا فقراء، فإن وارثه وإن كانت أنثى يُجبر على نفقته لقوله تعالى: ﴿وَمَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ سورة البقرة الآية 233، أي مثلما وجب على المولود له وهو المشهور في المذهب، وفي رواية أخرى لا تجب النفقة إلا على العصبات فلا تجب على العمّة والخالة ونحوهما، وقيل يُجبر الوارث على نفقة الطفل بقدر ميراثه منه، فإن كان للصبي مثلاً جدّة وأخ فعلى الجدّة سدس النفقة والباقي على الأخ، وعلى هذا المنوال تحتسب النفقة (2).

وتجب على الرجل نفقة مطلّقه الرجعية، وكسوتها ومسكنها كالزوجة تماماً، أما المطلقة البائنة فإن حقها في النفقة مربوط بحملها من عدمه، وعليه لا تستحق البائنة بالثلاث أو الخلع أو الفسخ سُكنى ولا نفقة إلا أن تكون حاملاً على الصحيح من المذهب، وقال الحنابلة أنه بإجماع العلماء لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ رِزْقِكُمْ وَلَا تَضَارُّوهُنَّ لِيُحْمِلُنَّ وَأَنْ يَكُنَّ أَوْلَادَ حَمَلٍ فَانْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ سورة الطلاق الآية 6، واستدلوا بقوله ﷺ لفاطمة بنت قيس: {لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملاً} (3)، ولأن الحمل يلزمه النفقة ولا يمكن ذلك إلا بالإئناق عليها، فوجب على الأب كما وجبت أجرة الرضاع، وفي السكّنى روايتان وظاهر المذهب أن لا سكّنى لها (4).

(1) سبق تحريجه في الصفحة 75.

(2) الزركشي - شرح الزركشي 3/509-512-517، ابن قدامة - المغني شرح مختصر الخرقى 11/372-373-380-383-384، المرادوي - الانصاف 9/390.

(3) أخرجه مسلم - كتاب الطلاق باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها الحديث رقم 1480، صحيح مسلم ص 614.

(4) ابن قدامة - المغني شرح مختصر الخرقى 11/402، المرادوي - الانصاف 9/360.

أما الحامل المعتدة من وفاة ففيها روايتان، والأصح من المذهب أن لا نفقة لها ولا سُكنى لأن المال قد صار للورثة، ونفقة الحامل عندهم إما للحمل أو من أجله، وذلك لا يُلزم الورثة في الحالتين، لأنه إن كان للميت ميراث فنفقة الحمل من نصيبه في التركة، وإن لم يكن ميراث لا يُلزم وارث الميت بالإنفاق على الحمل كما بعد الولادة، وفي الاختلاف في وجوب نفقة الحامل المعتدة من وفاة، من أجل الحمل أو للحمل روايتان، الأولى أنها تجب للحمل لأنها تجب بوجوده وتسقط عند انفصاله فدّل ذلك أنها له، والثانية أنها تجب لها من أجله لأنها تجب مع اليسر والاعسار فكانت كنفقة الزوجات، ولأنها لا تسقط بمضي الزمان فأشبهت نفقة الزوجة في حياته، ولا نفقة على الناشز إلا إن كان لها ولد فيدفع الزوج لها نفقته لأنها واجبة له ولا تسقط بمعصية أمه، وعليه أن يعطيها إياها إذا كانت هي الحاضنة أو المرضعة له بالإضافة إلى أجره الرضاعة⁽¹⁾.

وحرصاً على حياة وصحة الرضيع يُحظر على الأب منع المرأة من ارضاع الطفل إن أرادت ذلك، وحتى إن طلبت أجره مثلها ووجد من يرضعه تبرعاً فهي أحقّ، فلو طلبت أكثر من أجره مثلها سقط حقها على الصحيح من المذهب، أما إذا تزوجت المرأة فلزوجها منعها من ارضاع ولدها من غيره لتفويت حق الاستمتاع عليه بالإرضاع، إلا أن تضطرّ لذلك بأن لم يوجد غيرها لإرضاعه، حيث يُخشى على الطفل الهلاك لأن حفظ النفس مقدّم على حق الزوج، وعلى الأب أن يسترضع لولده إلا أن تريد أمه ارضاعه بأجرة مثلها فتكون أحق به من غيرها سواء كانت تحت الزوج أو مطلقة، وعليه لا تجبر المرأة على ارضاع ولدها لأنه مثل النفقة والنفقة واجبة على أبيه لا عليها، لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾ إلى قوله: ﴿وَمَلَأَ الْمَوْلودَ لَهُ رِزْقَهُنَّ وَكَسَوْتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ سورة البقرة الآية 233 وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَعَاَسَرْتُم فَاسْتَرضِعْ لَهُ أُخْرَى﴾ سورة الطلاق الآية 6⁽²⁾.

⁽¹⁾ ابن قدامة-المغني شرح مختصر الخزقي 405/11-406-410، المرادوي-الانصاف 369/9.

⁽²⁾ انظر في المسألة: المرادوي-الانصاف 307/9-308-405-406، الزركشي-شرح الزركشي 531/3، ابن قدامة-المغني شرح مختصر الخزقي 430-428/11.

ب- نفقة المحضون في القانون:

تجب نفقة المحضون على أبيه إلى غاية سنّ الرشد إذا لم يكن له مال وفق المادة 75 ق أ، ويشمل ذلك المأكل والمشرب والملبس والعلاج والمسكن⁽¹⁾، ويستمر ذلك حتى بعد الطلاق واسناد الحضانة للأم، كما أشارت المادة 80 من ذات القانون إلى أن النفقة على الأولاد تبدأ منذ تاريخ رفع الدعوى، وللاحتياط يمكن للقاضي الحكم بها قبل سنة من تاريخ رفع الدعوى إذا توفّر لديه الدليل.

ويلتزم الأب بتوفير مسكن لممارسة الحضانة أو أجرته وفق المادة 72 ق أ، على أنه في حالة الطلاق يحقّ للأم الحاضنة أن تبقى في مسكن الزوجية إلى غاية توفير الأب للسكن أو أجرته، ولا يسقط الحق في السكن أو في بدل الإيجار ما دامت الأم حاضنة حتى لو ثبت نشوزها قضاءً، لأن السكن أو بدل الإيجار حقّ للمحضون وليس للأم⁽²⁾، مع الإشارة إلى أن نص المادة 72 ق أ يؤكد ضرورة توفير السكن بداية حتى إذا تعدّ ذلك استوجب دفع بدل الإيجار، بحيث لو امتلك الأب سكناً يليق بممارسة الحضانة فلا يقبل منه بدل الإيجار⁽³⁾.

⁽¹⁾ يعتبر السكن من عناصر النفقة التي يستحقها المحضون ولو كان وحيداً، انظر القرار رقم 276760 المؤرخ في 13-03-2002 المجلة القضائية 2004 عدد 1 ص 267، كما لا يشترط عدد المحضون لأن بدل الإيجار أو السكن يعتبر من عناصر النفقة حسب القرار 254635 المؤرخ في 08-05-2005 نشرة القضاة 2006 عدد 5 ص 209، ولا يعدّ سكن الحاضنة عند أهلها سبباً لإسقاط النفقة وأجرة السكن على الأب وفق القرار 282052 المؤرخ في 08-05-2002 المجلة القضائية 2004 عدد 1 ص 272، كما يتحمّل الأب مصاريف علاج ابنه المحضون حسبما نص القرار 372292 المؤرخ في 15-11-2006 مجلة المحكمة العليا 2007 عدد 1 ص 493.

⁽²⁾ القرار 261976 المؤرخ في 18-04-2001 نشرة القضاة ع 5 ص 216، ويبدأ احتساب بدل الإيجار منذ تاريخ صدور الحكم الفاصل في الحضانة حسب القرار 331833 المؤرخ في 15-06-2005 مجلة المحكمة العليا 2005 عدد 1 ص 315، والقرار رقم 189260 المؤرخ في 21-04-1998 مجلة الاجتهاد القضائي 2001 عدد خاص ص 213، والقرار 179558 المؤرخ في 17-03-1998 مجلة الاجتهاد القضائي عدد خاص ص 210، والقرار 223834 المؤرخ في 15-06-1999 مجلة الاجتهاد القضائي 2001 عدد خاص ص 225.

⁽³⁾ القرار 451303 المؤرخ في 15-10-2008 نشرة القضاة 2012 عدد 67 ص 252، غير أن اجتهاد المحكمة العليا أقر إسقاط حق الحاضنة في مطالبة الأب ببديل الإيجار متى كانت مقيمة مع الولد خارج البلاد القرار رقم 622754 المؤرخ في 12-05-2011 مجلة المحكمة العليا 2012 عدد 1 ص 304.

وعليه فقد وافق القانون اجماع الفقهاء على وجوب نفقة المحضون من مأكل ومشرب وملبس وسكنى وعلاج على أبيه، سواء قامت الزوجية أو انتفت بالطلاق الرجعي أو البائن بحكم قضائي، وإن كان الفقهاء قد فصلوا في المسألة من حيث وجوب النفقة على الحمل في بطن أمه، وفي وجوب زيادة نفقة خاصة بالمرأة المرضعة لوجوبها على الوالد أيضا.

البند الثالث: نظام الكفالة واشكالية منح لقب الكافل للمكفول

أولا- تعريف نظام كفالة القاصر:

الكفالة في اللغة بمعنى الضمان، فمن كفل الرجل ضمنه ومن كفل الصغير رباه وأنفق عليه، والكفيل هو الضامن، ومن أكفله المال فقد ضمنه المال، والكافل من يكفل انسانا يعوله، ومنه قوله تعالى

﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ سورة آل عمران الآية 37، والكافل هو العائل والضامن كالكفيل⁽¹⁾.

أما في اصطلاح الفقهاء فتأتي بمعنيين الأول هو: "ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة" أو هي: "الضمان"⁽²⁾، وفي الثاني تعني الكفالة: "ضم الصغير" لقوله تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ 37 آل عمران، بمعنى ضمها إلى نفسه ولقوله ﷺ: {أنا وكافل اليتيم كهذا، وقال بإصبعه السبابة والوسطى}⁽³⁾، فالكفالة في هذه الحالة بمعنى ضم الطفل⁽⁴⁾.

ويختلف مفهوم الكفالة في قانون الأسرة عن مفهومها الشرعي، إذ تعتبر في نظر فقهاء الشريعة الاسلامية امتدادا للحضانة بعد انتهائها بالنسبة للولد بعد بلوغه سبع سنوات، حيث يقتضي

⁽¹⁾ مجموعة مؤلفين-المعجم الوسيط ص 793، محمد الرازي-مختار الصحاح 293، مجد الدين الفيروز آبادي-القاموس المحيط ص 1053.

⁽²⁾ البركتي-التعريفات الفقهية ص 182.

⁽³⁾ أخرجه البخاري-كتاب الأدب باب فضل من يعول يتيما الحديث رقم 6005، انظر صحيح البخاري ص 1507، ومسلم في كتاب الزهد والرفائق، باب الاحسان إلى الأرملة والمسكين واليتيم الحديث رقم 2983، انظر صحيح مسلم ص 1239.

⁽⁴⁾ قاسم القنوي-أنيس الفقهاء ص 223.

الأمر تخييره لمعرفة الشخص الذي سيكفله بعد ذلك⁽¹⁾، ويمكن تقسيم الكفالة عند الفقهاء إلى نوعين، الأول الذي يقصد به ضمّ الأولاد بعد انتهاء الحضانة، وتثبت لمن تكون له الولاية على نفس القاصر أو من يقوم مقامه، بغرض القيام بشؤونه ودرء ما يضره واستكمال تربيته وتعليمه، والنوع الثاني هو كفالة من فقد أباه قبل البلوغ وهو اليتيم، وهي ما حثّ عليه الإسلام ورغب فيه لقوله ﷺ: {أنا وكافل اليتيم كهاتين وقال بإصبعه السبابة والوسطى} ⁽²⁾، لأن الإسلام عُني بحفظ اليتامى فلا يضيعون بسبب فقدان أهلهم⁽³⁾، وهذا هو المعنى الأقرب لصورة الكفالة في القانون.

ونظام الكفالة في التشريع الجزائري جاء كحل بديل لنظام التبني المحظور في المادة 46 ق أ، حيث أتاح القانون التكفل بالأطفال مجهولي النسب أو حتى معلومي النسب الذين لم يجدوا من يعتني بهم، وقد نظم قانون الأسرة الكفالة في المواد 116 إلى 125، حيث تعتبر التزاما قانونيا عقديا⁽⁴⁾، يتم بإرادة الكافل بصفة تطوعية للقيام بالولد المكفول من نفقة وتربية ورعاية مثل قيام الأب بولده.

و تتم الكفالة وجوبا في شكل عقد شرعي أمام هيئة رسمية هي المحكمة أو الموثق بحضور الشهود، سواء كان المكفول معلوم النسب أو مجهوله حسب المادة 119 ق أ، ما يفرض موافقة الأبوين في حالة كانا معلومين أو من يقوم مقامهما، وفي حالة مجهول النسب من جهة الأب يُشترط موافقة الأم لأن الولد المجهول الأب يُنسب إليها شرعا وقانونا، أما إذا كان الطفل مجهول الأبوين كحال اللقطاء فتتم الموافقة على الكفالة من طرف الهيئة أو المؤسسة التي ترعى الطفل ويخضع لوصايتها، تحت رقابة القضاء.

ونظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية من الجانب الشكلي كيفية تقديم طلب الكفالة، والجهة المختصة بتلقي الطلب الخاص بها وكل الإجراءات المتعلقة بمتابعة وانتهاء الكفالة من خلال المواد 492 إلى 497 منه.

⁽¹⁾ الشريبي-مغني المحتاج 3/592، البجيرمي-البجيرمي على الخطيب 475/4-476.

⁽²⁾ أخرجه البخاري في كتاب الأدب باب فضل من يعول يتيما الحديث رقم 6005، صحيح البخاري ص 1507.

⁽³⁾ أحمد نصر الجندي-شرح قانون الأسرة الجزائري ص 196.

⁽⁴⁾ لا يجوز اثبات الكفالة إلا بالكتابة الرسمية، أنظر القرار 56636 المؤرخ في 13-07-1988 المجلة القضائية 1991 عدد 4 ص 58.

حيث يتوجّب بداية تقديم طلب الكفالة بعريضة أمام قاضي شؤون الأسرة المختص إقليمياً بموطن إقامة صاحب الطلب، ليفصل فيه القاضي بما يسمّى الأمر الولائي⁽¹⁾، بعد استشارة النيابة العامة، على أن يستعين القاضي عند الضرورة بإجراء تحقيق أو أي تدبير آخر يساعده في التأكد من توفّر الشروط اللازمة في الكافل وهي حسب المادة 118 ق أ، الإسلام والعقل والأهلية للقيام بشؤون المكفول، وكذا القدرة المادية والجسدية على رعايته.

ما يعني أن القاضي يجري التحريّات الضرورية لمعرفة أكبر قدر من المعلومات عن طالب الكفالة، سواء من الناحية الصّحية أو الموارد المالية أو سيرته وأخلاقه، لأن الكفالة تتعلق برعاية وتربية شخص مسلم وهي أمانة في عنق القاضي توجّب عليه الحرص لآدائها كما يجب بغية تحقيق الهدف من تشريع الكفالة⁽²⁾.

ولم يشر قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى كيفية انعقاد الكفالة عندما تتم أمام الموثق وفق إليه المادة 117 ق أ، وإذا ما كانت الكفالة في هذه الحالة مُلزِمة ومنتجة لآثارها بمجرد إبرامها أمام الموثق، أم يحتاج الأمر إلى موافقة سابقة أو تصديق بعدّي من القاضي المكلف بشؤون الأسرة.

وإن كان إقرار الكفالة يتم بأمر ولائي من قاضي شؤون الأسرة، فإن انهاءها بالإلغاء أو التخلّي عنها لا يتم إلاّ عن طريق دعوى قضائية أمام ذات القاضي الذي يفصل فيها بعد الاستماع إلى رأي النيابة العامة في جلسة سرّية حسب المادة 496 ق إ م إ، حيث يكون الحكم في هذه الحالة قابلاً للاستئناف حسب القواعد العامة.

كما تنتهي الكفالة قانوناً بطريقة أخرى هي وفاة الكفيل، حيث يبادر ورثته إلى إبلاغ قاضي الأسرة الذي وافق على الكفالة، وقبل الفصل في انائها يستمع القاضي إلى الورثة في ظرف شهر من إبلاغه ليعرف رغبتهم في إبقاء الكفالة أو انائها، فإذا تقرّر مواصلتها عيّن أحد الورثة كافلاً للقاصر وإلاّ أنهى الكفالة بنفس الطريقة التي منحها بها حسب المادة 497 ق إ م إ.

⁽¹⁾ وهو ما يعني أن أبواب الطعن مغلقة وهو أمر طبيعي على اعتبار أن الكفالة عقد التزام ذاتي يتم بناء على إرادة حرّة وطوعية بغرض التكفل بالقاصر فلا يتصوّر أن يقوم هذا المتبرع بالطعن في العقد الذي كان هو مصدره، أنظر سائح سنقوفة-شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ص 667.

⁽²⁾ سائح سنقوفة-شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ص 669.

غير أنه يُؤخذ على المشرّع عدم تحديد الجزاء المترتب على عدم تبليغ القاضي بوفاة الكافل من طرف الورثة، سيما أنه أشار إلى ضرورة الإسراع فيه دون تأخير بعد وفاة الكفيل لما قد يلحق من أضرار بالقاصر، كما يُعاب على نص المادة 497 ق إ م إ عدم التطرّق إلى مصير القاصر في حالة قرّر الورثة إنهاء الكفالة وعدم تمديدها ما يهدّد مصير المكفول سيما إذا كان محروما من عائلة يرجع إليها⁽¹⁾، إلا أنه بالرجوع إلى المادة 125 ق أ، نجد المشرّع قد أشار إلى اسناد أمر القاصر في مثل هذه الحالة إلى إحدى مؤسسات رعاية الأطفال.

وتتلخّص شروط الكفالة بالنسبة للمكفول في أن يكون قاصرا فلا يُكفل بالغ ذكرا أو أنثى، ولا يشترط أن يكون المكفول قريبا للكافل بل تجوز كفالة الأجنبي عنه، كما لا يُشترط العلم بنسب المكفول بل تصحّ الكفالة لمجهولي النسب⁽²⁾، وذلك لأن هدفها بداية رعاية الأطفال القاصرين المهملين أو الذين عجز أهلهم عن الاعتناء بهم.

ثانيا- آثار الكفالة على القاصر:

شُرّعت الكفالة لتوفير وسط أسري سليم يتيح للطفل المكفول فرصة النّمّو بطريقة طبيعية قدر الإمكان، فضلا عن السّماح للعائلات بدون أطفال من تغطية الفراغ العاطفي والنفسي الذي يخلفه غياب الأولاد، عن طريق رعاية طفل وتربيته والاعتناء به كما يعتنون بأولادهم الصليبين، ما يسمح بتجنّب اللجوء إلى التبني المحرّم أو إلى طرق أخرى بالاحتتيال على القانون.

إن من أهم عناصر الكفالة كنظام موافق لأحكام الشريعة الإسلامية، هو احتفاظ الطفل المكفول بنسبه الأصلي وعدم الحاقه بمن يكفله، حيث أشارت المادة 120 ق أ إلى أن الولد المكفول يحتفظ بنسبه الأصلي إذا كان معلوم النسب، وتطبّق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية إذا كان مجهول النسب، حيث يضطلع ضابط الحالة المدنية بمنح هؤلاء الأطفال أسماء وألقاب إذا لم يمنح لهم الشخص الذي صرّح بهم أسماء، مع استفادتهم من كامل الرعاية والعناية التي يتلقاها الولد الصليبي باستثناء الحقوق للصيقة بحق القرابة كما هو الحال بالنسبة للميراث.

(1) سائح سنقوفة-شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ص 671.

(2) أحمد نصر جندي-شرح قانون الأسرة الجزائري ص 197.

وتضمن الدولة استفادة المكفول كغيره من الأطفال من المنح العائلية والدراسية المخصصة لهم، ويقبضها الكافل وفق المادة 121 ق أ باعتباره صاحب الولاية القانونية عليه، في حين تسمح الكفالة لمن يتولّاها بإدارة أموال الصغير المكفول باعتباره أيضا وليّا على أمواله، يديرها وينميها وفقا لأحكام الولاية المالية حسب المادة 122 ق أ، ويجوز للكافل مقابل منعه من توريث المكفول أن يمنحه وصايا وهبات في حدود ما يسمح به الشرع وما زاد عنه يُوقف على إجازة الورثة، وقد ألحق المشرّع الهبة بالوصية في اشتراط أن تتم ضمن ثلث المال بنص المادة 123 ق أ، وهو قياس خاطئ ولا مبرر له لأن الأصل أن الشخص حرّ حال حياته في هبة كامل ماله إذا أراد⁽¹⁾.

وتنتهي الكفالة وفقا للمادتين 124 و 125 ق أ، إمّا بطلب أبوي المكفول أو أحدهما عودته إلى ولايتهما، حيث يخيّر القاضي إذا كان مميّزا في العودة من عدمها، وإذا لم يبلغ التمييز يقرّر قاضي شؤون الأسرة ما يخدم مصلحة المكفول، أو عن طريق التخلي الإرادي من الكافل أمام الجهة القضائية التي أقرت الكفالة بداية وبعد أخذ رأي النيابة العامة، وفي حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى بقية الورثة أو يقرّر القاضي وضع الطفل في مؤسسة مختصة بالرعاية.

كما تنتهي الكفالة بطرق أخرى أغفل المشرّع ذكرها، مثل فقدان الكافل لأحد الشروط الواجبة لممارسة الكفالة، أو حالة عجزه بسبب مرض عضال أو عاهة مستديمة أو فقدان العقل بالجنون، أو عجزه المالي عن القيام بشؤون المكفول، أو عجزه الحكمي كأن يتعرّض لعقوبة سالبة للحرية أو يكون في حالة فقدان، وهي حالات لم يتطرّق إليها القانون، وكان الأحرى إخضاع الأمر دائما للقاضي في أية حالة تسبّب توقف الكفالة بشكل دائم أو مؤقت، لأنها تتعلق بحياة المكفول وصّحته ومستقبله، حيث يستوجب الأمر الزام ورثة الكافل بإبلاغ قاضي الأسرة عن أي طارئ يعرقل السير الحسن للكفالة.

⁽¹⁾ الحسين بن شيخ آث ملويا-قانون الأسرة نصا وشرحا ص112.

ثالثاً- إشكالية منح لقب الكافل للمكفول:

حظر قانون الأسرة وفق المادة 46 منه، التبني تماشياً مع أحكام الشريعة الإسلامية في حفظ الأنساب، وأقرّ مقابل ذلك نظام الكفالة الذي يحتفظ فيه الولد المكفول حسب نص المادة 120 ق أ بلقبه الأصلي إذا كان معلوم النسب، وباللقب الذي منحه له ضابط الحالة المدنية إذا كان مجهول النسب.

غير أن المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13 يناير 1992 المعدّل والمتّم للأمر 71-157 المتعلّق بإجراءات تغيير اللقب وشروطه⁽¹⁾، قد أحدث ضجة في الأوساط القانونية والفقهية بإقدامه على السماح للكافل بمنح لقبه للولد المكفول، وهو ما يشبه التبني على اعتبار أنه يسمح بنسب الولد المكفول إلى غير أبيه بواسطة وثيقة رسمية.

ويحدّد المرسوم شروط منح الكافل لقبه للمكفول، حيث يلزم وجود عقد الكفالة القانوني الصادر عن الجهة القضائية المختصة وهي في هذه الحالة قاضي شؤون الأسرة، كما يشترط أن يكون المكفول مجهول النسب، وأن يعبر الكافل عن إرادته في منح لقبه للمكفول وأن توافق أم المكفول إذا كان الطفل مجهول النسب من جهة أبيه فقط، وبعد الموافقة يتم تسجيل اللقب الجديد للمكفول في سجّل الحالة المدنية⁽²⁾.

ورغم أن المرسوم 92-24 أكد ضرورة الإشارة إلى اللقب الأصلي للمكفول على هامش شهادة الميلاد، في محاولة للتأكيد على حفظ اللقب الأصلي سيما عند إبرام التصرفات القانونية المتعلقة بحالة الأشخاص كالزواج والميراث، غير أن هذا الاجراء لا ينفي قيام شبهة التبني ولو ظاهراً مادام قد منح لقب الكافل للمكفول في وثيقة رسمية، ويعتبر ابنه في نظر عامة الناس الذين لا يطلعون على الوثائق الرسمية ويصبح الاحتراز للأنساب أمراً صعباً، كما أن آية تحريم التبني في قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ أَحَدٌ بِحَيْثُكُمْ أَوْلَادَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ حُمْ ذَلِكُمْ فَهَؤُلَاءِكُمْ بِأَمْوَالِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ

⁽¹⁾ المعدّل والمتّم أيضاً بالمرسوم التنفيذي 20-223 المؤرخ في 8 أوت 2020.

⁽²⁾ لحسين بن شيخ آث ملويا-قانون الأسرة نصاً وشرحاً ص 111.

اذْمُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ مِحْدَ اللَّهِ ﴿سورة الأحزاب الآيتان 4 و5⁽¹⁾﴾، تشير إلى أن الأديعاء لا يصبحون أبناء لمن يتبناهم، والتبني هو منح المكفول لقباً غير لقبه ونسبته إلى غير أبيه، وقد كان أسامة بن زيد يدعى بابن محمد ﷺ قبل أن يحرم التبني من فوق سبع سموات.

ولو أن البعض يُعزّون صدور المرسوم إلى محاولة مراعاة نفسية الطفل المكفول وحمايته من الصدمة النفسية المحتملة الناتجة عن نظرة المجتمع إذا هو احتفظ بلقب مغاير لكفيله، غير أن الأطباء النفسيين والواقع المحرّب يكذبان ذلك، إذا تمت مصارحة المكفول والمحيطين به منذ البداية بنسب الطفل الأصلي، ما سيحميه لا محالة من آثار معرفة أنه ليس ولداً لمن ظنّهم أهله، فليس الخطأ في احتفاظ المكفول بلقبه، بل في إخفاء نسبه الأصلي ومحاولة نسبه لغير أبيه.

ولا شك أن النظام الذي جاء به المرسوم التنفيذي 92-24 يعتبر تبنيًا تاماً يفتح الباب لحقّ التوارث بين الكافل والمكفول، ما يشكّل تعارضاً صارخاً بين المرسوم المذكور وأحكام قانون الأسرة التي تحرّم التبني⁽²⁾.

وقد تصدّى الشيخ أحمد حماني رحمه الله لهذه الإشكالية بعدة فتاوى أجاز من خلالها منح لقب الكافل لمكفوله⁽³⁾، مستندا إلى أن التبني الذي حرّمه الشرع هو ذلك الذي يُنسب فيه الولد إلى أبٍ وأمٍ غير أبويه سواءً كانا معلومين أو مجهولين، وما يترتب عن ذلك من تحريم الحلال كالزواج من أفراد الأسرة الكافلة، واستحلال الحرام كإتاحة حق التوارث بين الكافل وكافليه.

⁽¹⁾ وجاء في تفسير ابن كثير في قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ﴾ أنها نزلت في زيد بن حارثة مولى النبي ﷺ، الذي تبناه قبل النبوة وكان يقال له: "زيد بن محمد" فأراد الله تعالى أن يقطع هذا الإلحاق وهذه النسبة بقوله: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ﴾ كما قال عز وجل: ﴿مَا كَانَ مِمَّا آتَا أَحَدٌ مِنْ رِجَالِهِمْ وَلَكِنْ رَسُولَ اللَّهِ وَخَاتَمَ النَّبِيِّينَ وَكَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا﴾ سورة الأحزاب الآية 40، وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَتَّبِعُكُمْ بِأَنفُسِكُمْ﴾ يعني: تبنيكم لهم قول لا يقتضي أن يكون ابنا حقيقيا، فإنه مخلوق من صلب رجل آخر، فما يمكن أن يكون له أبوان، كما لا يمكن أن يكون للبشر الواحد قلبان، أنظر أبو الفداء اسماعيل ابن كثير- تفسير القرآن العظيم، دار ابن حزم بيروت، الطبعة الأولى 2000 ص 1480.

⁽²⁾ مقال معوان مصطفى- أسباب تحريم التبني واحلال الكفالة، مجلة المعيار، دورية علمية محكمة صادرة عن كلية الشريعة بجامعة الأمير عبد القادر الإسلامية العدد التاسع 1425هـ/2004 م ص 528.

⁽³⁾ مصطفى صابر- فتاوى الشيخ أحمد حماني، عالم المعرفة للنشر والتوزيع، طبعة 2012، 4/440 وما بعدها.

كما استند الشيخ حماني رحمه الله إلى ما أثار عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه عندما جاءه رجل بلقيط، فقال عمر رضي الله عنه: "أذهب فهو حرٌّ ولك ولاؤه"⁽¹⁾، واعتبر أن الولاء يفتح باب الانتساب حماية للقيط من آثار الإشارة إليه بذلك الوصف، وذكر أن العائلات كبيرة العدد في هذا العصر يمكن اعتبارها كالقبايل قديماً، حيث يمكن أن ينتسب إليها الأطفال مجهولو النسب.

غير أن اشتباه منح لقب الكافل للمكفول بالتبني، يظهر من خلال أن اللقب العائلي أصبح يخص في عصرنا الأسر النووية المتكوّنة من أب وأم وبعض الأطفال، ما يختلف تماماً عن العائلات الكبيرة والقبايل قديماً، حيث يكاد اللقب- في هذه الأيام- يكون شخصياً للأب وما ينجر عنه من شبهة التبني عند منح لقبه للمكفول، زيادة على أن الناس لا يطلعون على تفاصيل الوثائق الإدارية كشهادة الميلاد التي يؤشّر على هامشها بأن المكفول ليس ولداً للكافل، فلا يعلمون حينها بحقيقة نسب المكفول.

و تبقى هذه المسألة متاحة لاجتهاد أهل الاختصاص، ومحل شدّ وجذب بينهم، يتنازعها من جهة الحرص على عدم مخالفة تحريم التبني، ومراعاة نفسية الأطفال مجهولي النسب وحمايتهم من آثار تلك الجهالة على مستقبلهم واندماجهم في المجتمع من جهة ثانية.

⁽¹⁾ رواه مالك في الموطأ- كتاب الأفضية، انظر مالك بن أنس- الموطأ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي بيروت طبعة 1985 ص 732.

الفصل الثاني:

نظام النيابة الشرعية وحمية الأطفال ذوي المراكز الخاصة

جامعة الأمير
العلوم الإسلامية

خلال تدرج الشخصية القانونية يضطلع نظام النيابة الشرعية بحماية نفس ومال الطفل إلى غاية بلوغه الرشد، وهو ما سيتطرق له هذا الفصل من خلال دراسة نظام الولاية على النفس والمال، وكذلك الحماية التي يحوزها الأطفال اللقطاء وذوو الاحتياجات الخاصة، من خلال المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: النيابة الشرعية على القاصر

المبحث الثاني: حماية الأطفال اللقطاء وذوو الاحتياجات الخاصة

المبحث الأول: النيابة الشرعية على القاصر

تحتاج أهلية الطفل القانونية حتى تكتمل إلى المرور بعدة مراحل، فمن الأهلية المدومة إلى الأهلية الناقصة، قبل الوصول إلى درجة الرشد التي تكتمل فيها الأهلية ويضطلع عندها بجميع شؤونه، وخلال فترة التدرج تلك يتولى النائب الشرعي إدارة شؤون الطفل وخدمة مصالحه وفق شروط محددة في إطار الولاية على النفس والولاية على المال.

المطلب الأول: الولاية على النفس

الفرع الأول: مفهوم الولاية على النفس

البند الأول: تعريف الولاية على النفس

الولاية لغة هي القرابة أو الإمارة أو السلطان، والوليّ هو كل من وليّ أمر الغير أو قام به، وفي الاصطلاح الفقهي هي: "تنفيذ القول على الغير شاء أم أبي"، وتثبت بأربع أمور هي القرابة والملك والولاء والإمامة، وتقتضي الولاية على النفس استكمال تربية الطفل التي ابتدأت بحضانهه بالإضافة إلى حفظه وصيانته بعد البلوغ وتوليّ زواجه إذا كان قاصراً⁽¹⁾.

ويمكن تعريف الولاية على النفس بأنها: "الإشراف على شؤون القاصر الشخصية كالتعليم والتأديب والتطبيب والتشغيل والتزويج ونحوها"⁽²⁾، أو هي: "القدرة على التصرفات التي تتعلق بالنفس كالصيانة والحفظ والتأديب والتعليم والتزويج"⁽³⁾، ويمتد مفهوم الولاية على النفس لعدة أمور مثل تأديب القاصر وتهذيبه وتعوده على الأخلاق الحسنة، وابعاده عن رفاق السوء ومواطن الفساد، ورعاية صحته ونموه الجسدي وحمايته من الأمراض وعلاجه منها، وتعليمه وتثقيفه في المدارس التي تتولى ذلك على أحسن وجه، وتوجيهه إذا تطلّب الأمر إلى حرفة يكتسب منها

⁽¹⁾ مجموعة مؤلفين-المعجم الوسيط ص 1058، محمد الرازي-مختار الصحاح ص 306، الجرجاني-معجم التعريفات ص 213، ابن عابدين-

رد المختار على الدر المختار 154/4-155، البركي-التعريفات الفقهية ص 239، محمد أبو زهرة-الأحوال الشخصية ص 459.

⁽²⁾ وهبة الزحيلي-الفرق الإسلامي وأدلته، دار الفكر دمشق الطبعة الثانية 1985، 140/4.

⁽³⁾ أحمد نصر الجندي-شرح قانون الأسرة الجزائري ص 169.

معيشته، فضلا عن الاشراف على زواجه⁽¹⁾.

ولا وجود لتعريف الولاية على النفس أو المال في قانون الأسرة أو القانون المدني أو حتى في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث اكتفى المشرع بذكر من يخضع لها ومن يمارسها مع بعض الأحكام المتعلقة بها، غير أنه يمكن أن نستخلص من تلك الأحكام أن الولاية على النفس تتعلق برعاية الطفل في مختلف شؤونه المعيشية، وصيانتها والنيابة عنه قانونا منذ ولادته إلى البلوغ، وهي بذلك تختلف عن مفهوم الحضانة التي رتبها المشرع كأثر من آثار الطلاق، حيث تنتقل الولاية على القاصر إلى من يلي حضائته.

وكقاعدة عامة يخضع القاصر المميز وعدم التمييز للولاية بموجب المادتين 81 و82 ق أ، وترفع عنه بمجرد بلوغ سن الرشد واكتمال أهليته حسب المادة 86 ق أ⁽²⁾، ومن الناحية الإجرائية يختص قسم شؤون الأسرة على مستوى المحاكم بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها وفق المادة 423 ق إ م إ، ويسهر قاضي الأسرة على وجه الخصوص على حماية القاصر حسب المادة 424 ق إ م إ وهو ما يشمل بالضرورة الاشراف على الولاية ومراقبتها وتقويمها إن لزم الحال أو انهائها.

البند الثاني: زواج القاصر وطلاقه

أولا- ولاية تزويج القاصر:

أ- زواج القاصر في الفقه الاسلامي:

يفرق فقهاء الشريعة بين ولاية الاجبار وولاية الاختيار في الزواج، فالأولى ولاية مكتملة حيث للولي أن ينفرد بإنشاء عقد الزواج دون موافقة المولى عليه أو مشاركة أحد آخر، والثانية تثبت على البالغة العاقلة عند الجمهور بحيث لا تنفرد بالعقد بل يشاركها وليها في اختيار الزوج، وينفرد بتولي الصيغة بعدما يتفق معها على الزواج، لأنه لا يمتلك إجبارها ولذلك تسمى أيضا ولاية الشركة،

⁽¹⁾ نبيل صقر- قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا ص 290.

⁽²⁾ حيث أن سن الرشد 19 سنة كاملة أما سن التمييز فهي 13 سنة وفق المادتين 40 و41 ق م.

الباب الأول..... الفصل الثاني: نظام النيابة الشرعية وحماية الأطفال ذوي المراتب الخاصة

ويرى أبو حنيفة أنه لا ولاية على عاقلة بالغة ولها أن تعقد زواجها، إلا أنه يُستحب أن يتولّى الصيغة نيابة عنها وليّها⁽¹⁾.

ويرجع الاختلاف في اثبات ولاية الاجبار إلى اعتبار السبب فيها، هل هو البكارة أو الصغر، فمن اعتبر أنه الصغر قال بعدم اجبار البكر البالغ، ومن قال أنه البكارة قال بعدم اجبار الثيب غير البالغ، ومن قال البكارة والصغر قال تجبر البكر البالغ والثيب غير البالغ، فالقول الأول قول أبي حنيفة والثاني قول الشافعي والثالث قول مالك، والثبوتة المعتبرة عند مالك هي بنكاح صحيح أو نكاح شبهة دون غيرهما كالزنا أو الاغتصاب⁽²⁾.

وأجاز فقهاء الشريعة الإسلامية بالاتفاق للأب خاصّة اجبار البكر غير البالغة على الزواج⁽³⁾، وفصلوا في تزويج القاصر كالآتي:

أجاز المالكية اجبار الأب لابنته الصغيرة بكراً أو ثيباً على الزواج بشرط عدم الاضرار بها ولا خيار لها بعد البلوغ على المشهور في المذهب⁽⁴⁾، كما جعلوا من حق وصّي الأب إذا أوصى له في الزواج اجبار البكر أيضاً لأنه يحلّ محله، ولا يحقّ لغير الأب والمالك ووصّي الأب الاجبار، حيث يفسخ النكاح إذا تم بدون الولي المجرى على المشهور حتى لو أجازته الولي بعدها، وإذا لم يوجد الولي المجرى يزوّج البكر غيره من الأولياء برضاها⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ محمد أبو زهرة- عقد الزواج وآثاره ص 154.

⁽²⁾ ابن رشد- بداية المجتهد ونهاية المقتصد 2/5-6.

⁽³⁾ ولا خلاف بين الفقهاء على اجبار من بلغت تسع سنين على الزواج من كُفء، لأن رسول الله ﷺ تزوج عائشة رضي الله عنها وهي ابنة ست ودخل بها ابنة تسع، أخرجه البخاري- كتاب النكاح باب تزويج الأب ابنته من الامام، الحديث رقم 5134، صحيح البخاري ص 1309، وانظر في المسألة شرح الزركشي 3/148، والعبارة في ولاية الاجبار هي إرادة الولي ولا اعتبار لإرادة المولى عليه، وثبتت ولاية الاجبار عند الحنفية على الصغير والصغيرة بكراً أو ثيباً، وعند الشافعية والحنابلة تثبتت على البكر صغيرة أو كبيرة، وعند المالكية تثبتت على البكر وإن كانت بالغا وعلى الصغيرة وإن كانت ثيباً، أنظر باسل محمود الحايي- فقه الطفولة ص 49.

⁽⁴⁾ النكاح عندهم: "حقيقة في الوطاء مجاز في العقد"، وقيل أن كل نكاح مذكور في كتاب الله مراده العقد إلا قوله تعالى: ﴿تَنْكِحَ نَوْبًا نَهِيَةً﴾ سورة البقرة الآية 230، وأركانه: ولي وصدّق ومحل وصيغة، وقال الامام مالك رضي الله عنه بأن لا نكاح من دون وليّ وأنه شرط صحّة، مع وجود رواية لابن القاسم عن مالك أن اشتراط الولاية سنة لا فرض، انظر الخرشبي- الخرشبي على مختصر خليل 3/177.

⁽⁵⁾ الخرشبي- الخرشبي على مختصر خليل 3/175-183، القرابي- الذخيرة 4/217.

وللأب ووصيته أن يجبر الثيب إذا كانت صغيرة لأنها في حكم البكر، وحتى لو أزيلت بكارتها بزنا أو اغتصاب فله اجبارها لبقاء جهلها بمصالحها، والمشهور عند المالكية أن البكر غير البالغة إذا رشدها أبوها فلا تجبر على الزواج وصار حكمها حكم الثيب البالغة وانقطع الحجر عليها، ويكون الترشيد بأن يقول: "رشدتك أو أنت مرشدة أو أطلقت يدك أو نحوها"، ويكون بالإقرار أو البيّنة إذا أنكره⁽¹⁾.

والاستثناء عند المالكية جواز اجبار الصغيرة من غير الأب والوصي إذا كانت يتيمة يُخشى من فساد أخلاقها، وذلك بعد مشاوررة القاضي بشرط ألا تقل عن عشر سنوات من العمر، حيث يتأكد القاضي من يئتمها وسنّها ومن الخشية عليها وفقرها، ومن خلوّها من زوج أو عدّة، ثم يتأكد من رضاها بالزوج وكفائه لها في الدين والنسب والحال والمال⁽²⁾، وينظر في صداقها وأنه مهر مثلها ويحل القاضي محل الولي إذا لم يوجد، فيما لا يجوز تزويج اليتيمة المميّزة لمصالحها كارهة بالاتفاق، وقال مالك بأنه مكروه فإذا وقع لا يفسخ، ويفسخ نكاح اليتيمة قبل الدخول على المشهور إذا زوّجت مع فقد أحد الشروط المذكورة⁽³⁾.

ويمكن أيضا للأب والوصي اجبار الصّغير على الزواج عند مالك-رغم أن الأصل اجبار الصغيرة فقط-إذا كان له فيه مصلحة، بحيث يكون الصّدق على الأب المجر إذا كان الصغير بدون مال على المشهور، أما إذا زوجّه الحاكم أو الوصي فالصّدق عليه، وإذا تولّى الصغير المميّز أمر عقده من غير إذن وليّه، فينظر الولي إذا شاء فسخ العقد أو أجازته قبل أو بعد الدخول، ومنع سحنون إجازة عقد الصبي مطلقا وجعل البلوغ شرطا في الصّحة، على اعتبار أن الصبي مسلوب الأهلية وقال: "العقد بدون عاقد معتبر، لا يصح"⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ الخرشبي-الخرشبي على مختصر خليل 175/3 إلى 178.

⁽²⁾ تُعتبر الكفاءة في الدين والحال، والمراد بالدين التدبّن بأن لا يكون فاسقا وللفتاة وللولي تركه، ولا يُقصد بالدين الإسلام فهذا لا يمكن تركه منها أو من وليّها، والمراد بالحال السلامة من العيوب التي يثبت للزوجة الخيار بها، انظر الخرشبي على مختصر خليل 205/3.

⁽³⁾ الخرشبي-الخرشبي على مختصر خليل 179/3 إلى 181، القراني-الذخيرة 228/4.

⁽⁴⁾ الخرشبي-الخرشبي على مختصر خليل 198/3-202، ابن رشد-بداية المجتهد 5/2 إلى 9، وقال صاحب الذخيرة أن للصبي أن يعقد نكاحه دون طلاقه على اعتبار أن عقد النكاح سبب اباحة الوطاء، وأن الصبي أهل للخطاب بالإباحة والندب والكرامة، دون الوجوب والتحرّم والطلاق سبب التحريم بإسقاط عصمة الزوج وهو ليس أهلا للتحريم فلم يعقد سببه في حقّه، القراني-الذخيرة 206/4.

وأتفق الحنفية مع الجمهور على أن للأب اجبار الصغيرة على النكاح ولو ثيباً ولا خيار لها بعد البلوغ⁽¹⁾، لأن الولي شرط لصحة نكاح الصغيرة دون البالغة عندهم، على ألا يسلمها للزوج إلا بعد قبض المهر المسمى وأن تكون مطيقة للوطء، كما للأب أن يجبر الصغيرة والصغير ولو بغبن فاحش، وله ذلك حتى لو زوج ابنته بغير كفاء عند أبي حنيفة، ويكون لهما الخيار بعد البلوغ في حين لا يجيزه الشبخان، أما الأولياء من غير الأب والجدّ فليس لهم تزويج الصغيرة من غير كفاء أو بغبن فاحش، ولها الخيار بعد البلوغ بالفسخ كأن العقد لم يكن، ويكون إذن البكر بالسكوت والضحك، أو إذا زوجها وسكتت عندما بلغها الخبر، وإن استأذنها غير الولي فيجب عليها الإفصاح بالقول كالثيب ولا يكفي السكوت، فإذا عقد الصبيّ زواجه توقّف نفاذ عقده على إجازة وليّه⁽²⁾.

فولاية الزواج عند الحنفية ولاية ندب على المكلفة ولو بكراً، وولاية اجبار على الصغيرة ولو ثيباً، فالولي عندهم شرط صحة نكاح الصغيرة، في حين ينفذ ويصح نكاح الحرّة المكلفة بلا ولي عندهم على اعتبار أن: "الأصل أن كل من تصرف في ماله تصرف في نفسه" ولأن الولاية على الصغيرة لقصور عقلها وعدم اكتماله عكس البالغة⁽³⁾.

كما للأب عند الشافعية ولاية اجبار ابنته الصغيرة بغير اذنها إذا كانت بكراً⁽⁴⁾، أما الثيب فلا يجوز له أو للجدّ تزويجها حتى تبلغ، سواء كان زوال البكارة بوطء حلال أو حرام، ولا أثر عندهم

⁽¹⁾ النكاح عندهم عقد يفيد ملك المتعة أي استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي، وهو سنة، وواجب حال التوقان (إذا تافت له النفس وخاف من الزنا أو الجور أو تضييع الفرائض والسّنن)، ويعتبرون النكاح حقيقة في الوطاء مجاز في العقد، وأن ذكر كتاب الله والسنة مجردا عن القرائن يراد به الوطاء إلا في قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنْكَحَ زَوْجًا مَّحِيْرَةً﴾ سورة البقرة الآية 230، والجمهور على أن النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطاء، ومن نتائج ذلك أن موطوءة الأب بزنا تحرم على الأب عند الحنفية لأن النكاح عندهم حقيقة الوطاء ومجازه العقد، ابن عابدين-رد المحتار على الدر المختار 58/4-60-62.

⁽²⁾ ابن عابدين-رد المحتار على الدر المختار 176-154/4، النسفي-البحر الرائق 3/138-196-214.

⁽³⁾ المراد بالصغيرة التي لم تبلغ تسع سنين على المختار، وبالكبيرة الآيسة هي بنت خمس وخمسين على الأظهر، انظر النسفي-البحر الرائق 3/192-420، ابن عابدين-رد المحتار على الدر المختار 4/153 إلى 155.

⁽⁴⁾ يعرف الشافعية عقد النكاح بأنه "عقد يتضمّن اباحة وطء بلفظ انكاح أو تزويج أو ترجمته"، وهو عندهم عقد اباحة وليس تمليك، والأصح في المذهب أنه حقيقة في العقد مجاز في الوطاء باستثناء ما جاء في قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنْكَحَ زَوْجًا مَّحِيْرَةً﴾ سورة البقرة الآية 230، وعلى ذلك لا تحرم مزنية الأب على الابن والعكس، الشريبي-مغني المحتاج 3/165-166.

الباب الأول..... الفصل الثاني: نظام النيابة الشرعية وحماية الأطفال ذوي المراتب الخاصة

بزوالها دون وطء كسقوطها أو غيره، لأنها لم تخالط كما قالوا الرجال فحكمها مثل حكم البكر، ولأب أن يزوّج ابنه الصّغير إذا احتاج إلى الزواج وظهرت رغبته في النساء ولو مّن لا تكافئه، لأن الرجل حسبهم "لا يعيّر بافتراش من لا تكافئه" ويثبت له الخيار إذا بلغ، والعبرة عندهم في الإيجاب بالبكارة ولو كانت الفتاة كبيرة، مع اشتراط أن يكون إذن البكر بالسكوت والضحك أو إذا زوّجها وسكتت عندما بلغها الخبر، وإن استأذنها غير الولي فيجب القول كالثيب ولا يكفي السكوت، ويشترط في الإيجاب عندهم ألا يكون بين المرأة وأبيها أو جدّها ما سمّوه العداوة الظاهرة، وأن يزوّجها من كفاء ومهر المثل وأن لا يكون الزوج معسرا أو تتصّرر بمعاشرته، فإن كانت الثيب صغيرة فلا تزوّج احتملت الوطاء أولا إلا بعد بلوغها وإذنها، لأن إذن الصغيرة غير معتبر فامتنع تزويجها إلى البلوغ⁽¹⁾.

وذهب الحنابلة إلى أن للأب أن يزوّج ابنته الصغيرة لكفاء وإن كرهت⁽²⁾، ولو بدون صداق المثل ويصحّ النكاح بالصدّاق المسمّى، وتبريرهم لذلك: "أن الأب مع تمام شفقتة وبلوغ نظره لا ينقصها من صداقها إلا لتحصيل المعاني المقصودة للنكاح"، واستدلّوا بأن الولد موهوب لولده لقوله تعالى: ﴿وَوَهَبْنَا لَهُ يُحْيِي﴾ سورة الأنبياء الآية 90، كما يمتلك الأب ووصيّه دون غيرهما أن يجبرا غير البالغ على الزواج قياسا على حق التصرف في ماله، وليس لغيرهما تزويج الصغير أو الصغيرة، وفي رواية أخرى لأحمد يجوز تزويجها ولها الخيار إذا بلغت، أما اليتيمة وهي التي لم تبلغ ولا أب لها، فلا تزوّج إلا بإذنها⁽³⁾، ولا خلاف بين الفقهاء على اجبار من بلغت تسع سنين على الزواج من كفاء، أما التي بين تسع وحتى البلوغ فله تزويجها بغير إذنها على الصّحيح من المذهب وقال صاحب المغني هذا المشهور، فالإجبار عند الحنابلة يتعلّق بالبكارة والثبوتة، لا بالصّغر والكبر⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ الشريبي-مغني المحتاج 3/200-225، البحريني-البحيرمي على الخطيب 4/158-161، الشيرازي-المهذب في فقه الشافعي 2/430.

⁽²⁾ معنى النكاح عند الحنابلة العقد لأنه الأشهر في الكتاب والسنة فليس في الكتاب لفظ النكاح بمعنى الوطاء إلا في قوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكَحَ زَوْجًا مَحْبُورًا﴾ سورة البقرة الآية 230، على المشهور، انظر الزركشي-شرح الزركشي 3/109-112.

⁽³⁾ لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: {تستأمر اليتيمة في نفسها، فإن سكنت فقد أذنت، وإن أبت لم تكره}، رواه أحمد في مسنده-مسند الكوفيين حديث أبي موسى الأشعري رقم 19516، انظر أحمد ابن حنبل-مسند أحمد 32/277.

⁽⁴⁾ الزركشي-شرح الزركشي 3/119-148-151-164، ابن قدامة-المغني شرح مختصر الحرقي 9/403-417، المرادوي-الانصاف 8/52 إلى 54-82.

على أن ولاية اجبار الصغير والصغيرة تقتضي في كل الأحوال عدم تزويجهما ممن به أحد العيوب⁽¹⁾ وذلك: "لأن الأب أو وصيه ناظرٌ لهما بما فيه الحظّ ولا حظ في مثل هذا العقد"، فإن تم الزواج مع العلم بالعيب لم يصحّ النكاح، كما أنه يعتبر إمكان الوطاء في الصغيرة حيث وضع الإمام أحمد حدًّا بالسنّ يقدر بتسع سنين، لأن النبي ﷺ بنى بعائشة رضي الله عنها وهي بنت تسع⁽²⁾، وليس للطفل الذي زوجته أبوه الخيار حين يبلغ على الصحيح من المذهب، وهو ظاهر كلام الإمام أحمد⁽³⁾.

و يظهر اختلاف الفقهاء في ولاية الاجبار بالنظر لمن يخضع لها ولمن يحق له الإجماع، فاتفقوا أن ولاية اجبار الصغيرة تثبت للأب أو من يقوم مقامه كالوصي، فيما لا يجوز لغيرهما الاجبار إلا استثناء كما هو الحال بالنسبة للتيمة التي يُخشى فسادها، كما أجازوا اجبار الصغير أيضا ولو مع غبن فاحش أو من غير من تكافؤه، مع اثبات حق الصغير والصغيرة في الخيار إذا بلغا عند الشافعية والحنفية، فيما لا يجوز اجبار الصغيرة على الزواج إذا كانت ثيبا عند الشافعية لأن العبرة ليست بالصغر عندهم بل بالبكارة.

ب-زواج القاصر في القانون:

ألغى المشرع الجزائري ولاية الاجبار بموجب تعديل قانون الأسرة سنة 2005، تماشيا مع مذهب أغلبية المشرعين العرب الذين ارتؤوا أن لهذا النوع من الولاية مساوئ عدّة، وأضرار اجتماعية ونفسية سيما في البوادي حيث يتفشى الجهل والفقر، ما يحمل الآباء على تزويج بناتهم باكرا قبل الأوان⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ عدد العيوب المجيزة لفسخ عقد الزواج من الزوجين، ثمانية كما ذكر الخرقى: "ثلاثة مشتركة وهي الجنون والجدام والبرص، واثنان يختص بهما الزوج وهما الجُبّ والعنّة، وثلاثة تختص بها المرأة وهي الفتق والقرن والعفل، والقرن هو عظم أو لحم في الفرج يمنع الوطاء، والعفل كالرغوة في الفرج تمنع لذة الوطاء، والرتق أن يكون الفرج مسدودا، وقيل غير ذلك، وتختص هذه العيوب بالفسخ دون غيرها لأنها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح، فالجدام والبرص يثيران النفور في النفس ويخشى تعديبه إلى النفس (العدوى)، والجنون يثير النفور ويخشى ضرره، والجُبّ والرتق يتعدّر معه الوطاء والفتق يمنع لذة الوطاء وفائدته وكذلك العفل"، انظر ابن قدامة-المغني شرح مختصر الخرقى 57/10.

⁽²⁾ أخرجه البخاري-كتاب النكاح باب تزويج الأب ابنته من الامام، الحديث رقم 5134، صحيح البخاري ص 1309.

⁽³⁾ ابن قدامة-المغني شرح مختصر الخرقى 169-66/10، المرادوي-الانصاف 54-52/8.

⁽⁴⁾ أنظر مقال قاسم العيد عبد القادر، الأهلية في الزواج-مجلة المعيار، دورية علمية محكمة 2004/1425 ص 16.

الباب الأول..... الفصل الثاني: نظام النيابة الشرعية ومماية الأطفال ذوي المراتز الخاصة

ولا يُجيز القانون زواج القاصر إلا في حال الضرورة أو المصلحة، إذا تأكدت القدرة على الزواج حسب المادة 7 ق أ، حيث يكون ترخيص القاضي عن طريق أمر على عريضة بعد الاطلاع على رأي النيابة العامة، وهو الترخيص الذي يصدر عادة عن رئيس المحكمة أو قاضي شؤون الأسرة، كما يكتسب القاصر أيضا أهلية التقاضي بنفسه فيما يتعلق بآثار عقد الزواج حتى لا يحتاج لوليّه أو وصيّيه للتقاضي بدلا عنه.

وإن لم يوضّح القانون السنّ الأدنى التي يمكن فيها السماح بتزويج القاصر، إلا أن السلطة التقديرية للقاضي تبقى الفيصل عندما يتعلّق الأمر بتحديد مدى القدرة على الزواج حسبما جاء في المادة السابقة الذكر، مع أنه كان من الأفضل تحديد سنّ دنيا لا يُسمح بالزواج دون بلوغها مثل 17 أو 16 سنة، لما ثبت في بعض الحالات من الأضرار الجسدية والنفسية البالغة للزواج المبكر.

ويتولّى تزويج القاصر حسب المادة 2/11 ق أ، الأب أولا ثم يخلّ بعده بقية الأقارب، ثم القاضي وليّ من لا ولي له، فلم ينص المشرّع على ترتيب أولياء الزواج بعد الأب، بل يمكن لأيّ من الأقارب الاضطلاع بتلك المهمة شرط أن يكون الأقرب للقاصر، تبعا لأن المشرّع استعمل عبارة الأقارب الأولين، ما يشير إلى ضرورة احترام درجة القرابة فلا يزوّج الأبعد مع وجود الأقرب، وفي جميع الحالات فإن الإجراءات التي أقرها القانون لزواج القاصر، من شأنها السّماح للقاضي التأكّد من توفر الشروط اللازمة للزواج لحمايته وحرصا على مستقبله لأن القاضي وليّ من لا ولي له.

وعليه يتم زواج القاصر عبر مراحل، تتمثّل بداية في تقديم الطلب منه أو من الولي أو النيابة العامة أو صاحب المصلحة للقاضي المكلف بشؤون الأسرة، الذي يدرس الطلب بناء على معياريّ المصلحة والضرورة فضلا عن القدرة على الزواج، وإذا أذن به أصدر أمرا على عريضة للسّماح بالزواج، حينها يأتي دور الولي لإبرام العقد، مع ضرورة توقّر الشروط الأخرى المتمثلة في الصداق والشهود وانعدام الموانع الشرعية.

وبما أن القاصر غير مكتمل الأهلية فإن وليّه يبرم عنه عقد الزواج، غير أن الإشكالية تكمن في محاولة التوفيق بين هذا المبدأ وبين ما جاءت به المادة 13 ق أ التي اعتبرت أنه من غير الجائز

للولي حتى ولو كان أبا أن يزوّج القاصرة التي في ولايته جبراً أو أن يزوّجها دون موافقتها، فعندما أجاز القانون للأب تزويج القاصر بعد إذن القاضي اعتبر أن المعيار هو المصلحة والضرورة والقدرة على الزواج دون ذكر إرادة القاصر، إلا أنه عندما ألغى ولاية الإجماع على القاصر أخذ بعين الاعتبار إرادة القاصرة في الزواج من عدمه واشترط موافقتها على الزواج⁽¹⁾، مع الإشارة إلى أن اجتهاد المحكمة العليا ذهب إلى إثبات حق الخيار للقاصرة التي بلغت الرشد بعد انعقاد الزواج⁽²⁾، حيث أقر لها حق فسخ العقد أو طلب التطليق قبل البناء.

ويأتي رأي القانون في عدم السماح بزواج القصر كقاعدة عامة، متماشياً مع ما ذهب إليه بعض الفقهاء الذين اعتبروا أنّ ولاية الإجماع لا تثبت أبداً على الصغير والصغيرة، لأن الصغر عندهم يتنافى مع مقتضيات عقد الزواج الذي لا تظهر آثاره إلا بعد البلوغ، فلا حاجة إليه قبله وبالتالي لا ولاية على الصغار، لأن إثبات الزواج عليهم قبل البلوغ فيه اضرار بهم لأنهم يجدون أنفسهم بعد البلوغ مكبلين به، مستدلين بأن الله سبحانه وتعالى جعل بلوغ النكاح هو الحدّ الفاصل بين القصور والكمال في قوله تعالى: ﴿وَابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْعُوهُمْ إِلَىٰهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ سورة النساء الآية 6⁽³⁾.

ثانياً- طلاق القاصر:

لا يقع طلاق الصبي عند الملكية في حين يصح عقده الزواج ويخيّر وليه فيه، والمشهور عن مالك أن طلاق الصبي لا يلزمه حتى يبلغ، وقال عطاء إذا بلغ اثني عشر لزمه، ورؤي عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه أيضاً، والسبب في ذلك - كما قالوا- أن النكاح يُعتبر سبباً للإباحة والصبي من أهل الإباحة والندب والكرهية، أما الطلاق فهو سبب للتحريم وهو ليس أهلاً له، وقيل أيضاً أن الطلاق حدّ من الحدود ولا حدّ على الصبي، أما النكاح فيجري مجرى المعاوضة ولذلك يكون

⁽¹⁾ تنص المادة 13 ق أ: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها".

⁽²⁾ القرار 255711 المؤرخ في 21-02-2001 المجلة القضائية 2002 عدد 2 ص 424.

⁽³⁾ محمد أبو زهرة-عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي طبعة 1971 ص 155.

الخيار فيه للوليّ، ولو تم تزويج الصّغير من وليّه أبا أو غيره كان له التطبيق إذا بلغ⁽¹⁾.

و المشهور عند الحنفية أن الصبيّ ليس أهلاً لإيقاع الطلاق⁽²⁾، فيما ذكر السرخسي أن له ذلك لأن من يملك النكاح يملك الطلاق إذا وقع الضرر، وقيل يصح طلاق الصبي ولا ينفذ ولو كان مميّزاً عاقلاً لفقدان أهلية التصرف خاصة التصرف الدائر بين النفع والضرر، وهو ما نقل عن ابن المسيّب وابن عمر رضي الله عنهم⁽³⁾، وفي حال تم تزويج الصغير أو الصغيرة من غير كفاء أو بغبن فاحش يفسخ النكاح قضاءً، وينصّب القاضي خصماً عن الصّغير الذي لا ولي له ولا وصي ليخاصم عنه في النكاح، فإذا فسخ بالخيار بعد البلوغ يكون فسخاً لا ينقص عدد الطلقات، وتعتبر الفرقة بالخيار فسخاً كأن العقد لم يكن⁽⁴⁾.

ولا يصح عند الشافعية الطلاق إلا من زوج بالغ عاقل مختار⁽⁵⁾، وللطلاق عندهم خمسة أركان هي الصيغة والمحل والولاية والقصد والمطلق، وشرط في المطلق التكليف فلا يصح من صبيّ، مستدلين في ذلك بقوله ﷺ: {رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ... الصبيّ حتى يبلغ}⁽⁶⁾، ورفع القلم عنهم بمعنى بطلان تصرفهم، والمراد في هذه الحالة: "قلم خطاب التكليف أما قلم خطاب الوضع فهو ثابت في

(1) الخرشبي-الخرشي على مختصر خليل 198/3-199-202، ابن رشد-بداية المجتهد ونهاية المقتصد 82/2، القراني-الذخيرة 206/4-222.

(2) الطلاق عندهم: "رفع القيد الثابت شرعاً بالنكاح تطبيقاً واحدة في طهر لا وطء فيه"، ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ ولو مكرهاً، النسفي-البحر الرائق 3/409-424-434.

(3) ابن عابدين-رد المختار على الدر المختار 362/4.

(4) ابن عابدين-رد المختار على الدر المختار 4/170 إلى 176.

(5) الطلاق عندهم: "حلّ عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه"، وقال النووي هو تصرف مملوك للزوج يحدّثه بلا سبب فيقطع النكاح، وأصل مشروعيته من الكتاب قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَيْنِ فَإِمْسَالُهُ وَمِغْرُوبُهُ أَوْ تَسْرِيْعُهُ بِإِحْسَانٍ﴾ سورة البقرة الآية 229، وقوله عزّ وجل: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ سورة الطلاق الآية 1، ومن السنة قوله ﷺ: {ما أحل الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق} أخرجه الحاكم-كتاب الطلاق، الحديث رقم 2794، أبو عبد الله الحاكم-المستدرک على الصحيحين، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الثانية 2002، 214/2، أنظر في المسألة: البجيرمي-البجيرمي على الخطيب 4/26، الشريبي-مغني المحتاج 3/368.

(6) رواه الدارقطني في سننه كتاب الحدود والديات الحديث رقم 173، علي بن عمر الدارقطني-سنن الدارقطني، دار ابن حزم بيروت، الطبعة الأولى 2011 ص 709.

حقه بدليل ضمان ما أتلفه"⁽¹⁾، وهو ما يعبر عنه أهل القانون بأهلية الآداء وأهلية الوجوب.

كما لا يصح عندهم الإيلاء⁽²⁾ إلا من زوج بالغ عاقل قادر على الوطاء لقوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤُولُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ خَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ سورة البقرة الآية 226، فلا يصح من صبيٍّ ومجنون لرفع القلم عنهم، كما لا ينفذ الإيلاء على الصغيرة التي لا توطأ لأن المانع من قبلها، وتُنظر حتى تصبح ممّن يوطأن أو تبلغ حتى تحسب مدّة الإيلاء وهي أربعة أشهر⁽³⁾.

أما الحنابلة فقالوا في رواية عن أحمد أن طلاق الصبي المميّز يقع، والصبي عندهم من بلغ عشر سنين أو هو الذي يعرف معنى الطلاق، وهو المذهب كما قال المرادوي، وفي رواية لا يقع لأنه مرفوع عنه القلم، فإذا عقل الصبي الطلاق فطلق لزمه وفقاً لأكثر روايات أحمد وهو ما اختاره الخرقى أيضاً، أما الصبي الذي لا يعقل فلا خلاف أنه لا طلاق له، وهو قول سعيد بن المسيّب وعطاء والحسن والشعبي وإسحاق، لقوله ﷺ: {الطلاق لمن أخذ بالساق}⁽⁴⁾، وقوله عليه الصلاة والسلام: {كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله}⁽⁵⁾، وأكثر روايات أحمد للصبي الذي يقع طلاقه تحدّد بذلك من يعقل من الصبيان، ومن أجاز طلاق الصبي أجاز توكيله في الطلاق أيضاً، وكذا الصبيّة التي تطلب من زوجها الصبيّ وضع أمر طلاقها بيدها فوضعه فطلّقت نفسها، فإنه لا يقع إلا أن تكون ممّن يعقل الطلاق⁽⁶⁾.

(1) الشيرازي-المهذب في فقه الشافعي 3/3، الشريبي-مغني المحتاج 3/368، البجيرمي-البجيرمي-على الخطيب 4/270-308.
(2) الإيلاء شرعاً هو: "حلف زوج يصح طلاقه على امتناعه من وطاء زوجته مطلقاً أو فوق أربعة أشهر"، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤُولُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ خَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ سورة البقرة الآية 226، وأركانه ستة: "حالف ومحلوف به، ومحلوف عليه، ومدّة وصيغة وزوجان"، انظر البجيرمي على الخطيب 4/331.
(3) وإن لم يطلقها ولم يطأها حتى انقضت المدّة، طالبت به بالفداء أو الطلاق لقوله عز وجل: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤُولُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ خَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ مَرَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ سورة البقرة الآيتان 226-227، وإن وطئها في الفرج يسقط الإيلاء لأن به يزول الضرر عنها وإلا فلا، وفي وجوب الكفارة عليه لحث القسم اختلاف، وإن امتنع عن الطلاق طلق عنه الحاكم، انظر الشيرازي-المهذب في فقه الشافعي 3/52-58-59-61.
(4) رواه ابن ماجة في كتاب الطلاق باب طلاق العبد، الحديث 2081، أبو عبد الله ابن ماجة-سنن ابن ماجة 1/672.
(5) رواه الترمذي في كتاب الطلاق باب ما جاء في طلاق المعتوه الحديث 1191، الترمذي-جامع الترمذي 212.
(6) الزركشي-شرح الزركشي 3/350، ابن قدامة-المغني شرح مختصر الخرقى 10/349-350، المرادوي-الانصاف 8/431.

ويصحّ ظهار كل من يصحّ طلاقه عندهم، وعليه يصحّ ظهار الصبي حيث يصحّ طلاقه، وفي رواية عن الإمام أحمد أنه سؤى بينه وبين الطلاق، وقيل أنه لا يقع ظهاره لأنه مبني على يمين الكفارة فلا تنعقد كاليمين بالله تعالى، ولأن "الكفارة وجبت لما فيه من قول المنكر والنور وذلك مرفوع عن الصبي لرفع القلم عنه"، كما لا يصحّ إيلاء الصبي إن كان غير مميّز⁽¹⁾، وإن كان مميّزاً صحّ إيلاؤه على الصحيح في المذهب، بمعنى أنه يصحّ من كل من يصحّ منه الطلاق، فيما لا يصحّ اللعان إلا بين زوجين بالغين عاقلين⁽²⁾.

فجمهور الفقهاء لا يوقعون طلاق الصبي قبل البلوغ، فيما يمكن حل عقد الزواج في القانون بالطلاق بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة بنص المادة 48 ق أ، وإرادة الزوج الذي يريد الطلاق في هذه الحالة تقتضي توقّره على الأهلية الكاملة للزواج التي حدّتها المادة 7 ق أ ب 19 سنة كاملة للرجل والمرأة، غير أن المشرّع قد أذن بزواج القاصر قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة بتوفر قدرة الطرفين على الزواج، وأوضحت الفقرة الثانية من المادة 7 ق أ بأن الزوج يكتسب أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق وواجبات، ولم يذكر القانون امكانية ايقاع الطلاق من الزوج القاصر الذي أذن بزواجه، ولم يذكر كذلك إمكانية طلب التطليق أو الخلع من الزوجة القاصرة، وهو ما يفتح المجال للاجتهاد والتأويل، إلا أنه يمكن في هذه الحالة اعتبار الإذن بزواج القاصر أو القاصرة من قبيل الترشيح الذي يجيز إيقاع الطلاق من الزوج، وطلب التطليق والخلع من الزوجة.

⁽¹⁾ والايلاء هو حلف الزوج القادر على الوطاء بالله أو بصفة من صفاته على ترك وطء زوجته في قبلها مدة زائدة على أربعة أشهر، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصٌ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ﴾ سورة البقرة الآية 226، وثبت عن رسول الله ﷺ أن آلى من نسائه أو من بعض نسائه شهراً، أخرجه البخاري في كتاب الطلاق باب قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصٌ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ﴾ الحديث رقم 5289، صحيح البخاري ص 1348، وانظر في المسألة الزركشي - شرح الزركشي 3/399، المرادوي - الانصاف 182/9-242.

⁽²⁾ المرادوي - الانصاف 3/198، ابن قدامة - المغني شرح مختصر الخرقى 11/56.

الفرع الثاني: ترتيب الأولياء والشروط الواجبة فيهم

البند الأول: ترتيب الأولياء على نفس القاصر

أولاً-ترتيب الأولياء في الفقه الاسلامي:

اختلف الفقهاء في ترتيب أصحاب الحق في الولاية وفقاً لما يأتي بيانه:

تثبت عند المالكية ولاية النكاح للابن ثم ابنة ثم الأب ثم الأخ ثم ابنة وإن نزل، ثم الجد ثم العم ثم ابنة وإن نزل، ويقدم الشقيق على الذي لأب، وأسباب التقدم هي نفسها في الموارث وفقاً للنسب. ولا اجبار على المرأة البالغ عندهم وأولى بها ابنتها وإن نزل، ويقدم على الأب في الولاية عليها لأنه أقوى عصبه من الأب في الميراث وغيره، ثم يأتي الأب بعد الابن وابن الابن ثم بقية الأولياء على ترتيب الميراث، ولو عقد الزواج بالولاية العامة وهي ولاية الحاكم أو القاضي مع وجود الولي المحبر- وهو الأب ووصيه- كما في حال الفتاة البكر فإن النكاح لا يصح ويفسخ ولو أجازته الولي المحبر، ويفسخ تزويج الحاكم أو غيره من أولياء المرأة المحبرة بكرة كانت أو ثيباً، صغيرة أو كبيرة في حال كانت غيبة أبيها غيبة قريبة مثل عشرة أيام حتى وإن ولدت الأولاد وأجازته الأب، ما لم يكن هناك اضرار من الأب فيعدّ عاضلاً ويُأمر بتزويجها أو يُزوجها القاضي، أما إذا كانت غيبة الأب طويلة وفي مكان بعيد فيزوج الحاكم الفتاة المحبرة ولو بدون اذنها خشية افتقارها للنفقة أو فساد أخلاقها، أما إذا زوج بنت الولي غير المحبر فإنه لا يفسخ النكاح إذا طال سنين كثيرة وأنجبت أولاداً، ويمكن للولي الأقرب إجازة النكاح وكذا القاضي إذا لم يوجد لها ولي، وفي غير الولي المحبر يصح النكاح بالولاية العامة وبالأبعد مع وجود الأقرب كالعم مع الأخ أو الأخ لأب مع الأخ الشقيق، والصحة مبنية على أن تقدم الأقرب من باب الأولوية وليس الوجوب⁽¹⁾.

وتكون الولاية عند الحنفية أيضاً بترتيب الميراث، فيقدم الابن على الأب لأنه يتقدمه في الميراث، وإن نزل ثم للأب والجد، وإن لم يوجد عصبه فالولاية للأم ثم للأخت لأب وأم، ثم لأب

⁽¹⁾ انظر في المسألة: الخرخشي-الخرشي على مختصر خليل 179/3 إلى 186، ابن رشد-بداية المجتهد 15/2، القراني-الذخيرة 246-245/4.

ثم لولد الأم ثم لذوي الأرحام ثم للحاكم، وهذا عند أبي حنيفة أما عند الشيخين فلا ولاية لغير العصابات⁽¹⁾.

في حين يثبت الشافعية ولاية الزواج للعصابات لأنها تثبت عندهم لدفع العار عن النسب والنسب يرجع إلى العصابات، وعليه فأحقّ الأولياء بالتزويج يكون الأب لأن سائر الأولياء يدلون به ولأنه أشفقهم على ابنته، ثم الجدّ وإن علا، ثم أخ شقيق أو لأب، ثم ابن الأخ وإن سفل، ثم عم شقيق أو لأب ثم ابنه، ثم سائر العصابات من القرابة كالإرث، ولا يثبتون لابن تزويج أمه خلافاً للأئمة الثلاثة لأنه لا يدلي لها بالنسب ولأن انتسابها لأبيها وانتسابه لأبيه، وإذا لم يوجد ولي يزوّج السلطان وكذلك إذا عضل الويّ، أما الحجره من الأب والجدّ فيجوز لهما منعها ولو عيّنت كفاء⁽²⁾.

وأحقّ الأولياء بعقد نكاح المرأة أبوها عند الحنابلة، وهو المذهب لأنه: "أشد شفقة لذلك يختص بولاية المال أيضاً"، ولأن الأب يلي ولده في صغره وسفهه وجنونه وفي سائر ما تثبت الولاية عليه، ثم أبوه (الجدّ) وإن علا، لأن له التعصيب كالأب، ثم ابنها وإن سفل، ثم أخوها لأبيها وأُمّها، والأخ لأب مثله لأنه يستوي معه في جهة الولاية وهي العصبه من جهة الأب، ثم أولادهم وإن نزلوا، ثم العمومة ثم أولادهم ثم عمومة الأب، حيث بعد الإخوة يقدم الأقرب فالأقرب من العصابات على ترتيب الميراث قياساً، لأن الولاية: "مبناها على النظر والشفقة ومظنة ذلك القرابة" والأحقّ بالميراث هو الأقرب فكان أحق بالولاية، ثم السلطان، ووكيل كل هؤلاء يقوم مقامه وإن كان حاضراً، وإذا زوّج الأبعد بحضور الأقرب كالأخ مع الأب أو العم مع الأخ، فالنكاح فاسد على المشهور إذا لم يوجد عضل⁽³⁾.

وإن عَضَلَ الأقرب من الأولياء زوّج الأبعد، والعضل يكون بمنع المرأة من التزوّج بكفئها إذا

(1) النسفي-البحر الرائق 3/208-218.

(2) الشريبي-مغني المحتاج 3/203-208، البجيرمي-البجيرمي على الخطيب 4/142-144-147، الشيرازي-المهدّب في فقه الشافعي 2/427-429.

(3) الزركشي-شرح الزركشي 3/119-133، المرادوي-الانصاف 8/69-70.

طلبت ذلك ورغب كل منهما في الآخر، سواء طلبت ذلك بمهر مثلها أو دونه، وإن غاب الولي غيبة منقطعة زوّج الأبعد عندهم على المذهب، وإذا زوّج المرأة الولي الأبعد من غير عذر أو زوّج الأجنبي لا يصحّ النكاح، وقيل يصحّ ويقف على إجازة الولي، وفي قول آخر إن كان الزوج كفؤاً أمر الحاكم الولي بالإجازة وإلا صار عاضلاً⁽¹⁾.

وعليه، يرتّب كل من المالكية والحنفية ولاية تزويج المرأة وفقاً لترتيب استحقاق الميراث، فيرون أن الابن أحقّ من يتولى زواج المرأة ثم ابنه قبل الأب، ثم بقية الأقارب وفقاً لترتيب الميراث، فيما يرى الحنابلة أن الأب أحقّ ثم بعده الجدّ ثم الابن بعدهما، وعليه أثبت الجمهور ولاية الابن في زواج المرأة على اعتبار أنه أقوى عصبية من الأب في الميراث، غير أن زواج الصغيرة لا يُتصوّر فيه الكلام عن ولاية ابنها سيما إذا كانت بكرًا لم يسبق لها الزواج، ما يفرض ثبوت الولاية لمن بعده في الترتيب عند كل من المالكية والحنفية وهو الأب، فيما يلي الأب ابنته قبل الابن عند الحنابلة، وعند الشافعية يتولّى الأب زواج ابنته كأحقّ الأولياء لأن ولاية الزواج عندهم للعصبات وهي "لدفْع العار عن النسب"، وهو أولى بها لأن سائر الأولياء يدلون به ولأنه أشفقهم على ابنته، فيما استبعدوا تماماً ولاية الابن لأنه لا يدلي لأمه بالنسب.

وفي هذا الإطار، يقسّم الامام أبو زهرة الأولياء وفقاً لتوقّر معيار "الشفقة" أو العاطفة على المولّى عليه ومعيار حسن الاختيار له، وصنّفهم إلى ثلاثة أصناف، الأوّل يندرج فيه الأب والجدّ والابن الذين لم يعرف عنهم سوء الاختيار والفسق، حيث يثبت عقدهم للزواج ولا يكون للمولّى عليهم حق الخيار بعد البلوغ، والثاني هم الأب والجدّ والابن الذين عرفوا بسوء الاختيار والفسق والمجون حيث قال أبو حنيفة وصاحبه بجواز تزويج أحدهم بشرط أن يكون الزواج من كفاء وبمهر المثل فلا يثبت بعدها الخيار للمولّى عليه بعد البلوغ، وإن كان غير ذلك لم يصحّ الزواج، والثالث هم بقية العصبات غير الأب والجدّ والابن وهم من قرابة الحواشي الذين لم تكتمل شفقتهم كشفقة الأب وهؤلاء لا يصحّ التزويج منهم إلا بكفاء وبمهر المثل، لأن نقص الشفقة لديهم يقتضي التمسك بالمصلحة الظاهرة⁽²⁾.

(1) المرادوي - الانصاف 8/75-81.

(2) محمد أبو زهرة - عقد الزواج وأثاره ص 167.

ثانيا-ترتيب الأولياء في القانون:

فَرَّقَ المَشْرَعُ في المادة 87 ق أ بين الولاية على القاصر في حال قيام الزوجية وفي حال انقضائها بالانفصال أو الوفاة، فجعل في الأولى الأب ولياً على ابنه منذ ولادته إلى بلوغه، لأن دافع الأب الأول هو العطف والرحمة، ولا ينازعه في الولاية على ولده أحد حتى الأم، إلا استثناءً في حالة غيابه أو حصول مانع له، حيث يَحَقُّ لها أن تحل محلّه في حالات الضرورة للاضطلاع بالأمر الاستعجالية، أما في حال وفاة الأب فتحلّ الأم محلّه بصفة دائمة وكذا في حال إسناد الحضانة لها بعد الطلاق⁽¹⁾.

ومن الضروري احترام ترتيب استحقاق الولاية على نفس القاصر تحت طائلة البطلان، حيث قضت المحكمة العليا أنه لا يجوز منح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب إلا بوجود سبب مثبت قضاءً، مثل تعارض المصالح وإلا يقع مثل هذا الحكم باطلاً⁽²⁾.

غير أن الإشكالية المطروحة في حال ثبوت الولاية للأم، إمكانية اضطلاعها بولاية تزويج القاصر الذي تليه، وخاصة الفتاة في حال إجازة زواجها من القاضي وفقاً للمادة 2/7 ق أ التي رخصت بزواج القاصر لمصلحة أو ضرورة إذا توفرت القدرة على الزواج، كما أن المادة 2/11 ق أ نصّت أن زواج القصر يتولاه أولياؤهم وحصرت الأمر في الأب ثم بقية الأقارب المقربين ثم القاضي دون إشارة للأم، وهو ما يشير إلى أن المشرع قد أقر التمييز بين الولاية على النفس التي تثبت في حال وفاة الأب للأم، وبين ولاية التزويج المحصورة في الأب وبقية الأقارب دون ذكر الأم، ثم للقاضي وهو ولي من لا ولي له.

غير أن الأمر يتطلب توضيح ترتيب أولياء الزواج بعد الأب، كالتسامح مثلاً لو وصّى الأب أو العم أو الجدّ أو غيرهم بتولي زواج القاصر المتوفّي أبوها، قبل الانتقال بعدها لولاية القاضي.

⁽¹⁾ لا حاجة للأم أن تستصدر حكماً قضائياً لتحل محل الأب في الولاية على صغارها في حالة وفاته، أنظر لحسين آث ملويا-قانون الأسرة ص 91، وانظر أحمد نصر الجندي-شرح قانون الأسرة الجزائري ص 175.

⁽²⁾ القرار رقم 187692 المؤرخ في 23-12-1997 غير منشور، أنظر نبيل صقر-قانون الأسرة نصاً وفقها وتطبيقاً ص 292.

ولم يوضّح المشرّع في المادة 87 ق أ أو بعدها من تنتقل إليه الولاية على نفس القاصر في حال انعدام الأب والأم أو حصول مانع لهما، سواء من الأقارب أو غيرهم، لكن الواقع يفرض انتقال الولاية لمن يتولّى رعاية الطفل بصفة قانونية، وفي هذه الحالة إمّا الوصي الذي يعيّنه الأب أو الجدّ في حالة غياب الأم وفق المادة 92 ق أ، وإمّا الكفيل الذي تحوّله الكفالة الولاية القانونية للطفل بما فيها ولاية النفس والمال حسب المادتين 121 و122 ق أ، أو المقدم الذي تعيّنه المحكمة في حالة انعدام الولي والوصي بناء على طلب أحد الأقارب أو من له مصلحة أو من النيابة العامة، حيث يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس أحكامه حسب المادة 99 ق أ.

البند الثاني: شروط أولياء الزواج

يشترط الفقهاء في الولي العقل والتكليف فلا يلي عندهم صغير، مع أن الحنفية والحنابلة أجازوا ولاية المميّز، كما يشترط في الولي الأمانة وأن يكون حاضرا في بلد الفتاة المولّى عليها وألا يكون عاضلا، وإلا يحلّ السلطان مكانه في التزويج، وتفصيل ذلك كالآتي:

اعتبر المالكية الولي من أركان الزواج بالإضافة إلى الصداق والمحلّ والصيغة، وقال الامام مالك بأنه شرط صحّة وأن لا نكاح من دون وليّ، ومن الشروط المعتبرة في الولي عندهم التكليف والعقل، فإذا تزوّج صبيّ بغير اذن أبيه أو وصيّيه لا يمكن إجازة عقده مطلقا كما قال سحنون الذي جعل البلوغ شرطا في الصحّة، فيما قال مالك إن أجازته وليّه جاز وإن فسخه قبل الدخول أو بعده فلا صداق، أما الصغير المميّز فإذا تولّى عقده بنفسه من غير اذن وليّه فإن لوليّه أن ينظر الأصلح له⁽¹⁾.

كما يشترط حضور الولي في مكان إقامة المولّى عليها وألا يكون عاضلا، لذلك قال المالكية أنّ من كانت غيبة أبيها طويلة وفي مكان بعيد، يضطلع حينها الحاكم أو القاضي بتزويجها ولو كانت مجبرة ولو بدون اذنها خشية افتقارها للنفقة أو فساد أخلاقها، أما من كانت غيبة أبيها

⁽¹⁾الخرشي-الخرشي على مختصر خليل 177/3، القرابي- الذخيرة 206/4.

قريبة كنحو عشرة أيام وزوّجت فيفسخ زواجها بكر كانت أو ثيباً، صغيرة أو كبيرة⁽¹⁾.

والولي عند الحنفية شرط صحّة نكاح الصغيرة، ويشترط فيه البلوغ والعقل إذ لا ولاية لمن لا يلي نفسه، فيما يكفي عندهم التمييز من الذكر في عقد الزواج، كما يشترط فيه العدالة مع أنهم أجازوا ولاية الفاسق بشرط "ألا يكون متهتكاً بحيث لا يبالي أن يهتك ستره"، بالإضافة إلى الذكورة والإسلام، وأن يكون وارثاً من العصبه⁽²⁾.

ولا يصحّ عند الشافعية نكاح إلا بالولي أو مأذونه أو القائم مقامه كالحاكم عند فقده، أو غيبته الشرعية أو إحرامه أو عضله، فإن عضل لأكثر من مرتين اعتبر عندهم فاسقاً وتنتقل الولاية للأبعد⁽³⁾، وإن غاب الولي لمسافة تُقصر فيها الصلاة زوّجها السلطان وليس من يأتي بعد الولي في الترتيب، لأن ولاية الغائب باقية فيزوّجها السلطان مكانه ويصحّ العقد، ولا يجوز أن يكون الولي صغيراً لأنه لا يملك العقد لنفسه فلا يملكه لغيره، ومتى كان الولي الأقرب في الزواج صبيّاً أو مجنوناً أو مختلاً أو محجوراً بسفه، ثبتت الولاية للأبعد لأن: "النكاح لا يصحّ إلا من جائز التصرف لأنه عقد معاوضة فلا يصحّ من الصبيّ كالبيع"⁽⁴⁾، وإذا لم يوجد ولي يزوّج السلطان مكانه وكذلك إذا كان العضل من الولي، أما إذا تساوى الأولياء كالإخوة الأشقاء وعضل من ثبتت ولايته بالقرعة، فيزوّجها غيره منهم ولا تنتقل للسلطان سواء عضل ثلاثاً أو لا⁽⁵⁾.

ولا ينعقد النكاح عند الحنابلة إلا بولي فهو شرط صحّة على المذهب، وإن كان الأقرب من عصبتها طفلاً، زوّج الأبعد "لأن من لا عقل له لا يلي لنفسه فغيره أولى"، فيما تصحّ عندهم ولاية المميّز وهو ابن عشر سنين في إحدى روايتي أحمد لأنه تصحّ وصيته وعتقه وطلاقه على

(1) ابن رشد- بداية المجتهد ونهاية المقتصد 15/2، القرافي- الذخيرة 245/4.

(2) ابن عابدين- رد المختار على الدر المختار 153/4، النسفي- البحر الرائق 3/138-193-420.

(3) والعضل يكون إذا طلبت بالغة عاقلة بالزواج من كفاء وامتنع الولي، والعضل مرة أو مرتين صغيرة وقال النووي بأن العضل إذا كان ثلاثاً فهو كبيرة بإجماع المسلمين.

(4) الشريبي- مغني المحتاج 3/223، الشيرازي- المهذب في فقه الشافعي 2/428-429-433، البحيري- البحيري على الخطيب 123/4.

(5) البحيري- البحيري على الخطيب 4/147، الشيرازي- المهذب في فقه الشافعي 2/429.

الصحيح فكان مثل البالغ، غير أن المشهور في المذهب اشتراط البلوغ التام لأن الولاية يُعتبر فيها الكمال ومن لم يبلغ قاصرٌ لثبوت الولاية عليه⁽¹⁾.

و لم يحدّد قانون الأسرة شروط ولي زواج القاصر أو الولي على نفسه أو ماله⁽²⁾، في حين اشترط أن يكون الوصي مسلماً عاقلاً بالغاً قادراً أميناً حسن التصرف حسب المادة 93 ق أ، وللقاضي حق عزله إذا تخلف أحد الشروط، وإن كان من المنطق تطبيق ذات الأحكام على الولي لولا الإشكالية المتمثلة في عدم عرض الولاية على القاضي كما هو الحال بالنسبة للوصاية وفق المادة 94 ق أ، ما يحول دون تأكيد القاضي من توفّر الشروط السابق ذكرها في الولي أو السهر على استمرارها مدة الولاية.

الفرع الثالث: نهاية الولاية على نفس القاصر

البند الأول: النهاية التلقائية للولاية

يدور حكم الولاية شرعاً مع علته وجوداً وعدماً، وبما أن علته الصغر فإنها تزول بزوال هذا الوصف ببلوغ القاصر حدّاً يقدر فيه على تدبّر شؤونه بنفسه، وتزول عن الأنثى بالبلوغ عند الحنفية وبالزواج عند الشافعية والحنابلة وتزول عند المالكية بالزواج والبلوغ⁽³⁾.

فإذا احتل شرط من شروط ممارسة الولاية تنتهي مهمة الولي دون أن تتوقف الولاية لتعلّقها بحفظ وصيانة القاصر، بل تنتقل الولاية إلى من هو أحقّ بها بعد الذي أسقطت عنه وفقاً لترتيب استحقاق الأولياء عند كل مذهب كما سبق بيانه.

وقال المالكية تُرفع الولاية على نفس الصبي والفتاة إذا بلغا عاقلين، ويكون البلوغ بعلامات منها السن وهي مشتركة بين الذكر والأنثى بتمام ثمانية عشر سنة عند خليل، أو بستة عشر أو

⁽¹⁾ الزركشي - شرح الزركشي 119/3 إلى 124، المرادوي - الانصاف 70/8.

⁽²⁾ يرى الأستاذ نبيل صقر أنه يشترط في الولي على نفس القاصر أن يكون عاقلاً بالغاً متحداً معه في الدين، أميناً غير مفسد، فإذا فقد أحد الشروط كعدم أمانة الأب وفساد أخلاقه، انتقلت ولايته حسب الترتيب إلى الأصح من العصباء، نبيل صقر - قانون الأسرة نضا وفقها وتطبيقاً ص 290.

⁽³⁾ محمود باسل الحايي - فقه الطفولة ص 58.

خمسة عشر عند غيره، أو بعلامات جسدية ذكر منها الفقهاء انبات شعر العانة والاحتلام وهو مشترك بين الذكر والأنثى، ومنها فرق الأرنبة وبتن الإبطن وغلظ الصوت عند الذكر، والحيض والحمل عند الأنثى⁽¹⁾، ويكون البلوغ عند الحنفية بالاحتلام والاحبال والانزال للذكر، وللفتاة بالاحتلام والحيض والحبل، ويكون أيضا بالسّن وهي خمس عشرة سنة كما هو مُفتى به عندهم، وأدنى سن البلوغ اثنتا عشرة سنة للذكر وتسع سنوات للفتاة⁽²⁾، وقال الحنابلة أن البلوغ يحدث عند الغلام والبنت بالاحتلام وهو: "خروج المني الدافق لذة" لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا﴾ سورة النور الآية 59، وقول رسول الله ﷺ: {رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ..} ⁽³⁾، وبنبات الشعر حول ذكر الرجل وفرج المرأة وحول الفرجين إن كان خُنثى، لحديث بني قريظة، وباستكمال خمس عشرة سنة، لحديث ابن عمر رضي الله عنه أنه عُرِضَ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ يَوْمَ أَحَدٍ وَهُوَ ابْنُ أَرْبَعِ عَشْرَ سَنَةٍ فَلَمْ يَجْزِهِ، وَعُرِضَتْ عَلَيْهِ يَوْمَ الْخَنْدَقِ وَهُوَ ابْنُ خَمْسِ عَشْرَةَ فَأَجَازَهُ"⁽⁴⁾، وتزيد البنت بالحيض⁽⁵⁾.

و تنتهي الولاية على نفس القاصر قانونا بمجرد اكتمال أهليته وبلوغه سن الرشد المقررة بـ19 سنة للذكر والأنثى مع تمتعه بقواه العقلية وعدم الحجر عليه وفق المادة 40 ق م، وبالنسبة لولاية الزواج فإن من بلغ الرشد أمكنه عقد زواجه بنفسه سواء الرجل أو المرأة حسب المادة 7 ق أ التي أكّدت اكتمال أهلية الزواج للذكر والأنثى ببلوغ سن 19 سنة، وأضافت المادة 11 من نفس القانون أن المرأة الراشدة هي التي تعقد زواجها ولو كان ذلك بحضور وليها.

يضاف إلى ذلك حالات انتهاء وظيفة الولي، المنصوص عليها في المادة 91 ق أ، وهي عجزه وموته والحجر عليه واسقاط الولاية عنه، مع الإشارة إلى أن هذه الحالات لا تتمثل في الحقيقة انتهاء الولاية بقدر ما تتمثل سقوط الولاية عمّن يمارسها.

⁽¹⁾الخرشي-الخرشي على مختصر خليل 291/5، ابن رشد-بداية المجتهد 106/2.

⁽²⁾ابن عابدين-رد المختار على الدر المختار 327-325/9.

⁽³⁾سبق تخريجه في الصفحة 99.

⁽⁴⁾أخرجه مسلم في الإمارة باب بيان سن البلوغ الحديث 1868، أنظر صحيح مسلم ص 811.

⁽⁵⁾الزركشي-شرح الزركشي 395/2.

البند الثاني: إجراءات إنهاء الولاية قضاءً

وجب أن نشير بداية إلى أن المشرع تطرّق في القسم الرابع من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مباشرة إلى إجراءات إنهاء الولاية قضاءً، وإذا أخذنا بعين الاعتبار افتراضه أن بداية الولاية على النفس لا تحتاج إلى تدخّل القضاء لأنها تلقائية في أغلب الأحيان بمجرد ولادة الطفل، إلا أن الحال يفرض توضيح إجراءات بداية الولاية على من لا ولي له سيما في حال ممارسة الوصاية أو التقدم أو الكفالة، يضاف إلى ذلك عدم التطرّق إلى كيفية ممارسة الولاية على نفس القاصر وصلاحيات الولي وكيفية الرقابة عليه إن هو أهمل أو زاغ عن هدف تشريع الولاية أو فقد أحد شروط تولّيها.

وهو ما جعل المشرع عرضة لانتقاد رجال القانون على هذه الهفوات التي جاءت عقب صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد رقم 08-09 في 25-02-2008، وكان الأخرى به الإحاطة بموضوع الولاية من الناحية الإجرائية⁽¹⁾.

ويجري إنهاء الولاية قضاءً بمبادرة أحد الوالدين أو ممثّل النيابة العامة أو كل من يهّمه الأمر، وفقاً لإجراءات الدعوى الاستعجالية بتقديم طلب إنهاء الولاية أو سحبها مؤقتاً، ولم توضح المادة 453 ق إ م إ الحالات التي يجوز فيها طلب إنهاء الولاية ولا الجهة التي يقمّم إليها الطلب سيما أنه يتم وفقاً لإجراءات الدعوى الاستعجالية، إلا أنه بالرجوع إلى المادة 458 ق إ م إ نجد أن الاختصاص الإقليمي يتحدّد بمحكمة مقر ممارسة الولاية، وحسب المادة 425 ق إ م إ يمكن استنتاج أن الطلب يودع لدى رئيس قسم شؤون الأسرة الذي منحه المشرع ممارسة صلاحيات قاضي الاستعجال.

أمّا الحالات التي يمكن فيها طلب إنهاء الولاية-وبما أن المشرع لم يحددها حصراً- فإنها تتسع لتشمل كل حالة تهدّد حياة القاصر وصّحته وأخلاقه ونفسيته وتربيته وتعليمه، أو هي كل اختلال في شرط من شروط ممارسة الولاية التي أشار إليها قانون الأسرة.

⁽¹⁾ ومن هؤلاء الأستاذ سائح سنقوقة، أنظر مؤلّفه: شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ص 627.

وقبل الفصل في انهاء الولاية من عدمه يمكن للقاضي-من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الوالدين أو ممثل النيابة العامة-أن يستوضح الحثيات من خلال الاستماع إلى الأب والأم أو القاصر عند الضرورة أو كل شخص آخر له علاقة بموضوع الولاية، كما يمكن للقاضي إذا لم يتمكن من استجلاء الوضع أن يأمر بإجراء تحقيق اجتماعي أو نفساني أو طبي حسب المادة 454 ق إ م إ، ويجوز أن يستعين القاضي في سبيل ذلك بمساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو أية مصلحة مختصة بغرض الاستشارة وفق المادة 425 من ذات القانون، وينظر القاضي في الطلب في غرفة المشورة لضمان السرية بعد الاستماع إلى ممثل النيابة العامة ومحامي الخصوم عند الضرورة وفق المادة 458 ق إ م إ.

وإذا اقتضت مصلحة القاصر جاز للقاضي اتخاذ تدابير مؤقتة ذات علاقة بممارسة الولاية، ويمكنه تعديلها تلقائياً أو بناء على طلب الولي أو القاصر إذا كان مميّزاً أو ممثل النيابة العامة أو كل شخص تتوفر فيه الصفة قانوناً لحماية القاصر حسب المادة 460 ق إ م إ، وهم أساساً الأقارب والأشخاص المقربون أو المكلفون برعايته.

تندرج هذه التدابير التي تتم بواسطة أمر استعجالي، في إطار التدابير المؤقتة التي يتخذها القاضي في انتظار الفصل النهائي في طلب انهاء الولاية، ومنها تعيين ولي مؤقت للقاصر أو إعطاء حق حضنته لأحد الأبوين مؤقتاً أو إلى أحد الأشخاص المبينين في المادة 64 ق أ كالجدة لأم والجدة لأب والعمّة والخالة⁽¹⁾.

وفي حال قرّر القاضي انهاء الولاية يصدر بذلك أمراً استعجالياً، يتكفل الطرف الذي يهّمه التعجيل وهو في هذه الحالة من طلب انهاء الولاية-أحد الأبوين أو ممثل النيابة العامة أو أي شخص يهّمه الأمر-بتبليغه إلى أصحاب الشأن وهم من يتولّى الولاية على القاصر بالإضافة إلى من لهم علاقة كأحد الأبوين أو الكافل أو المقدم أو غيرهم، وذلك خلال 30 يوماً من صدور

⁽¹⁾ سائح سنقوقة-شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ص635، بريرة عبد الرحمان-شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادية الطبعة الثانية 2009 ص344.

أمر انتهاء الولاية، وإلا وقع تحت طائلة السقوط وفق المادة 455 ق إ م إ، على أن يكون الأمر قابلاً للاستئناف من قبل الخصوم خلال 15 يوماً من التبليغ الرسمي، وخلال ذات المدّة من النطق به بالنسبة للنيابة العامة حسب المادة 456 ق إ م إ.

وبعد انتهاء الآجال القانونية للاستئناف في أمر إنهاء الولاية، منح المشرّع استثناءً لوالد القاصر-الذي تم إنهاء ولايته أو سُحبت منه الحقوق المرتبطة بها جزئياً أو كلياً- فرصة استرجاعها عن طريق طلب يقدمه إلى محكمة مقر ممارسة الولاية حسب المادتين 461 و462 ق إ م إ، غير أن القاضي لا يفصل في ذلك الطلب إلا بعد الاستماع إلى تصريحات القاصر ووالده وأمه أو من يتولّى حضنته أو أي شخص آخر يرى ضرورة في سماعه، وبعد تلقيه طلبات دفاع الأطراف المتنازعة وطلبات النيابة العامة، وهو ما يتم داخل غرفة المشورة لضمان السريّة، حيث يكون الأمر الفاصل في الغاء إنهاء الولاية أو الحقوق المرتبطة بها قابلاً للاستئناف في أجل 15 يوماً من يوم تبليغ الأطراف رسمياً ومن يوم النطق به بالنسبة للنيابة العامة وفق المادة 463 ق إ م إ.

المطلب الثاني: الولاية على مال القاصر

الفرع الأول: مفهوم الولاية على المال

تتمحور الولاية على مال القاصر حول رعاية وحفظ ماله والحيلولة دون ضياعه إلى أن يبلغ الرشد، وتعرّف بأنها: "الإشراف على شؤون القاصر المالية بحفظ ماله وتنميته واستيفاء حقوقه والانفاق عليه بما تقتضيه مصلحته وحاجاته"، وتثبت بداية للأب والجد العصبي عند عدمه، وليس لغيرهما في الأصل من الأقرباء توليها إلا بوصيّة منهما أو بوصيّة القاضي حيث يخضعون حينها لأحكام الأوصياء⁽¹⁾.

(1) نبيل صقر- قانون الأسرة نصاً وفقها وتطبيقاً ص 290.

البند الأول: الولاية على مال القاصر والجنين

أولاً-تعريف الولاية على المال:

و يمكن تعريفها بأنها: "إدارة أموال الصغير وتنميتها وحفظها حتى يبلغ النكاح ويؤنس رشداً"⁽¹⁾، أو هي: "السلطة التي يملك بها الولي التصرفات والعقود التي تتعلق بمال المولى عليه من البيع والشراء والإجارة والرهن"⁽²⁾، أو "المحافظة على المال وتنميته واستثماره والتصرف فيه وإدارته، بما يعود على المولى عليه ومجموع الأمة بالربح والفائدة"⁽³⁾.

وعليه أمكن القول أن هذا الشكل من الولاية يتعلق بصلاحيات رعاية أموال القاصر وإدارتها وتنميتها نيابة عنه ممن له حق الولاية عليه إلى أن يبلغ الرشد ويتسلمها بنفسه.

وقد اكتفى المشرع بذكر شروطها وأحكامها سيما المتعلقة بصلاحيات الولي من خلال المواد 87، 88، 89 و 95 ق أ وما بعدها التي توضح كذلك صلاحيات الوصي، حيث أن معيار الخضوع للولاية المالية يتمثل أساساً في نقص الأهلية أو انعدامها بمقتضى المادة 44 ق م، فضلاً عن أسباب أخرى مثل مرض الموت والافلاس والفقدان والعاهات الجسدية.

و تثبت الولاية على مال القاصر مطلقاً في مرحلة عدم التمييز لانعدام أهلية الأداء لديه، ما يعني بطلان جميع تصرفاته المالية ولو تمت بإذن وليه، حيث جاء في المادة 82 ق أ أن: "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنّه طبقاً للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة"، و سن التمييز حسب المادة 42 ق م هي ثلاث عشرة سنة، فبعد بلوغه مرحلة التمييز وإلى غاية سن الرشد المحددة بـ 19 سنة، يكتسب القاصر أهلية أداء ناقصة تجيز له التصرفات النافعة وتردّ عنه الضارة وتجعل تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر متوقفة على إجازة وليه، حسب المادة 83 ق أ التي وافقت ما ذهب إليه الفقهاء في هذا الشأن⁽⁴⁾.

(1) باسل محمود الحايي-فقه الطفولة ص 48.

(2) محمد مصطفى شلي-أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب الأربعة والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة بيروت، الطبعة الثانية 1977 ص 779.

(3) أحمد فراج حسين-المدخل للفقه الإسلامي ص 245.

(4) ابن عابدين-رد المختار على الدر المختار 143/6-173، الشيخ نظام-الفتاوى الهندية 110/5، الصاوي-بلغة السالك 128/2، محمد عرفة الدسوقي-حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، دار الفكر (دت)- (دط) 294/3.

ثانيا- الولاية على مال الجنين:

يتناسب ما جاء في القانون عموما مع الأسباب التي يثبت بها الفقهاء الولاية على المال، حيث اتفقوا على اثبات الولاية المالية على القاصر لضرورة حفظ ماله وتنميته إلى أن يبلغ الرشد ويتسلمه بنفسه⁽¹⁾، غير أن الاختلاف يتعلّق بالولاية على مال الجنين في بطن أمه.

فقال الفريق الأول بعدم ثبوت الولاية على مال الحمل إلا بولادته حيّا ذلك أن: "الحمل لا يلي ولا يؤول عليه"⁽²⁾، فيما ذهب الفريق الثاني إلى إثبات الولاية على ماله قياسا على جواز الوصية والهبة إليه⁽³⁾.

ورأي ثالث يوجب التوفيق بين الفريقين، من خلال اثبات الولاية على مال الحمل الذي تم الإيضاء له أو الهبة له حتى لا يضيع المال، واحتياطا من ولادة الحمل ميتا لا يكون للولي على ماله في هذه المرحلة إلا حفظ المال دون التصرف فيه على اعتبار أنه أمين على المال فقط، إلى غاية ولادة الطفل حيا فيستمر في ولايته أو ميتا فيعيد المال للورثة⁽⁴⁾.

ومع أن المشرّع أثبت بعض الحقوق للحمل كالنسب والإرث والوصية والوقف، على اعتبار أنها لا تحتاج إلى قبول منه، إلا أنه لا يوجد ما يُثبت الولاية على ماله في التشريع الجزائري، لأنّ لا أهلية أداء له، كما أنّ أهلية الوجوب لديه ناقصة وتتوقف على ولادته حيا⁽⁵⁾، والواقع أن أموال الحمل التي آلت إليه بهبة أو وصية أو وقف أو غيرها، تحتاج لمن يرعاها ويحفظها على الأقل من الإهمال أو الضياع سيما إذا كان يتيم الأب ومحروما ممن يرعى مصالحه، ما يثبت الحاجة لتولية من يرعى تلك الأموال حتى لا تضيع.

⁽¹⁾ ابن عابدين-رد المختار على الدر المختار 147/6، الصاوي-بلغة السالك لأقرب المسالك، دار الفكر بيروت (دت)-(دط) 128/2، الشريبي-مغني المحتاج 165/2، ابن قدامة-المغني ويلي الشرح الكبير 508/4.

⁽²⁾ ابن عابدين-رد المختار على الدر المختار 654/6.

⁽³⁾ الشريبي-مغني المحتاج 74/3.

⁽⁴⁾ عبد الأحد ملا رجب-أحكام اليتيم في الفقه الإسلامي ص 75.

⁽⁵⁾ محمد حسنين-الوجيز في نظرية الحق ص 56.

البند الثاني: ترتيب الأولياء والشروط الواجبة فيهم

أولاً-ترتيب الأولياء على مال القاصر:

اتفق الفقهاء على تنصيب الأب كأحقّ الناس بولاية مال القاصر واختلفوا فيما دونه من الأقارب على التفصيل الآتي:

حيث يجعل الملكية الولاية بعد الأب لوصيّيه ثم القاضي ثم وصيّيه، ولا يثبتون الولاية للجدّ مطلقاً أو لوصيّيه عكس الحنفية، ولا تكون عندهم الولاية لبقية العصابات إلا بالوصيّة من الأب أو وصيّيه، في حين أنهم سمحوا للحاضن والكافل بولاية مال القاصر إذا جرى العرف بذلك، وإن لم يُجيزوا ولاية الأمّ إلا أنهم أثبتوا لها الوصاية على أولادها⁽¹⁾، أما الحنفية فالولاية عندهم على مال القاصر تثبت بعد الأب لوصيّيه ثم الجدّ ثم وصيّيه فوصيّيه وصيّيه، لتؤول بعدها الولاية للقاضي ثم وصيّيه، مع استثناء الأمّ لعدم قدرتها وخبرتها بإدارة الأمور المالية⁽²⁾، وذهب الشافعية إلى أن الولاية بعد الأب للجدّ ثم وصيّيه الأب ثم وصيّيه الجدّ، حيث تنتقل الولاية عندهم للجدّ بعد الأب ولو مع وجود وصيّيه الأب عكس الحنفية الذين يجعلون وصيّيه الأب قبل الجدّ، والأصحّ عندهم أن لا ولاية للأمّ بل تنتقل إلى السلطان أو القاضي، وفي قول تجوز ولايتها لأنها أحد الوالدين⁽³⁾، فيما قال الحنابلة بأنّ الولاية المالية من حق الأب ثم وصيّيه ثم القاضي ثم وصيّيه، لأنهم لا يثبتون الولاية المالية للجدّ مثل الملكية⁽⁴⁾.

ورغم أن الفقهاء اتفقوا على عدم ولاية الأم على مال أولادها، إلا أن ذلك قابل للمراجعة في العصر الحالي، سيما أن الملكية أجازوا وصايتها على مال أولادها، كما أن ظروف المرأة قد تغيّرت في هذا العصر بحيث أصبح لدى بعض النساء الكثير من المعارف فيما يخصّ إدارة الأموال،

⁽¹⁾ محمد الدسوقي-حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 293/3، الصاوي-بلغة السالك لأقرب المسالك 131/2، وأنظر عبد السلام الرفعي-الولاية على المال وتطبيقاتها في المذهب المالكي، إفريقيا الشرق-المملكة المغربية، طبعة 1996، 223-224.

⁽²⁾ ابن عابدين-رد المحتار على الدر المختار 174/6، وانظر الكاساني-بدائع الصنائع 155/5.

⁽³⁾ الشريبي-معني المحتاج 173/2، النووي-المجموع شرح المهذب 346/13.

⁽⁴⁾ المرادوي-الإنصاف 323/5، ابن قدامة-المغني وبيته الشرح الكبير 518/4.

وإن قيل أنّ منع ولاية المرأة يهدف لحفظ كرامتها وشرفها فإن: "المرأة بذلت نفسها في الشوارع والأماكن غير المشروعة بذلاً يجعل انشغالها بالابتجار وتثمين أموال أولادها القاصرين أولى"⁽¹⁾.

بالإضافة للأسباب السابق ذكرها يمكن للأُم أن توكل أميناً على الأعمال التي لا تستطيع القيام بها، أو التي تتطلب خروجها ومخالطتها للرجال مخافة الفتنة، وذلك قياساً على ما ذهب إليه الفقهاء الذين أجازوا للأعمى أن يوكل غيره فيما يعجز عنه⁽²⁾، كما أنه يمكن للقاضي عند الضرورة أن يعين مشرفاً عليها لا تتصرف بدون مشاورته، أو يقيم مقدّماً من طرفه يعينها فيما تعجز عنه وبذلك يضمن عدم الإضرار بالقاصر.

وقد وافق المشرّع الجزائري إجماع الفقهاء على كون الأب أوّل من يستحقّ الولاية على مال أولاده، لكنّه يرتّب الولاية للأُم بعد الأب مباشرة، كما أعطى الحق في الولاية لمن أسندت له الحضانة بعد الطلاق، حرصاً على أن يكون له صلاحيات واسعة تجمع الولاية المالية والحضانة، لأنّ منح الحضانة لشخص والولاية على ماله لآخر من شأنه تعطيل مصالح القاصر، وحسب المادة 92 ق أ⁽³⁾ أعطى المشرّع حق تعيين الوصي لكل من الأب والجدّ في حالة عدم وجود الأُم، رغم أنه لم يُعط للجدّ حق الولاية على مال الصغير في المادة 87 ق أ وهو أمر غير مستساغ، فالأصل أن من لا يملك حق الولاية لا يملك الإنابة فيه.

وعليه يكون ترتيب الأولياء على المال في قانون الأسرة الجزائري وفق الآتي: الأب أولاً ثم الأُم، ثم وصي الأب ثم وصي الجدّ، ثم القاضي لأنه ولي من لا ولي له.

ثانياً- شروط الأولياء على مال القاصر:

يشترط الفقهاء فيمن يتولّى مال القاصر العقل والبلوغ والإسلام والذكورة، إلا أنهم أجازوا وصاية المرأة كما سبق بيانه، ويشترطون العدالة بحيث لا يكون الولي فاسقاً ويكفي أن يكون

⁽¹⁾ عبد السلام الرفعي-الولاية على المال ص 253.

⁽²⁾ انظر: الشريبي-مغني المحتاج 74/3.

⁽³⁾ تنص: "أنه يجوز للأب أو الجدّ تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية

... "

مستور الحال، فإذا طرأ عليه الفسق عزله القاضي ولو كان أب القاصر، كما تشترط القدرة على إدارة الأموال من ناحية الدراية والقدرة الجسدية⁽¹⁾، ويلزم توقّف هذه الشروط لبداية الولاية والاستمرار فيها أيضاً، فإذا فقد أحدها وجب الحدّ من الولاية بضّم من يساعد الولي كما في حال العجز الجزئي، أو بالعزل في حال العجز الكلي.

وشروط الولي المالي في القانون وإن لم ينص عليها المشرّع، أمكن استنتاجها بالرجوع إلى حالات انتهاء الولاية وفق المادة 91 ق أ، وهي العجز أو الحجر أو اسقاط الولاية، وعليه تتمثّل الشروط في العقل والبلوغ والقدرة والأمانة وحسن التصرف، فضلاً عن شرط الإسلام بنص المادة 93 ق أ، وتنطبق تلك الشروط على كلّ من الولي والوصي، والمقدّم أيضاً حسب المادة 100 ق أ.

البند الثالث: الإجراءات الشكلية لممارسة الولاية على المال

المحكمة المختصة اقليمياً للنظر في نزاعات الولاية على المال هي محكمة مقر ممارسة الولاية على أموال القاصر حسبما أكدته المادة 464 ق إ م إ، ما يشير إلى حالتين، الأولى تكون فيها الولاية على القاصر مجتمعة في يد شخص واحد يلي على نفسه وماله، وفي هذه الحالة تكون أموال القاصر متواجدة في نفس مكان إقامته، والثانية تكون فيها الولاية منقسمة بين من يلي على نفس القاصر ومن يلي على ماله، كأن تكون الأموال بعيدة عن إقامة القاصر فيعيّن له القاضي ولياً على ماله غير من يلي على نفسه⁽²⁾.

أما الاختصاص النوعي فينعتقد لقاضي شؤون الأسرة في المنازعات المتعلقة بالولاية على أموال القاصر، حيث يمكن الفصل في تلك المنازعات وفقاً للإجراءات الاستعجالية إذا تطلّب الأمر، على أن تكون تلك قابلة لجميع طرق الطعن، ما يعني إمكان الفصل في كل النزاعات إما وفقاً لإجراءات التقاضي العادية فيما يتعلّق بموضوع النزاع، أو عن طريق إجراءات استعجالية إذا كان الأمر لا يتحمّل التأخير، وينعتقد الاختصاص لقاضي الأسرة كذلك عندما يتعلّق الأمر بتصرفات

⁽¹⁾ الشيخ نظام-الفتاوى الهندية 516/3-517، الكاساني-بدائع الصنائع 153/5، الزرقاني-شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت (دت)- (دط) 200/8، المهذب في فقه الشافعي 463/1، ابن قدامة-المغني ويلييه الشرح الكبير 570-569/6.

⁽²⁾ سائح سنقوفة-شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ص 640.

الباب الأول..... الفصل الثاني: نظام النيابة الشرعية وحماية الأطفال ذوي المراكز الخاصة

القاصر المميّز وفق المادة 478 ق إ م إ، ويمكن للقاصر بعد بلوغه الرشد أو بعد ترشيده اللجوء لنفس القاضي فيما يتعلّق بحسابات الولاية⁽¹⁾.

ويختصّ القاضي بدور هام في الرقابة على ممارسة الولاية حيث منحه المشرّع بنص المادتين 465 و466 ق إ م إ إمكانية ممارسة تلك الرقابة بصفة تلقائية أو بناءً على طلب النيابة العامة ودون حاجة إلى دعوى أو طلب شخص آخر، وفي هذه الحالة بإمكان القاضي دعوة أي شخص يرى ضرورة الاستماع إليه في إطار التحقيق لاستجلاء الأمور وتوضيحها، وإذا تم تقديم الطلب من طرف شخص آخر يتحمّل هو عبء التكليف بالحضور.

إلا أنه يعاب على هذه المادة أنها تُكَلِّف من يريد حماية مصالح القاصر بأعباء قد تشبه منذ البداية عن الإقدام على تقديم طلب مراقبة الولاية المالية، وهو ما لا يتماشى مع مبدأ حماية القاصر⁽²⁾.

و لم يوضح المشرّع المقصود بعبارة "أي شخص تهّمه مصلحة من وضع تحت الولاية" ما يفتح المجال واسعا لجميع الأقارب وحتى لغيرهم ممّن يهتمون لمصلحة القاصر، كالجار أو المعلم أو غيرهم، وعليه متى تم المساس بمصالح القاصر المالية أو تهديدها أمكن لأي شخص بغضّ النظر عن صفته القانونية وعلاقته بالقاصر، أن يقدم طلبا للرقابة أمام القاضي مادامت مصلحة القاصر تحوز على اهتمامه.

وقبل الفصل النهائي في النزاع يمكن للقاضي حسب المادة 467 ق إ م إ، أن يتخذ بصفة مؤقتة كل التدابير التي من شأنها أن تحمي القاصر سواء تعلق الأمر بوقف الولاية أو بحفظ الأموال أو غيرها، وهو القرار الذي لا يقبل أيّا من أوجه الطعن.

والمبدأ العام الذي أقرته المادة 468 ق إ م إ، هو إخضاع إدارة أموال القاصر الذي توفي أبواه إلى رقابة تلقائية واجبارية من طرف القاضي، ما يُضفي حماية إضافية لليتيم خوفا من تعرض أمواله

⁽¹⁾ راجع المواد 474، 475، 477، 478 ق إ م إ.

⁽²⁾ سائح سنقوقة-المرجع السابق ص 640.

للنهب أو الإهمال ممن يلي عليه بعد أبويه سواء كان كفيلاً أو وصياً أو غير ذلك، مع أن المادة لم تشر إلى كيفية اعلام القاضي بوفاة أبوي القاصر ولم تلزم أي طرف بذلك.

كما يضطلع القاضي بصلاحيات واسعة في تعيين كل من المقدم والوصي على مال القاصر، من خلال تثبيت الوصي الذي يختاره الولي الشرعي وهو الأب أو الجد في حال غياب الأم أو عدم أهليتها لممارسة الولاية حسب المادة 92 ق أ، وكذا المقدم وهو وصي القاضي الذي يعينه لحماية القاصر في حال انعدام ولي أو وصي الولي، بناءً على طلب أحد أقاربه أو النيابة العامة أو أي شخص لديه مصلحة حسب المادة 99 ق أ.

وأضافت المادة 469 ق إ م شرط اختيار المقدم من بين أقارب القاصر بالدرجة الأولى، وأن يكون مستوفياً لشروط الولاية، وذلك بعد أن يتم تقديم الطلب إما في شكل عريضة من قبل الأشخاص المعنيين، وهم أقارب القاصر أو كل شخص لديه مصلحة في ذلك أو بطلب من النيابة العامة، وفي حال تعدد اختيار أحد الأقارب يعين القاضي مقدماً من غيرهم، على أن تعيين المقدم يتم بأمر ولائي غير قابل للطعن حسب المادة 471 من ذات القانون، حيث يلزم المقدم بضرورة اعداد عرض دوري عن كيفية إدارة الأموال وكل ما يتعلّق بالصعوبات والاشكالات التي تواجهه، أو ما يطرأ من أمور تتعلّق بممارسة الولاية المالية.

أما الوصي فيثبت القاضي وصايته وفق المادة 94 ق أ بعد اخطار من النيابة العامة أو القاصر المميّز في حالة وفاة الأب أو من قبل الوصي ذاته، وفي حالة الرفض يعين القاضي مكانه مقدماً أو يتخذ إذا لزم الأمر الإجراءات التحفظية اللازمة في انتظار تعيين المقدم، أو يعين وصياً مختاراً⁽¹⁾، وتكون كل الإجراءات الخاصة بتعيين الوصي بواسطة أمر استعجالي قابل لجميع أوجه الطعن وفق المادة 472 ق إ م إ، ويمكن للقاضي أن يتخذ كل الإجراءات المؤقتة لحماية مصالح القاصر متى علم بتقصير وليه سواء كان ولياً شرعياً أو وصياً أو حتى مقدماً وفق المادة 473 ق إ م إ.

⁽¹⁾ ولم يوضح المشرع المقصود بالوصي المختار، وقد يكون الوصي الذي يختاره أقارب القاصر بالاتفاق بينهم لتولي الوصاية بصفة دائمة أو مؤقتة، حيث يقتصر دور القاضي في هذه الحالة على اصدار أمر تولي الوصاية، أنظر سائح سنقوقة-مرجع سابق ص 647، غير أن المادة 92 من قانون الأسرة نصّت أن للقاضي حق اختيار الوصي الأصح في حالة تعدد الأوصياء.

وأوضح قانون الإجراءات المدنية والإدارية بعض الأحكام التي تضمنها قانون الأسرة، حيث أشارت المادة 479 إلى أن الترخيص الذي يحتاجه الولي المالي لمباشرة بعض التصرفات وفق المادة 88 ق أ، يُمنح من قبل قاضي شؤون الأسرة بموجب أمر على عريضة، مع أن المادة المذكورة في قانون الأسرة تكلمت عن إذن القاضي وليس ترخيص، وهو اختلاف في الاصطلاح كان يمكن تجنبه.

كما أوضح قانون الإجراءات المدنية والإدارية تفصيلاً غامضاً في قانون الأسرة يتعلق بكيفية ترشيده القاصر من الناحية الإجرائية، حيث يتم ذلك وفقاً لأمر ولأئي من قاضي شؤون الأسرة.

الفرع الثاني: صلاحيات الولي على المال وكيفية انتهاء الولاية

لا يجب أن تحيد صلاحيات الولي على مال القاصر عن إطار عام حدده المشرع بموجب المادة 88 من قانون الأسرة، وهو الحرص على مصلحة القاصر قبل مباشرة أي تصرف وتحمل المسؤولية القانونية بعد أي تصرف نتج عنه المساس بمصلحة المولى عليه.

وعليه وجب أن يتصرف الولي وفقاً لمعيار الرجل الحريص، وهو الرجل العادي الذي يمتلك مستوىً متوسطاً من العناية والحرص في التعاملات المالية، فضلاً عن ضرورة توفّر بقية الشروط المتعلقة بالأهلية والقدرة، كما يجب عليه تحمّل تبعات تصرفاته المالية إذا هو أهمل أو أساء في أداء واجبه، وأخضع المشرع التصرفات التي تشكّل خطراً على ثروة القاصر إلى إذن قاضي شؤون الأسرة لإبرامها، وسأوى في ذلك بين كلٍّ من الولي الشرعي والوصي والمقدم، حيث يراعي القاضي في منح الإذن بها الضرورة والمصلحة المتعلقتان بحال القاصر، وتتلخّص تلك التصرفات فيما يلي:

- بيع العقار وقسمته ورهنه وإجراء المصالحة،
- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة،
- استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة،
- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.

غير أن هذه التصرفات التي ذكرها قانون الأسرة لا تغطي كل التصرفات التي يمكن أن تلحق الضرر بأموال القاصر كما سيتم بيانه.

البند الأول: الإذن بأعمال التصرف

أولاً- التبرع بمال القاصر:

إذا رجعنا لأحكام الشريعة الإسلامية فإن التبرع بمال القاصر غير جائز⁽¹⁾، كما ذهب الفقهاء إلى ابطال تصرف النائب الشرعي في أموال القاصر بغبن فاحش على اعتبار أنه من باب التبرع الذي لا يجوز للولي المالي القيام به ويردّه القاضي ويطله إذا وقع⁽²⁾.

ورغم أن التبرع من أخطر التصرفات المالية لأنه يتضمّن إخراج المال دون وجود ما يقابله نقداً أو قيمة، فإن المشرّع لم يدرجه ضمن التصرفات المشروطة بإذن القاضي في المادة 88 ق أ، حيث اكتفى بذكر بيع العقار وقسمته ورهنه والمصالحة عليه وهي كلّها تصرفات معاوضة، مع أنه اشترط في كل تصرفات الولي المالي أن تتم وفق معيار الرجل الحريص، ولا شك أن في التبرع خطراً محققاً لأنه قد يُفني ثروة القاصر أو يضيّع الكثير منها، وكان الأحرى الاقتداء بما ذهب إليه الفقهاء بمنع التبرع بمال القاصر، وإذا وقع يتوجّب على القاضي رفضه وإبطاله كآلية مهما كان الشكل القانوني الذي يظهر فيه كأن يتم في شكل بيع صوري، لأن العبرة بحقيقة التصرف ونتائجه وليس بالمظهر القانوني الذي يتم في إطاره.

وفي المقابل يعدّ التبرع لصالح القاصر نفعاً محضاً له، لذلك أجاز القانون لنائبه الشرعي أن يجوز التبرعات عنه وفق المادة 210 ق إ، غير أن الأمر قد ينعكس بالضّرر في حال كانت الهبة محمّلة بالتزامات تُلغي نفعها وتجعلها قريبة لتصرفات المعاوضة منها للتبرع، وهي النقطة التي أغفلها قانون الأسرة سواءً بالنسبة للولي الشرعي أو للموصّي والمقدّم، خاصة أنه أجاز أن يكون نفاذ الوصية والهبة متوقفاً على شرط أو التزام يقوم به الموهوب له أو الموصى له.

(1) مالك ابن أنس- المدونة الكبرى ومعها مقدمات ابن رشد، دار الفكر الطبعة الثانية 1999، 321-257/4، الخطاب- مواهب الجليل 72/5، الصاوي- بلغة السالك لأقرب المسالك 131/2-297 بدائع الصنائع 153/5، النووي- المجموع شرح المذهب 346/13-347، ابن قدامة- المغني ويليهِ الشرح الكبير 519/4، المرادوي- الإنصاف 325/5، وانظر محمد أبو زهرة- الأحوال الشخصية 472. (2) داماد أفندي- مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (دت)- (دط) 725/2، وانظر محمد أبو زهرة- الأحوال الشخصية ص 471، انظر أيضاً عبد السلام الرفعي- الولاية على المال وتطبيقاتها في المذهب المالكي ص 37.

ثانيا- بيع عقار القاصر:

ينتج عن بيع العقار نقل الملكية من القاصر إلى المشتري، وهو ضرر محض على اعتبار أن العقار من أهم الثروات المادية التي تكون محفوظة بطبيعتها بالإضافة إلى أنها تدرّ العائدات لصاحبها، ويشترط الفقهاء أن يتم بيع العقار وفق معيار "الغِبْطَة أو الضرورة"، ويفرّقون عادة بين بيع الأب وبيع الوصّي، فثُحْمَل تصرفات الأب عندهم على الصّلاح دائما أو ما يعبرون عنه بالسّداد إلّا إذا باع بغبن فاحش، أما الوصّي ومن يقوم مقامه فيتوجّب أن يتسّم بيعه للعقار بالضرورة كأن يكون على التركة التي آلت إلى الطفل دين أو لا يجد ما ينفق به عليه أو يكون العقار في مكان غير آمن فيبيعه ويشترى له غيره، أو خوفا من انهياره، أو بتوقّر الغِبْطَة وهي المصلحة الظاهرة مثل أن يعرض المشتري ضعف قيمة العقار، واشترط المالكية والشافعية في مثل هذه الحالة البيّنة على الوصّي بأن يشهد العدول بأن بيع العقار كان لسبب مشروع⁽¹⁾.

وأخضع القانون كلّا من الأب والأم وحتى الوصّي والمقدّم لرقابة القضاء القبلية في بيع عقار القاصر باشتراط الحصول على الإذن قبل الاقدام على البيع، ولتأكيد حماية مصالح القاصر اشترط المشرّع أن يتم البيع في مثل هذه الحالات بطريق المزاو العلني قصد ضمان عدالة الثمن، فضلا على إمكانية اشراف القاضي بنفسه على البيع حسب اجتهاد المحكمة العليا⁽²⁾.

ثالثا-قسمة عقار القاصر:

القاعدة عند الفقهاء أن من جاز له بيع العقار كالولي الشرعي جاز له قسمته، كما هو الحال عند المالكية الذين اشترطوا أن تكون القسمة بدون محاباة تضرّ القاصر وإلا ردّها القاضي أو ضمنها الولي⁽³⁾، وأجاز الحنفية القسمة مطلقا إلا لو وصّي الأم أو وصّي الأخ، اللذان لا يملكان إلا

⁽¹⁾الدسوقي-حاشية الدسوقي 303/3، الصاوي-بلغة السالك 132/2-133، الشيخ نظام-الفتاوى الهندية 286/2-287، داماد أفندي-بجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر 725/2، الشربيني-مغني المحتاج 175/2، الرملي-نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر بيروت طبعة 1984، 377/4 وما بعدها، النووي-المجموع شرح المذهب 349/13-357، ابن قدامة-المغني ويليه الشرح الكبير 524/4-525، المرادوي-الإنصاف 331/5 وما بعدها، محمد أبو زهرة-الأحوال الشخصية ص 485.

⁽²⁾المادتان 88 و89 ق أ، وانظر القرار رقم 68005 المؤرخ في 15-07-1990، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد 2 ص 103.

⁽³⁾الامام مالك-المدونة 250/4-257، الخطاب-مواهب الجليل 73/5-74.

الباب الأول..... الفصل الثاني: نظام النيابة الشرعية وحماية الأطفال ذوي المراتب الخاصة

التصرف في المنقول دون العقار⁽¹⁾، ووافقهم الشافعية والحنبلة، الذين أجازوا قسمة مال القاصر من جميع الأولياء عقارا كان أو منقولا، ولو أن الشافعية أوجبوا على الولي طلبها إذا كان فيها غبطة للقاصر وإلا تركها، ويمنعه القاضي إن طلبها⁽²⁾.

و تقتضي قسمة العقار قانونا الحصول على إذن قاضي شؤون الأسرة⁽³⁾، لأنها ترتب فرز الأنصبة لكل الشركاء بما فيهم القاصر، كما يُشترط المصادقة عليها في حال القسمة الاتفاقية أو أن تتم وفقا للقسمة القضائية حسب المادة 2/181 ق أ، ما يسمح باطلاع القاضي عليها، وضمان عدالتها بالنسبة للقاصر، وهو ما أكدته المحكمة العليا التي قرّرت كذلك وجوب عرض ملف القضية على النائب العام قبل عشرة أيام على الأقل من يوم الجلسة التي سيتم فيها إجراء القسمة، للتأكد من عدم الإجحاف بحق القاصر⁽⁴⁾.

رابعاً- رهن عقار القاصر:

يُجيز الفقهاء رهن الولي لمال القاصر كمبدأ عام، غير أنهم فصلوا في الأمر، حيث اعتبر المالكية أن من بين الأسباب المحيطة لرهن مال القاصر ولو عقارا حاجته للنفقة، مع إجازتهم رهن الأب عقار القاصر لنفسه حيث يتولى طرفي العقد في هذه الحالة⁽⁵⁾، فيما أجاز الحنفية للأب والجدّ رهن العقار والمنقول على اعتبار أنه من قبيل الوفاء بالدين أو من توابع التجارة وضرورتها، وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى إجازة رهن مال الابن في دين على الأب⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ لأنّ لهما ولاية حفظ المال دون التصرف فيه، ومن ذلك بيع المنقول وشراء الطعام والكسوة اللازمة، أنظر: الكاساني- بدائع الصنائع 18/7، حاشية ابن عابدين 175/6.

⁽²⁾ سليمان البحيري- البحيري علي الخطيب، 345/5، وانظر يوسف الأردبيلي- الأنوار لأعمال الأبرار، مؤسسة الحلبي وشركاؤه للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، طبعة 1970، 736/2، المرادوي- الإنصاف 368/11.

⁽³⁾ حسب المادة 1/88 ق أ.

⁽⁴⁾ القرار رقم 84551 المؤرخ في 22-12-1992، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية لسنة 1995 عدد 1 ص 117، ويعتبر إطلاع النيابة العامة على الملفات الخاصة بالقصر كقاعدة جوهرية وفقا للقرار رقم 26598 المؤرخ في 19-01-1983، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية لسنة 1989 عدد 1 ص 37، كما تنص المادة 3 مكرر من القانون 09/05 المؤرخ في 4 مايو 2005 والمعدّل لقانون الأسرة أنه "تعدّ النيابة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون".

⁽⁵⁾ الدسوقي- حاشية الدسوقي 232/3، الإمام مالك- المدونة 161/4.

⁽⁶⁾ الكاساني- بدائع الصنائع 154/5، محمد أبو زهرة- الأحوال الشخصية ص 470.

في حين ذهب الشافعية والحنابلة إلى التشدد في هذه المسألة، فمنع الشافعية رهن المال مطلقا عقارا أو منقولاً سواء من الأب أو باقي الأولياء إلا في حال الضرورة أو المصلحة⁽¹⁾، كما اشترط الحنابلة أن يكون الرهن عند من هو ثقة وأن يكون في الرهن حظاً وهي الفائدة أو المصلحة للقاصر⁽²⁾.

و يخضع الرهن كغيره من التصرفات الماسة بالعقار إلى شرط الحصول على اذن قضائي بموجب المادة 88 ق أ، لأنه من الحقوق العينية التبعية لحق الدائنية ويعتبر نفعاً محضاً للدائن المرتهن، ودائراً بين التفع والضّرر بالنسبة للمدين الراهن، والأكثر خطورة أنه يتيح للدائن أن يحجز على المال المرهون في حالة عدم استيفاء دينه، ويُعاب على المشرّع اقتصره على ذكر رهن العقارات دون المنقولات التي قد تكون ذات قيمة تُضاهي العقار في بعض الحالات، وهو ما تصدى له اجتهاد المحكمة العليا الذي مدد اشتراط الإذن القاضي في رهن جميع أموال القاصر عقارات ومنقولات⁽³⁾.

ولم يوضح القانون إن كان الإذن يُخصّص الرهن الحيازي أو الرهن الرسمي، حيث أن الرهن الرسمي يكون برهن عقار مملوك للراهن ضماناً للوفاء بحق الدائن المرتهن، مع بقاء هذا العقار في حيازة الراهن، إذ يعطي للدائن حق التتبع والتقدم على بقية الدائنين، أما الرهن الحيازي فيكون برهن عقار أو منقول ضماناً للوفاء بحق الدائن المرتهن، وعكس الرهن الرسمي ففيه تنتقل حيازة الشيء المرهون إلى المرتهن⁽⁴⁾.

خامساً-المصالحة على مال القاصر:

تندرج المصالحة ضمن أعمال التصرف، حيث أجاز الفقهاء صلح الأب والوصي ومن يقوم مقامهما على مال القاصر بصفة عامة، واعتبر المالكية أنه لا يمكن المصالحة على المال من الأب أو الوصي أو الكافل على ما هو ثابت بأقل من قيمته، وإذا تم ذلك كان للقاصر أن يرجع على

⁽¹⁾ الشريبي-مغني المحتاج 2/122، النووي-المجموع شرح المذهب 13/354.

⁽²⁾ ابن قدامة-المغني ويليهِ الشرح الكبير 4/398.

⁽³⁾ قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 40651، غرفة الأحوال الشخصية الصادر في 24-02-1986 غير منشور، بلحاج العربي-المرجع السابق ص156.

⁽⁴⁾ راجع المادتين 882 و 948 ق م، وانظر محمد حسين-نظرية الحق ص 16-33-34، وانظر كذلك حسن كيرة-الموجز في أحكام القانون المدني منشأة المعارف، الإسكندرية الطبعة الرابعة 1995 ص7.

من عليه الحق أو على النائب الشرعي، فالمالكية لا يجيزون أي صلح "لا سداد ولا مصلحة للقاصر فيه"⁽¹⁾، وأوجب الحنفية على من يدعي الدّين على القاصر تقديم بيّنة على ذلك وأن يتم الصّح بمثل قيمة الدّين أو بزيادة يسيرة يتغابن فيها الناس عادة⁽²⁾، كما ذهب الحنابلة إلى ضرورة ثبوت الدين المدعى على القاصر لجواز الصلح، وإذا كان دائما أجازوا الصّح على أقل من قيمة الدّين لأن استيفاء جزء عندهم خيرٌ من ضياع كل قيمة الدّين⁽³⁾.

و المصالحة في القانون عبارة عن عقد ينهي النزاع القائم بين طرفين أو بقي من نزاع محتمل بتنازل كلٍّ منهما على وجه التبادل عن حقه⁽⁴⁾، وبما أن القاصر لا يمتلك أهلية التصالح وفق المادة 460 ق م، فإن مصالحة الولي المالي قد تؤدي إلى التنازل عن أمواله بصفة غير عادلة مقابل ما يتلقاه، وبناء على خطورة هذا التصرف أخضعه المشرع أيضا للإذن القضائي وفق المادة 1/88 ق م، واقتصر على المصالحة على العقار دون غيره من الأموال، ما يجعل ثروة القاصر من غير العقار خارج دائرة الحماية القضائية، مع الإشارة إلى أن التحكيم يعدّ أيضا من قبيل الصلح لأنه يتضمّن حل النزاع بين طرفين بواسطة تنازل كل منهما عن بعض حقوقه، ما يستوجب إخضاعه أيضا لإذن القاضي.

و من قبيل الصلح كذلك اليمين الحاسمة وردّها والنكول عنها، لأن من نكل عن يمين وجّهت إليه ولم يردّها أو ردّت عليه فنكل عنها، يخسر دعواه وفق المادة 347 ق م، وعليه وجب حماية القاصر باشتراط الإذن القضائي للقيام بمثل هذه التصرفات، سيما أن القانون لم ينص على استئذان القاضي لدى رفع الدعاوى القضائية من النائب الشرعي باسم القاصر.

⁽¹⁾ الخطاب-مواهب الجليل 73/5، أحمد بن يحيى الوئشريسي-المعيار العرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء افريقية والأندلس والمغرب، دار الغرب الإسلامي، بيروت الطبعة الأولى 1981، 499/6-504، 423/9، وانظر عبد السلام الرفعي-الولاية على المال وتطبيقاتها في المذهب المالكي ص 337.

⁽²⁾ الكاساني-بدائع الصنائع 42/6.

⁽³⁾ ابن قدامة-المغني ويلييه الشرح الكبير 4/5، المرادوي-الإنصاف 236/5.

⁽⁴⁾ المادة 459 من القانون المدني الجزائري، انظر السنهوري-الوسيط 532/5-534.

البند الثاني: الإذن بأعمال الإدارة

أولاً- بيع منقولات القاصر:

اتفق الفقهاء على جواز بيع منقول القاصر، حيث أجازته المالكية لكل الأولياء وللوصي والقاضي وحتى الكافل والحاضن⁽¹⁾، وقال الحنفية أن بيع المنقول وحفظ ثمنه أفضل، مع اشتراطهم البيع بمثل القيمة أو بما يزيد أو ينقص عنها بقدر يسير⁽²⁾، وذهب الشافعية إلى عدم اشتراط اثبات المصلحة في بيع منقولات القاصر من الأب والجد لأئهما "غير متهمان" عكس الوصي وأمين القاضي⁽³⁾، في حين أجاز الحنابلة البيع للأب والوصي وللقاضي وأمينه⁽⁴⁾.

وجاء اشتراط إذن القاضي في بيع منقولات القاصر بنص المادة 2/88 ق أ، منقوصاً من حيث عدم تحديد المقصود بعارة "المنقولات ذات الأهمية الخاصة"، سواء تعلق الأمر بالمحلات التجارية بصفتها منقولات معنوية، أو المنقولات ذات القيمة المادية الكبيرة، غير أن هذا الغموض لا يمنع من اضطلاع القاضي بمهمة الرقابة على بيع منقول القاصر وتحديد مدى أهميته من عدمها.

ثانياً- ايجار أموال القاصر:

لا يجوز عند المالكية والشافعية تأجير العقار لمدة تزيد عن بلوغ القاصر الرشد سواء من الأب أو الوصي وإلا فسخ العقد، ويتحمل النائب الشرعي المسؤولية بالضمان وهو التعويض⁽⁵⁾، فيما أجاز الحنفية تأجير عقار القاصر من الأب والجد ووصييهما لمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات، فإذا بلغ القاصر عندهم قبل انتهاء مدة الايجار كان له خيار الفسخ⁽⁶⁾، في حين قال الحنابلة بعدم

⁽¹⁾ الصاوي- بلغة السالك 131/2-132، الدسوقي- حاشية الدسوقي 300/3.

⁽²⁾ الكاساني- بدائع الصنائع 153/5-154، داماد أفندي- مجمع الأثر 725/2.

⁽³⁾ الشريبي- مغني المحتاج 175/2، الرملي- نهاية المحتاج 378-377/4.

⁽⁴⁾ ابن قدامة- المغني ويليهِ الشرح الكبير 522-521/4.

⁽⁵⁾ مالك ابن أنس- المدونة 418/3-419، شهاب الدين القرافي- الذخيرة، تحقيق محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي بيروت، الطبعة

الأولى 1999، 539/5-540، الشريبي- مغني المحتاج 349/2-356.

⁽⁶⁾ الشيخ نظام- الفتاوى الهندية 312/2-314.

الباب الأول..... الفصل الثاني: نظام النيابة الشرعية وحماية الأطفال ذوي المراتب الخاصة

بطلان عقد تأجير عقار القاصر إذا بلغ الرشد، إلا إذا علم النائب الشرعي ببلوغه أثناء فترة التأجير فيكون له حق الخيار بين الفسخ والاستمرار⁽¹⁾.

وبما أن الإيجار ينصب على حق الانتفاع من العين المؤجرة دون التصرف فيها، فهو مثال واضح على أعمال الإدارة التي تتعلق باستغلال الشيء دون المساس بأصله⁽²⁾، فالأصل أن الإيجار لا يُشكّل خطراً على أموال القاصر إلا في بعض الحالات التي تستوجب إحاطته بإذن القاضي بسبب تقييده لإرادة القاصر أو تضييع أمواله، وتبعاً لذلك ارتأى المشرع الجزائري أن يجعل تأجير عقارات القاصر لمدة تفوق ثلاث سنوات أو تمتد لسنة بعد تاريخ بلوغه الرشد مشروطاً بإذن القاضي حسب المادة 4/88 ق أ، لأن إرادة القاصر تكون مقيّدة ولا يتمكن من التصرف في أمواله بجرية بعد بلوغ الرشد، وهو المبدأ المستمد من الفقه الإسلامي كما رأينا.

مع الإشارة إلى أن المحكمة العليا ذهبت في أحد قراراتها إلى ضرورة الحصول على الإذن بصدد تأجير كافة أملاك القاصر دون استثناء سواء كانت عقارات أو غيرها⁽³⁾، ما يمثل احتياطاً من ضرر تأجير بعض المنقولات التي لا تقل شأناً عن العقار كالمحلات التجارية.

ولم يوضح المشرع الآثار الناتجة عن إبرام النائب الشرعي عقداً إيجارياً لعقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات، أو لما يزيد عن سنة من تاريخ بلوغه، سواء بالنص على أن مثل هذا العقد ينقذ لأنه تم بولاية صحيحة، أو يتم إبطاله لأن الولاية تنتهي ببلوغ القاصر الرشد.

غير أنه بالرجوع إلى القانون المدني أوضحت المادة 468 أنه: "لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجاراً تزيد مدته على ثلاثة سنوات، إلا بترخيص من السلطة المختصة، فإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك، تُردُّ المدة إلى ثلاث سنوات، كل هذا ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك".

⁽¹⁾ ابن قدامة-المغني ويلييه الشرح الكبير 44/6-45.

⁽²⁾ يشمل حق الانتفاع استعمال واستغلال الشيء المملوك لدى الغير، فيكون حق الملكية مجزئاً بين مالك الرقبة الذي له حق التصرف، والمنتفع الذي يكون له الاستعمال والاستغلال، والاستغلال يقتضي الحصول على غلة الشيء وثماره، وحق الانتفاع مؤقت ينتهي بالأجل المحدد له أو بوفاته صاحبه، انظر محمد حسنين-نظرية الحق بوجه عام ص 28.

⁽³⁾ قرار رقم 72353 الصادر في 10-04-1991 عن المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية لسنة 1993 عدد 3، ص 115.

وعليه إذا زاد الإيجار عن ثلاث سنوات تردّ المدة إلى ثلاث سنوات، وهو حل وسط بدلا من إمضاء التصرف مطلقاً أو إبطاله، وإذا تمّ تأجير العقار دون الحصول على إذن القاضي فإن ذلك يستتبع مباشرة بطلان عقد الإيجار وكل الآثار المترتبة عنه⁽¹⁾، كما يكون للقاصر الذي بلغ الرشد حق إبطال الإيجار الذي كان فيه محاباة على حسابه حتى لو انتهى العقد قبل بلوغه الرشد⁽²⁾.

ثالثا- اقراض أموال القاصر والاقتراض له:

منع الحنفية جميع الأولياء من اقراض مال القاصر واعتبروه من قبيل التبّع لأن فيه اخراجا للمال دون مقابل، ولم يجيزوا ذلك إلا للقاضي الذي يحفظ به المال لأنه لا يقرض إلا بعد التأكد من أن المقترض ثقة أمين لا يجحد القرض، وأنه يمتلك من المال ما يضمن ارجاعه، في حين أجازوا للأب أن يقرض لنفسه من مال ولده إذا كان مليئاً⁽³⁾، وقال الشافعية بجواز الإقراض من مال القاصر لغير القاضي إذا كان لضرورة، كالخوف على المال من النهب أو الهلاك غرقاً أو حرقاً، وكذلك الاقتراض لا يكون إلا لضرورة مثل الانفاق على القاصر⁽⁴⁾، وأجاز الحنابلة للأولياء الإقراض من مال القاصر للضرورة والمصلحة على أن تتوفر في المقترض الملاءة والأمانة، فيما لا يجوز عندهم الاقتراض من مال القاصر إلا من الأب دون غيره من الأولياء⁽⁵⁾.

ورغم أنهما يصنّفان ضمن أعمال الإدارة إلا أن المشرع الجزائري أخضع الإقراض للقاصر والاقتراض له لإذن القاضي⁽⁶⁾، لأن الإقراض يتضمّن اخراج مال القاصر بشكل قد يؤدي إلى ضياعه إذا أفلس المقترض، أو يؤدي إلى تعطيل مصالح القاصر وحرمانه من الانتفاع بأمواله في حال تماطل المقترض، كما أن الاقتراض قد يتضمّن تحميل القاصر بأعباء والتزامات هو في غنى

⁽¹⁾ قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 41470 الصادر في 1986/06/30، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية لسنة 1989 عدد2، ص 81.

⁽²⁾ السنهوري- الوسيط 6/112.

⁽³⁾ الكاساني- بدائع الصنائع 5/153، ابن عابدين- رد المحتار على الدر المختار 5/417، داماد أفندي- مجمع الأنهر 2/726.

⁽⁴⁾ الرملي- نهاية المحتاج 4/377-378، النووي- المجموع شرح المهذب 13/354-355.

⁽⁵⁾ ابن قدامة- المغني ويليهِ الشرح الكبير 4/522، المرادوي- الإنصاف 5/328-330.

⁽⁶⁾ حسب المادة 3/88 ق أ، وعرفت المادة 450 من القانون المدني عقد القرض بأنه: "عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض نظيره في النوع والقدر والصفة".

عنها⁽¹⁾، فيتلخص دور القاضي في التأكد من الإقراض لشخص أمين ومقتدر على ارجاع المال وأن الاقتراض لا يكون إلا لضرورة.

والعبرة في هذا الشأن تكمن في حقيقة التصرف وليس بالشكل الذي يتخذه، ذلك أن الاقتراض يصبح من قبيل التبرع إذا كان بدون مقابل لأنه اخراج للمال بدون عوض، ويُعتبر من قبيل المعاوضة إذا كان المقترض قد دفع فوائد معينة للمقرض، حيث يكون الإقراض في هذه الحالة باطلا بطلانا مطلقا لأنه تبرع، وقابلا للإبطال إذا كان بمقابل لأنه يشبه المعاوضة⁽²⁾.

رابعا- استثمار أموال القاصر:

يقتضي استثمار مال القاصر توظيفه من أجل تحصيل الربح، بما في ذلك المساهمة به في الشركة، وهو شكل من أشكال انماء المال قصد الانفاق من ريعها على القاصر⁽³⁾، ويجوز شرعا استثمار أموال القاصر لما تنتجه من أرباح يُنفق بها عليه مع حفظ أصل ماله، لقوله تعالى: ﴿وَأَرْزُقُوهُمْ فِيهَا﴾ سورة النساء الآية 5، ولما روي عن الرسول ﷺ أنه قال: {ألا من ولي يتيما له مال فليتجر فيه، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة}⁽⁴⁾، وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: "ابتغوا في أموال اليتامى لا تستهلكها الصدقة"⁽⁵⁾.

و أجاز الفقهاء للنائب الشرعي المضاربة بمال القاصر، وكذلك المساهمة بماله في شركة أو إبطاعه⁽⁶⁾، ولو كان هو شريكه، وله كذلك أن يجعل مال القاصر مضاربة لنفسه، وهو جائز

(1) كمال حمدي-الولاية على المال ص 67.

(2) السنهوري-الوسيط 424/5.

(3) محمد مصطفى شلي-أحكام الأسرة في الإسلام ص 811.

(4) أخرجه الترمذي-كتاب الزكاة، باب ما جاء في زكاة مال اليتيم الحديث 641، جامع الترمذي ص 125.

(5) أخرجه البيهقي-كتاب الوصايا، باب ما يجوز للوصي أن يصنعه في أموال اليتامى، السنن الكبرى 466/6.

(6) المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض، وهو السفر فيها للتجارة ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَخَذُونَ فِي الْأَرْضِ﴾ سورة المزمل الآية 20، وهو عقد شركة يكون فيها المال من طرف والعمل من طرف آخر والربح بينهما حسب اتفاقهما، والخسارة على صاحب رأس المال، وتسمى كذلك القراض بكسر القاف، انظر قاسم القنوي-أئيس الفقهاء في التعريفات الفقهية ص 247، أما الإبطاع فهو من أبطع الشيء إذا جعله بضاعة، أو هو دفع السلعة عند من يبيعها دون أن يأخذ على ذلك أجرا، انظر محمد رواس قلعه جي وحامد صادق قنبي-معجم لغة الفقهاء ص 39.

لجميع الأولياء مع اشتراط الاشهاد على ذلك في هذه الحالة، وكذا لو شارك النائب الشرعي القاصر فيجب أن يُشهد إذا كانت حصته أقل من حصة القاصر، وإلا لا يصدق القاضي في حال النزاع ويقسم الربح حسب رأسمال كل منهما⁽¹⁾، كما أجاز المالكية ذلك حتى للحاضن والكافل، إلا أنهم ينعون عمل النائب الشرعي به لاحتمال المحاباة لنفسه كما قالوا⁽²⁾.

ومادام الاستثمار مهتداً بالفشل وجلب الخسارة، فقد أخضعه المشرع لإذن القاضي وفق المادة 3/88 ق إ احتياطاً من الأضرار المحتملة، ويندرج في ذات الصنف إمكانية تنازل النائب الشرعي عن حصص القاصر في الشركة، حيث يتوجب التصدي لذلك بأن تشمله رقابة القاضي القبلية⁽³⁾. وبما أن الاستثمار يدر الأرباح غالباً مقابل احتمال الخسارة، فلا ضير في السماح به بعد إذن القاضي الذي يمكنه الاستعانة في هذه الحالة بخبير في المجال، ليقيم الوضع من حيث الأرباح مقابل الخسارة بالنظر إلى مجال الاستثمار ومدى مردوديته ومعايير أخرى⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: كيفية انتهاء الولاية على المال

بمجرد اكتمال أهلية القاصر تنتهي الولاية على ماله لزوال سببها دون حاجة لحكم القاضي، بل بقوة القانون، وهو ما اتفق عليه الفقهاء⁽⁵⁾، وزاد المالكية أنه إذا كان القاصر تحت ولاية وصي أو مقدم فإنه يُشترط زيادة على بلوغه الرشد، أن يُشهد الوصي أو المقدم على فك حجره ورفع الولاية

⁽¹⁾ الكاساني-بدائع الصنائع 154/5، داماد أفندي-مجمع الأنهر 725/2، الشريبي-مغني المحتاج 314/2، ابن قدامة-المغني ويليهِ الشرح الكبير 521/4-522، المرادوي-الإنصاف 327/5-328، النووي-المجموع شرح المهذب 347/13.

⁽²⁾ الزرقاني-شرح الزرقاني 202/7.

⁽³⁾ وهو المبدأ الذي نص عليه قرار المحكمة العليا رقم 80160 المؤرخ في 05-01-1992، المجلة القضائية لسنة 1995 العدد الأول ص 177.

⁽⁴⁾ مقال نزيه حماد: استثمار أموال الأيتام-مجلة البحوث الفقهية المعاصرة مجلة علمية محكمة متخصصة في الفقه الإسلامي، المملكة العربية السعودية، السنة السادسة العدد 24، 1995 ص 21.

⁽⁵⁾ الدسوقي-حاشية الدسوقي 296/3-297، الحطاب-مواهب الجليل 64/5، الكاساني-بدائع الصنائع 170/7، الشريبي-مغني المحتاج 166/4 ابن قدامة-المغني ويليهِ الشرح الكبير 510/4.

عنه، أما الفتاة فإن الولاية عليها لا تنتهي إلاّ بدخول زوجها بها أو بشهادة العدول بصلاحيها⁽¹⁾. ونصّت المادة 86 من قانون الأسرة أنّ: "من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني"، وتنص المادة 40 من القانون المدني أنّ سنّ الرشد هي تسعة عشر (19) سنة كاملة، فمن بلغ هذه السنّ دون أن يحجر عليه، كان كامل الأهلية وترفع عنه الولاية تلقائيا بقوة القانون.

مع ضرورة التفريق بين أسباب انتهاء الولاية المالية كنظام قانوني يهدف لحماية القاصر، وبين أسباب انتهاء وظيفة الوالي المالي الذي أقيم للسهر على تحقيق هذه الغاية، فالولاية المالية تنتهي بزوال سبب قيامها في البداية وهو انعدام أهلية القاصر أو نقصها، كما تنتهي كذلك بوفاة القاصر الذي هو موضوع هذه الحماية، أمّا انتهاء وظيفة النائب الشرعي فلا تؤدي إلى انتهاء الولاية المالية لأن سببها لازال قائما، بل يُعهد بها إلى وصيّ أو مقدّم يرفع أمور القاصر المالية، في حين أنّ انتهاء الولاية المالية ببلوغ القاصر الرشد أو بوفاته يؤدي تلقائيا إلى انتهاء وظيفة وليّه.

وتنتهي وظيفة النائب الشرعي أيضا بالترشيد وبوفاة النائب الشرعي، أو فقدان أهليته، أو غيابه غيبة منقطعة، وبعزله أو باستقالته وإعفائه، وكذلك بانتهاء المهام التي أقيم من أجلها.

⁽¹⁾ انظر أحمد الدردير-الشرح الصغير على مختصر أقرب المسالك، مؤسسة العصر الجزائر، طبعة 1992، 138/2، الصاوي-بلغة السالك 128/2، الدسوقي-حاشية الدسوقي 298-296/3.

المبحث الثاني: حماية الأطفال اللقطاء وذوي الاحتياجات الخاصة

تتطلب وضعية الطفل اللقيط أو ذوو الاحتياجات الخاصة، رعاية مضاعفة بالنظر إلى اجتماع ضعف الطفولة مع حالته الخاصة، فوجب أن يحاط تبعا لذلك وزيادة على الحماية التي ينالها جميع الأطفال، بحماية تتماشى مع وضعه.

المطلب الأول: الحماية القانونية والشرعية للطفل اللقيط

الفرع الأول: حماية الشريعة الإسلامية لللقطاء

البند الأول: مفهوم اللقيط عند الفقهاء

اللقيط لغة من لَقَطَ، أي أخذ الشيء من الأرض ومنه الملقوط، واللقيط الذي يوجد مُلقى على الطريق لا يُعرف أبواه⁽¹⁾، ويعبر مصطلح اللقيط والملقوط أو المنبوذ، عند المالكية عن: "الصبي الصغير غير البالغ وإن كان مميّزا، الذي يوجد مطروحا"⁽²⁾، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَجَاءَتْ بِكُ سَيَّارَةً فَأَرْسَلُوا وَارِدَهُمْ فَأَخْلَى دُلُوهُ قَالَ يَا بَشْرَى هَذَا مُلَامٌ وَأَسْرُوهُ بِضَاعَةٌ وَاللَّهُ عَلِيمٌ بِمَا يَعْمَلُونَ﴾ سورة يوسف الآية 19 وقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ سورة المائدة الآية 2، وما رُوِيَ أن رجلا أخذ منبوذا على عهد عمر رضي الله عنه، فقال له عمر: "هو حرّ وولأوه لك وعلينا ارضاعه"⁽³⁾، وعند الحنفية اللقيط هو: "اسم لحبي مولود طرحه أهله خوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الزنا"⁽⁴⁾، أما الشافعية فقالوا أن اللقيط هو: "صغير منبوذ في الغالب إما لكونه من فاحشة خوفا من العار، أو للعجز عن مؤنته، في شارع أو مسجد أو نحو ذلك، لا كافل له معلوم ولو مميّزا لحاجته إلى التعهد"، أو هو: "الذي يوجد مرميا على الطرق لا يعرف أبوه ولا أمه"، بشرط

(1) مجمع اللغة العربية-المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، الطبعة الرابعة 2004 ص 834.

(2) القراني-الذخيرة 129/9-130، ابن رشد-بداية المجتهد ونهاية المقتصد 310/2.

(3) رواه مالك في موطئه، كتاب الأقضية باب القضاء في المنبوذ رقم 19، موطأ مالك بن أنس 738/2، ورواه البيهقي-كتاب اللقطة باب التقاط المنبوذ وأنه لا يجوز تركه ضائعا، الحديث رقم 12134، البيهقي-السنن الكبرى 332/6.

(4) ابن عابدين-رد المختار على الدر المختار 432/6 إلى 430، الشريبي-مغني المحتاج 540/2.

أن لا يبلغ سن التمييز"⁽¹⁾.

فمدلول مصطلح اللقيط عند الفقهاء يتعلّق بالطفل من الولادة إلى ما دون البلوغ، الذي يوجد في مكان عام كالطريق أو السوق أو غيرها، دون أن يُعرف نسبه، وذكروا أن وجوده في الشارع ليس عرضياً أو صدفة أو بسبب ضياعه مثلاً، بل بسبب كونه إما نتيجة فعل حرام كالزنا أو بسبب فقر أهله الذين يتخلّون عنه طوعاً.

البند الثاني: عناية الفقه الإسلامي باللقيط

أدرج الفقهاء انقاذ اللقيط ورعايته ضمن قاعدة حفظ النفوس المجمع عليها في كلّ الملل والكتب المنزلة، وجعلوا الالتقاط فرضاً على من وجده خشية هلاكه، وأقروا بإسلامه وحرّيته والانفاق عليه من بيت مال المسلمين عند الضرورة ونسبه لمن ادّعاه بالبينة، وفصلوا في الأمر كما يأتي:

اعتبر المالكية أن التقاط اللقيط فرض كفاية قياساً على انقاذ الغريق واطعام المضطّر، في حين تجب نفقته على ملّقطه إلا أن يكون له مال من هبة أو مال وُجد تحتّه، ويُرجع على أبيه في نفقته إذا تخلّى عنه عمداً، وإلا تكون نفقته على بيت المال وولّأه للمسلمين ويحكم بإسلامه، ولا يلحق نسبه بالملتقط إلا ببينة أو دليل، وذكروا أن من أخذه بنية تربيته يحرم عليه تركه، ومن أخذه بنية تسليمه للحاكم ولم يقبله جاز له ردّه لموضع أخذه في قول، وفي قول ليس للملتقط ردّه لأنه ملزم به بعد التقاطه، ومن أخذ لقيطاً وجب عليه الاشهاد فإن عجز عن الانفاق عليه سلّمه للقاضي⁽²⁾.

كما يعتبر الحنفية التقاط اللقيط فرض كفاية في حالة غلب على ظنّ الملتقط هلاكه لو لم يأخذه، "كأن وجده في الماء أو بين يدي سبع" ولو لم يعلم به غيره، فيصبح التقاطه فرض عين، وإلا فإن الالتقاط مندوب عندهم "لما فيه من الشفقة والإحياء حيث أن مضيّعه آثم ومحزره غانم"، ويعتبر اللقيط حراً مسلماً تبعاً إذا وجد في بلاد المسلمين، وتكون نفقته وكسوته وسكناه ودواءه ومهره-إذا زوّجه السلطان- في بيت المال إن لم يكن له مال، والملتقط عندهم ينفق متبرعاً إلا إذا

⁽¹⁾ الشريبي-معنى المحتاج 540/2.

⁽²⁾ القرافي-الذخيرة 131/9-132-135، الخرشبي-الخرشي على مختصر خليل 101/6.

استأذن القاضي فيكون ديناً يرجع به على اللقيط بعد البلوغ، وقالوا بثبوت نسب اللقيط استحساناً لاحتياجه إليه، حيث يُنسب لمن يدّعيه ولو غير الملتقط، ولو ادّعته امرأة ذات زوج ثبت نسبه إذا صدّقها الزوج أو شهدت القابلة أو قامت بيّنة ولو برجل وامرأتين على الولادة، وإن لم يكن لها زوج فلا تَد من شهادة رجلين، فيما لم يثبتوا الولاية على مال اللقيط ونفسه لمن التقطه، لأن الولاية عليه في نفسه وماله للسلطان لحديث: {السلطان وِيّ من لا ولي له} (1)، غير أن للملتقط أن يقبض عنه هبته وصدقته (2).

ويستدل الشافعية في وجوب الالتقاط وبكونه فرض كفاية بقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ سورة المائدة الآية 2، وبقوله عز وجل: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَانَتْهَا أَحْيَا النَّاسِ جَمِيعًا﴾ سورة المائدة الآية 32، لأن إحياء تلك النفس يُسقط الحرج كما قالوا ولأنه "آدمي محترم فوجب حفظه كالمضطرّ إلى الطعام"، والالتقاط أولى لأن "البالغ العاقل قد يحتال لنفسه كما ذكروا عكس اللقيط"، وإذا علم باللقيط شخص واحد فقط وجب عليه التقاطه، مع ضرورة الاضهاد على الالتقاط في الأصح وكذا الاضهاد على ما معه حتّى لا يستولي عليه غيره، واستدلوا بما روي أن سيّ بن أبي جميلة وجد منبوزاً في خلافة عمر ابن الخطاب رضي الله عنه، فقال: جئت به إلى عمر، فقال: "ما حملك على أخذ هذه النسمة"، فقال: وجدتها ضائعة، فأخذتها، فقال عمر: "أذهب فهو حرّ ولك ولاؤه وعلينا نفقته" (3).

ويشترطون في ولاية الالتقاط وهي حضانة اللقيط، الحرية والتكليف دون الذكورة، والاسلام إن كان اللقيط محكوماً بإسلامه، والعدالة لأنها ولاية على الغير فتعتبر فيها العدالة، ولا يشترطون إذن الحاكم وإنما يستحب تسليم اللقيط إليه، ولو التقط الصبي من لا تتوقّف فيه تلك الشروط تُزِع

(1) رواه الترمذي في كتاب النكاح باب ما جاء لا نكاح إلا بولي الحديث 1102، الترمذي-الجامع ص 194، ورواه ابن ماجه في كتاب النكاح باب لا نكاح إلا بولي الحديث 1789، سنن ابن ماجه ص 605.

(2) ابن عابدين-رد المختار على الدر المختار 423/6 إلى 430، الشيخ نظام-الفتاوى الهندية 304/2، النسفي-البحر الرائق 241/5-243.

(3) رواه مالك-كتاب الأفضية باب في القضاء في المنبوز رقم الحديث 19، مالك ابن أنس-الموطأ، دار احياء التراث العربي بيروت 738/2، وانظر في المسألة: الشريبي-مغني المحتاج 540/2، الشيرازي-المهذب في فقه الشافعي 312/2.

منه لعدم الأهلية، ولو تنازع في اللقيط اثنان فهو لمن سبق إليه، لقوله ﷺ: {من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو له} (1)، وإذا التقطه اثنان معا قالوا "يُقدّم الغني على الفقير، والعدل على المستور، لأن العدل هو المزكى عند الحاكم"، والمستور هو من كانت عدالته ظاهرة بأن لم يعلم فسقه، كما يُقدّم البصير على الأعمى والسليم على المجذوم والأبرص، أما إذا استويا في الصفات فقالوا أنه يُقرع بينهما، لأن القرعة في الكفالة هي من شرع من قبلنا لقوله تعالى: ﴿وَمَا كُنْتُمْ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْبِيَهُ﴾ سورة آل عمران الآية 44، على اعتبار أنه ليس في شرع المسلمين ما يخالف ذلك، ولا تجب نفقة اللقيط على الملتقط بل في ماله إذا كان له مال خاص وُجد معه في ثيابه أو فراشه ومهده، أو مال عام كالهبة والوقف على اللقطاء، وإن لم يكن له مال فنفقته على بيت المال، وفي قول لا تجب نفقته على بيت المال، وعليه يقترض له الإمام ما ينفق به من بيت المال أو من رجل من المسلمين، أو يجمع الأغنياء ويقسم عليهم نفقة اللقيط، وإذا تبين أن له وليا رجح الإمام بما أقرضه عليه، وإن كان للقيط كسب يرجع عليه في كسبه، ولو استلحق اللقيط مسلم حرّ لحقه بشروط الإقرار سواء كان الملتقط أو غيره (2).

وإذا ادعى الملتقط نسب اللقيط فينسب إليه بالبينة إذا كان مسلما حرا ، وإذا كان ذميا لحق به أيضا، وإذا ادعى نسبه اثنان فأكثر ولو كافرا ومسلما فمن كانت له بينة هو أحقّ به، وإذا لم تكن لأحدهما بينة يتم الاستعانة بالقائف، وإن ادّعت امرأة فثلاثة أقوال عندهم، الأول أنه ينسب لها لأنها أحد الأبوين فيقبل إقرارها بالنسب كالأب، والثاني لا يقبل إقرارها لأنه يمكن إقامة البينة على ولادتها بطريق المشاهدة فلا يحكم فيها بالدعوى خلاف الأب، والثالث إن كانت فراشا لرجل لم يقبل قولها لأن إقرارها يتضمّن الحاق النسب بالرجل، وإن لم تكن فراشا قبل لأنه لا يتضمّن الحاق النسب بغيرها (3).

(1) رواه أبو داود-كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في اقطاع الأرضين، سنن أبي داود الحديث رقم 3071، 679/4.

(2) الشريبي-مغني المحتاج 2/541 إلى 543-551، الشيرازي-المهذب في فقه الشافعي 2/313-314.

(3) الشيرازي-المهذب في فقه الشافعي 2/316.

ويوجب الحنابلة التقاط اللقيط اعتباراً أنه فرض كفاية لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ﴾⁽¹⁾ والمادة الآية 2، ولأن فيه أحياء نفس فكان واجبا كإطعام مضطّر وانقاذه من الغرق، كما استدّلوا بما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال لرجل جاءه بلقيط: {قال فاذهب فهو حرّ ولك ولاؤه وعلينا نفقته}⁽¹⁾، ويكون اللقيط مسلماً إذا وجد في دار الإسلام أو في بلاد كان فيها مسلم واحد، لأنه يحتمل أن يكون لذلك المسلم وذلك تغليبا لدين الله كما قالوا، وإن كان في البلاد الذميين حكم بكفره، وأما دار الكفار فإن لم يكن فيها مسلم فلقيطها كافر لأن الدار لهم وأهلها منهم، وحتى لو اعتبر اللقيط مسلماً، فإذا أقام كافر البيّنة على أنه ولده يحكم له به⁽²⁾.

أما عن مسؤولية اللقيط، فيقول الحنابلة بأنه إذا ارتكب جنائية يتحمّل بيت المال تبعاتها، وإذا جُنِيَ عليه جنائية في النفس توجب الدية فهي لبيت المال، وإن كان قتلا عمدا فلإمام الخيار بين استيفاء القصاص أو العفو بمقابل مال وهو قول الشافعي، وإن قذف اللقيط بعد بلوغه محصنا يحدّ بشمانين جلدة لأنه حرّ، وإن قذفه قاذف وهو محصن فعليه الحدّ لأنه حرّ⁽³⁾.

ويُنْفَق على اللقيط من بيت المال إن لم يوجد معه شيء، ولا يلزم الملتقط بالإنفاق عليه لأن الالتقاط تخليص له من الهلاك وتبرّع بحفظه فتجب نفقته في بيت المال، لحديث عمر رضي الله عنه السابق ذكره، وإن تعدّر من بيت المال فنفقته على عامة المسلمين ممّن علم حاله، ومن أنفق عليه تبرّعا أمكنه الرجوع عليه إذا كبر إذا كان بأمر الحاكم، وولاؤه وميراثه لسائر المسلمين لأنه مسلم حرّ، وفي أحد القولين يجب الاضهاد على التقاط اللقيط لأن فيه حفظ النسب والحرية، وإن ادّعى نسب اللقيط مسلم حرّ وأمکن أن يكون منه ألحق به، لأن الإقرار لصالح الطفل لاتصال نسبه⁽⁴⁾.

وعليه فقد اتفق الفقهاء أن التقاط اللقيط فرض كفاية، وإن اختلفوا في نفقته، فقال المالكية بأنها تجب على الملتقط بداية أو من مال اللقيط إذا وجد، ثم في بيت مال المسلمين، وقال

⁽¹⁾ سبق تخرجه في الصفحة 134.

⁽²⁾ ابن قدامة-المغني شرح مختصر الخزي 353/8-354.

⁽³⁾ ابن قدامة-المرجع نفسه 350/8 إلى 352.

⁽⁴⁾ ابن قدامة-المرجع نفسه 355/8 إلى 360-367.

الشافعية أنها تجب في بيت المال إذا لم يوجد معه مال، ولا تجب على الملتقط وهو قول الحنابلة كذلك، كما أجاز الفقهاء نسبة اللقيط لمن ادّعاه بالبينة أو الدليل عند الجمهور فيما سمح الحنفية باستلحاق اللقيط بدون ذلك استحسانا ولو من غير الملتقط.

ومما سبق نستخلص أن رعاية الإسلام للأطفال اللقطاء لا تقل أهمية عما خصّت به القوانين الحديثة هذه الفئة المستضعفة، بل أن لها السبق على كثير من التشريعات الحديثة الداخلية والدولية، وذلك من حيث أنها كفلت حمايتهم من جميع الجوانب، فتشمل تلك الرعاية حفظ حياتهم وحرمة المساس بهم وضرورة التقاطهم من الشارع، وإقرار النفقة عليهم من المال العام في حال الضرورة، وكذا اعتبارهم من مجموع المسلمين إذا وجدوا في بلادهم، فضلا عن الحرص على نسبهم إلى من ادّعاهم إليه، وهي الرعاية التي جسدها القانون من خلال حظر الإجهاض وتسجيل اللقطاء ومنحهم الاسم والجنسية، وضمان حقهم في الاستفادة من الرعاية المادية والاجتماعية للدولة.

الفرع الثاني: الحماية القانونية للقيط

البند الأول: مفهوم مصطلح اللقيط في القانون

أولا-تعريف اللقيط:

لا يوجد تعريف لمصطلح اللقيط أو أحكام تميّزه عن بقية الأطفال في التشريع الجزائري، وإن كان قد ورد ذكره في قانون الحالة المدنية عندما نصّت المادة 4/64 منه: "يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرّح أية أسماء"، كما جاءت الإشارة إلى اللقيط في المادة 67 من نفس القانون: "يتعيّن على كل شخص وجد مولودا حديثا أن يصرّح به إلى ضابط الحالة المدنية"، ما يظهر أن القانون قد تناول هذه الفئة ببعض الأحكام القانونية تحت مسمّيات مختلفة على غرار "الطفولة المسعفة" أو "المولود الحديث العهد بالولادة"، أو "الطفل مجهول النسب".

وقرّرت نصوص الإعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة 1949 حماية خاصة لهذه الفئة التي يطلق عليها وصف "الأطفال المولودين بطرق غير شرعية"، وأكدت استفادتهم من الحماية الاجتماعية التي تتضمّن تأمين ظروف معيشية مقبولة لهم، من حيث الايواء والغذاء واللباس والرعاية الصحيّة والتعليم وذلك دون تمييز بينهم وبين الأطفال المولودين في إطار الزواج⁽¹⁾، وأشار الإعلان إلى حق هؤلاء الأطفال وأمهاتهم في مساعدة ورعاية خاصّتين، تضاف إلى الحقوق الأخرى التي يستفيد منها كل انسان بغض النظر عن سنّه أو جنسه أو عرقه.

ثانياً-الحقوق الأساسية للقطاء:

من أهم الحقوق التي يجوزها كل انسان وتُدافع عنها كل الشرائع والأديان، الحق في الحياة، غير أن خصوصية وضع اللقيط تجعله معنياً أكثر من غيره من الأطفال بواجب حماية هذا الحق من طرف الدولة والمجتمع، على اعتبار أن مولده ومجيئه للحياة يكون في ظروف خاصّة، وعادة ما يُلاقى الإهمال واللامبالاة أو عدم الترحيب، بسبب عدم ثبوت نسبه وخشية العار والفضيحة، فيتعرّض في أحيان كثيرة لتهديد حياته بعد مولده مباشرة أو حتى الإجهاض قبل مولده⁽²⁾، فكان لزاماً وفقاً لذلك الحرص على حفظ حياته وحقّه في الوجود منذ لحظة ميلاده.

ويُلزم القانون بضرورة التصريح بالطفل فور مولده ليتمتع بالحماية القانونية حسب المادة 3/442 من قانون العقوبات⁽³⁾، وسلّط عقوبة الحبس من 10 أيام إلى شهرين وغرامة مالية من 8 إلى 16 ألف دينار على كل من حضر ولادة طفل دون أن يعلن عنها في المواعيد المحدّدة

⁽¹⁾المادة 3/25 من الإعلان العالمي لحقوق الانسان: "للأمومة والطفولة الحق في مساعدة ورعاية خاصّتين، وينعم كل الأطفال بنفس الحماية الاجتماعية سواء أكانت ولادتهم ناتجة عن رباط شرعي أو بطريقة غير شرعية".

⁽²⁾خصّص القانون بعقوبات شديدة تصل إلى الحبس لمدة 5 سنوات أو أكثر وغرامات مالية تصل إلى 10 آلاف دينار، كلاً من الأم التي تجهض ابنها وكل من يساعدها أو يشترك معها في هذه الجريمة، وحتى الأشخاص الذين يجترّسون على هذا الفعل أو يشجّعون النساء على الإقدام عليه، غير أنه سمح بالإجهاض في الظروف التي يكون فيها الحمل خطراً على حياة الأم، وقد نظّم هذه الأحكام في المواد من 304 إلى 313 من قانون العقوبات.

⁽³⁾الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل بالقانون 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، وبالقانون 14-01 المؤرخ في 4 فبراير 2014.

الباب الأول..... الفصل الثاني: نظام النيابة الشرعية وحماية الأطفال ذوي المراتب الخاصة

قانوننا⁽¹⁾، ويخضع لنفس العقوبة من وجد طفلا وُلد حديثا ولم يسلمه إلى ضابط الحالة المدنية كما يوجبه القانون، وذلك مادام لم يوافق على أن يتكفل به على أن يقر بذلك أمام البلدية التي عثر على الطفل في إقليمها.

ومباشرة بعد التصريح بالطفل اللقيط لدى ضابط الحالة المدنية، يقوم هذا الأخير بتحرير محضر يذكر فيه تاريخ ومكان العثور عليه، وجنسه وعمره الظاهر وكل المعلومات الخاصة به، ثم يقوم بتسجيل هذا المحضر في سجلات الحالة المدنية⁽²⁾، كما يُعطى للطفل اللقيط اسما يختاره في هذه الحالة الشخص الذي صرح به وفقا لنص المادة 64 من قانون الحالة المدنية⁽³⁾.

من جهة أخرى، يضمن قانون الجنسية للطفل اللقيط الحصول على الجنسية الجزائرية بموجب المادة 7 منه التي تؤكد حصول كل طفل وُلد في الجزائر على الجنسية الجزائرية⁽⁴⁾، سواء من أبوين مجهولين أو من أب مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاد دون بيانات أخرى تمكن من إثبات جنسيتها، كما أكد نص المادة أن الولد الحديث العهد بالولادة الذي عُثر عليه في الجزائر يُعتبر مولودا فيها ما لم يثبت ما يخالف ذلك.

⁽¹⁾ بالرجوع إلى المادة 62 من قانون الحالة المدنية، نستخلص أن الأشخاص المعنيين بضرورة التصريح بولادة الطفل هم: الأب ثم الأم، ثم الأطباء والقابلات إذا كان الأب غائبا ولم تقم الوالدة بالتصريح، ثم بقية الأشخاص الذين حضروا الولادة، أو الشخص الذي ولدت الأم عنده إذا ولدت خارج بيتها، ولا فرق بين أن يولد الطفل حيا أو ميتا حيث يتوجب التصريح به في ظرف خمسة أيام وفق المادة 67 من قانون الحالة المدنية، وانظر احسن بوسقيعة-الوجيز في القانون الجزائري الخاص، دار هومة الطبعة الرابعة عشر 2012 ص 176.

⁽²⁾ جاء في المادة 67 من قانون الحالة المدنية: "يتعين على كل شخص وجد مولودا حديثا أن يصرح به إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه، وإذا لم تكن له رغبة بالتكفل بالطفل يجب عليه تسليمه إلى ضابط الحالة المدنية مع الألبسة والأمتعة الأخرى الموجودة معه، ويجزر محضر مفصل يبين فيه فضلا عن المعلومات المنصوص عليها في المادة 30 من هذا الأمر تاريخ ومكان وظروف التقاط الطفل والسن الظاهري وجنس الطفل وأية علامة يمكن أن تسهل معرفته وكذا السلطة أو الشخص الذي عهد به إليه ويسجل المحضر بهذا التاريخ في سجلات الحالة المدنية، ويعد ضابط الحالة المدنية بعد هذا المحضر عقدا منفصلا يكون بمثابة عقد الميلاد ويذكر في العقد بالإضافة إلى البيانات المنصوص عليها في المادة 30 من هذا الأمر جنس الطفل وكذا الأسماء واللقب المعطاة له كما يحدد فيه تاريخ ميلاد يطابق سنه الظاهري وتعين البلدية التي وجد فيها الطفل مكان ولادته، كما يجب إعداد عقد مماثل بناء على تصريحات مصالح الاسعاف العمومي بالنسبة للأطفال الموضوعين وصايتها والمجردين من عقد ميلاد معروف...".

⁽³⁾ المادة 64 من قانون الحالة المدنية تنص على أنه يختار اسم الطفل المولود الأب أو الأم أو الشخص المصرح به، ويدون ضابط الحالة المدنية هذا الاسم مع بقية المعلومات الأخرى عن الطفل اللقيط وفقا لما تنص عليه المادة 76 المبيّنة أعلاه.

⁽⁴⁾ الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية المعدل والمتمم بالأمر 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الجريدة الرسمية رقم 15 ص 15.

وفيما يتعلّق بنسب اللّقيط، أمكن استنتاج حقه في أن ينسب لأبويه أو لأحدهما إعمالاً لنصوص قانون الأسرة، سيما المواد 40 إلى 45، حيث نستخلص من المادة 40 حق اللّقيط في الحصول على النسب على النسب من خلال إقرار والديه أو بالبيّنة، كما أتاحت المادة 44 للّقيط الحصول على النسب من خلال الإقرار ببنة مجهول النسب، حيث جاء فيها: "يثبت النسب بالإقرار بالبنة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدّقه العقل والعادة".

واعتماداً على نصّ المادة السابقة، يمكن لأب اللّقيط أو لأمّه أن ينسبها إليهما بمجرد الاعتراف والإقرار بكونه ابنيهما، وقد جعل المشرّع هذا الإقرار جائزاً -استثناءً- حتى ولو كان المقرّ في حالة مرض الموت، فضلاً عن تعديل قانون الأسرة سنة 2005 تضمّن في المادة 40 جواز لجوء القاضي إلى الطرق العلمية من أجل إثبات نسب اللّقيط، سيما من خلال استعمال نظام البصمة الوراثية وتحليل الحمض النووي على أن يكون ذلك في الأطر المشروعة.

البند الثاني: حقّ اللّقيط في الرعاية البديلة عن الأسرة

أولاً- دور رعاية الطفولة المسعفة:

بُغية توفير وسط مشابه للوسط الأسري يضمن النمو النفسي والعقلي السليم للقطء، وضعت الدولة دور الرعاية والحماية للعناية بهم سيما خلال سنوات طفولتهم الأولى، وقد تم في الجزائر إنشاء دور رعاية اللّقطاء أو ما يسمّى بدور رعاية الأطفال المسعفين بداية من الثمانينات من القرن الماضي بموجب المرسوم رقم 80-83 المؤرخ في 15 مارس 1980، وهي التي تستقبل الأطفال اللّقطاء من المستشفيات أو من مراكز الشرطة، غير أن هذه الدور تستقبل وفقاً لقانونها الداخلي عدّة فئات أخرى من الأطفال.

والجدير بالذكر أن هذه المؤسسات أثبتت في الواقع محدوديّتها في التكلّف المناسب بهذه الفئة سواء من حيث نوعية التكلّف أو مدّته، على اعتبار أنها غير مخصّصة لاستقبالهم بعد سن البلوغ، في وقت يكون أغلبهم غير حائزين للتعليم أو المهارات الضرورية التي تضمن استقلالهم الاقتصادي والاجتماعي ليتمكنوا من العيش خارج تلك المراكز، سيما الفتيات منهم.

ثانيا- نظام الكفالة في قانون الأسرة:

جاء نظام الكفالة في الإسلام كبديل شرعي عن التبني المحظور، وهو ما أقره قانون الأسرة⁽¹⁾، حيث تسمح الكفالة بالاعتناء باللقيط دون أن ينسب لكافله ودون مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها من مصادر التشريع، وتؤكد المادة 116 من قانون الأسرة أن على الكفيل أن يقوم على وجه التبرع برعاية الطفل اللقيط فيما يتعلق بنفقته وتربيته بنفس الطريقة التي يرضى بها الأب ابنه، كما اشترط القانون أن تتم الكفالة بعقد شرعي وبعلم المحكمة، وشدد المشرع في حماية اللقيط باشتراطه أن يكون الكافل من دينه وذو مقدرة على القيام برعايته⁽²⁾.

وكإجراء تحفيزي منح المشرع للشخص الذي يكفل اللقيط كل الحقوق التي يملكها الوالد على ولده، بغيره توفير وسط مطابق للوسط الطبيعي الذي يفترض أن ينمو فيه الطفل، ومن ذلك الولاية على نفس الطفل وحتى الحصول على المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الطفل الأصلي، كما أعطى القانون للكافل الحق في إدارة أموال اللقيط إذا كانت له أموال مكتسبة سواء من الإرث أو الوصية أو الهبة⁽³⁾، ومن أهم ميزات نظام الكفالة ضمان حق اللقيط في استعادة نسبه الحقيقي لأنه لا يتضمن نسبه لكافله، فوفقا للمادة 124 ق أ يمكن للأبوين الأصليين للقيط استعادة ابنهما إذا أقر أحدهما بنسبه إليه.

المطلب الثاني: حماية الأطفال ذوي الاحتياجات الخاصة

يعاني الأطفال ذوو الاحتياجات الخاصة من ضرر مزدوج، ويجتمع عليهم ضعف الطفولة مع عجز الإعاقة، فكان لا بد من توفير حماية مكيفة مع احتياجاتهم، لذلك خصهم المشرع بنظام حماية متميز من خلال القانون 02-09 الذي يعني بحمايتهم وترقيتهم⁽⁴⁾، حيث تضمن محاور

⁽¹⁾أورد المشرع الجزائري نظام الكفالة في قانون الأسرة من خلال 10 مواد من المادة 116 إلى 125، وقد أكدت المادة 119 إمكانية كفالة الطفل مجهول النسب.

⁽²⁾المادتان 117 و118 من قانون الأسرة، وهو ما يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية.

⁽³⁾المادتان 121 و122 من قانون الأسرة.

⁽⁴⁾أوضح المشرع في المادة 02 من القانون 02-09 المؤرخ في 8 ماي 2002 المتعلق بحماية الأشخاص المعاقين وترقيتهم-الجريدة الرسمية عدد 34 ماي 2002 ص6، أن تلك الحماية تشمل: كل شخص مهما كان سنه أو جنسه يعاني من إعاقة أو أكثر، سواء كانت وراثية أو خلقية أو مكتسبة، والتي تحد من قدرته على ممارسة نشاط أو عدة نشاطات أولية في حياته اليومية الشخصية والاجتماعية، نتيجة لإصابة وظائفه الذهنية و/أو الحركية و/أو العضوية-الحسية.

عديدة منها الوقاية من الإعاقة والكشف المبكر عنها، وكذا ضمان العلاج وإعادة التأهيل، فضلا عن التعليم وترقية الطفل المصاب بالإعاقة، وبذلك يحوز الأطفال على رعاية شاملة ابتداء بالوقاية من الإعاقة قبل الولادة، ومرورا بالكشف المبكر عنها، وصولا إلى التعليم الإجباري والتكوين المهني لضمان الإدماج⁽¹⁾.

و يعتبر تجسيد ما سبق ذكره التزاما وطنيا بنص المادة الثالثة من ذات القانون، حيث يتوجب اشتراك كل من الأسرة أو من ينوب عن المعاقين وكذا مؤسسات الدولة في سبيل تحقيق تلك الأهداف، وحرصا على تأطير هذه الفئة وتوفير أكبر قدر من الحماية لها، نص القانون 02-09 على تنصيب مجلس وطني للأشخاص المعاقين يضم ممثلين عن أوليائهم وعن الحركة الجمعوية، ويكلف المجلس بالدراسة وإبداء الرأي في كل المسائل المتعلقة بالأطفال ذوي الاحتياجات الخاصة، زيادة على إنشاء لجنة وطنية لهم⁽²⁾، فيما جاءت المادة 7 من ذات القانون لتشجيع الأسر على التكفل بالأطفال المعاقين من خلال إمكانية استفادتها من منحة مخصصة لهم.

الفرع الأول: الكشف المبكر والوقاية من الإعاقة

تأتي الوقاية والكشف المبكر عن الإعاقة كمحور مهم ضمن قانون حماية الأشخاص المعاقين وترقيتهم، سيما لدى الأطفال لأنهم في هذه السن أكثر عرضة للإصابة بمختلف أنواع الإعاقات، حيث خصّ الفصل الثاني من القانون 02-09 للكشف المبكر بواسطة الفحوصات والتحليل وبرامج الوقاية الطبية وكذا حملات التوعية والإعلام حول العوامل المسببة للإعاقة، للتكفل بها وتقليل أسبابها وحدتها⁽³⁾، وألزم المشرع أولياء الشخص المعاق وكذا من ينوب عنه قانونا ومستخدمي الصحة، بضرورة التصريح بالإعاقة للجهات المعنية على مستوى الولاية، قصد التكفل

⁽¹⁾ أشارت المادة الثالثة من القانون 02-09، إلى أن حماية الأشخاص المعاقين وترقيتهم تهدف إلى الكشف المبكر عن الإعاقة والوقاية منها ومن مضاعفاتها، وضمان العلاجات المتخصصة وإعادة التدريب الوظيفي وإعادة التكييف، وكذا ضمان الأجهزة الاصطناعية والمساعدات التقنية لفائدتهم، كما نصّت على ضمان تعليم إجباري وتكوين مهني للأطفال والمراهقين المعوقين، وضمان إدماجهم على الصعيدين الاجتماعي والمهني، وكذا توفير شروط ترقية المعاقين وتفتح شخصيتهم بالرياضة والترفيه والتكيف مع المحيط، وتشجيع الجمعيات المهتمة بحماية هذه الفئة.

⁽²⁾ المادتان 30 و 31 من قانون حماية الأشخاص المعاقين وترقيتهم.

⁽³⁾ المادتان 11 و 12 من قانون حماية الأشخاص المعاقين وترقيتهم.

المبكر بها والحدّ من تأثيراتها على الطفل، وجعل المشرّع التصريح بالإعاقة وجوبيا فور ظهورها أو كشفها، وحدّر من أن مخالفة هذه الأحكام موجب للعقاب⁽¹⁾.

قد تؤدّي الظروف الاجتماعية للطفل المعاق وتدهور حالته الصحيّة، إلى حرمانه من حقوقه الأساسية في عيش حياة طبيعية وسليمة كأقرانه من غير المصابين بإعاقته، ما يفاقم عزله بحيث يصبح عبئا على أسرته ومجتمعه بدل أن يندمج فيه ويسهم في تنميته.

ولتفادي ذلك، ألزم القانون بضرورة ضمان التكفل المدرسي بهذه الفئة بغض النظر عن مدّة التمدرس أو سنّ الطفل، ما يشير إلى إجبارية التعليم والتكوين لهذه الفئة في المؤسسات المخصّصة للأطفال والمراهقين المعاقين، حيث يتم تهيئة أقسام وفروع خاصّة بهم لهذا الغرض في الوسط المدرسي والاستشفائي، فضلا عن استفادة المعاقين المتمدرسين عند اجتيازهم للامتحانات من ظروف مادية ملائمة تسمح لهم بإجرائها في ظروف عادية⁽²⁾.

وفي هذا الإطار، تم بموجب قرار وزاري مشترك بين وزارة التربية ووزارة العمل والحماية الاجتماعية والتكوين المهني سنة 1998، فتح أقسام خاصّة بالأطفال ضعيفي الحواس (ناقصي السمع والمكفوفين) داخل المؤسسات التعليمية التابعة لقطاع التربية الوطنية حسبما جاء في المادة 7 من القرار الوزاري المذكور، وكذا إمكانية الدمج الكلّي أو الجزئي لتلاميذ هذه الأقسام الخاصّة في الأقسام العادية، والتكفل بالخدمات التعليمية للتلاميذ الذي أجبروا على المكوث في المستشفيات ومراكز العلاج، حيث وضعت لهم أقسام خاصّة بموجب القرار الوزاري المشترك بين وزارة التربية ووزارة الصّحة والمؤرخ في 27 أكتوبر 1998، كما صدر قرار وزاري مشترك بين وزارتي التشغيل والتضامن والتربية الوطنية بتاريخ 3 ماي 2003 لضمان عملية تقييم وتنظيم الامتحانات الخاصة بهذه الفئة.

ولأن حاجات الطفل المعاق غالبا ما تتعدّى التعليم والتدريس إلى الرعاية المتخصّصة التي

⁽¹⁾ المادة 13 من قانون حماية الأشخاص المعاقين وترقيتهم.

⁽²⁾ المادتان 14 و15 من قانون حماية الأشخاص المعاقين وترقيتهم.

تستوجبها حالته الخاصة، وفي هذا الإطار ألزمت المادة 2/16 من القانون 02-09 المؤسسات المتخصصة بالتعليم والتكوين المهني للمعاقين، بضمان أعمال نفسية واجتماعية وطبية تقتضيها الحالة الصحية للمعاق، زيادة على التعليم والتكوين المهني وعند الاقتضاء الإيواء، كما شجعت المادة 17 من القانون التكفل المتخصص بهؤلاء الأطفال من خلال توفير تأطير متخصص ومؤهل عبر تكوين المكوّنين وكذا تدعيم الجمعيات والمؤسسات العاملة في هذا المجال⁽¹⁾.

وعلى المستوى المحلي تنشأ لجنة ولائية للتربية الخاصة والتوجيه المهني للمعاقين، والتي يجب أن تضم ممثلين عن أولياء التلاميذ المعاقين وعن جمعيات المعاقين وخبراء ويرأسها مدير التربية في الولاية وفق المادة 18، كما شجّع المشرع على نمو الطفل المعاق في وسط أسري يحفزه على النمو والاندماج حسب المادة 21 من ذات القانون التي منحت الأشخاص الذين يتكفلون بطفل معاق مقبول في مؤسسات التعليم والتكوين المهني الحق في الاستفادة من منحة مدرسية.

الفرع الثاني: ترقية الطفل المعاق وتسهيل اندماجه

تتضمن العناية بالحياة الاجتماعية للأطفال ذوي الإعاقة ورفاهيتهم، اتخاذ ما يجب من تدابير لتسهيل تنقل المعاقين وتحسين ظروف معيشتهم ورفاهيتهم والقضاء على الحواجز التي تعيقهم⁽²⁾، والعمل على تسهيل حصول الطفل المعاق على الأجهزة الاصطناعية التي تمكنه من الاستقلالية البدنية⁽³⁾، وتسهيل وصوله إلى الأماكن العمومية واستعمال وسائل النقل ووسائل الاتصال والإعلام.

⁽¹⁾ تم إنشاء مركز وطني لتكوين الموظفين المختصين للعمل في مؤسسات المعاقين بموجب المرسوم رقم 87-257 المؤرخ في 1987/12/01، وقد ورد في المادة الخامسة منه أنه: "تمثل مهمة المركز في: ضمان تكوين الاختصاصيين القائمين بوظائف التعليم والتربية وإعادة التربية والمساعدة الاجتماعية وتحسين مستواهم وتجديد معارفهم في مؤسسات المعوقين".

⁽²⁾ المادة 30 من قانون حماية الأشخاص المعاقين وترقيتهم.

⁽³⁾ أشار القانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، إلى حق الشخص المعاق في إعادة التدريب الوظيفي والأعضاء الاصطناعية ولواحقها من خلال نص المادة 92 منه: "ينتفع الأشخاص المعوقون بالعلاج الملائم وإعادة التدريب والأجهزة المعدة لأجلهم"، ولضمان ذلك تم بموجب المرسوم 88-27 المؤرخ في 1988/02/09 إنشاء الديوان الوطني لأعضاء المعوقين الاصطناعية ولواحقها ومن بين مهامه صنع الأعضاء الاصطناعية ولواحقها والمعينات التقنية التي تساعد على إعادة تأهيل الأشخاص المعاقين اجتماعيا ومهنيا وإدماجهم في المجتمع، كما يتولى استيرادها وتوزيعها وضمان صيانتها-أنظر الجريدة الرسمية رقم 06 لسنة 1988.

الباب الأول..... الفصل الثاني: نظام النيابة الشرعية وحماية الأطفال ذوي المراتب الخاصة

ويستفيد الطفل المعاق بقوة القانون من مجانية النقل، أو تخفيض تسعيرات النقل البري الداخلي أو حتى النقل الجوي الداخلي حسب درجة الإعاقة، وإمعانا في حماية المعاق مدد المشرع الجزائري الامتيازات المذكورة لتشمل أيضا مرافق الشخص المعاق⁽¹⁾، حيث تتكفل الدولة بتبعات مجانية النقل أو التخفيض في تسعيراته.

يشار إلى أن القانون 02-09 الذي تضمن حماية الطفل المعاق، جاء استجابة للالتزامات الدولية للجزائر سيما من خلال اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، التي نصت في مادتها 23 على حقوق هذه الفئة.

حيث يعتبر الأطفال المصابون بإعاقات جسدية أو عقلية - في مفهوم الاتفاقية- أكثر حاجة للعناية والرعاية من بقية الأطفال، ونظرا لتلك الظروف يتمتعون بحماية مزدوجة، الأولى تتمثل في الحماية العامة المرتكزة على الحقوق المنصوص عليها لصالح جميع الأطفال، والثانية هي الحماية الخاصة بهذه الفئة من الأطفال دون غيرها، والتي تشمل بداية ضرورة اعتراف الدول الأطراف بحق الطفل المعاق في حياة كريمة، ومساعدته على تحقيق الاعتماد على النفس والاندماج الفعلي في المجتمع، وتشجيع أبويه أو الأشخاص المسؤولين عنه بتوفير الموارد اللازمة لرعايته.

كما يستفيد الطفل المعاق أيضا كغيره من الأطفال من الخدمات الصحية، وإمكانية الحصول على التعليم أو التأهيل والتكوين الذي يؤهله لممارسة عمل يحقق اندماجه الاجتماعي والثقافي في المجتمع، وتعمل الدول الأطراف في اتفاقية الطفل 1989 على تحسين قدراتها في توفير حقوق هذه الفئة عن طريق التعاون والتنسيق وتبادل المعلومات والخبرات.

⁽¹⁾ المادة 08 من قانون حماية الأشخاص المعاقين وترقيتهم.

الباب الثاني:

مظاهر الحماية الجنائية للقاصر

جامعة الأمير
القالبي
للعلوم الإسلامية

الفصل الأول:

الحماية الجنائية للقاصر في حالة السلم

جامعة الأمير
العلم للإسلامية

يبحث هذا الفصل مظاهر الحماية الجنائية للقاصر سواء كان ضحية أو جانحاً، على اعتبار أن عدم اكتمال الأهلية يجعل الطفل عُرضة لأخطار جسدية ونفسية وسلوكية قد تحدّد مسار حياته كلّها، ويتناول البحث مظاهر تلك الحماية في التشريع الداخلي والفقهاء الإسلامي وكذا من خلال العديد من نصوص القانون الدولي.

وذلك من خلال مبحثين:

المبحث الأول: حماية الطفل الجانح

المبحث الثاني: حماية الطفل المجني عليه أو المعرض لخطر.

المبحث الأول: حماية الطفل الجانح

أشارت اتفاقية سنة 1989 أن تمتع الطفل بالحرية هو أهم الحقوق التي تتوقف عليها بقية حقوقه الأخرى، وأوجبت على الدول ضرورة الامتناع بداية عن تجريد الطفل من حريته سواء بالاعتقال أو الاحتجاز بشكل يخالف القانون، والاحتياط في حال حدوث ذلك باحترام جملة من المبادئ، أهمها عدم اللجوء إلى احتجاز أو سجن الطفل إلا كإجراء أخير تسبقه عدّة إجراءات أخرى، وأن تختزل مدة الاحتجاز لأقصر فترة ممكنة، وأن تتم معاملة الطفل في إطار احترام كرامته وإنسانيته والأخذ بعين الاعتبار متطلبات سنّه⁽¹⁾.

ومن الإجراءات الخاصة التي يتوجب اتخاذها في حال الاحتجاز، فصل الطفل عن بقية المحتجزين والسجناء وضمان استمرار اتصاله بأوليائه، وتوفير المساعدة القانونية اللازمة له، وتمكينه من حق الطعن في قرار حرمانه من حريته أمام الجهات المختصة، والإسراع في البت في هذا الطعن.

المطلب الأول: التحقيق مع الطفل الجانح ومتابعته قضاء

قبل الخوض في إجراءات التحقيق والمتابعة، تجدر الإشارة إلى أن قانون حماية الطفل 12-15 تضمّن تعريفات لبعض أهم المصطلحات ذات العلاقة بموضوعه على غرار مصطلحات: الطفل، والطفل الجانح والطفل في حالة خطر، كما حدّد مفهوم المسؤولية الجنائية للطفل، وكل ذلك بغية الدلالة الدقيقة على المصطلحات المتضمنة فيه وعدم تداخلها مع غيرها، وعليه وجب التطرق إلى تلك التعريفات أولاً.

⁽¹⁾ في حال اتّهام الطفل بارتكاب جرم ينتهك قانون العقوبات، يكون من الواجب-وفقاً لأحكام المادة 40 من اتفاقية الطفل 1989- معاملته وفقاً لمقتضيات وخصوصيات سنّه والعمل على تشجيع ادماجه في المجتمع في كل الإجراءات التي تتخذ في حقه، واحترام مبدأ الشرعية بعدم توجيه أي تهمة له إلا إذا نص عليها القانون الداخلي أو الدولي، وافادته من جميع الضمانات التي يبيحها القانون ومنها قرينة البراءة حتى ثبوت التهمة، وأن يتم ابلاغه بالتهمة الموجهة إليه وحصوله على المساعدة اللازمة لكفالة الدفاع عنه، ويخضع الطفل أثناء المتابعة والحكم لهيئة قضائية مختصة بالنظر في قضايا الأطفال دون غيرهم، وبحضور أبويه أو من ينوب عنهما وفقاً لمصلحة الطفل الفضلى، ويُحظر إجباره على الإدلاء بالشهادة أو إكراهه على الاعتراف بما يُتهم به، والعمل على ضمان استجواب الشهود لصالحه، ويتوجب حماية الحياة الخاصة للطفل خلال جميع مراحل الدعوى، واتخاذ مجموعة من الإجراءات وسنّ تشريعات تتضمّن تحديد سن أدنى للأهلية الجنائية، والعمل على إعادة ادماج الأطفال الذين تمت ادانتهم دون اللجوء إلى الإجراءات القضائية، عن طريق التدابير المتخذة في مجالات الرعاية والإرشاد والاشراف، أو برامج التعليم والتدريب المهني وغيرها.

الفرع الأول: تعريف الطفل الجانح ومسؤوليته الجزائية في القانون 15-12

البند الأول: تعريف الطفل الجانح

جاء تحديد مصطلح الطفل في المادة الثانية من القانون 15-12 مشابها ومطابقا للتعريف اللغوية والاصطلاحية المعهودة، حيث جاء فيها أنه كل شخص لم يبلغ الثامنة عشر سنة كاملة، وأكدت ذات المادة أن لمصطلح "الحدث" نفس المعنى⁽¹⁾، مع الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد دأب على استعمال عدّة مصطلحات للدلالة على معنى مصطلح "الطفل"، والتي تختلف باختلاف القوانين التي وردت فيها، فمنها مصطلح "الحدث" في قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية، ومصطلح "القاصر" و"الطفل" في القانون المدني وقانون الأسرة، ما قد يُشكل التباسا، سيما أنه استعمل هذه المصطلحات المختلفة للدلالة على معنى الطفل أو الانسان قبل مرحلة الرشد، ولم يشر في أيّ من القوانين السابقة إلى أنّها مصطلحات متشابهة أو تؤدّي نفس المعنى، لذلك يعتبر مثل هذا التوضيح في قانون الطفل 15-12 مفيدا لإزالة أي غموض في المفاهيم.

وفضلا عن السنّ التي تحدّد معنى مصطلح الطفل، ذكر المشرع في ذات المادة سنّ الرشد الجزائري التي تبدأ بانتهاء مرحلة الطفولة ببلوغ 18 سنة كاملة وقت ارتكاب الجرم، ما يؤكّد اخلاء الطفل من المسؤولية الجزائية الكاملة، حيث لا يترتب عليه إلا مسؤولية جزئية، ولا يتعرّض في حال ادانته إلا لتدابير تربوية وتعليمية تهدف لإعادة تقويم سلوكه، أو لعقوبات مخففة.

أما الطّفّل الجانح فهو وفقا للمادة 2 من القانون 15-12 كل طفل تجاوز سنّه العاشرة وارتكب جرما معاقبا عليه قانونا، على أن تحتسب السنّ بيوم ارتكاب الجرم وليس يوم اكتشافه أو

⁽¹⁾ ومن جهتها عرّفت قواعد بكنين النموذجية لقضاء الأحداث، مصطلحات "الحدث" و"الحدث المجرم" أو "الجانح"، فالحدث هو: "كل طفل يمكن مساءلته عن جرم بطريقة تختلف عن مساءلة البالغ"، فيما عرّفت مصطلح "الحدث المجرم" بأنه "الطفل الذي تنسب إليه تهمّة ارتكاب جرم أو ثبت ارتكابه له"، وبذلك تجنّب واضعو هذه القواعد إشكالية تحديد سنّ معيّنة للحدث أو الحدث الجانح بغية إعطاء حرية أكبر للتشريعات الوطنية في تحديدها وفقا للخصوصيات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية لكل بلد، وأشار قرار الأمم المتحدة -الذي اعتمدت خلاله قواعد بكنين- إلى أن ذلك يفسح المجال لإدراج فئات عمرية من الأطفال بدءا من سنّ السابعة إلى غاية سن الرشد المقدّر بـ18 سنة، انظر قواعد بكنين النموذجية لقضاء الأحداث- الجزء الأول، القواعد والتعريف، الفقرة 2، المسؤولية الجزائية الفقرة 1.

يوم المحاكمة⁽¹⁾.

غير أن جنوح الطفل يتجسد عموماً فيما يُدعى "مظاهر السلوك السيء المضاد للسلوك الاجتماعي السوي"، وذلك خاصة من خلال اقدمه على ارتكاب أفعال مجرّمة قانوناً، ومن أولى التعاريف لجنوح الأحداث ما ورد في مؤتمر للبيت الأبيض سنة 1930، حيث لا يعتبر الطفل جانحاً إلا إذا تبين أن سلوكه قد أصبح سيئاً إلى درجة يمكن معها وضعه تحت طائلة القانون، ويمكن أن يظهر الجنوح من خلال سلوكيات سيئة ولكن أقل خطورة ولا تندرج في تصنيف القانون كجرائم، ومن ذلك التمرد على سلطة الأبوين واعتياد الهروب من المدرسة، ومخالطة رفقاء السوء وممارسة أعمال منافية للأخلاق أو الآداب، وهو ما يمكن اعتباره من مقدمات الجنوح بوصفه القانوني⁽²⁾.

البند الثاني: المسؤولية الجزائية للطفل

أولاً- المسؤولية الجزائية في منظور الفقه الإسلامي:

ترتبط المسؤولية الجزائية عموماً وما ينجر عنها من تطبيق الحدود في الشريعة الإسلامية بارتكاب فعل محرم يوجب القصاص⁽³⁾، وبأن يكون الفاعل قاصداً لفعلة ومكتملاً الأهلية، وعليه يُستثنى الأطفال الذين لم يبلغوا الرشد من هذه المسؤولية ولا يطبق عليهم القصاص أو الحدود لعدم مسؤوليتهم عما يصدر عنهم.

فالإنسان عند جمهور العلماء محيّر نسبياً ويتحمّل تبعاً لذلك نتائج أفعاله ويعاقب عليها، ولا يُعفى من تبعات أفعاله أبداً إذا كان "في صحوة وفي غير غفلة"، ولا معذرة له ما دام ارتكب فعله بإرادة حرّة

(1) كما عرّفت المادة 2 العديد من المصطلحات الأخرى ذات الصلة، ومنها مفهوم "الطفل اللاجئ" على أساس جغرافي يتعلّق بمغادرته تراب بلاده نحو بلد آخر، وعلى أساس الطلب الذي يقدمه هذا الطفل ليستفيد من حق اللجوء أو شكل آخر من أشكال الحماية الدولية، كما عرّفت نفس المادة مفهوم "الممثل الشرعي للطفل"، والذي يقصد به الولي أو الوصي أو الكافل أو الحاضن أو المقدم، أما مصطلح "الوساطة": فهي آلية قانونية في شكل اتفاق يُبرم بين الطفل الجانح ومثله الشرعي من جهة وبين الضحية وذوي حقوقها من جهة أخرى، والتي تهدف إلى انتهاء المتابعة القضائية للطفل وتعويض ضرر الضحية والمساهمة بذلك في إعادة ادماج الطفل في المجتمع، وأما "مصالح الوسط المفتوح" فهي مصالح الملاحظة والتربية في الوسط المفتوح.

(2) أنظر زينب أحمد عوين-قضاء الأحداث، دار الثقافة الأردن، الطبعة الثانية 2009 ص 22-23.

(3) الجنايات التي لها حدود مشروعة أربعة: جنايات على الأبدان والنفوس والأعضاء وهي القتل والجرح، وجنايات على الفروج وهي الزنا والسفاح، وجنايات على الأموال، وجنايات على الأعراض تسمى قذفاً، أنظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد 394/2.

واختيار وعقل، ويرى بعض الفقهاء أن الصغير حتى لو كانت له أهلية تحمّل تبعات أفعاله لكنّها أهلية ناقصة، فلا يتحمّل وفقا لذلك ما يتحمّله "المريد العاقل" بل يتم إنقاص تبعاته⁽¹⁾.

وعليه يأخذ الصبيّ حكم المجنون سواء كان مميّزا أو لا، فيسقط عنه ما يسقط عن المجنون لأن عذر صباه يلازمه حتى ولو كان مميّزا، فلا يجرم الصبيّ القاتل عمدا أو خطأ من الميراث لأن موجب القتل يسقط بعذر الصبا، ولأن "فعل الصبيّ لا يصلح سببا للعقوبة لقصور معنى الجناية في فعله"، مع الإشارة إلى جواز تعزيز المميّز بما يناسبه تأديبا لا عقوبة⁽²⁾.

و يستند انعدام مسؤولية الطفل شرعا فيما ارتكبه لحديث رسول الله ﷺ: {رفع القلم عن ثلاثة: الصبيّ حتى يحتلم، والمجنون حتى يفيق والنائم حتى يستيقظ}⁽³⁾، وعليه ترتبط المسؤولية الجزائية بالبلوغ أو بالسنّ كإشارة دالة على التكليف الشرعي، فلا يُحدّد الصغير عند الفقهاء حتى يحتلم الغلام وتحيض الفتاة، أو يبلغ سنّا لا يبلغه أحد إلا بلغ، وقال مالك يُحدّد بالإنبات⁽⁴⁾، فمن شروط القصاص من الجاني عند المالكية التكليف، فلا يُقتص عندهم من صبيّ أو مجنون لأن عمدهما وخطأهما سواء، وحتى إذا ائتمّر الطفل بأمر أبيه أو معلّمه في تنفيذ جريمة قتل مثلا، فإنه لا يُقتص منه بل من الأب أو المعلّم الذي أمره، وحتى إذا اشترك الصبيّ مع بالغ في القتل فإنّ القصاص يكون على البالغ دون الصبيّ⁽⁵⁾.

وكما يشترط في القاتل البلوغ، فإنه يشترط في الجراح أيضا والسارق أن يكون مكلفا⁽⁶⁾،

⁽¹⁾ محمد أبو زهرة-الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي القاهرة (دت)- (د ط) ص 321-326.

⁽²⁾ محمد أبو زهرة-المرجع نفسه ص 338.

⁽³⁾ رواه الدارقطني في سننه كتاب الحدود والديات الحديث رقم 173، سنن الدارقطني ص 709.

⁽⁴⁾ القرافي-الذخيرة 09/12-112-140-141-274.

⁽⁵⁾ وفي هذه الحالة يلزم وليّ الصبي بنصف الدية، وفي قول تجب الدية عليهما ولا يقتل الصبيّ ولا يقتل الرجل لعدم العلم بمن قتل، وتكون نصف الدية على الرجل ونصفها على عاقلة الصبيّ، وقال أشهب: يُقتل الكبير وعلى الصبيّ نصف الدية، ولا يتوجّب على الصغير القاتل خطأ إلا عتق رقبة أو صيام شهرين، وتجب الكفارة في ماله إذا كان له مال، أنظر الخرشى على مختصر خليل 2/8-11-94.

⁽⁶⁾ أنواع الجراح المقتص منها ستة، قبل الموضحة وهي "التي أوضحت العظم" بمعنى كشفته، منها ثلاثة متعلقة بالجلد وثلاثة باللحم، فالمتعلقة بالجلد هي: الدامية وهي التي تضعف الجلد فيرشح منه دم من غير أن ينشق، ثم الحارصة التي تشقّ الجلد، ثم السّمحاق وهي التي تكشط الجلد، أما المتعلقة باللحم فهي الباضعة وهي التي تبضع اللحم أي تشقه، ثم المتلاحمة وهي التي تغوص في اللحم في عدّة مواضع، ثم الملطاة وهي التي يبقى بينها وبين العظم ستور رقيقة، أنظر الخرشى-الخرشى على مختصر خليل 15/8.

وذلك بالبلوغ عن طريق الاحتلام وبالسنن وأقصاه ثمانية عشر، وعليه إذا اشترك رجل مع صبي في السرقة، قطعت يد المكلف وحده ولا قصاص على الصبي، ولأن الأصل في الحدود ما جاء في حديث بني قريظة أنه ﷺ قتل منهم من أنبت وجرت عليه المواسي⁽¹⁾، وأصل السنّ حديث ابن عمر رضي الله عنه أنه عرض على رسول الله يوم الخندق وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يقبله وقبله يوم أُحُد وهو ابن خمس عشرة سنة⁽²⁾، كما أن من شروط الاحصان الواجب في حدّ الزنا البلوغ أيضاً⁽³⁾، ولا يحدّ القاذف-قذفا صريحا وهو الرمي بالزنا أو اللواط- حتى يبلغ باحتلام أو بسنن لا يبلغه إلا محتلم⁽⁴⁾.

فيما أقر الحنفية بإمكانية تعزير الصبي، وهو التأديب دون الحدّ⁽⁵⁾، وأكثره تسعة وثلاثون سوطاً وأقله ثلاثة، والفرق بينه وبين الحدّ أن الحدّ مقدّر والتعزير مفوضٌ تقديره للإمام أو الحاكم، وأن الحدّ يُدرأ بالشبهات والتعزير يجب معها، وأن الحدّ لا يجب على الصبي والتعزير شرع عليه⁽⁶⁾،

⁽¹⁾ رواه أبو داود-باب الحدود، باب في الغلام يصيب الحد، وقال صحيح، الحديث رقم 4404، انظر سنن أبي داود 456/6، وابن ماجه في كتاب الحدود باب من لا يجب عليه حدّ، الحديث رقم 2541، سنن ابن ماجه ص 849.

⁽²⁾ رواه أبو داود في كتاب الحدود-باب في الغلام يصيب الحد وقال صحيح، الحديث رقم 4406، سنن أبي داود 458/6.

⁽³⁾ والزنا الموجب للحدّ عند المالكية هو: "انتهاك الفرج المحرم بالوطء المحرم في غير ملك ولا شبهة"، وله عشرة شروط لإقامة حدّ الجلد، من بينها البلوغ والعقل والإسلام وعدم الشبهة في الموطوءة بملك أو نكاح، ومغيب الحشفة في قبل أو دبر، وكونهما غير مُكرهين ولا جاهلَيْن بالتحريم، ويُشترط الاحصان لإقامة حدّ الرجم وأن يصيب آدمية حية في سنن من يطيق، واختلف فيمن يقارب البلوغ، وقال مالك في المدونة إن لم يحتلم الصبي وأنبت يُحدّ وكرهه ابن القاسم، والأول لحديث بني قريظة، ويُحدّ من يزي بصغيرة إذا كان مثلها بوطاً، وقال ابن القاسم ولو كانت بنت خمس سنين يُحدّ، وإذا زنت صبّية لا يقام عليها الحدّ لأنها ضمن خمس نساء لا يقام عليهنّ الحدّ في الزنا وهنّ: المكرهة والنائمة والجنونة والصبّية التي لم تبلغ، وموطوءة الصبي غير البالغ، لأنه يشترط في جريمة الزنا التكليف فلا يعتبر ذلك زنا شرعاً، وإن كان زنا لغة، انظر: القراني-الذخيرة 48/12-68، الخرخشي-الخرشي على مختصر خليل 74/8-82.

⁽⁴⁾ ابن رشد-بداية المجتهد ونهاية المقتصد 106/2-435-451، القراني-الذخيرة 09/12-112-140-141-274.

⁽⁵⁾ الحدّ شرعاً هو: "العقوبة المقدرة حقاً لله تعالى، حتى لا يسمّى القصاص حدّاً لأنه حق العبد، ولا التعزير لعدم التقدير"، أنظر الشيخ نظام-الفتاوى الهندية 158/2، وتمنع الحدود الفعل قبل وقوعه وتزجر بعده، والحدود أربعة أصناف: حدّ الزنا لحماية الأنساب، وحدّ السرقة لحماية الأموال، وحدّ الضرب لحماية العقول وحدّ القذف لحماية الأعراض، واختلف الفقهاء إذا كان الحدّ يسقط بالتوبة أو لا، أنظر النسفي-البحر الرائق 4/5.

⁽⁶⁾ وأورد الحنفية أن التعزير على أربعة أنواع: "تعزير أشرف الأشراف، مثل العلماء ويتم تعزيرهم بالإعلام بأن يقول القاضي: بلغني أنك تفعل كذا" فينجز، وتعزير الأشراف وهم أمثال التجار الكبار وأصحاب المال والعقار، ويتم تعزيرهم بالإعلام وبالجزّ إلى باب القاضي والخصومة في ذلك، وتعزير الأوساط، وهم السوقة بالجزّ والحبس، وتعزير الأتخساء من الناس بكل ما سبق وبالضرب"، انظر: ابن عابدين-رد المختار على الدر المختار 103/6-104.

وإن كانوا لا يخالفون المالكية بالنسبة لتطبيق الحدود على الأطفال، على اعتبار أنه لا يتم القصاص من الصبي لأن من شروطه التكليف، كما لا يكون القصاص في القتل فيما بين الصبيان، لأن عمد الصبي وخطأه سواء، فلا تجب الدية في ماله ولا كفارة عليه ولا يجرم من الميراث، كما يجب في حدّ الزنا توفر شرط الإحصان في الزاني ليرجم، ولا يكون الإحصان في هذه الحالة إلا بتوفر العقل والبلوغ بالإضافة إلى شروط أخرى، ما يمنع تنفيذ الحدّ على الصبي لعدم بلوغه، كما يخرج الصبي من حدّ الجلد إذا كان غير محصن لأن الزنا الموجب للحدّ هو: "ادخال قدر حشفة من ذكر مكلف طائع في قبل مشتهة"، فخرج بذلك الصبي⁽¹⁾.

ولا يقام حدّ شرب الخمر على الصبي لأن من شروطه البلوغ والعقل والإسلام، ولا يقام عليه حدّ السرقة أيضا بالقطع لأن السرقة عندهم هي: "أخذ العاقل البالغ نصابا محرزا ما قيمته نصاب ملكا للغير لا شبهة له فيه على وجه الخفية"، ولا يصح إقرار الصبي والصبيّة بالسرقة، فإن احتلم أو أحبل أو حبلت أو حاضت ثم جاء الإقرار صحّ⁽²⁾.

واستدل الشافعية في عدم القصاص على الصبي واشترط التكليف في القاتل بالعقل والبلوغ⁽³⁾، بالإضافة إلى حديث رفع القلم عن الصبي، بأن القصاص عقوبة "مغلظة" أي مشددة

⁽¹⁾ شروط الاحصان عندهم سبعة هي: الحرية والتكليف (عقل وبلوغ) والإسلام، والوطء، وكونه بنكاح صحيح والدخول وعدم الردة، أنظر رد المختار على الدر المختار 5/6-23-24-10/163، ولا يكون الاحصان بالخلوة الموجبة للمهر والعدة ولا يكون أيضا بالجماع في نكاح فاسد ولا بجماع في نكاح صحيح إذا قال لها: إذا تزوجتك فأنت طالق، وكذا الزواج بغير شهود، أنظر الشيخ نظام-الفتاوى الهندية 2/160، النسفي-البحر الرائق 5/16.

⁽²⁾ الشيخ نظام-الفتاوى الهندية 2/176-189-191، النسفي-البحر الرائق 5/84.

⁽³⁾ ويجب القصاص عندهم في "القتل العمد المحض" دون غيره لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتْلَةُ فِي الْقَتْلِ﴾ سورة البقرة الآية 178، فيما لا يجب في "القتل الخطأ المحض" و"عمد الخطأ" أو "شبه العمد"، ويكون القصاص فيما دون النفس في أمرين: الجروح والأطراف، أما الجروح فإن كانت لا تنتهي إلى عظم، ككسر الساعد والعضد والمأمومة والمنقلة فلا يجب فيها القصاص، لأنه لا تمكن المماثلة فيه ولا يؤمن أن يستوفي أكثر من الحق فسقط، فإن كانت الجنابة تنتهي إلى العظم فإذا كانت موضحة في الرأس أو الوجه وجب القصاص لأنه تمكن المماثلة ويؤمن أن يستوفي أكثر من حقه، وإن كانت فيما سوى الرأس والوجه كالساعد والعضد والساق والفخذ وجب القصاص، وأما الأطراف فيجب فيها القصاص في كل ما ينتهي منها إلى مفصل فتؤخذ العين بالعين لقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصًا﴾ سورة المائدة الآية 45، ولأنه يمكن المماثلة فيها لانتهائها إلى مفصل فوجب فيها القصاص، ويؤخذ الجفن بالجفن لقوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصًا﴾، ويؤخذ الأنف بالأنف لنفس لآية، والأذن بالأذن للآية، والسِّنَّ بالسِّنِّ والشفة بالشفة للآية، واللِّسَانَ باللسان واليد باليد والرجل بالرجل =

فلا تجب على الصبيّ والمجنون مثل الحدود والقتل بالكفر⁽¹⁾، ما يثبت أن الفقهاء أقرّوا تخفيف العقوبات المطبقة على الأطفال واستثناءهم من العقوبات المشدّدة على غرار القصاص والحدود.

كما يشترط في الزاني الذي يحدّ أن يكون مكلفاً⁽²⁾، وعليه لو كان المولج مكلفاً والمولج فيها غير مكلفه حُدّ المولج، ولو كان المولج غير مكلف والمولج فيها مكلفة حُدّت المولج فيها، ومن شروط الإحصان الذي يحدّ صاحبه عند الزنا بالرّجم حتى الموت، البلوغ والعقل فلا حصانة لصبيّ ومجنون لعدم الحدّ عليهما، لكن يؤدّبان ويزجران⁽³⁾، وعلى كل فإنه لا يجب على الصبيّ حدّ الزنا عندهم لحديث رسول الله برفع القلم عن الصبيّ، ولأنه إذا سقط عنه التكليف في العبادات والمآثم في المعاصي، فالأولى أن يسقط عنه الحدّ كما قالوا، وإن كان الصغير شريكاً في الوطء والآخر بالغاً أقيم الحدّ على البالغ دون الشريك، لأن أحدهما انفرد بما يوجب الحدّ وانفرد الآخر بما يسقطه كما ذكروا⁽⁴⁾.

=والأصابع بالأصابع، انظر الشيرازي-المهذب في فقه الشافعي 180/3 إلى 184، البحريني-البحراني على الخطيب 4/498 إلى 500، والجنابيات التي توجب الأروش (التعويض) نوعان: جروح وأعضاء، والجروح إما شجاج في الرأس والوجه أو جروح في دوئهما، أما الشجاج فهي عشرة: الحارصة والدامية والباضعة والمتلاحمة والشمحاق أو الملطاة والموضحة والهاشمة والمنقلة والمأمومة أو الآمة، ويجب الأرش في أربع منها هي الموضحة والهاشمة والمنقلة والمأمومة، الموضحة يجب فيها خمس إبل، والهاشمة عشر إبل، والمنقلة خمس عشرة من الإبل، وفي المأمومة ثلث الدية، وأما الأعضاء فيجب الأرش في اتلاف كل عضو فيه منفعة أو جمال، ففي اتلاف العينين دية كاملة وفي أحدهما نصف دية، وفي عين الأعور نصف دية، وفي الجفون دية، وفي الأذنين الدية وفي أحدهما النصف، وفي اليدين والرجلين ومارن الأنف دية، أنظر في تفضيل المسألة: الشيرازي-المهذب في فقه الشافعي 3/216 إلى 228.

⁽¹⁾ وذهبوا إلى أنه إذا ادّعى القاتل أنه كان صبيّاً يوم القتل يصدّق بيمينه (إن أمكن تصديق صباه)، ولو قال: "أنا الآن صبي" لا قصاص عليه ولا يخلّف بأنه صبي لأنه بحلفه أثبت بطلان يمينه بصباه، فيما تجب بالقتل الكفارة على القاتل حتى لو كان صبيّاً، لأن الكفارة من باب الضمان وهو التعويض فتجب في ماله، وإن كان صبيّاً مميّزاً فإنه يصوم، أنظر الشريبي-مغني المحتاج 4/23-138، البحريني-البحراني على الخطيب 4/504، الشيرازي-المهذب في فقه الشافعي 3/171.

⁽²⁾ ويشترط أيضاً أن يكون "واضح الذكورة يولج حشفة ذكره الأصلي المتصلّ أو قدرها منه عند فقدها في قبل واضح الأنوثة محرمّ حال عن الشبهة"، والحدّ عندهم: "عقوبة مقدرة وجبت زجراً عن ارتكاب ما يوجه"، انظر البحريني-البحراني على الخطيب 5/3.

⁽³⁾ ويشترط فيه وجود الوطء في نكاح صحيح، أنظر البحريني-البحراني على الخطيب 5/10-11، وحدّ المحصن والمحصنة الرجم حتى الموت، وغير المحصن ذكراً أو أنثى يُجلد مائة جلدة لقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ﴾ سورة النور الآية 2، ويُقرّب عاماً مسافة القصر في الصلاة، ويثبت الزنا إما بالبيّنة لقوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَأْتِيَنَّهَا مِنَ الْفَاحِشَةِ مِنْ نِسَائِكُمْ﴾ سورة النساء الآية 15، وهي أربعة شهود، أو بالإقرار ولو مرّة واحدة لأنه ﷺ رجم معازراً والغامدية بإقرارهما، رواد مسلم في كتاب الحدود-باب من اعترف على نفسه بالزنى، الحديث رقم 1694، صحيح مسلم ص 727، يضاف إلى ذلك اللعان في حق الزوج، انظر البحريني-البحراني على الخطيب 5/4 إلى 9.

⁽⁴⁾ الشيرازي-المهذب في فقه الشافعي 3/337-338، الشريبي-مغني المحتاج 4/190.

ويُشترط في حدّ القذف المقدّر بثمانين جلدة⁽¹⁾، أن يكون القاذف مسلماً بالغاً عاقلاً حراً عفيفاً فلا حدّ على صبيّ لعدم التكليف ويعزّر إذا كان له بعض التمييز وإلا يسقط عليه الحدّ إذا بلغ⁽²⁾، كما يجب في حدّ القطع أن يكون السارق بالغاً فلا يقطع صبيّ لعدم التكليف⁽³⁾. وزيادة على حديث التكليف وأن القصاص عقوبة مغلّظة لا تجب على الصبيّ، استدلل الحنابلة بأنه ليس للصبيّ قصد صحيح فهو كالقاتل خطأ، ولأن من شروط القصاص التكليف فلا خلاف عندهم أن الطفل والزائل العقل لا يُقتلان بأحد⁽⁴⁾، فمن قتل وهو غير المكلف اعتبر عندهم قتل الخطأ وإن كان عمداً، موضحين بأن الصبيّ وإن كان عمداً القتل لكنه ليس من أهل القصد الصحيح فسمّوه خطأً وأعطوه حكمه، وإن أمر الجاني صبيّاً لا يميّز بالقتل فالقصاص على الأمر، كما لا يقتل الصبيّ المرتد سواء قيل بصحة ردّته أو عدمها، لأن الصبي لا يجب عليه عقوبة بدليل أنه لا يتعلّق به حكم الزنا والسرقة وسائر الحدود، ولا يُقتل قصاصاً⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ وهو شرعاً: "الرمي بالزنا في معرض التعبير"، والفاظ القذف ثلاثة إمّا صريح أو كناية أو بالتعريض، أنظر البحرمي-البحيرمي على الخطيب 22/5 إلى 26، الشريبي-مغني المحتاج 204/4.

⁽²⁾ ويكون التعزير في "المعصية التي لا حدّ فيها ولا كفارة كمباشرة أجنبية فيما دون الفرج"، وسرقة ما دون التّصاب، أو السرقة من غير حرز أو القذف بغير الزنا أو الجنابة التي لا قصاص فيها، الشيرازي-المهدّب في فقه الشافعي 373/3، البحرمي-البحيرمي على الخطيب 19/5.

⁽³⁾ وأن يكون السارق عاقلاً فلا يقطع مجنون، وأن يسرق نصاباً وهو ربع دينار (ذهب) فأكثر أو قيمته، وأن يكون خالصاً وليس مغشوشاً وأن يكون المال محرراً لغير السارق، فلا حدّ في مال غير محرر، وأن يكون المال ليس ملكاً له، فلا يحدّ من يأخذ ماله من الغير، وإن كان مرهوناً أو مؤجّراً، البحرمي-البحيرمي على الخطيب 45/5 إلى 50، الشريبي-مغني المحتاج 228/4.

⁽⁴⁾ ولا يكون القصاص إلا في القتل العمداً، والقتل عندهم ثلاثة أنواع: فإن قصد الضارب القتل بألة تصلح للقتل غالباً فهو عمد وفيه قصاص أو دية، وإن قصد بألة لا تصلح عادة فهو شبه عمد وفيه دية مغلّظة من غير قوّد، وإن لم يقتل بقصد فهو خطأ وفيه دية محقّفة، أنظر الزركشي-شرح الزركشي 537/3، وقيل أن القتل سبعة أنواع: عمد بمحدّد وغير محدّد (ما يقطع ويدخل في البدن) ومنع خروج نفس المقتول والقاوّه في مهلكة وسقيه سما أو إطعامه ما يقتل أو بسحر يقتل غالبه أو أن يتسبب بقتله بما يقتل غالباً، ابن قدامة-المغني شرح مختصر الخرقى 446/11 إلى 456، وقيل أن القتل أربعة: عمد وشبه عمد وخطأ وما أجزى مجرى الخطأ، المرادوي-الانصاف 433/9، أما ديات الجروح، فمن أتلّف ما في إنسان منه واحد ففيه دية كاملة، ومن أتلّف من الإنسان ما فيه اثنان ففيه نصف دية في كل واحد منهما، الزركشي-شرح الزركشي 610/3.

⁽⁵⁾ وإذا اشترك في القتل صبيّ، لم يُحدّ لأن عمده خطأ، وكان على عاقلة الدية وعمت رقبة بالقتل الخطأ، ولو بلغ الطفل الجاني وقال أنه قتل حين كان طفلاً، يُصدّق بيمينه لأن الأصل الصغر وبراءة ذمته من القصاص، ابن قدامة-المغني شرح مختصر الخرقى 281/11-282-445-481، الزركشي-شرح الزركشي 552/3-557، المرادوي-الانصاف 453/9-462-479، 150/10.

ولا حدّ على الصغير إذا زنى في حال مكنته امرأة من وطئها ولم يكن مكلفاً، فعليها الحدّ في هذه الحالة وليس عليه، وإذا قذف من لم يبلغ لا يقام عليه الحدّ حتى يبلغ، لأن من شروط وجوب الحدّ في القذف أن يكون المقذوف بالغاً، بأن يكون ابن عشر سنين فأكثر أو بنت تسع فأكثر، ويؤدّب القاذف بدل الحدّ (1).

وبعد استعراض أقوال الفقهاء، أمكن الاستنتاج أنه لا تثبت عندهم المسؤولية الجزائية على القاصر ولا تطبّق عليه الحدود المشروعة، وأنّ العقوبة البديلة تتمثّل عند عموم الفقهاء في التعزير المناسب إذا كان مميّزاً، وفي الكفارة التي تجب في مال الصبيّ وفي الصيام كما قال بعضهم.

ويكون تعزير الصغير كبديل عن الحدّ على اعتبار أنه تأديب دون الحدّ، أكثره تسعة وثلاثون سوطاً وأقله ثلاثة، والفرق بين الحدّ والتعزير أن الأوّل مقدّر والثاني مفوضٌ للإمام أو الحاكم تقديره، وأن الحدّ يُدرأ ويُردّ بالشبهات والتعزير يجب معها، وأن الحدّ لا يجب على الصبيّ والتعزير شُرّع عليه، والتعزير مشروع عند الحنفية في حق الصبيان لو كان حقاً للعباد، ولا يجوز في حقهم لو كان حقاً لله تعالى مثل الزنا وشرب الخمر، والتعزير فيه ما هو حق لله لا يحلّ تركه إلا إذا علم الإمام أن الفاعل قد انزجر، ويكون حقاً للعبد كما في حالة القذف، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَاهْبِرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ﴾ سورة النساء الآية 34، ومن السنّة أنه ﷺ عزّر رجلاً قال لغيره يا مخنث (2)، وانعقد عليه الاجماع في الكبائر التي لا توجب الحدّ أو الجناية التي لا توجب الحدّ (3).

ويكون التعزير عند الشافعية في معصية لا حدّ فيها ولا كفارة، سواء كانت حقاً لله تعالى أو لأدمي، وسواء كانت من مقدّمات ما فيه حدّ كمباشرة أجنبية في غير فرج، وسرقة ما لا قطع فيه، والسبّ بما ليس بقذف، أم لا كالتزوير وشهادة الزور والضرب بغير حق ونشوز المرأة ومنع الزوج حقّها مع القدرة، ويكون التعزير عندهم بالحبس أو الضرب أو الصفع، ويجتهد الإمام في جنسه

(1) الزركشي - شرح الزركشي 53/4-56، المرادوي-الانصاف 187/10.

(2) أخرجه ابن ماجه-كتاب الحدود باب حد القذف الحديث رقم 2568، سنن ابن ماجه ص 857، وأخرجه الترمذي في كتاب الحدود-باب ما جاء فيمن يقول لآخر يا مخنث، الحديث رقم 1462 وقال ضعيف، جامع الترمذي ص 257.

(3) رد المختار على الدر المختار 103/6-104، الشيخ نظام-الفتاوى الهندية 184/2-185، النسفي-البحر الرائق 67/5-71-83.

وقدره، وإن كان بالجلد وجب ألا يزيد عن أربعين لأنّ رسول الله ﷺ أنه قال: {من بلغ حدّا في غير حدّ فهو من المعتدين} (1)، وقيل لا يُزاد على عشرة أسواط لحديثه ﷺ: {لا يُجلد فوق عشر جلدات إلا في حدّ من حدود الله} (2).

ثانياً-المسؤولية الجزائية في التشريع الجزائري:

يتلخّص مفهوم المسؤولية الجزائية في التزام شخص بتحمّل تبعات فعله الاجرامي، لكنّها ليست ركناً من أركان الجريمة بل تعتبر نتيجة الجريمة وأثرها القانوني، وترتكز على ركنين اثنين هما الخطأ والأهلية، والأصل أن يعتبر صغر سنّ القاصر من موانع المسؤولية الجزائية (3).

وعادة ما يتم اللّجوء إلى تحديد سنّ دنيا كميّار موضوعي لتحديد بداية المسؤولية الجزائية للإنسان، وهي السنّ التي تختلف من بلد إلى آخر باختلاف المنظومات التشريعية السائدة فيها، وقد حدّرت قواعد بكنين من خفض تلك السنّ للأحداث بشكل مفرط (4)، وأشارت إلى الأخذ بعين الاعتبار في تحديد هذه السنّ مدى النضج العاطفي والعقلي للأحداث، وأنه يجب حصول توافق دولي على سنّ معقولة يُسأل فيها الأحداث جنائياً.

وقد أقرّ قانون حماية الطفل 15-12 تقسيم المسؤولية الجزائية للطفل إلى ثلاثة مراحل، خصّص لكل منها ما يقابلها من تدابير وعقوبات تتناسب مع تلك المرحلة، من حيث الحرص على تقويم تصرفاته وسلوكه وضمنان عدم عودته إليها، وادماجه في الحياة المجتمعية الطبيعية مع أقرانه وأسرته وباقي فئات المجتمع.

(1) لما رواه البيهقي-كتاب الأشربة باب ما جاء في التعزير وإنه لا يبلغ به أربعين، الحديث رقم 17585، البيهقي-السنن الكبرى 567/8.

(2) أخرجه البخاري كتاب الحدود باب كم التعزير والأدب، الحديث رقم 6848، صحيح البخاري ص 1694، وانظر في المسألة: الشربيني-مغني المحتاج 251/4-254، البجيرمي-البجيرمي على الخطيب 19/5، الشيرازي-المهذّب في فقه الشافعي 373/3.

(3) لم يكن الخطأ في بداية الأمر أساساً للمسؤولية الجزائية وإنما الفعل المادي، وكانت تعاليم الدين الإسلامي هي التي أقامت المسؤولية الجزائية على أساس الخطأ الشخصي، وهو ما لم تتوصّل إليه المفاهيم الجزائية إلا في أواخر القرن التاسع عشر، أنظر احسن بوسقيعة-الوجيز في القانون الجزائري العام، دار هومة الطبعة التاسعة 2009 ص 202-215.

(4) انظر قواعد بكنين النموذجية لقضاء الأحداث، الجزء الأول، القواعد والتعاريف الفقرة 2، المسؤولية الجزائية الفقرة 1.

تعتبر سنّ العاشرة كبداية للمسؤولية الجزائية للطفل وفقا للمادة 56 من القانون 15-12، ولا يمكن متابعته جزائيا دون هذه السنّ، ما يعني الانعدام التام للمسؤولية الجزائية وعدم إمكانية المساءلة أو المحاسبة، بسبب عدم نضج ملكات الطّفّل الإدراكية ليعرف حقيقة أفعاله وما ينجر عنها بالنسبة له ولغيره، وبناء عليه يُعفى الطّفّل من التّعريض إلى أي ردّ فعل مجتمعي تؤدّيه مؤسّسة القضاء، غير أنه وحماية للغير يمكن أن يتحمّل والداه أو من يتولّى رعايته قانونا تبعات أفعاله خاصّة ما يتعلّق منها بجبر الضّرر الذي تسبّب فيه.

في حين لا يخضع الطّفّل في المرحلة الثانية بين 10 و13 سنة، إلا لتدابير الحماية والتهديب المعروفة والمنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية⁽¹⁾، ويمنع وضعه في مؤسسة عقابية ولو مؤقتا، على اعتبار أنه حتى لو دخل مرحلة عمرية يتحمّل فيها جزءا من المسؤولية الجزائية، فإنه لا يخضع رغم ذلك للعقوبة المقرّرة للبالغين ذوي المسؤولية الكاملة، لأنه لم يصل بعد إلى مرحلة النضج الذي يتيح له تحمّل تلك العقوبات، لما يمكن أن تؤدّي إلى أثر عكسي وتدفع بالطّفّل دفعا نحو الانحراف أو تلحق به أضرار لا يمكن تداركها، لذلك كيّف القانون العقوبة في شكل إجراءات وتدابير تُدعى تدابير الحماية والتهديب، لتحقيق هدف تقويم سلوك الطّفّل الذي لم تكتمل ملامح شخصيته وإعادة ادماجه كفرد طبيعي في المجتمع.

أما المرحلة الثالثة حين يبلغ الطّفّل بين 13 و18 سنة، فإنه أصبح في نظر القانون مميّزا لأفعاله الضّارة والنافعة، وتبعا لذلك أصبح ذا مسؤولية جزائية غير مكتملة، ما يجعله عرضة للعقوبة بمفهومها الواسع، من حيث تحمّل تبعات ما يقوم به وإدراكه أن لأفعاله تلك انعكاسا سلبيا عليه وعلى الغير، وفي هذه الحالة تطبّق عليه العقوبات المخفّفة من حيث نطاقها الزمني والنوعي، فيمكن وضعه في مؤسسة عقابية بصفة مؤقتة في حال الضرورة مع استحالة التّخاذ أي إجراء بديل آخر في حقّه، حيث يُودّع في مركز لإعادة التربية وادماج الأحداث أو في جناح خاص بالأحداث

⁽¹⁾تحليل المادة 147 من القانون 15-12 على أحكام الأمر 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966 الذي يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدّل بالقانون 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، فيما لا يتعارض مع أحكامه.

في المؤسسات العقابية⁽¹⁾.

وفي المقابل كفل القانون 15-12 في مادته الثامنة للطفل في حال اتهامه بارتكاب جرم يعاقب عليه القانون، الحق في الحصول على شروط المحاكمة العادلة، مثل الالتزام بقريئة البراءة وحق الدفاع وحق استئناف الأحكام الصادرة ضده وغيرها، وإن كان مثل هذا التنبية يدخل في اطار الحقوق الأساسية والدستورية المتعلقة بالمحاكمة العادلة، والتي يستفيد منها جميع المواطنين على اختلاف أعمارهم وفتاتهم وأجناسهم، إلا أن النص على ذلك في هذا القانون الخاص بفئة الأطفال، يشير إلى حث المشرع جهاز القضاء ومساعديه للحرص أكثر على ضمان هذا الحق حين يتعلق الأمر بهذه الفئة المستضعفة، ف جاء بذلك النص عليها خاصة، كما أن ذلك يأتي استجابة للالتزامات الجزائر الدولية في إطار اتفاقية 1989 سيما المادة 40 منها.

مع ضرورة الإشارة إلى أن القانون 15-12 بموجب المادة 149 منه، قد ألغى أحكام المسؤولية الجزائية للطفل المنصوص عليها ضمن قانون العقوبات في المواد 49، 50 و 51 منه.

الفرع الثاني: القواعد الإجرائية للتحقيق مع الطفل الجانح

قبل الخوض في إجراءات التحقيق مع الأطفال الجانحين، لابد من الإشارة إلى أن الجمعية العامة للأمم المتحدة اعتمدت في هذا الإطار بموجب القرار رقم 40-22 المؤرخ في 29 نوفمبر 1985، القواعد النموذجية لقضاء الأحداث⁽²⁾، أو ما يصطلح عليه بـ"قواعد بكين"، التي جاءت بالدرجة الأولى لتدعيم الإجراءات القانونية الهادفة إلى حماية ورعاية هذه الفئة من الأطفال أو ما يصطلح عليه بالأحداث في القوانين الجزائرية، بداية عن طريق استبعاد اتخاذ الوسائل القضائية العادية في عملية تقويم الأحداث، بغرض التخفيف من آثار تلك الإجراءات غير المكيفة مع

⁽¹⁾ راجع المواد 56، 57 و 58 من قانون حماية الطفل.

⁽²⁾ بعدما أوصى باعتمادها المؤتمر الأممي السابع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين، المنعقد في ميلانو بإيطاليا من 26 أوت إلى 6 سبتمبر 1985، وقد حثت المنظمة الأممية الدول الأعضاء على تكييف قوانينها وتشريعاتها الداخلية مع المبادئ التي جاءت بها قواعد بكين، والتي تنطبق أساسا على الأحداث الجانحين ضمن المؤسسات التي يعهد إليها إدارة القضاء الخاص بهذه الفئة بغية تأمين احترام حقوقهم توازيا مع تلبية حاجاتهم الخاصة وحاجات المجتمع.

أوضاع واحتياجات الجانحين الخاصّة، سيما في المرحلة التي تسبق الانحراف، وذلك عن طريق تدابير وإجراءات تدرج في إطار السياسة الاجتماعية لكل دولة، بالإضافة طبعا إلى جهاز القضاء المخصّص للأحداث من حيث ضرورة تحسينه وتطوير موارده المادية والبشرية.

وأشارت قواعد بكين إلى ضرورة خضوع الحدث الجانح لردود فعل من المجتمع تتناسب مع ظروفه وظروف الجريمة المرتكبة، قصد تسليط "عقوبة عادلة" تأخذ ظروف الحدث الاجتماعية ووضع أسرته وسنّه والجرم المرتكب بعين الاعتبار⁽¹⁾.

وبدوره أشار العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، في المادة 9 منه إلى حق الطفل في عدم التعرّض للتوقيف أو الاحتجاز التعسّفي وأن لا يحرم من حريته إلا لأسباب منصوص عليها قانونا، وفي المادة 7 منه أشار العهد إلى حماية الطفل من التعرّض للتعذيب أو المساس بأي طريقة بكرامته، وجاء في المادتين 2/10 و14 من ذات الوثيقة أنه تطبق على الطفل عند اعتقاله القاعدة الخاصة بفصل الأحداث عن بقية البالغين في أماكن الاحتجاز، فضلا عن استفادته من قرينة البراءة وتمكينه من حقّ الدفاع ومن شروط المحاكمة العادلة اجمالا، واخضاعه لإجراءات تتناسب مع سنّه.

البند الأول: إجراءات التحقيق الأولي وشروط التوقيف للنظر

أولا-ضبط محضر سماع الطفل وفصله عن الموقوفين البالغين:

يقتضي التوقيف للنظر احتجاز المتّهم لفترة محدّدة لغاية استكمال التحقيق في القضية، وهو إجراء تلجأ إليه الضبطية القضائية وفقا للمادة 51 من ق إ ج خدمة لمقتضيات التحقيق في أية جريمة بعد اطلاع وكيل الجمهورية المختص بتقرير مبرّر⁽²⁾.

⁽¹⁾قواعد بكين النموذجية لقضاء الأحداث-الجزء الأول، أهداف قضاء الأحداث.

⁽²⁾على ألا تتعدّى مدته 48 ساعة إلا استثناء وبإذن مكتوب من وكيل الجمهورية في الجرائم الخطيرة، مثل تلك المتعلقة بأمن الدولة والمخدرات والجريمة المنظمة العابرة للحدود، ويتوجب في كل الأحوال وفق المادة 51 مكرر ق إ ج أن يخبر ضابط الشرطة القضائية الشخص الموقوف للنظر بحقوقه القانونية، كما يتوجب حسب المادة 51 مكرر 1 من ذات القانون أن توضع وسيلة اتصال تحت تصرف الشخص الموقوف للسماح له بالاتّصال بعائلته مع إمكانية زيارتهم له، فضلا عن اجبارية اجراء فحص طبي للشخص الموقوف إذا طلب ذلك بعد انتهاء مدة التوقيف.

وتماشيا مع قاعدة عدم فصل الطفل عن أسرته وتجنبًا للآثار السلبية لتوقيفه بعيدا عنها في سنوات عمره الأولى، يُحظر اللجوء إلى مثل هذا الاجراء إذا تعلق الأمر بطفل لم يتجاوز 13 سنة من العمر، وحتى بالنسبة للطفل المميز المعرض لهذا الشكل من الإجراءات قبل المحاكمة بسبب مقتضيات التحقيق، فإنه لا يتم توقيفه إلا بعد إطلاع وكيل الجمهورية بتقرير يتضمن دواعي التوقيف للنظر، على ألا تتجاوز المدة 24 ساعة، ولا يتم التوقيف للنظر إلا في الجرح التي تشكل إخلالا ظاهرا بالنظام العام والتي تفوق العقوبة القصوى المقررة لها خمس سنوات حبسا، ولا يجوز تمديد مدة التوقيف إلا لمدة 24 ساعة في كل مرة ووفقا للشروط المذكورة في قانون الإجراءات الجزائية وفي قانون حماية الطفل، وتُعد أية مخالفة لهذه القواعد بمثابة تعريض الطفل للحبس التعسفي، وما ينجر عن ذلك من تبعات قانونية على ضابط الشرطة القضائية المسؤول⁽¹⁾.

وبذلك يكون الطفل محميا من التوقيف للنظر بعدة تدابير، أولها السن بحيث يُحظر تماما توقيف من لم يتجاوز 13 سنة، وثانيا ضرورة اطلاع وكيل الجمهورية من طرف ضابط الشرطة القضائية الذي يسبب قراره في توقيف الطفل المميز للنظر، وثالثا مدة التوقيف التي يجب ألا تتجاوز 24 ساعة ولا تمدد إلا لنفس المدة، ورابعا اعتبار كل مخالفة لقواعد التوقيف للنظر من قبيل الحبس التعسفي في حق الطفل وتحميل المسؤول عن ذلك التبعات القانونية.

وإذا اقتضت الضرورة توقيف الطفل، يتوجب حينها على ضابط الشرطة القضائية تحرير محضر سماع، يدون فيه كل التفاصيل ومنها أسباب التوقيف ومدة السماع وفترات الراحة وساعة إطلاق سراح الطفل أو تقديمه إلى القاضي المختص، ويوقع المحضر من طرف الضابط ومن الطفل وممثله كضمانة لموافقتهما على ما ذكر فيه، وفي حالة امتناعهما عن التوقيع تتم الإشارة إلى ذلك في ذات المحضر، على أن تحفظ تلك المحاضر في بيانات خاصة يوقعها وكيل الجمهورية.

و يقع على مسؤولية ضابط الشرطة بالنظر إلى حساسية الطفل واحتياجاته الخاصة، أن يتوفر مكان التوقيف على ظروف لائقة تكفل احترام كرامة الطفل، والفصل عن أماكن توقيف البالغين،

⁽¹⁾المادتان 48 و49 من قانون حماية الطفل.

ويضطلع وكيل الجمهورية وقاضي الأحداث بالسّهر على احترام ذلك من خلال القيام بزيارات دورية كل شهر على الأقل لتلك الأماكن⁽¹⁾.

وتماشى هذه الإجراءات إلى حد بعيد مع ما أقرته قواعد بكين بخصوص احتجاز الحدث⁽²⁾ - أو التوقيف كما سمّاه المشرع الجزائري- حيث اعتبرته إجراءً خطيراً وقاسياً ينتج عنه تأثير نفسي وجسدي على الحدث الذي لا يمتلك القوة اللازمة للتعامل معه، كما أنه يتضمّن إمكانية تأثره بمحاكاة سلوك المجرمين المحتجزين معه أو تعرضه للخطر من قبلهم، فالقاعدة الأساسية هي تجبّب اللجوء إلى احتجاز الحدث الجانح إلا كإجراء أخير بعد استنفاد بقية الإجراءات الأخرى، وأن يكون ذلك لفترة قصيرة ومحدودة قدر الإمكان، وكبديل عن الاحتجاز يمكن اخضاع الطفل الجانح لإجراءات أخرى مثل الرعاية المركّزة أو الحاقه بإحدى المؤسسات الخاصة بالتربية أو الحاقه بأسرة.

وفي حالة لم يكن بدّ من احتجاز الطفل، يتوجّب حسب ذات الوثيقة التطبيق الصّارم لمجموعة من القواعد، منها ضرورة الفصل عن المحتجزين البالغين سواء داخل مؤسسات مستقلة خاصة بالأحداث أو في أقسام مخصّصة لهم داخل المؤسسات العقابية العامة، ومن حقّ الحدث خلال فترة احتجازه الحصول على المساعدة والرعاية الضروريتين لسلامته الجسدية والنفسية ونموّه الطبيعي وضمّان ادماجه في مجتمعه، وقد أشارت قواعد بكين إلى أن الحدث في هذه الحالة يتمتّع بكل الحقوق المنصوص عليها في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية سيما المادتان 9، 2/10، 3 منه.

ثانياً- الفحص الطّبي للطفل الموقوف وحقّه في محام وفي الاتّصال بأسرته:

إن اتخاذ قرار التوقيف للنظر ضد الطفل المميّز، لا يعني أنه يتساوى مع غيره من فئات الموقوفين، حيث اعتمد المشرّع مجموعة من اجراءات أخرى تسري عليه طيلة فترة التوقيف⁽³⁾، ومنها إخطار ممثله الشرعي بالتوقيف، وضمّان اتّصاله بأسرته ومحاميه بكافة الوسائل وتمكينهم من

⁽¹⁾ راجع المادة 52 من قانون حماية الطفل.

⁽²⁾ قواعد بكين النموذجية لقضاء الأحداث-الجزء الثاني، الاحتجاز رهن المحاكمة.

⁽³⁾ راجع المادتين 50 و 51 من قانون حماية الطفل.

زيارته، وضرورة اعلام الطفل بمجرد توقيفه بحقه في الحصول على فحص طبي في أي مرحلة من مراحل التوقيف، حيث يوجب القانون اجراء فحصين طبيين على الأقل للطفل الموقوف - الأول عند بداية التوقيف والثاني عند نهايته - من قبل طبيب يختاره الممثل الشرعي للحدث إلا إذا تعذر ذلك فيعين ضابط الشرطة القضائية الطبيب، ويجوز لوكيل الجمهورية فضلا عن ذلك انتداب طبيب للقيام بفحص الطفل من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الطفل أو ممثله الشرعي في أي مرحلة من التوقيف للنظر.

ويبدو جليا أهمية الإجراء المتعلق بالفحص الطبي، من حيث تعليق مصير الإجراءات القضائية كلها عليه تحت طائلة البطلان، ما يظهر الاهتمام الذي أولاه المشرع لوضعية الطفل الصحية والنفسية طيلة مدة التوقيف، كما لا يخفى أن اطلاع الأولياء بتوقيف الحدث وضمان اتصالهم به وزيارتهم له يشكل دعما معنويا ونفسيا وقانونيا ضروريا له في مثل تلك الظروف الاستثنائية والقاسية عليه.

ومن الإجراءات الإلزامية أثناء التوقيف للنظر وفقا للمادتين 54 و 55 من قانون حماية الطفل، حضور دفاعه، وفي حال لم يكن للطفل محام يقوم ضابط الشرطة القضائية دون تأخير بإعلام وكيل الجمهورية المختص الذي يتخذ الإجراءات القانونية ليعين له محاميا في إطار المساعدة القضائية، مع امكانية سماع الطفل في هذه الحالة بإذن من وكيل الجمهورية وبعد ساعتين من بداية التوقيف للنظر دون محاميه، وبذلك يكون سماع أقوال الطفل مشروطا إما بحضور المحامي أو بإذن خاص من وكيل الجمهورية، فضلا عن ضرورة حضور ممثله الشرعي⁽¹⁾.

⁽¹⁾ و لا يمكن مخالفة القاعدة المتعلقة بوجود حضور دفاع الطفل الموقوف إلا في حالات استثنائية، تتعلق بقضايا الإرهاب والتخريب والمخدرات أو الجريمة المنظمة، وفي حالة الطفل ما بين 16 و 18 سنة يمكن أيضا سماعه دون حضور محاميه بإذن وكيل الجمهورية إذا تطلب ذلك ضرورة جمع الأدلة أو الحفاظ عليها أو الحيلولة دون وقوع اعتداء على شخص ما.

البند الثاني: التحقيق القضائي مع الطفل الجانح

أولاً-الجهات المكلفة بالتحقيق والمتابعة:

لا شك أن التكوين المتخصص للطواقم البشري الذي يتعامل مع الأحداث داخل أجهزة تطبيق القانون بما يتلاءم مع حاجات ومميزات هذه الفئة، سيكون له الأثر الكبير في كيفية مباشرة رجال القضاء وأعاون تطبيق القانون للمهام المنوطة بهم، سيما المهام الوقائية أو تلك التي تتعلق بمرحلي التحقيق والمتابعة، وما يكون لذلك من انعكاس إيجابي على تعاون الحدث وتقبله للإجراءات المتخذة في حقّه، فضلاً عن تجنّب الآثار الضارة المحتملة على صحّته النفسية والجسدية بسبب عدم الامام بحاجاته ومميزاته.

و لا يعدّ قضاء الأحداث قضاءً جنائياً بالدرجة الأولى، على اعتبار أن مهمته الأساسية ليست السعي لإثبات ارتكاب الحدث للجريمة وحسب، بل تتعدّى ذلك إلى محاولة معرفة العلل والظروف التي دفعت به إلى ذلك، واتخاذ ما يلزم لمعالجة الأمر بتدابير تضمن رعاية وحماية الطفل الجانح وإصلاحه ليغدو انساناً نافعاً ومفيداً، على اعتبار أنه ضحية للظروف المحيطة به مع ضعف ادراكه و ارادته وقصور نضجه.

ويتطلب الأمر توسيع نطاق صلاحيات السلطات القضائية عندما يتعلّق الأمر بالأحداث في جميع مراحل ومستويات القضاء، سواء تعلّق الأمر بالتحقيق أو المحاكمة أو تنفيذ العقوبة، والهدف الرئيس من ذلك هو التكيّف مع الحاجيات والظروف المختلفة والمتنوعة لكل حدث⁽¹⁾.

وقد تم انشاء أول محكمة للأحداث في مدينة شيكاغو بولاية "إلينوي" الأمريكية عام 1899 ليعمّم بعدها نظام محاكم الأحداث سنة 1925 على كامل البلاد، ثم ينتشر بعدها في كل من إنكلترا وفرنسا وإيطاليا وألمانيا واسبانيا وبلجيكا وسويسرا وهولندا⁽²⁾.

⁽¹⁾ وذلك بحيث تتيح السلطة التقديرية للقاضي اتخاذ الإجراءات المناسبة وفقاً لتلك الاحتياجات والظروف، فضلاً عن إمكانية التراجع عنها واستبدالها أو الغائها إذا تبين أنها لم تكن مناسبة للحدث، ما يتطلب كفاءة مهنية خاصّة وتكويناً دائماً لمن يمارسون هذه السلطة التقديرية، انظر: قواعد بكنين النموذجية لقضاء الأحداث-الجزء الأول، نطاق السلطة التقديرية.

⁽²⁾ أنظر زينب أحمد عوين-قضاء الأحداث ص 61.

ويستلزم الأمر حسب القانون 15-12 أن تتوفر كل محكمة على قسم خاص بالنظر في جنح ومخالفات الأحداث، في حين ينظر قسم الأحداث على مستوى المجلس القضائي في جنايات هذه الفئة⁽¹⁾، ويعيّن على مستوى كل محكمة تقع في مقر المجلس قاضٍ للأحداث أو أكثر لمدة ثلاث سنوات بأمر من وزير العدل، وعلى مستوى المحاكم الأخرى يعيّن قضاة الأحداث لنفس المدّة من طرف رئيس المجلس القضائي، ويعيّن كذلك قضاة للتحقيق في كل محكمة من طرف رئيس المجلس القضائي للتحقيق في الجرائم المرتكبة من الأطفال، والجدير بالذكر أن المشرّع أبدى اهتماما خاصا بتعيين قضاة الأحداث من بين أصحاب الكفاءة والخبرة، حيث اشترط اختيارهم من ذوي رتبة رئيس محكمة فأكثر للتكفل الأمثل بهذه الفئة⁽²⁾.

ونظرا للخصوصية التي يتميّز بها الأحداث عن بقية الفئات الأخرى من حيث القدرات المحدودة والاستعداد النفسي والجسدي غير المكتمل، وخصوصية كل حدث بحدّ ذاته، أشارت قواعد بكين إلى أن ذلك يجب أن ينعكس على مدى كفاءة وقدرة العاملين في مجال قضاء الأحداث، سواء تعلّق الأمر بالقضاة على اختلاف مستوياتهم الوظيفية، أو العاملين في مجال الإدارة أو كل من له احتكاك مباشر بهذه الفئة، حيث يُنتقى هؤلاء بداية من خلال شروط توظيفهم من بين من يحوزون كفاءة دنيا للتعامل مع الأحداث، فضلا عن التكوين المستمر والمتخصّص بشكل دوري خلال مزاولتهم مهامهم، لتجديد معلوماتهم في مختلف فروع القانون وعلم النفس والاجتماع، وأوصت قواعد بكين بتمكين النساء على وجه الخصوص من تلك الوظائف وتدريبهن وتيسير ترقّيتهن، وذلك فيما يظهر لما تتمتاز به النساء فطريا من التفهّم ولطف التعامل وعدم الخشونة في التعاطي مع الأحداث⁽³⁾.

⁽¹⁾ ويجدّد الاختصاص الإقليمي لقسم الأحداث بالمحكمة التي ارتكبت في إقليم اختصاصها الجريمة أو التي بها محل إقامة أو سكن الطفل أو ممثله أو محكمة المكان الذي عثر على الطفل فيه، المادتان 59 و60 من قانون حماية الطفل.

⁽²⁾ حسب المادة 61 من قانون الطفل، ويتشكّل قسم الأحداث من قاضٍ رئيس ومساعدَيْن محلّقَيْن اثنين يتم تعيينهما لمدة ثلاثة سنوات من طرف رئيس المجلس القضائي الذي يختارهم من بين الأشخاص الذين يتجاوز عمرهم 30 سنة ذوي الجنسية الجزائرية والمهتمين وأصحاب التخصص بشؤون الأطفال، المادتان 61 و80 من قانون حماية الطفل.

⁽³⁾ قواعد بكين النموذجية لقضاء الأحداث-الجزء الثالث، الحاجة إلى التخصص المهني والتدريب.

وتستحدث في كل مجلس قضائي غرفة للأحداث تتكوّن من رئيس ومستشارين اثنين يعيّنون من قبل رئيس المجلس القضائي من بين القضاة المعروفين باهتمامهم بالطفولة وممارستهم في قضاء الأحداث، وتحوز غرفة الأحداث ورئيسها على مستوى المجلس عند الاستئناف على نفس اختصاصات وسلطات قاضي الأحداث على مستوى المحاكم وفقا لقانون الطفل، وتسري على استئناف أوامر قاضي الأحداث وأحكام قسم الأحداث الأحكام المنصوص عليها في المواد من 417 إلى 428 من قانون الإجراءات الجزائية، وهي ذاتها القواعد العامة المتعارف عليها لاستئناف الأحكام القضائية، بحيث يكون للطفل المتهم ولو كـيل الجمهورية وللنائب العام والمدعي المدني الحق في الاستئناف في أجل 8 أيام من النطق بالحكم الحضورى بالنسبة للمتهم، وشهرين بالنسبة للنائب العام، ويتم وقف تنفيذ الحكم الصادر أثناء مهل الاستئناف ودعوى الاستئناف.

وفي ذات الإطار، حثت القواعد النموذجية لقضاء الأحداث الدول الأعضاء في هيئة الأمم المتحدة، على انشاء وحدات خاصة داخل جهاز الشرطة يتلقّى أفرادها تكوينا وتعلّما نظريا وتطبيقيا ليتقنوا التعامل مع هذه الفئة⁽¹⁾، ويحقّقوا الهدف الرئيس من كل إجراء اداري أو قضائي يتخذ ضد الحدث، وهو خدمة مصلحته ووقايته من الانحراف أو علاجه وضمان اندماجه في المجتمع، واستجابة لذلك أنشأت الجزائر فرقا خاصة بالأحداث في كل من جهازَي الشرطة والدرك الوطني، تلقّى أعضاؤها تكوينا متخصصا لتعنى بقضايا هذه الفئة على وجه حصري.

وتُدعى بفرق "حماية الأحداث" وهي موجودة على مستوى جميع مقرات أمن الولايات، ومنها ثلاث على مستوى العاصمة، وعلى رأس هذه الفرق خلية مركزية تتأسها شرطية بمرتبة عميد شرطة لتتبع وضعية الأحداث على المستوى الوطني، ويتلقّى عناصر هذه الفرق دورات تكوينية على المستوى المحلي والمركزي ومنها دورات بالتنسيق مع المنظمة الدولية للإصلاح الجنائي⁽²⁾.

⁽¹⁾قواعد بـكين النموذجية لقضاء الأحداث-الجزء الثاني، التخصص داخل الشرطة.

⁽²⁾أنظر مقال لضابط الشرطة رئيسة فرقة أحداث تركي مسعودة بعنوان: دور الشرطة في حماية الأحداث-بمناسبة الملتقى الوطني الـ19 حول قدرات ومهارات المرابي في التكفل بـنوح الأحداث 15-16 أبريل 2009 ص 32.

ثانيا-فصل قضية الطفل الجانح واجبارية التحقيق الاجتماعي:

لم يفصل المشرع بين الطفل وغيره من البالغين من حيث الإجراءات الخاضع لها وأماكن الاحتجاز والجهات القضائية التي تحقق وتنظر في قضيته وحسب، بل فصل قضيته تماما عن قضايا البالغين، حيث ينظر فيها قاضي الأحداث فيما ينظر قضية البالغين القاضي العادي، بغية التكيف مع احتياجاته الخاصة، وعليه في حال اشتراك الطفل في الجرم مع بالغين يقوم وكيل الجمهورية بفصل قضيته ورفع ملفه إلى قاضي الأحداث في حالات الجنح، وإلى قاضي التحقيق المكلف بقضايا الأحداث في حالات الجنايات⁽¹⁾، في حين يكون كل ادعاء مدني ضد طفل تسبب في ضرر للغير في جريمة ارتكبها أمام قسم الأحداث، ويكون من حق المدعي المدني الذي يضم دعواه إلى الدعوى العمومية أن يرفع دعواه أمام قاضي الأحداث أو قاضي التحقيق المكلف بالأحداث، ونفس الأمر بالنسبة للمدعي الذي يبادر بتحريك الدعوى العمومية، حيث يتوجب عليه أن يرفع دعواه المدنية أمام قاضي التحقيق المكلف بالأحداث بالمحكمة التي يقيم في إقليم اختصاصها الطفل⁽²⁾.

وفي هذا الإطار اعتمد المشرع قاعدة إجرائية تتعلق بالزامية التحقيق في كل الجنايات والجنح التي يرتكبها الحدث⁽³⁾، فضلا عن ضرورة اجراء البحث الاجتماعي الذي يتعلق بظروف الطفل الجانح لمعرفة ما يكون قد دفعه إلى ارتكاب الجرم في محيطه الأسري أو المدرسي أو المهني، ويجري قاضي الأحداث التحريات اللازمة لمعرفة شخصية الطفل بغية إقرار ما يلائمه من تدابير تربوية، ويضطلع بهذا البحث الاجتماعي القاضي نفسه أو يعهد به إلى مصالح الوسط المفتوح، لمعرفة حال أسرة الطفل الاجتماعية وطباعه وسوابقه، وسلوكه داخل وخارج المدرسة وغيرها من الظروف المحيطة به، كما يمكن للقاضي-استزادة في المعلومات التي من شأنها أن توضح نظرتة عن الطفل- أن يأمر بفحص طبي أو نفسي إذا استلزم الأمر.

(1) المادة 62 من قانون حماية الطفل.

(2) المادة 63 من قانون حماية الطفل.

(3) الأصل أن التحقيق وجوبي في كل الجنايات، أما الجنح فالتحقيق فيها اختياري إلا إذا وجد نص خاص كما هو الأمر في هذه الحالة، راجع المادة 66 من قانون الإجراءات الجزائية.

ويتم اللجوء عادة إلى دراسة شخصية الحدث قبل الحكم عليه من خلال تحديد جهاز مختص بهذا الاجراء، سواء تعلّق الأمر بالبحث الاجتماعي كما هو الشأن بالنسبة للتشريع الجزائري أو الفحص الطبي البدني والعقلي أو الفحص النفسي كما هو الشأن بالنسبة لبعض التشريعات العربية⁽¹⁾.

مع الإشارة إلى أنه من الناحية الإجرائية، لا تطبّق على الجرائم التي يرتكبها الطفل إجراءات التلبّس المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية⁽²⁾، والتي تسمح بالإحالة الفورية على التحقيق وتجزئ حسب المتهّم ومحاكمته في أجل أقصاه ثمانية أيام، وتسرع أيضا من إجراءات الإدانة، أما في مادة المخالفات فتطبّق عليه قواعد الاستدعاء المباشر أمام قسم الأحداث⁽³⁾.

و اشترط المشرّع كقاعدة إجرائية أخرى لحماية الطفل الجانح، إلزامية حضور محاميه في جميع مراحل المتابعة والتحقيق والمحاكمة⁽⁴⁾، ما يعني افادة الطفل بحقوق الدفاع منذ الوهلة الأولى لتوقيفه من طرف الشرطة القضائية مرورا بالتحقيق معه وانتهاءً بمراحل المحاكمة جميعها، ما يشكل ضمانا إضافية سواء تعلّق الأمر بالسهر على احترام الإجراءات القانونية وحقوق الطفل أثناء توقيفه والتحقيق معه، أو لضمان الدفاع والمرافعة عنه أثناء المحاكمة، وتقع المسؤولية في مثل هذه الحالة على القاضي لتوفير محام للطفّل من بين المحامين الذين تختارهم النقابة لهذا الشأن، أو يعيّن واحدا بنفسه في حال لم يقيم الطفل أو ممثله الشرعي بتعيين محام.

ثالثا- إخضاع الطفل الجانح لإجراءات مؤقتة أثناء التحقيق:

يمكن لقاضي الأحداث أو لقاضي التحقيق المكلف بقضايا الأحداث في انتظار الفصل النهائي في القضية، أن يتخذ بعض الإجراءات المؤقتة لصالح الحدث، منها تسليمه إلى ممثله الشرعي أو شخص آخر جدير بالثقة، أو وضعه مؤقتا في مؤسسة معتمدة لمساعدة الأطفال، أو

(1) انظر: زينب أحمد عوين-قضاء الأحداث ص200.

(2) ويقصد بحالة التلبّس: اكتشاف الجناية أو الجنحة في الحال أو عقب ارتكابها، كما تعتبر في حالة التلبس أيضا الجناية أو الجنحة التي يرتكبها شخص يتبعه العامة بالصياح أو إذا وجدت لديه أشياء أو آثار أو دلائل توحي بمساهمته في الجريمة، ونفس الأمر إذا ارتكبت في منزل وكشف عنها صاحبه عقب وقوعها، راجع المادتين 41 و59 من قانون الإجراءات الجزائية.

(3) المواد 64، 65، 66، و68 من قانون حماية الطفل.

(4) المادة 67 من قانون حماية الطفل.

في مركز لحماية الطفولة الجانحة، ويجوز عند الضرورة اتخاذ قرار بوضع الطفل تحت نظام الحرية المراقبة الذي تنفذه في هذه الحالة مصالح الوسط المفتوح، ويمكن أيضا -إذا كان الطفل معرضا لعقوبة الحبس- وضعه في نظام الرقابة القضائية وفقا لما ينص عليه قانون الإجراءات الجزائية⁽¹⁾، ويحظر القانون وضع الطفل الجانح رهن الحبس المؤقت إلا في حالات استثنائية، وفي حال عدم فعالية التدابير المذكورة في المادة 70، ففي هذه الحالة يتم الحبس وفقا للمادتين 123 و123 مكرّر من قانون الإجراءات الجزائية⁽²⁾، على أنه لا يجوز مطلقا وضع الطفل أقل من 13 سنة رهن الحبس المؤقت وفقا للمادة 72 من القانون 12-15.

وإذا تعلق الأمر بالجنح التي لا تتعدى عقوبتها ثلاث سنوات، فيحضر وضع الطفل الذي بلغ 13 سنة رهن الحبس المؤقت، ولا يمكن أيضا وضع الطفل الذي تجاوز 13 سنة ولم يبلغ بعد 16 سنة رهن الحبس المؤقت إلا في الجنح التي تشكل "اخلاقا خطيرا وظاهرا بالنظام العام" أو في حالة الضرورة المتعلقة بحمايته، فيكون الحبس المؤقت لمدة شهرين غير قابلة للتجديد وهي نفس المدة التي يمكن فيها وضع الطفل بين 16 و18 سنة رهن الحبس المؤقت، على أن المدة قابلة للتجديد مرة واحدة وفقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية⁽³⁾.

وفي مادة الجنايات، مهما كان سنّ الطفل فإن مدة الحبس المؤقت هي شهران، قابلة للتجديد على ألا تتجاوز مدة الشهرين في كل مرة حسب المادة 75 من القانون 12-15.

أما الأوامر التي يصدرها قاضي التحقيق المكلف بالأحداث وقاضي الأحداث، فتسري عليها أحكام المواد 170 إلى 173 من قانون الإجراءات الجزائية، حيث يمكن استئنافها في ظرف ثلاثة

⁽¹⁾المادتان 70، 71 من قانون حماية الطفل.

⁽²⁾ وهو اجراء استثنائي لا يتم اللجوء إليه إلا إذا لم تكف الرقابة القضائية، وفي حال لم يكن للمتهم موطن معروف أو إذا لم يمكنه تقلم ما يكفي من الضمانات للمثول أمام المحكمة، وكذلك في حالة كان الحبس المؤقت الوسيلة الوحيدة للحفاظ على الأدلة، أو لمنع الضغوط على الشهود أو الضحايا ولتفادي التواطؤ المحتمل بين المتهمين، وأيضا لحماية المتهم أو وضع حدّ للجريمة والوقاية من حدوثها مجددا، ومن الناحية الإجرائية يتوجب أن يتم تأسيس الوضع في الحبس المؤقت تأسيسا قانونيا، وأن يتم ابلاغ المتهم به من قبل قاضي التحقيق، وأن يبلغه بحقه في استئناف أمر الوضع في الحبس المؤقت خلال ثلاثة أيام، راجع المادتين 123 و123 مكرّر من قانون الإجراءات الجزائية.

⁽³⁾المادتان 73 و74 من قانون حماية الطفل.

أيام من طرف وكيل الجمهورية أو النائب العام، أو من الطفل المتهم أو وكيله أمام غرفة الاتهام بالمجلس القضائي، ومنها أمر قاضي التحقيق بالحبس المؤقت وتمديد مدة الحبس، أو الأمر بإخضاع المتهم للرقابة القضائية أو رفعها، أو الأوامر المتعلقة بطلبات الافراج، أو رفضه تلقي تصريحات المتهم أو محاميه ورفضه اجراء معاينة لإظهار الحقيقة، ورفض طلب الاستعانة بالخبرة التقنية، كما يمكن للمدعي المدني أن يستأنف كامل أوامر قاضي التحقيق المكلف بالأحداث وقاضي الأحداث إلا فيما يتعلق بالحبس المؤقت، على أن الاستئناف المتعلق بالتدابير الوقائية يكون في مهلة 10 أيام من قبل الطفل أو محاميه أو ممثله الشرعي أمام غرفة الأحداث بالمجلس القضائي⁽¹⁾.

وتحال القضية بعد استكمال إجراءات التحقيق من طرف قاضي الأحداث إلى وكيل الجمهورية الملزم بإبداء طلباته خلال مدة 5 أيام من تاريخ ارسال الملف لضمان سرعة الفصل في القضية، وفي حال تبين أن الوقائع لا تشكل جريمة أو أنه لا توجد دلائل كافية ضد الحدث يأمر قاضي التحقيق المكلف بالأحداث بألا وجه للمتابعة طبقا للمادة 163 ق ا ج، وإذا قرّر قاضي الأحداث بأن الوقائع تشكل مخالفة أو جنحة، أمر بالإحالة أمام قسم الأحداث، وأيضا إذا قرّر قاضي التحقيق المكلف بالأحداث أن الوقائع تشكل جناية أمر بالإحالة أمام قسم الأحداث بالمجلس القضائي المختص⁽²⁾.

المطلب الثاني: محاكمة الحدث الجانح والتدابير الصادرة في حقه

الفرع الأول: مبدأ محاكمة الأحداث

حين يتم اتخاذ القرار بتحويل القاصر إلى المحاكمة، يستلزم الأمر وفقا لقواعد بكين النموذجية النظر في قضيته وفقا للضمانات الأساسية للمحاكمة العادلة⁽³⁾، ومنها قرينة البراءة وتأمين حق

⁽¹⁾ المادة 76 من قانون حماية الطفل.

⁽²⁾ المواد 77-79-87 من قانون حماية الطفل.

⁽³⁾ انظر: قواعد بكين النموذجية لقضاء الأحداث-الجزء الثالث، السلطة المختصة بإصدار الأحكام، المستشار القانوني والوالدان والأوصياء، تقارير التقصي الاجتماعي، وقد فرض الإعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة 1948 بدوره ضرورة افادة الطفل بمحاكمة تتسم بالعدالة والنزاهة، وأن يستفيد من قرينة البراءة حتى ثبوت التهمة عليه زيادة على استفادته من حقوق الدفاع، وألا يعاقب على فعل أو امتناع عن فعل إلا إذا كان منصوص عليه في القانون الوطني أو الدولي، وهو ما يكرس مبدأ الشرعية، انظر المواد 9 إلى 11 من الإعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة 1948.

الدفاع وإتاحة الفرصة له للتعبير عن نفسه بالاستماع له، وغيرها من الإجراءات المتبعة خلال سير المحاكمة التي يجب أن تصبّ كلّها في خدمة مصلحة الطفل.

زيادة على ذلك، يُضمن حق الحدث في حضور محاميه أو مستشاره القانوني المحاكمة، ويحقّ لوالديه أو وصيّيه الحضور طيلة سير الإجراءات القضائية، لما في ذلك من سند نفسي وعاطفي كبير للطفل إلا إذا كان استبعاد هؤلاء لمصلحته، كما في حال تورّطوا في إيذائه مثلاً، ولضمان الفهم الصحيح لسلوك الحدث المنحرف ودوافعه، يجري كقاعدة أساسية في مثل هذه القضايا الاستعانة بتقارير تتخصّص الحالة الاجتماعية للحدث وظروفه الأسرية، ما يسهم في معرفة البيئة التي نما وترعرع فيها وتأثيرها ومساهمتها في دفعه نحو ارتكاب الأفعال التي يسأل عليها، على أن يقوم بإعداد هذه التقارير جهات وموظفون مختصّون في مجال دراسة السلوك الاجتماعي للأحداث، ويكون اعداد هذه التقارير كإجراء ضروري قبل اصدار أي حكم.

بعد انتهاء إجراءات محاكمة الحدث وقبل الشروع في إصدار الحكم عليه، يتوجّب الأخذ بعين الاعتبار أن هدف أي اجراء قضائي يتخذ في حقّه ليس القمع أو العقاب في حدّ ذاته، بل تقويم الحدث وإصلاحه وإعادة تأهيله وادماجه في المجتمع، وعليه يُطلب من السلطة مصدرة الحكم أن تضع نصب عينيها عدّة مبادئ تسترشد بها في هذا المجال.

ومن ذلك التناسب بين العقوبة والفعل المرتكب وظروف الحدث الجانح نفسه، وتجنّب العقوبات السالبة للحرية قدر الإمكان وعدم فرضها إلا بعد دراسة مستفيضة واستحالة استبدالها بإجراءات أخرى، كأن يوضع الحدث تحت المراقبة أو إصدار أحكام مع وقف التنفيذ وأحكام إطلاق سراح مشروطة، وفي جميع الأحوال لا يجب اللجوء للعقوبة السالبة للحرية إلا في حالات ارتكاب جرم خطير كمارسة العنف ضد الغير، وأن يتم الحكم بها لأقصر مدّة ممكنة⁽¹⁾.

وأكدت قواعد بكوين مبدأ حظر الأحكام بالإعدام في حق من لم يبلغوا 18 سنة، تماشياً مع أحكام العديد من المواثيق الدولية التي تحمي فئة الأطفال مثل اتفاقية الطفل 1989 في مادتها 37،

⁽¹⁾قواعد بكوين النموذجية لقضاء الأحداث-الجزء الثالث، مبادئ توجيهية في اصدار الأحكام والتصرّف في القضايا.

كما أشارت إلى حق السلطات المختصة في اللجوء إلى وقف إجراءات الدعوى في أية مرحلة، لا سيما عند وصول معلومات حول القضية توحى بأن وقف الدعوى أفضل لمصلحة الحدث.

وبغية الاستفادة من الإجراءات التقويمية التي تصدر في حق الحدث وتجنباً لإجهاده نفسياً، تشير قواعد بكنين إلى ضرورة الإسراع بالفصل في قضيته، معتبرة أن كل تأخير من شأنه أن يؤثر على ربط الحدث بين الجرم المقترف من طرفه وبين الإجراء الذي سيصدر في حقه⁽¹⁾، ما يجعل أي إجراء عديم الفائدة، كما أن تلك الإطالة قد تساهم بطريقة أو بأخرى في تشويه صورة الحدث وسمعته لدى الآخرين ما قد يرهن مستقبله.

وفي ذات السياق، يجب حفظ سجّلات الأحداث المحكوم عليهم في كامل السرية، ومنع اتاحتها للجمهور الواسع وقصر ذلك على الأشخاص المعنيين بالعمل على القضية دون سواهم، أو غيرهم من المسموح لهم قانوناً بذلك كالباحثين مثلاً، وبذلك تتم الموازنة بين حاجات المؤسسات القضائية والأمنية في حفظ تلك السجلات، وبين ضرورة تقليل تأثيرها على مستقبل الحدث وإعادة ادماجه في المجتمع.

الفرع الثاني: إجراءات المحاكمة والوساطة

البند الأول: محاكمة الحدث

تم محاكمة الحدث الجانح مبدئياً وفقاً لأحكام قانون حماية الطفل الصادر سنة 2015، محل الأحكام الواردة في قانون الإجراءات الجزائية الخاصة بالطفل⁽²⁾.

غير أنه من خلال دراسة نصوص قانون حماية الطفل نجد الكثير من التداخل في القواعد الإجرائية للمحاكمة، خاصة أن المشرع أحال على الكثير من أحكام قانون الإجراءات الجزائية، ما يخلق ازدواجية وتداخلاً في الإجراءات يجعلها أكثر تعقيداً على رجال القانون من قضاة ومحامين،

⁽¹⁾قواعد بكنين النموذجية لقضاء الأحداث-الجزء الثالث، تجنّب التأخير غير الضروري وسرية السجلات.

⁽²⁾حسب المادتين 81، و149 من قانون حماية الطفل يتم الغاء ما يتعارض مع نصوص قانون حماية الطفل، غير أن المادة 147 من ذات القانون تحيل إلى قانون الإجراءات الجزائية فيما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون.

ما يشكّل عائقاً حقيقياً في كفالة حماية حقوق الطفل وتحقيق مبدأ المصلحة الفضلى الذي يجب أن تخضع له جميع القواعد القانونية المتعلقة به، حيث من الضروري تبسيط وإيضاح تلك الإجراءات، وهو ما يأتي ضمن جملة النقائص التي تميز بها القانون 15-12.

و تتم وجوباً كل المرافعات أثناء المحاكمة في جلسات سرّية، أمام قسم الأحداث على مستوى المحكمة للنظر في جنح ومخالفات الأحداث، حيث تُرَجَّح في هذه الحالة مصلحة الطفل الفضلى على اعتبارات علانية المحاكمات الجزائية المضرة بالطفل من حيث أنها وسيلة تشهير غير مباشرة تسمه بالانحراف والجنوح، وأنها تؤثر في نفسيته إما بدفعه إلى الخجل والانطواء، أو بدفعه إلى مواقف بطولية وتظاهرية ترفع من شأنه في نظره⁽¹⁾.

ولا شك أن علانية المحاكمة بالنسبة للحدث ستدفعه دفعا نحو عالم الاجرام بتقمصه لأدوار الجناة البالغين في نظره وفي نظر المجتمع، وسترسخ في ذهنه وتسمه طيلة حياته بسمة المجرمين، لذلك كانت السرية أكثر من ضرورة طيلة مراحل المتابعة والمحاكمة.

و ينظر قسم الأحداث على مستوى المجلس القضائي في الجنايات التي يقترفها الأحداث⁽²⁾، ولا يتم الفصل في تلك القضايا في الأصل إلا بعد الاستماع للطفل وممثله الشرعي وبقية المعنيين بالقضية كالشهود والضحايا، غير أنه يمكن إعفاء الطفل من الحضور تماماً أو في أية مرحلة من المرافعات إذا تطلبت الأمر، لينوب عنه ممثله الشرعي بحضور محاميه وفي هذه الحالة يكون الحكم حضورياً، ويقتضي مبدأ السرية عدم السماح بحضور المرافعات إلا لأشخاص محددين دون غيرهم، وهم الطفل الجاني وممثله الشرعي وبعض أقاربه والشهود والضحايا والقضاة والمحامون، ويمكن السماح بحضور ممثلي الجمعيات والهيئات المهمة بحماية حقوق الأطفال⁽³⁾، ولضمان السرية يفرض القانون عقوبات جزائية على كل من ينشر أو يبث ما يدور في تلك الجلسات، تتمثل في

⁽¹⁾ زينب أحمد عوين-قضاء الأحداث ص 209.

⁽²⁾ ويحدد الاختصاص الإقليمي لقسم الأحداث بالمحكمة التي ارتكبت في إقليم اختصاصها الجريمة، أو التي بها محل إقامة أو سكن الطفل أو ممثله أو محكمة المكان الذي عثر على الطفل فيه، المادتان 59 و 60 من قانون حماية الطفل.

⁽³⁾ المادتان 82، 83 من قانون حماية الطفل.

الحبس لمدة تصل إلى سنتين وغرامة تصل إلى 200 ألف دينار وفقا للمادة 137 من قانون حماية الطفل 12-15.

البند الثاني: الوساطة

بغرض تجنب المحاكمة وآثارها وتبعاتها، لجأ المشرع لإقرار اجراء الوساطة في النزاعات الجزائية لصالح الحدث الجانح⁽¹⁾، حيث جاءت كبديل عن المتابعة الجزائية بطريق الدعوى العمومية، على أن الوساطة تجري في مادة المخالفات والجنح دون الجنايات.

وعرّفتها المادة الثانية من قانون حماية الطفل، بأنها: "آلية قانونية تهدف إلى ابرام اتفاق بين الطفل الجانح وممثله الشرعي من جهة، وبين الضحية أو ذوي حقوقها من جهة أخرى بهدف انهاء المتابعة وجبر الضرر الذي تعرضت له الضحية ووضع حد لآثار الجريمة والمساهمة في إعادة ادماج الطفل".

وعليه تقتضي الوساطة استبدال المتابعة القضائية بالتفاوض بين الطفل الجانح أو ممثله من جهة وبين الضحية من جهة أخرى، قصد التوصل إلى فض الخلاف وجبر الضرر بعيدا عن المحاكمة.

ويضطلع بإجراء الوساطة إما وكيل الجمهورية من تلقاء نفسه أو يكلف بذلك أحد مساعديه، أو أحد ضباط الشرطة القضائية بناء على طلب من الطفل أو ممثله الشرعي أو محاميه، وتتم الوساطة بين الطفل ومثله الشرعي من جهة وبين الضحية وذوي الحقوق إذا وجدوا من جهة أخرى، وفي حال اتمام الوساطة يحرّر اتفاق بمحتواها في محضر رسمي يوقعه الوسيط وبقية الأطراف الأخرى، وتسلم نسخة لكل واحد من الأطراف، على أنه إذا جرت الوساطة من قبل ضابط لشرطة القضائية يتوجب رفع المحضر لوكيل الجمهورية ليؤشّر عليه، وفي حال تم إقرار تعويض للضحية من خلال ذلك المحضر فإنه يعتبر كسند تنفيذي وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وقد يتضمّن اتفاق الوساطة فضلا عن التعويض المقرّر للضحية، التزام الحدث ومثله الشرعي بتنفيذ التزام أو أكثر، مثل المراقبة الطبية أو الخضوع لعلاج أو متابعة الدراسة أو تكوين متخصص، أو الالتزام بعدم الاتصال بالأشخاص الذين من شأنهم إعادة الحدث للانحراف

⁽¹⁾وتضمّنت أحكامها المواد 110 إلى 115 من قانون حماية الطفل.

والجنوح، وفي هذه الحالة يسهر وكيل الجمهورية على تنفيذ تلك الالتزامات، وفي حال تنفيذ اتفاق الوساطة في الآجال المحددة يتم انهاء المتابعة الجزائية ضد الطفل، وإلا يبادر وكيل الجمهورية إلى متابعة الطفل بما ارتكبه جزائياً.

الفرع الثاني: افادة الجانح من استبدال العقوبة والغائها

أرشدت قواعد بكنين النموذجية إلى بعض الإجراءات والتدابير البديلة التي أثبتت فعاليتها⁽¹⁾، والتي يمكن للسلطات القضائية الاستعانة بها في تقويم سلوك الحدث، عوضاً عن العقوبة السالبة للحرية التي قد تفاقم من السلوك المنحرف وتؤصله لدى الحدث بعد أن كان مجرد حالة عارضة، ذلك أنه لا تخفى الآثار السلبية لاحتجاز الطفل وحرمانه من حريته، حيث أن تلك الآثار تفوق بكثير ما يُنتظر من تقويمه بتلك الطريقة، لا سيما بالنظر إلى حساسيته ودرجة تأثره الكبيرة في هذه السن، بالإضافة إلى حرمانه من أسرته.

لذلك حثت قواعد بكنين على تجنّب تلك العقوبة قدر الإمكان واستبدالها بتدابير وإجراءات أكثر ملاءمة لسنّ الحدث، ومن تلك التدابير تحويله نحو الرعاية والاشراف والتوجيه عن طريق الهيئات المختصة في هذا المجال سيما مصالح الخدمات الاجتماعية، أو الوضع تحت المراقبة، أو حتى تأدية خدمات عامة في المجتمع، بالإضافة إلى إمكانية اللجوء إلى فرض العقوبات المالية وتعويض الضحايا، أو الوضع في المؤسسات المختصة في الرعاية الصحية والنفسية للأحداث، أو الأمر بالأنشطة الاجتماعية المفيدة في تقويم السلوك، أو الحاق الحدث بالأسر الحاضنة أو المراكز المختصة في الشؤون التربوية، مع الإشارة إلى أن هذه التدابير قد تتخذ بشكل منفصل أو بالجمع بين بعضها وفقاً لحاجات وخصوصيات كل حدث بما يخدم مصلحته.

على أن يتم في جميع الأحوال اجتناب عزل الحدث عن أبويه جزئياً أو كلياً قدر الإمكان، أو اللجوء لهذا الاجراء إلا في الحالات الضرورية لحمايته،

⁽¹⁾أنظر قواعد بكنين النموذجية لقضاء الأحداث-الجزء الثالث، مختلف تدابير التصرف في القضايا.

وقد أخذ المشرع الجزائري ببعض تلك التدابير، حيث أشار في المادتين 84 و85 من القانون 12-15 أنه في حال تمت إدانة الحدث، تتخذ في حقه إحدى تدابير الحماية والتهديب بداية ثم العقوبات السالبة للحرية والغرامة كحل أخير، ومن تلك التدابير تسليمه إلى ممثله الشرعي أو لشخص أو عائلة جديرة بالثقة، أو وضعه في مؤسسة مكلفة بمساعدة الأطفال، أو في مدرسة داخلية معدة لاستقبال الأطفال في سن الدراسة، أو في مركز مختص برعاية شؤون الجانحين.

ويمكن للقاضي أن يأمر عند الضرورة بوضع الحدث تحت نظام الرقابة القضائية برعاية مصالح الوسط المفتوح، على ألا تتعدى مدة الحكم بالتدابير المذكورة آنفا تاريخ بلوغ الطفل سن الرشد الجزائري. وإذا تعلق الأمر بدعوى مدنية أمكن ادخال الممثل الشرعي للطفل معه، وفي حالة وُجد متهمون بالغون مع الطفل وأراد المدعي المدني مباشرة الدعوى ضد الجميع، فيتم رفع الدعوى أمام جهة القضاء المختصة بالنظر في قضايا البالغين، غير أن الحدث لا يلزم في هذه الحالة بالحضور خلال المرافعة إذ يكفي حضور ممثله الشرعي، ويجوز ارجاء النظر في الدعوى المدنية إلى غاية الفصل في ادانة الحدث من عدمها، ولدى صدور الحكم بالإدانة يمكن الطعن فيه بالاستئناف والمعارضة من قبل الحدث أو من ممثله الشرعي أو محاميه، أو الطعن بالنقض في تلك الأحكام دون أن يكون لذلك أثر موقف⁽¹⁾.

البند الأول: مراجعة تدابير الحماية والتهديب

خوّل المشرع لقاضي الأحداث إمكانية تغيير أو مراجعة تدابير الحماية والتهديب المطبقة على الحدث في أي وقت، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب من النيابة العامة أو مصالح الوسط المفتوح أو من الطفل نفسه، مع الأخذ بعين الاعتبار تحسّن سلوك الطفل وسنّه وأهلية ممثله الشرعي لتربيته، فيمكن لهذا الأخير أن يقدم طلب ارجاع الطفل إلى رعايته بعد مرور 6 أشهر على الأقل من ابعاد الطفل عن أسرته، مع امكانية تجديد الطلب المرفوض بعد مرور ثلاثة أشهر من تاريخ

⁽¹⁾المواد 88، 90 و95 من قانون حماية الطفل.

الرفض⁽¹⁾، أما في حال تعلّق الأمر باتخاذ أحد تدابير الوضع في حق الطفل الذي كان قد تم تسليمه لممثله الشرعي أو لشخص أو عائلة جديرين بالثقة، فيجب أن يرفع الأمر إلى قسم الأحداث⁽²⁾.

ولمراعاة مصلحة الطفل الفضلى واحتياجاته وإعادة ادماجه في المجتمع، يمكن للقاضي أن يخفّف أو يستبدل التدابير والعقوبات المقرّرة قانوناً في حالة ادانته⁽³⁾، حيث يجوز استبدال أو استكمال التدابير المذكورة آنفاً في المادة 85، بعقوبة الغرامة وفقاً للمادة 50 من قانون العقوبات بقرار مسبّب، حين يتعلّق الأمر بطفل بلغ 13 سنة ولم يتجاوز 18 سنة، وفي مادة المخالفات يمكن توبيخ الطفل أو فرض غرامة عليه وفقاً للمادة 51 ق ع، في حين لا يمكن الحكم إلا بالتوبيخ بالنسبة للطفل بين 10 و13 سنة مع إمكانية إخضاعه لنظام الحرية المراقبة⁽⁴⁾.

وفي ذات السياق نص قانون العقوبات في المواد 5 مكرّر 1 إلى 5 مكرّر 5 منه، على إمكانية استبدال عقوبة الحبس بعقوبة العمل النافع، وذلك في حال الحكم بعقوبة الحبس ضد الحدث الذي تجاوز سن 16 سنة بإجراء العمل للنفع العام دون أجر، حيث تحتسب ساعتان من العمل لدى شخص معنوي عمومي عن كل يوم حبس، على ألا تقل مدّة هذا العمل عن 20 ساعة ولا تزيد عن 300 ساعة، ويستفيد الطفل خلال ممارسة العمل للنفع العام من حماية القانون في مجال الوقاية الصحيّة والأمن وطب العمل وكذا حماية الضمان الاجتماعي.

⁽¹⁾ وهو الطلب الذي يمكن للطفل كذلك تقديمه لقاضي الأحداث الذي فصل في النزاع، أو لقاضي الأحداث أو قسم الأحداث الذي يقع في إقليم اختصاصه موطن ممثل الطفل الشرعي أو موطن صاحب العمل أو المركز الذي أودع فيه، أو مكان وضع الطفل أو حبسه، على أنه في جميع الحالات يتوجّب الحصول على تفويض من قاضي الأحداث الذي فصل أصلاً في النزاع، ويمكن شمول الأحكام الصادرة في شأن طلبات تغيير التدابير المتعلقة بالحرية المراقبة أو بالوضع أو بالتسليم، بالنفاذ المعجل رغم الاستئناف أو المعارضة، وفق المواد 97، 98 و99 من قانون حماية الطفل.

⁽²⁾ المادة 96 من قانون حماية الطفل.

⁽³⁾ أشارت قواعد بكين إلى أنه في حال لم يتم الافراج مباشرة عن الحدث المتهم بالجرم، فإن الجهات المختصة تنظر في إمكانية معالجة قضيته خارج إطار المؤسسة القضائية، عن طريق مؤسسات رعاية الأحداث وتعليمهم وهذا الاجراء يمكن اتخاذه من قبل جميع الهيئات التي لها علاقة بمتابعة الحدث مثل الشرطة والنيابة العامة أو المحكمة وفقاً لسلطتها التقديرية في هذا المجال، ويمكن اتخاذه هذا الاجراء في أية مرحلة من مراحل المتابعة ومهما كانت خطورة الجريمة، أنظر قواعد بكين النموذجية لقضاء الأحداث-الجزء الثاني، التحويل إلى خارج النظام القضائي.

⁽⁴⁾ المادتان 86، 87 من قانون حماية الطفل.

وفي حالة اخلال الحدث بالتزاماته المرتبطة بتنفيذ العمل للنفع العام تنفّذ عليه العقوبة الأصلية، ويضطلع بمهمة المراقبة في هذه الحالة قاضي تطبيق العقوبات الذي يفصل في كل الإشكالات المرتبطة بالمسألة، ويمكنه إذا اقتضت ظروف صحّية أو اجتماعية الغاء عقوبة العمل للنفع العام.

البند الثاني: نظام الحرية المراقبة والغاء العقوبات من الصحيفة القضائية

أتاح القانون إمكانية اخضاع الطفل الجانح لإجراء "الحرية المراقبة" في إطار الإجراءات الهادفة إلى تجنّب خضوعه لعقوبات سالبة للحرية، وذلك بعد إخطاره وإخطار ممثله الشرعي بطبيعة هذا التدبير وما ينجرّ عنه من التزامات⁽¹⁾، ويتم تنفيذ هذا الاجراء في دائرة اختصاص المحكمة نفسها التي أمرت به أو محكمة موطن الطفل.

حيث يتولّى مندوبون دائمون وآخرون مؤقّتون شخصيا مهمة مراقبة محيط الطفل، من حيث ظروفه المادية والمعنوية والصّحية وكذا تربيته وكيفية قضائه لأوقات فراغه، ليقدموا بعدها تقريرا مفصّلا لقاضي الأحداث المختص كل ثلاثة أشهر، فضلا عن التقرير الفوري في حالة ساء سلوك الطفل أو تم تعريضه لخطر معنوي أو جسدي أو كل ضرر يتعرّض له، وكذا في حال تم عرقلة مهامهم أو أي أمر آخر يستدعي اجراء تعديل في التدبير الذي اتخذه القاضي، ويعيّن هؤلاء المندوبون الدائمون من قبل قاضي الأحداث الذي يختارهم من بين الأشخاص الجديرين بالثقة والقادرين على إرشاد الطفل وإصلاح شؤونه، ويعمل المندوبون المؤقّتون تحت اشراف المندوبين الدائمين الذين يعملون بدورهم تحت اشراف قاضي الأحداث.

كما أقر قانون حماية الطفل 15-12 زيادة على استبدال العقوبة، إمكانية الغاء كل العقوبات والتدابير التي خضع لها الطفل من صحيفته القضائية⁽²⁾، ذلك أن تلك التدبير أو العقوبات لا يتم تقييدها بداية إلا ضمن القسيمة رقم 2 من صحيفة السوابق القضائية المسلمة

⁽¹⁾ المواد من 100 إلى 103 من قانون حماية الطفل، مع الإشارة إلى أن المشرّع أحال شروط وكيفيات تطبيق الحرية المراقبة على التنظيم حسب المادة 102.

⁽²⁾ المادتان 107 و108 من قانون حماية الطفل.

للجهات القضائية وحدها، وحرصا على سمعة الطفل وعدم تأثير تلك السوابق على صورته الذاتية وعلى مستقبله، يمكن أن يستفيد من الغاء القسيمة التي يذكر فيها التدبير أو العقوبة التي خضع لها، وذلك إذا ثبت أن حاله قد صلحت بعد مرور ثلاث سنوات منذ نهاية تدبير الحماية والتهذيب، ويتم ذلك إجرائيا من خلال أمر من قسم الأحداث على عريضة مقدمة من الطفل المعني، أو من النيابة أو من قسم الأحداث ذاته، أمام المحكمة التي نظرت النزاع أول مرة أو محكمة موطن إقامة الطفل، ليتم الغاء القسيمة المتعلقة بذلك التدبير.

وفي جميع الحالات، ارتأى المشرع الغاء كل العقوبات والتدابير التي خضع لها الطفل من صحيفة سوابقه القضائية بمجرد بلوغه سن الرشد الجزائي⁽¹⁾، وهو بذلك يُعطي للجناح الذي أدى العقوبة أو خضع لتدبير التهذيب والحماية، فرصة كبيرة ليندمج مجددا في محيطه الاجتماعي والتعليمي والمهني دون أن يخشى التأثير السلبي لتجاربه الماضية في عالم الانحراف والجناح على مستقبله.

الفرع الثالث: المؤسسات الإصلاحية الخاصة بالأطفال الجانحين

البند الأول: مراكز الحماية وإعادة التربية والادماج

إذا قرّرت السلطات القضائية إيداع الطفل الجانح في مثل مؤسسات الحماية والرعاية أو إعادة التربية والادماج، فيجب أن لا يعكس ذلك الرغبة في إخضاعه للعقاب المجرد من معاني التعلم وإعادة التأهيل والتربية حسبما أرشدت إليه قواعد بكنين، بل يتوجب أن ينال الجانح داخل تلك المؤسسات التعليم والتكوين والمهارة اللازمة لضمان ادماجه في المجتمع بعد خروجه، وفي هذا السياق يجب إيلاء عناية خاصة بالفتيات وفقا لاحتياجاتهن، دون أن يعني ذلك قدرا أدنى من العناية التي يتلقاها غيرهن، مع ضرورة ضمان السلطات القضائية والإدارية حق هؤلاء الأحداث في زيارة أوليائهم لتخفيف وطأة الإحساس بالعزلة داخل تلك المؤسسات الإصلاحية⁽²⁾.

وأحالت قواعد بكنين الدول على القواعد النموذجية لمعاملة السجّناء لهيئة الأمم المتحدة

⁽¹⁾ المادة 109 من قانون حماية الطفل.

⁽²⁾ قواعد بكنين النموذجية لقضاء الأحداث-الجزء الخامس: أهداف العلاج في المؤسسات الإصلاحية.

وتوصياتها⁽¹⁾، وأشارت إلى استعمالها لأقصى حدّ فيما يتعلّق بالأحداث وفقاً لمعايير السنّ والجنس والشخصية، ومن ذلك القواعد المتعلقة بكيفية ضمان خدمات الاطعام والايواء والملبس والاتّصال بالعالم الخارجي، وكذا خدمات الرعاية الطبيّة والفصل بين الفئات العمرية للسجناء، وضرورة توفير العدد المناسب من الموظفين، فضلاً عن الأحكام المتعلقة بالانضباط وتأديب المجرمين الخطيرين.

أولاً-مراكز الحماية التابعة لوزارة التضامن:

تقع تحت وصاية وزارة التضامن الوطني مراكز خاصة بحماية الأطفال في حالة خطر، ومراكز لحماية الأطفال الجانحين وأخرى لوقاية الشباب، فضلاً عن مراكز الوسط المفتوح⁽²⁾، وقد حرص المشرّع على اقتصر صلاحية وضع الطفل في إحدى تلك المراكز على قاضي الأحداث أو الهيئات القضائية الأخرى الخاصة بالأحداث، إلا أنه يمكن للوالي في حالة الاستعجال وفق المادة 117 من القانون 15-12 الأمر بوضع الطفل في حالة خطر في هذه المراكز، على ألا تتعدى المدّة في هذه الحالة ثمانية أيام يتم خلالها إخطار قاضي الأحداث بالأمر.

غير أن القانون لم يوضّح الحالات التي تحوّل الوالي الاضطلاع بهذه الصلاحية، سيما أنه يجوز صفة ضابط الشرطة القضائية وفق المادة 28 من قانون الإجراءات الجزائية، التي أشارت إلى صلاحيات الوالي في حالة وقوع جرائم ماسة بأمن الدولة، حيث يجوز له اتخاذ بعض إجراءات الضبط القضائي أو يكلف بذلك ضباط الشرطة القضائية، ولعلّ هذا ما أشار إليه القانون 15-12 في حال تورّط الحدث في مثل تلك الجرائم، وقد نصت المادة 25 من القانون 15-12 أنه يمكن لمصالح الوسط المفتوح إخطار الوالي للتكفل بالطفل من الناحية الاجتماعية، لكن ذلك يتم حسب نص المادة في إطار إبقاء الطفل وسط عائلته وليس بإيداعه في إحدى المراكز المذكورة.

وتنشأ على مستوى مراكز رعاية الأطفال المذكورة آنفاً، لجنة متخصصة يرأسها قاضي الأحداث المختص إقليمياً تدعى "لجنة العمل التربوي"، التي تضطلع بمهمّة الاشراف على تطبيق

⁽¹⁾قواعد بكن النموذجية لقضاء الأحداث-الجزء الخامس:تطبيق القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء التي اعتمدها الأمم المتحدة.

⁽²⁾المادة 116 من قانون حماية الطفل.

برامج رعاية وتربية الأطفال، ودراسة حالة كل طفل داخل المركز ومدى التطور الذي حققه، وتقترح عند الضرورة إعادة النظر في التدابير المتخذة من قبل قاضي الأحداث، ويقع على هذا الأخير مسؤولية زيارة تلك المراكز للتأكد من احترام شروط استقبال الأطفال وحمايتهم داخلها، ويتابع حالة الأطفال الذين أمر بإيداعهم داخلها ويحضر الاجتماعات المتعلقة بدراسة ملفاتهم في إطار لجنة العمل التربوي⁽¹⁾.

على أن الهدف الرئيس من وضع الطفل في إحدى المراكز المذكورة في المادة 116 من القانون 12-15، هو ضمان ادماجه في المجتمع وابعاده عن الظروف التي أدت بداية إلى انحرافه وجنوحه، ولذلك تضطلع تلك المراكز بضمنان تعليم الطفل وتكوينه وتربيته، وتشجيعه على ممارسة مختلف أنواع الأنشطة الرياضية والترفيهية التي تتناسب مع سنّه وجنسه وشخصيته، زيادة على ضمان الظروف الصحيّة والنفسية المناسبة عن طريق الرعاية المستمرة⁽²⁾.

وتقع على مدير المركز الذي استقبل الطفل مسؤولية مراقبته بصورة دائمة، من حيث تكوينه المهني أو المدرسي خارج المركز، ويسهر على تطبيق عقد التمهين ويعلم لجنة العمل التربوي بكل تطوّر في هذا الشأن.

ويمتاز نظام هذه المراكز بمرونة نسبية، حيث يسمح بخروج الطفل لمدة ثلاثة أيام بناء على طلب منه أو ممثله الشرعي بعد موافقة قاضي الأحداث، وكذا في حالة وفاة ممثل الطفل الشرعي أو أحد الأقارب إلى غاية الدرجة الرابعة، وقد يستفيد الأطفال أيضا من عطلة سنوية مع عائلاتهم لمدة 45 يوما بعد موافقة لجنة العمل التربوي، فضلا عن إمكانية الإقامة في مخيمات العطل والرحلات ونشاطات التسلية بعد موافقة ذات اللجنة وعلى نفقة المركز، زيادة على إمكانية مزاوله تكوين أو دراسة خارج المركز.

وفي كل الأحوال، يتوجب على مدير مركز حماية الأطفال أن يعلم قاضي الأحداث المختص

⁽¹⁾ راجع المواد من 116 إلى 119 من قانون حماية الطفل.

⁽²⁾ المواد من 120 إلى 127 من قانون حماية الطفل.

إقليمياً بأي جديد يطرأ على وضع الطفل، سواء تعلّق الأمر بصحته أو هروبه أو وفاته، كما يلزم أن يُعلم قاضي الأحداث قبل شهر من تاريخ انتهاء مدّة الوضع داخل المركز، بواسطة تقرير يتضمّن رأيه ورأي لجنة العمل التربوي حول ما يمكن اتخاذه في نهاية تلك المدّة.

ثانياً-مراكز إعادة التربية وإعادة ادماج الأطفال:

يوضع الطفل عند الحكم عليه بعقوبة سالبة للحرية داخل ما يعرف بمراكز إعادة التربية وادماج الأحداث، أو في الأجنحة المخصّصة للأحداث بالمؤسّسات العقابية للبالغين، ويتم اعلام الطفل الذي يدخل إلى تلك المراكز وجوباً بحقوقه وواجباته، على أن يتلقّى الطفل خلال فترة عقوبته برامج للتعليم والتربية والتكوين، زيادة على ممارسة الأنشطة الرياضية والترفيهية الملائمة بهدف ضمان ادماجه في المجتمع بعد عودته إلى أسرته⁽¹⁾.

ويشترط القانون اختيار الموظّفين العاملين في مراكز إعادة التربية وادماج الأحداث أو داخل الأجنحة المخصّصة للأحداث في المؤسّسات العقابية، من بين ذوي الكفاءة والخبرة الذين تلقّوا التكوين حول كيفية التعامل مع الأطفال الجانحين، وفي حال وقوع أيّ من أعمال العنف من قبل هؤلاء الموظّفين على الطّفّل المودع لديهم يخضعون لأحكام قانون العقوبات.

وقد استحدثت المشرّع لجنة وزارية مشتركة لمكافحة الجنوح⁽²⁾، تضطلع بمهمّة تنسيق نشاطات إعادة تربية المحبوسين وإعادة ادماجهم الاجتماعي، وهي التي تعمل على مكافحة الجنوح وتنظيم الدفاع الاجتماعي الذي تركز عليه سياسة المؤسّسات العقابية، وذلك بهدف حماية المجتمع بإعادة تربية وادماج المحبوسين.

واستثناء على القواعد العامة-وكإجراء حمائي- يُخصّر اخضاع الحدث الجانح باعتباره محكوماً

⁽¹⁾ راجع المواد من 128 إلى 132، و142 من قانون حماية الطّفّل.

⁽²⁾ المادة 21 من القانون رقم 05-04 المؤرخ في 6 فبراير 2005 والمتضمّن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.

عليه جزائيا لما يسمّى "الفترة الأمنية"⁽¹⁾، التي تقتضي حرمانه من الكثير من التدابير الهادفة لتخفيف عبء الحرمان من الحرية، ومنها تدابير التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة والوضع في الورشات الخارجية، أو في البيئة المفتوحة أو الاستفادة من اجازات الخروج، كما تمتع الحصول على الحرية النصفية أو الافراج المشروط لمدة معينة، ولا شك أن حرمان الطفل من هذه التدابير سيلحق به الكثير من الأضرار سيما أن الهدف الرئيس من أي عقوبة أو إجراء يُتخذ إزاءه هو ضمان إعادة ادماجه في المجتمع، لذلك ارتأى المشرّع حسب المادة 144 من القانون 15-12 استثناء الأطفال المحكوم عليه من هذا الإجراء الذي تضمنه قانون العقوبات.

يشار إلى أن المؤسسات العقابية ذات البيئة المغلقة تصنّف إلى مؤسسات ومراكز متخصصة، أما المراكز المتخصصة، فنجد منها المراكز الخاصة بالنساء، وتلك المخصصة للأحداث الذين تقل أعمارهم عن 18 سنة المحبسون مؤقتا⁽²⁾، أو المحكومون نهائيا بعقوبة سالبة للحرية مهما كانت مدّتها، حيث يفرض القانون فصل هؤلاء الأحداث عن البالغين لتجنّب الآثار السلبية لوضعهم في نفس المكان، مثل تأثرهم بالجرمين البالغين وتشبّههم بهم سلوكيا، فضلا عن إمكانية الاعتداءات الجسدية والجنسية على الأحداث، ويفرض القانون في حالة غياب المراكز المتخصصة وعند الاقتضاء تخصيص أجنحة منفصلة داخل المؤسسات العقابية لاستقبال المحبوسين مؤقتا والمحكومين نهائيا من الأحداث، وتخضع هذه المراكز المتخصصة لاستقبال الأحداث لرقابة القضاء عن الطريق الزيارات الدورية التي يقوم بها قاضي الأحداث مرة في الشهر على الأقل.

أما المؤسسات العقابية فتصنّف إلى ثلاث أصناف⁽³⁾:

أ- مؤسسات الوقاية: التي نجدها على مستوى دائرة اختصاص كل محكمة، وهي معدّة لاستقبال المحبوسين مؤقتا والمحكومين نهائيا بعقوبة لا تتعدّى سنتين، وكذلك من بقي لهم سنتين أو أقل من العقوبة السالبة للحرية وكذا المحبوسين لإكراه بدني.

⁽¹⁾ راجع المادة 60 مكرر من قانون العقوبات الجزائري، المعدلة بموجب القانون رقم 23/06 المؤرخ في 04 فيفري 2014 ج ر 84 ص 5، وتنص على أن الفترة الأمنية تطبق في حالة تم الحكم بعقوبة سالبة للحرية لمدة تساوي أو تزيد على 10 سنوات، وتكون مدة الفترة الأمنية نصف مدة العقوبة المحكوم بها وفي حالة عقوبة المؤبد تكون مدتها 20 سنة.

⁽²⁾ راجع المادتين 29 و33 من قانون تنظيم السجون.

⁽³⁾ راجع المادة 28 من قانون تنظيم السجون.

ب- مؤسسات إعادة التربية: المتواجدة بدائرة اختصاص المجلس القضائي، وهي مخصصة للمحبوسين مؤقتا أو المحكومين نهائيا بعقوبة تساوي أو تقل عن خمس سنوات ومن بقي لهم من عقوبتهم خمس سنوات أو أقل أو المحبوسين لإكراه بدني.

ج- مؤسسات إعادة التأهيل: وهي المخصصة للمحكومين نهائيا بعقوبة تتعدى خمس سنوات، ومعتادي الاجرام الخطيرين مهما تكن مدة عقوبتهم والمحكومون بالإعدام، وقد يتم تخصيص أجنحة مدعمة أمنيا لاستقبال المحبوسين الخطيرين الذين لم يُجد معهم الطرق الاعتيادية لإعادة التربية ووسائل الأمن العادية.

البند الثاني: خضوع الجانح لإجراءات خاصة داخل المؤسسات الإصلاحية

أولا- استقبال الأحداث وصلاحيات لجنة إعادة التربية:

يرتب الأحداث الموضوعون داخل مراكز إعادة التربية والادماج الخاصة، وفقا للجنس والسّن والوضعية الجزائية، ويطبق عليهم نظام العيش الجماعي بحيث لا يعزل بعضهم عن بعض، إلا إذا اقتضى ذلك سبب صحي فيتم حينها العزل في مكان آمن، ويستفيد الحدث وجوبا من فحص طبي ونفسي لدى دخوله إلى مكان حبسه ولدى خروجه منه، وفي إطار الرعاية الصحية يتلقى الاسعافات والعلاجات واللّقاحات الضرورية للوقاية من الأمراض والأوبئة، ويتم اعلامه بمجرد دخوله إلى المؤسسة التي يجلس فيها بالنظم السارية المفعول لمعاملة المحبوسين أمثاله، وكذا القواعد التأديبية وكيفية الحصول على المعلومات وتقديم الشكاوى وسائر حقوقه وواجباته، وقد يستفيد من رخصة الخروج التي يمنحها قاضي تطبيق العقوبات لمدة محددة تحت الحراسة في حالات استثنائية بعد اعلام النائب العام، كما يحق له تلقي الزيارات من أصوله وبقية أقاربه إلى غاية الدرجة الرابعة، فضلا عن الحق في المراسلة وتلقي المراسلات في إطار ما يسمح به القانون ودون اخلال بالنظام والأمن العام⁽¹⁾.

⁽¹⁾ المواد 56، 58، 59، 44، 66، 83 من قانون تنظيم السجون.

ويخضع الحدث طيلة فترة احتجازه إلى عملية إعادة تربية، حيث يضطلع المرّبون والأساتذة والأخصائيون في علم النفس وكذا المساعدون الاجتماعيون بالعمل على تنمية قدراته ومؤهلاته العلمية والمهنية ورفع مستواه الفكري والأخلاقي، ويخضع الحدث لإعادة الإدماج بمساهمة هيئات الدولة والمجتمع المدني وفقا للبرامج التي تضعها اللجنة الوزارية المشتركة المذكورة آنفاً، وقد يستفيد من اجراء الحرية النّصفية التي تسمح له بالخروج من المؤسسة العقابية نهاراً والعودة مساءً، قصد مزاولة عمل أو دراسة أو تكوين وفقاً لشروط محدّدة تتعلق بمدة العقوبة المتبقية⁽¹⁾.

وفي ذات السياق تتكفّل لجنة إعادة التربية على مستوى مراكز إعادة التربية وادماج الأحداث وكذلك المؤسسات العقابية المتوقّرة على جناح للأحداث⁽²⁾، بإعداد برامج التعليم وفقاً للبرامج الوطنية المعتمدة وبرامج لحو الأمية والتكوين المهني، كما تدرس وتقترح التدابير الخاصة بتكثيف العقوبات وتقييم تطبيق برامج إعادة التربية وإعادة ادماج الأحداث، بالإضافة إلى ذلك يتم لتضطلع لجنة تطبيق العقوبات على مستوى المؤسسات العقابية، بمهمة دراسة تطبيق العقوبات وتنظر في طلبات منها طلب الوضع في الوسط المفتوح حسب المادة 24 من قانون تنظيم السجون.

ثانياً- المعاملة الخاصة للأحداث وامكانية الافراج عنهم:

ينال الأحداث المحبسون رعاية وعناية خاصتين أثناء قضائهم فترة احتجازهم، بما يتلاءم مع احتياجاتهم العمرية وشخصية كل منهم مع ضمان صون كرامتهم.

وفي هذا السياق يستفيد الحدث وفقاً لحاجات نموّه الجسدي والعقلي، من وجبة غذائية متوازنة وكافية، وألبسة ملائمة ورعاية صحّية وفحوص طبيّة مستمرة، ويستفيد من جولة يومية في الهواء الطلق ومحادثه زائريه من دون وجود فاصل حرصاً على سلامة نفسيته، وكذا استعمال وسائل الاتّصال تحت رقابة الإدارة، وقد يسند له عمل مناسب قصد رفع مستواه الدراسي والمهني وفقاً لما تقتضيه مصلحته، ومن أهم الميزات التي يتمتّع بها الحدث أيضاً إمكانية استفادته من عطلة صيفية

⁽¹⁾ المواد 88، 89، 104، 105، 106، 112، 118 من قانون تنظيم السجون.

⁽²⁾ وتتشكّل من مدير المركز أو المؤسسة العقابية وطبيب أخصائي نفسي، ومربي وممثل الوالي ورئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله، فيما يرأسها قاضي الأحداث، راجع المادتين 126 و128 من قانون تنظيم السجون.

لمدة 30 يوم يقضيها مع عائلته أو في أحد المخيمات أو مراكز الترفيه، فضلا عن منحه عطلا استثنائية في الأعياد والمناسبات الدينية والوطنية⁽¹⁾.

وفي المقابل يخضع الحدث للنظام التأديبي لمراكز إعادة التربية والادماج، عند مخالفته قواعد الانضباط، ومن ذلك الإنذار والتوبيخ والحرمان المؤقت من بعض النشاطات الترفيهية، والمنع المؤقت من التصرف في مكسبه المالي، وهي التدابير التي يتخذها مدير المركز أو المؤسسة العقابية بالاشتراك مع لجنة التأديب على مستوى كل مراكز إعادة التربية وادماج الأحداث، وفي كل جناح للأحداث بالمؤسسات العقابية، والتي يرأسها مدير المركز أو مدير المؤسسة العقابية وتتألف من رئيس مصلحة الاحتباس ومختص في علم النفس ومساعدة اجتماعية ومرب⁽²⁾.

ومن الإجراءات التحفيزية التي أقرها القانون لفائدة الحدث، إمكانية استفادته من الافراج المشروط⁽³⁾، إذا قضى فترة الاختبار من مدة العقوبة المحكوم بها في حال اتسم بحسن السلوك والسيره وأظهر دلائل حقيقية على استقامته، وتمتد فترة الاختبار من نصف مدة العقوبة المحكوم بها على المحبوس المبتدئ لتمتد إلى ثلثي المدة بالنسبة للمحبوس المعتاد على الاجرام، على ألا تقل في جميع الأحوال عن مدة سنة واحدة، ويتم اصدار قرار الافراج المشروط إذا كانت المدة المتبقية من العقوبة المحكوم بها تساوي أو تقل عن 24 شهرا.

وينظر في طلب الافراج المشروط عن الحدث لجنة تطبيق العقوبات، المشكّلة من قاضي الأحداث بصفته رئيس لجنة إعادة التربية وكذلك مدير مركز إعادة التربية وادماج الأحداث، ويتضمن ملف طلب الافراج الذي يبادر به الحدث، تقريرا مسببا من مدير المؤسسة العقابية أو

⁽¹⁾ المواد 119-120 و125 من قانون تنظيم السجون.

⁽²⁾ المادتان 121-122 من قانون تنظيم السجون.

⁽³⁾ ما يستجيب لمبادئ قواعد بكين، التي أقرت أنه في حال احراز تقدّم في مجال تقوم سلوك الحدث وإعادة تأهيله داخل المؤسسة الإصلاحية، تقوم السلطات المختصة باتخاذ قرار بالإفراج المشروط في بقية المدة المحكوم بها، على أن تقوم بالإشراف عليه بالتنسيق مع فعاليات المجتمع المدني، وقد يخضع لشروط تتعلق بإثبات حسن السلوك في فترة زمنية محدّدة، أو حضور برامج تربية وتعليمية أو حتى الإقامة في دور يتمتع فيها الحدث بحرية جزئية، انظر قواعد بكين النموذجية لقضاء الأحداث-الجزء الخامس، الاكثار من اللجوء الى الافراج المشروط والتبكير فيه.

مدير مركز التربية وادماج الأحداث حول سيرة وسلوك الحدث ومعطيات استقامته، ويجب أن تساوي مدة الافراج المدّة المتبقية من العقوبة، فيما تحدّد بخمس سنوات للمحكوم عليه بالمؤبد، وإذا انتهت مدّة الافراج قبل انتهاء العقوبة المحكوم بها بداية اعتبر المحكوم عليه مفرجا عنه نهائيا منذ تاريخ الافراج المشروط، على أنه إذا لم يحترم الحدث شروط وتدابير المراقبة أو إذا تمت ادانته مجدداً أمكن الغاء مقرر الافراج من طرف قاضي تطبيق العقوبات أو وزير العدل⁽¹⁾.

و أرشدت قواعد بكيين إلى ضرورة مواصلة رعاية الحدث بعد استنفاذ عقوبته وخروجه من المؤسسة التي احتجز فيها، بل يتوجب العمل على ادماجه من جديد في المجتمع، من خلال مؤسسات تعليمية وتدريبية تحضن الحدث وتساعدته بالدعم والتوجيه على اكتساب مهارات جديدة، وتقويم سلوكه لعدم الوقوع مجدداً في فخ الانحراف⁽²⁾.

ولا يخفى أن مرحلة ما بعد العقوبة والوضع في مؤسسات الاحتجاز، مرحلة حساسة ومهمّة في إدماج الحدث، حتى لا يقع في فخ الصورة النمطية الخريجي تلك المؤسسات، إذ تقع المسؤولية الكبرى على العائلة والمقرّبين منه لمحاولة ادماجه مجدداً في الوسط الأسري والتربوي والمهني، دون اغفال دور مؤسسات الدولة المساعدة، وكذا الجمعيات الناشطة في هذا المجال.

⁽¹⁾ راجع المواد: 134، 139 إلى 141، والمواد 145 إلى 147 من قانون تنظيم السجون.

⁽²⁾ قواعد بكيين النموذجية لقضاء الأحداث-الجزء الخامس، الترتيبات شبه المؤسسية.

المبحث الثاني: حماية الطفل المجني عليه والمعرض للخطر

أعطى القانون 12-15 مفهوما جديدا لحماية الطفل من جميع الأخطار المحدقة به، سيما بتوسيع دائرة الحماية للتصدي لعدد أكبر من الأخطار أو التهديدات التي قد تطال الطفل، وكذا بتعزيز الهيئات الحامية على المستوى المحلي واستحداث هيئة وطنية جديدة لهذا الغرض.

المطلب الأول: آليات الحماية في القانون 12-15

الفرع الأول: المركز القانوني للطفل الضحية

البند الأول: تعريف الطفل في حالة خطر والحقوق المشمول بها

وسَّع القانون 12-15 في المادة الثانية منه من الحالات التي يعتبر فيها الطفل في حالة خطر، ومن ذلك الخطر الحال أو الخطر المحتمل، أو حتى الخطر البعيد الذي من شأنه أن يؤثر على مستقبل الطفل، وشمل المشرع في هذا المفهوم كل طفل يتعرَّض لأي نوع من الأخطار التي تهدد صحته أو أخلاقه أو أمنه، وأيضا الطفل الذي تساهم ظروفه المعيشية وبيئته وسلوكه في تعريضه لتلك الأخطار الجسدية والنفسية والأخلاقية.

ولم يكتف المشرع بهذه القاعدة العامة ليوضح مفهوم الطفل في حالة خطر، بل ذكر فضلا عن ذلك بعض الحالات على سبيل المثال، منها حالة فقدان الطفل لوالديه وبقاؤه دون سند عائلي بما يعرضه لأصناف الخطر والانحراف، وكذا الطفل في حالة إهمال من أبويه أو الذي يتعرَّض للتشرد، أو يتم التسول به أو تعريضه للتسول بإحاطته بظروف تتيح انخراطه في ممارسة التسول أو استغلاله من آخرين في هذه الظاهرة، كما يلحق المساس بحق الطفل الأساسي في تلقي التعليم بفتنة الأطفال في حالة خطر.

وفي هذا السياق، لا يُعتبر الطفل في حضن عائلته بعيدا عن الخطر، وفقا للمادة 2 من القانون 12-15، فإذا لم يتمكَّن أبواه أو من يتولى رعايته بدلا عنهما من السيطرة عليه والتحكم في سلوكه الضار به، كان معرضا للخطر حسب مفهوم القانون، ونفس الأمر عند التقصير في

تربيته بصفة ظاهرة ومستمرة، أو إساءة معاملته سيما بطريق التعذيب أو الاعتداء عليه جسدياً أو احتجازه أو تجويعه، أو أي شكل آخر من أشكال القسوة التي تظاله.

ويُعتبر أيضاً في حالة خطر كل طفل وقع ضحية لأيّ جرم كان، وأضاف المشرع لذلك الحالات التي يكون فيها الولي الشرعي للطفل هو الجاني عليه، حيث تقتضي مصلحة الطفل تصنيفه في حالة خطر ليستفيد من الحماية المقررة قانوناً.

زيادة على ذلك يصنّف الطفل على أنه في حالة خطر، في حالات استغلاله جنسياً بكل الأشكال ومنها استخدامه في العروض الجنسية والمواد الإباحية، وكذا الاستغلال الاقتصادي بشكل يجرمه من متابعة دراسته أو يعرض حياته وصحته وأخلاقه للخطر، وفي ذات الفئة صنّف القانون كلاً من الطفل ضحية النزاعات المسلحة وحالات الاضطراب وعدم الاستقرار الأمني، وكذا الطفل في حالة اللجوء المرتبط بتلك الظروف.

غير أن أكبر حماية للطفل تضمنها القانون 15-12، هي النص بأنّ مجمل الاتفاقيات التي وقّعت وصادقت عليها الجزائر أو انضمت إليها، تصبح ملزمة وفقاً لقواعد الاتفاقية ذاتها، ما يتجاوز انتظار تجسيد تلك الاتفاقيات عن طريق تكييف التشريعات الداخلية، غير أنّ المادة الثالثة من قانون الطفل قد أعطت سنداً قانونياً وطنياً لجميع الحقوق التي تضمنتها الاتفاقيات التي انضمت إليها الجزائر، وذلك حتى قبل تكييف التشريعات الوطنية بإصدار تشريعات داخلية مطابقة لما ورد في تلك الاتفاقيات.

وفي هذا الإطار، كان أول حق نصت عليه المادة الثالثة من القانون 15-12، هو عدم التمييز ضد الطفل بناءً على لونه أو جنسه أو لغته أو عجزه، أو أي شكل من أشكال التمييز في تمتعه بكل الحقوق المكفولة باتفاقية الطفل، والمقصود في هذه الحالة اتفاقية الطفل لسنة 1989 التي صادقت عليها الجزائر في 19/12/1992⁽¹⁾، وهي الاتفاقية التي تضمنت جُلّ حقوق

⁽¹⁾ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-461 الذي تضمن تصريحات تفسيرية، حيث أبدت الجزائر بعض التحفظات على أحكامها سيما المادة 14 منها، وكانت قد عرضت للتوقيع والمصادقة بموجب القرار الأممي 35/44 بتاريخ 30 نوفمبر 1989، ودخلت حيز التنفيذ في 3 سبتمبر 1990.

الطفل من حقوق اجتماعية واقتصادية وثقافية وكذا الحقوق المدنية والسياسية، كما لم تحمل الاتفاقية حقوق الطفل خلال النزاعات المسلحة وحالات عدم الاستقرار.

و عليه تمتد حماية الطفل حسب المادة الثالثة من القانون 15-12 إلى كل الاتفاقيات ذات العلاقة التي انضمت إليها الجزائر، ونذكر منها اتفاقية حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال والإجراءات الفورية للقضاء عليها، التي صادقت عليها الجزائر في 28/11/2000، والبروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل، الأول بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء وفي المواد الإباحية، والثاني بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة، وصادقت عليهما الجزائر بتاريخ 02/09/2006 بموجب المرسومين الرئاسيين 06-299 و 06-300 على التوالي، وكذا اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة التي صادقت عليها الجزائر بتاريخ 12/05/2009 بموجب المرسوم الرئاسي 09-188، واتفاقية جنيف لحماية الأشخاص المدنيين وقت الحرب التي صادقت عليها الجزائر في 20/06/1960، والبروتوكول الإضافي لاتفاقيات جنيف الأولى المتعلقة بحماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية، والثاني لحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية وصادقت عليهما الجزائر بتاريخ 16/05/1989.

والاتفاقية الخاصة بمكافحة ظاهرة الرق، والاتفاقية التكميلية لإبطال الرق وتجارة الرقيق والأعراف والممارسات الشبيهة بالرق، واتفاقية حظر الاتجار بالأشخاص واستغلال دعارة الغير، وقد صادقت الجزائر على الاتفاقيات الثلاث بتاريخ 11/09/1963، يضاف إلى ذلك اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية المصادق عليها بتاريخ 05/02/2002، والبروتوكول المكمل لهذه الاتفاقية وهما بروتوكول منع وقمع الاتجار بالأشخاص بخاصة النساء والأطفال، وكذا بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو، المصادق عليهما بتاريخ 09/11/2003، وأيضا نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المصادق عليه في 20/12/2000، والميثاق الافريقي لحقوق الطفل ورفاهيته لسنة 1999 الذي صادقت عليه الجزائر بتاريخ 08/07/2003، وغيرها من الاتفاقيات الدولية والإقليمية التي تعنى بحماية الأطفال أو تضمنت أحكاما تتعلق بهم.

وخصت المادة الثالثة من القانون 15-12 بالذكر بعض الحقوق الأساسية، كحق الطفل في الحياة وفي الحصول على اسم وجنسية، وفي الترعير وسط عائلته والتمتع بالخدمات الصحية، وكذا حقه في التعليم والترفيه وغيرها، كما ذكرت فئة الأطفال المعاقين الذين يتمتعون بزيادة على ما سبق ذكره بالحق في الرعاية والعلاج والتعليم والتأهيل، وفق حاجاتهم بالشكل الذي يسهم في تحقيق استقلاليتهم واندماجهم في المجتمع، كما اعترف المشرع لأول مرة بحق الأطفال المميزين والموهوبين في نيل رعاية خاصة من الدولة لتنمية مهاراتهم، ما يسمح لهؤلاء بالحصول على الرعاية المتخصصة لترقية امكاناتهم وخدمة بلدهم.

البند الثاني: رعاية الطفل وحمايته من الإساءة والاستغلال

أولا-ضمان رعاية الطفل في ظروف مناسبة:

بما أن الوسط الطبيعي لنمو الطفل نفسيا واجتماعيا هي أسرته، نص القانون 15-12 على قاعدة هامة تتعلق بضمان عدم فصل الطفل عن أسرته في كل الظروف ومهما تطلب الأمر⁽¹⁾، إلا في حالة استدعت مصلحته غير ذلك كما في حال أصبح أبواه مصدر خطر على صحته وحياته وأخلاقه ومستقبله، وحينها يتم فصله عن أسرته بأمر رسمي من الجهة الإدارية أو القضائية المختصة. الأصل أن مسؤولية حماية الطفل تقع على والديه، وكذا توفير الظروف المعيشية المناسبة لنموه في حدود ما يستطيعانه، غير أنه يمكن للدولة-وفقا للنهج الاجتماعي الذي سارت عليه منذ الاستقلال-أن تقدم المساعدة اللازمة من الناحية المادية لضمان ظروف الحماية والرعاية للطفل⁽²⁾، ولعل المقصود في هذه الحالة هو جملة المنح والمساعدات المالية الاجتماعية، والخدمات الأساسية التي توفرها الدولة بصفة مجانية كالخدمات الصحية والتعليم، كما يقع أيضا على عاتق الدولة توفير ما يصطلح عليه بالرعاية البديلة بالنسبة للأطفال المحرومين من الوسط الأسري، المحسدة خصوصا في دور رعاية الأطفال.

⁽¹⁾المادة 4 من قانون حماية الطفل.

⁽²⁾المادة 5 من قانون حماية الطفل.

والظاهر أنّ قاعدة عدم فصل الطفل عن أسرته التي تضمّنها القانون 15-12، جاءت تطبيقاً للالتزامات الجزائر الدولية سيما اتفاقية الطفل لسنة 1989 التي تضمّنت المادة 9 منها إقرار مبدأ عدم فصل الطفل عن أبويه في كل الظروف، وحثّت على عدم مخالفة هذا المبدأ إلا في حالة الضرورة مثل سوء معاملة الأبوين أو إهمالهما للطفل، مع احترام ومراعاة مصلحته الفضلى في كل اجراء يتخذ في هذا الإطار⁽¹⁾، وفي حالات انفصال الطفل عن أبويه بسبب اجراء اداري أو قضائي اتخذته الدولة، مثل احتجاز أحد أبوي الطفل أو كلاهما أو حتى احتجاز الطفل ذاته، فإنه يقع على عاتق ومسؤولية الدولة المحتجزة وفق المادة 4/9 من الاتفاقية تقديم كافة المعلومات لأسرة الشخص المحتجز حول مكان وجوده.

وفي ذات السياق تلزم الاتفاقية الدول بتسهيل جمع شمل الأسر المشتتة، عن طريق الفصل السريع في الطلبات التي يقدمها الأبوان أو الطفل ذاته للسلطات الإدارية، والتعامل معها بإيجابية وإنسانية، فإذا كانت إقامة الأبوين في دولتين مختلفتين يلزم احترام حق الطفل في الاتصال بوالديه بصورة منتظمة ومباشرة، وتسهيل مغادرته ودخوله تلك الدول، كما تلتزم الدول بمكافحة ظاهرة تهريب الأطفال عن طريق ابرام اتفاقيات ثنائية أو متعدّدة أو الانضمام إلى اتفاقيات قائمة⁽²⁾.

ثانيا- حماية الطفل من الإساءة والاستغلال:

يقع على عاتق الدولة ومؤسساتها مسؤولية حماية الطفل من كل ضرر يصيبه، أو إهمال أو عنف أو إساءة بدنية أو جنسية أو معنوية تطاله، وتلتزم ببذل الوسائل الكفيلة بوقايته وضمان نموه وتنشئته بطريقة سليمة وفي بيئة آمنة.

فعلى سبيل المثال، يفرض القانون 15-12 عقوبات جزائية على كل من يستغل الطفل اقتصاديا بالحبس من سنة واحدة إلى ثلاث سنوات وبغرامة تصل إلى 100 ألف دينار، وتضاعف العقوبة في حال كان الفاعل أحد أصول الطفل أو المسؤول عنه، كما أن من يحاول النيل من حياة

⁽¹⁾ نصّت المادة 3/9 من الاتفاقية على واجب الدول الأطراف في احترام حق الطفل المنفصل عن والديه أو عن أحدهما، في الاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية واتصالات مباشرة بكلا والديه إلا إذا تعارض ذلك مع مصالحه الفضلى.

⁽²⁾ المادة 11 من الاتفاقية.

الطفل الخاصّة بنشر وبث معلومات وصور تُضّرّ به، يعاقب بالحبس لمدة تصل إلى ثلاث سنوات وغرامة تصل إلى 300 ألف دينار، ويقع على مسؤولية الدولة أيضا حماية الطفل في الحالات الاستثنائية كالحروب والكوارث والتّراعات، وكذا حماية فكره وبدنه من وسائل الاعلام التي قد توصل له أفكارا خطيرة أو متطرفة⁽¹⁾.

ومن أشكال الاستغلال الاقتصادي للأطفال التي تفتنّ لها المشرّع استغلاله في المواد الاشهارية، حيث تصدّي لذلك بالحظر في حال تمت بدون علم الأولياء وموافقتهم، أو أدّت إلى تعطيل تـمدرس الطفل، خاصة بعد تطوّر وسائل الاتصال الحديثة واتساع مداها -ومنها الشبكة العنكبوتية- ما ساهم في تعريض الأطفال لأضرارها العديدة، وأقرّ القانون عقوبات جزائية في حال استغلال الطفل عبر وسائل الاتّصال بصورة منافية للآداب والنظام العام تتمثّل في عقوبة الحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وغرامة من 150 إلى 300 ألف دينار⁽²⁾.

وفي ذات السياق، تشير اتفاقية حقوق الطفل إلى حظر أي تمييز ضد الطفل على أساس الجنس أو الدّين أو اللون أو اللغة أو الرأى السياسي، أو غير ذلك من أشكال التمييز الأخرى، وكذا إخضاع الأطفال لأيّ شكل من أشكال العقاب التي تقوم على المراكز القانونية لأوليائهم أو أعضاء أسرهم، ويندرج ضمن ذلك أيضا حماية الطفل من الاستغلال الاقتصادي والمخدّرات⁽³⁾، فضلا عن الحماية من الاستغلال الواقع عليه من أبويه أو من يجلّ محلهم في رعايته، سواء شكّل ذلك خطرا على صحّة الطّفل أو نموّه البدني والعقلي والاجتماعي السليم، أو كان مانعا له من مزاولة الدراسة، حيث توجب الاتفاقية على الدول اتّخاذ التدابير التشريعية والإدارية لضمان ذلك، كتحديد سنّ أدنى للالتحاق بالعمل ووضع نظام مناسب لساعات العمل وظروفه.

⁽¹⁾المواد 5، 139 و140 من قانون حماية الطفل.

⁽²⁾المادتان 10 و141 من قانون حماية الطفل.

⁽³⁾وفقا للمادة 02 من اتفاقية الطفل 1989، فيما تنص المادة 32 على ضرورة اعتراف الدول بحق الطفل في حمايته من الاستغلال الاقتصادي ومن أداء أي عمل يرجّح أن يكون خطيرا أو أن يمثّل إعاقة لتعليم الطفل أو أن يكون ضارا بصّحته أو بنموّه البدني أو العقلي أو الاجتماعي.

وبغية الحماية من الآثار السلبية للمخدرات على نفسية وصحة وأخلاق الطفل، تلتزم الدول الأطراف في الاتفاقية بسن تشريعات واتخاذ إجراءات إدارية للوقاية من تعاطي المخدرات وكذا حظر وعقاب استخدام الأطفال في إنتاج تلك المواد أو الاتجار بها⁽¹⁾.

ثالثاً- تجسيد مبدأ المصلحة الفضلى للطفل:

تعتبر المصلحة الفضلى للطفل كأساس أو قاعدة واجبة الاتباع من طرف الهيئات المختصة باتخاذ قرارات تتعلق بحياته ومستقبله كما هو الحال بالنسبة لمؤسسة القضاء، فوجب حينها وزن كل تدبير أو حكم أو قرار بميزان تلك المصلحة الفضلى وتكييفه معها.

والمقصود بذلك وفق المادة 7 من القانون 15-12، ضرورة السعي إلى ما يحقق مصلحة الطفل بالنظر جنسه أو سنّه أو صحّته أو متطلباته المعنوية والفكرية والبدنية، فضلا عن تقدير مصلحته وفقا للوسط الأسري والجوانب الأخرى المرتبطة بوضعه العام.

والحقيقة أن المشرع الجزائري لم يستعمل مصطلح "المصلحة الفضلى" سابقا في القوانين ذات العلاقة المباشرة بالطفل، كما هو الحال بالنسبة لقانون الأسرة حيث اكتفى بذكر مصلحة الطفل المحضون، أما "المصلحة الفضلى" فهو المفهوم الذي استخلصه المشرع من اتفاقية الطفل لسنة 1989، حيث يتعدى مفهومها مجرد الأخذ بما يصلح للطفل من تدابير وإجراءات وأحكام قضائية في حاضره ومستقبله، إلى واجب النظر فيما يحقق أكثر نفع ممكن للطفل والأبعد إضرارا به، وكذا الموازنة بين المصالح الممكنة واختيار أفضلها وأنفعها له.

8 حيث تلتزم اتفاقية 1989 الدول الأطراف فيها بضرورة الأخذ بمبدأ المصلحة الفضلى للطفل وتجسيده في جميع الإجراءات الإدارية والتشريعية والقضائية⁽²⁾، عن طريق اختيار الأفضل لضمان حمايته ورعايته ونموه السليم، وذلك حتى إذا كانت مصلحة الطفل الفضلى في الأخذ بنصوص القوانين الداخلية للدول أو نصوص دولية أخرى إذا أفضت بشكل أسرع لتجسيد حقوقه.

⁽¹⁾ المادة 33 من اتفاقية حقوق الطفل.

⁽²⁾ المادتان 03 و 41 من الاتفاقية.

الفرع الثاني: الهيئة الوطنية لحماية الأطفال ومصالح الوسط المفتوح

ارتأى المشرع الجزائري استحداث جهاز مركزي يضطلع بحماية ومراقبة وترقية حقوق الطفل، تجسّد من خلال الهيئة الوطنية لحماية وترقية الطفولة، التي تمتلك كل الوسائل القانونية والمادية والبشرية اللازمة لتأدية الدور المنوط بها في إطار الحماية الاجتماعية للطفولة، ويرأس الهيئة مفوض يعيّن بمرسوم رئاسي من بين الشخصيات ذات الكفاءة والخبرة في ميدان رعاية حقوق الأطفال⁽¹⁾.

البند الأول: صلاحيات المفوض الوطني لحماية الطفولة وترقيتها

نظم القانون 15-12 صلاحيات المفوض الوطني من خلال المواد 11 إلى 14 منه وهي كالآتي:

أولا-التنسيق والاعلام والبحث:

يضطلع المفوض الوطني بمهمة تنظيم وتنسيق أعمال الهيئة التي يرأسها والاعلام بها، عن طريق بوضع برامج وطنية ومحلية لحماية وترقية حقوق الطفل، والمتابعة الميدانية لتقدّم الأعمال الهادفة لحمايته، كما يعمل على التنسيق بين الهيئات الإدارية والتوعوية بحقوق الطفل وأهمية احترامها، فضلا عن تشجيع البحث حولها وتعليمها بغية إدراك الأسباب الحقيقية لتعرّض الطفل لمختلف أشكال الاهانة والإساءة والضرر، وذلك بغرض وضع سياسات مناسبة للتصدّي لكل ذلك بالاشتراك مع فعاليات المجتمع المدني.

كما يضطلع المفوض بإبداء الرأي لتحسين التشريعات ذات العلاقة وسدّ الثغرات المحتملة فيها، وتتكفل هذه الهيئة بوضع نظام معلوماتي يتضمّن كل المعلومات الخاصة بفئة الأطفال وحقوقها ومتطلّباتها بالتنسيق مع الهيئات الإدارية الأخرى، قصد المعرفة الدقيقة لوضعية الطفولة في الميدان بهدف التعامل مع احتياجاتها بفعالية وصدقية، ورتّب القانون 15-12 عقوبات جزائية على كل من يعرقل أو يحاول عرقلة عمل المفوض الوطني ومصالح الوسط المفتوح في مهامهم وقرّر

⁽¹⁾تم تنصيب أول مفوضة وطنية لرعاية الطفولة بتاريخ 9-6-2016، وهي امرأة كانت تشغل قبل ذلك منصب قاضي أحداث.

عقوبة الغرامة والحبس في حالة العود⁽¹⁾.

وزيادة على ذلك، يمتلك المفوض الوطني صلاحية الوصول إلى كل المعلومات التي قد تسهم في تحقيق مبدأ حماية الطفل وترقية حقوقه، وتبعاً لذلك يتوجب قانوناً على الإدارات أو المؤسسات العمومية وجميع من له علاقة برعاية الطفل، أن يسهّل مهمة المفوض الوطني في هذا الإطار دون التحجج بالسر المهني، ويحمي القانون الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الذين يدلون بتلك المعلومات من أي إجراء قانوني قد يتعرّضون له بسبب تبعات المسؤولية الإدارية أو المدنية والجزائية، وذلك حتى لو لم تؤدّي المعلومات التي قدّموها إلى تحقيق أية نتيجة، وبذلك يُشجع هذا الاعفاء من المسؤولية كل الأشخاص الطبيعيين والإدارات والمؤسسات على التعاون مع المفوض الوطني ويوفّر لهم غطاء قانونياً شاملاً⁽²⁾.

ثانياً- تلقّي الاخطارات واعداد التقارير الدولية:

أعطى المشرع للمفوض الوطني صلاحية تلقّي كل الاخطارات حول المساس بحقوق الطفل⁽³⁾، سواء من الطفل ذاته أو ممثله الشرعي أو من كل شخص طبيعي أو معنوي، وهي صلاحية مهمّة تتيح للمفوض تلقّي تلك الاخطارات ودراستها ثم اتخاذ الإجراءات الملائمة إزاءها.

وبناء عليه، أمكنه تحويل تلك الاخطارات إلى مصلحة الوسط المفتوح على المستوى المحلي للتحقيق والبحث والتحرّي حولها ومعالجتها وفق ما تتطلبه كل حالة، وفي حال تضمّنت القضية جانباً جزائياً يمكنه تحويل الاخطار إلى وزير العدل الذي يخطر بدوره النائب العام ليشرع في معالجة القضية.

من جهة أخرى يقع على عاتق المفوض الوطني مهمّة اعداد التقارير الخاصة بحماية حقوق الطفل، والتي تقدّمها الجزائر للهيئات الدولية والجهوية في إطار متابعة تنفيذ الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة، بالإضافة إلى تقارير دورية يعدها ويسلمها كل سنة إلى رئيس الجمهورية، والتي

⁽¹⁾ تنص المادة 133 أنه يتعرّض لغرامة من 30 إلى 60 ألف دينار، وفي حالة العود تكون العقوبة الحبس من شهرين إلى 6 أشهر وغرامة من 60 إلى 120 ألف دينار.

⁽²⁾ المادتان 17 و18 من قانون حماية الطفل.

⁽³⁾ المادتان 15 و16 من قانون حماية الطفل.

تعرض بعدها على الجمهور الواسع، حيث تتطرق للوضعية العامة لحقوق الطفل سيما تلك المنصوص عليها في اتفاقية حقوق الطفل⁽¹⁾.

البند الثاني: صلاحيات مصالح الوسط المفتوح

وهي المصالح المكلفة على المستوى المحلي بتوفير الحماية الاجتماعية للأطفال⁽²⁾، وذلك بالتنسيق مع الهيئات الإدارية والمؤسسات العمومية والأشخاص المكلفين برعاية الأطفال، وتتكون من موظفين ذوي الاختصاص في مجال المساعدة والتربية والرعاية الصحية والنفسية والاجتماعية والقانونية للأطفال، وتنال لدى مباشرة صلاحياتها كل المساعدة والتسهيل من الهيئات الإدارية والمؤسسات العمومية وكل من له علاقة برعاية الأطفال.

أولا- تلقي الاخطارات حول وضعية الطفل:

تضطلع مصالح الوسط المفتوح بالدرجة الأولى بمتابعة وضعية حقوق الطفل على المستوى المحلي ومحاولة تحسينها بتقديم المساعدة للأطفال وأسرهم، وتبدأ عملها ميدانيا بعد الحصول على معلومات حول تعرّض الطفل لخطر جسدي أو صحي أو معنوي، سواء تم العلم بذلك تلقائيا أو عن طريق الطفل ووليّه الشرعي، أو كل من يهّمه الأمر من الأجهزة الأمنية أو الإدارية أو الجمعيات والهيئات العاملة في المجال، أو المساعدين التربويين والاجتماعيين والمعلمين والأطباء وكل شخص طبيعي أو معنوي، مع ضمان الحماية لمن يقدم المعلومات بالالتزام بعدم الكشف عن هويته واعفائه من أية مسؤولية قانونية مهما كانت نتيجة التحقيق، فيما يتعرّض كل من يكشف هوية مقدّم الاخطار عمدا إلى عقوبة الحبس لمدة تصل إلى 6 أشهر وغرامة تصل إلى 150 ألف دينار أو بإحدى العقوبتين⁽³⁾.

⁽¹⁾المادتان 19 و20 من قانون حقوق الطفل.

⁽²⁾حيث تنشأ مصلحة واحدة في كل ولاية على أن تنشأ أكثر من واحدة في الولايات ذات الكثافة السكانية الكبيرة، المادتان 21 و31 من قانون الطفل.

⁽³⁾المواد 22 و3/31 و134 من قانون الطفل.

وتقوم مصالح الوسط المفتوح قبل اتخاذ أي إجراء يتعلّق بالطفل، بالتحقّق والتثبت من الخطر الذي يهدّده، وأن الأمر ليس عبارة عن معلومات مغلوبة أو خاطئة، وذلك بإجراء أبحاث اجتماعية والتنقل إلى مكان وجود الطفل والاستماع له ولأوليائه، وإذا رأت ضرورة لذلك يمكنها أن تطلب تدخل النيابة العامة وقاضي الأحداث⁽¹⁾.

ثانياً-متابعة حالة الطفل:

إذا تأكّد وجود خطر على الطفل مهما كان شكله، تشرع مصلحة الوسط المفتوح بعد أن تعلم الطفل وممثّله الشرعي بذلك، في السعي للوصول إلى اتفاق مع ممثّل الطفل لإيجاد التدابير الملائمة لحمايته من الخطر المحدق به، على أن يتم اشراك الطفل الذي تجاوز 13 سنة في اتخاذ التدبير المذكور، والجدير بالذكر في هذه الحالة أن هذه التدابير ليست على سبيل الالتزام بحيث يستطيع الطفل وممثّله الشرعي رفضها⁽²⁾.

فيما يجب على مصالح الوسط المفتوح مهما كان الاجراء الذي تقرّره، أن تعمل على إبقاء الطفل وسط عائلته، ويمكنها في هذا الصدد اتخاذ أحد التدابير الآتي بيّانها⁽³⁾:

-الاتفاق على إلزام الأسرة بإبعاد الخطر الذي كان يهدّد الطفل في آجال محدّدة.

-التنسيق مع مصالح الحماية الاجتماعية لتقديم المساعدة للأسرة.

-إخطار الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أو هيئة اجتماعية للتكفل بالطفل من الناحية الاجتماعية.

-اتخاذ تدابير احتياطية لمنع اتّصال الطفل مع أي شخص يهدّد سلامته الصحيّة والبدنية أو أخلاقه.

⁽¹⁾المادة 23 من قانون حماية الطفل.

⁽²⁾المادة 24 من قانون حماية الطفل.

⁽³⁾المادة 25 من قانون حماية الطفل.

وفي حال عدم التوصل إلى اتفاق مع ممثل الطفل الشرعي في أجل 10 أيام منذ إخطارها بما يهدده، ترفع مصالح الوسط المفتوح القضية إلى قاضي الأحداث المختص، ونفس الأمر في حالة التراجع عن الاتفاق المبرم بين الطرفين، سواء كان التراجع من الطفل نفسه أو من ممثله الشرعي، وكذا في حال فشل التدبير المتخذ في تحقيق الحماية اللازمة وابعاد الخطر عن الطفل.

ويتوجب بصورة فورية رفع الأمر لقاضي الأحداث في حالات الخطر الحال بالطفل، وهو الخطر الذي يوشك أن يوقع ضررا بجسد الطفل وصحته ونفسيته وأخلاقه، وفي كل الحالات التي لا يمكن فيها بقاء الطفل مع أسرته سيما عندما يكون الممثل الشرعي هو الجاني⁽¹⁾، وعلاوة على ذلك ترفع مصالح الوسط المفتوح تقارير دورية لقاضي الأحداث عن وضعية الأطفال الذين تتكفل بهم، كما تُعلم المفوض الوطني بالتدابير التي اتخذتها عقب تلقّيها الاخطارات، وتقدم له تقارير مفصلة كل ثلاثة أشهر عن الحالات التي تكفلت بمتابعتها⁽²⁾.

الفرع الثالث: الحماية القضائية للأطفال في حالة خطر

البند الأول: صلاحيات قاضي الأحداث في اتخاذ تدابير الحماية

يتدخل قاضي الأحداث من تلقاء نفسه أو بناء على تلقّي اخطار شفهي من الطفل المعرض للخطر، أو بناء على عريضة مرفوعة من قبل الطفل أو ممثله أو وكيل الجمهورية المختص، أو حتى الوالي أو رئيس البلدية أو مصالح الوسط المفتوح والجمعيات والهيئات العمومية المهتمة برعاية الأطفال، ليشرع بعدها في سماع أقوال الطفل ومثله وكل من يرى ضرورة لسماعه، ويستعين أيضا بالبحث الاجتماعي والطبي أو النفسي والسلوكي ليستعلم عن شخصية الطفل موضوع الإخطار⁽³⁾.

تبعاً لذلك يجوز للقاضي اتخاذ تدبير يتعلّق بالطفل بناء على أمر بالحراسة، سواء بإبقاء الطفل في أسرته أو تسليمه إلى وليّه الذي لا يمارس حق الحضانة عليه، أو إلى أحد أقاربه أو إلى شخص

⁽¹⁾ المادتان 27 و28 من قانون حماية الطفل.

⁽²⁾ المادة 29 من قانون حماية الطفل.

⁽³⁾ ويتحدّد اختصاص قاضي الأحداث الإقليمي بمحل إقامة الطفل أو مسكنه أو محل إقامة أو مسكن ممثله الشرعي، أو بالمكان الذي وجد فيه الطفل إذا غاب ممثله الشرعي، المواد 32، 33 و34 من قانون حماية الطفل.

جدير بالثقة، فضلا عن إمكانية تكليف مصالح الوسط المفتوح بمراقبة وملاحظة الطفل في وسطه الأسري أو المهني أو الدراسي⁽¹⁾، وإذا تطلّب الأمر يمكن للقاضي أن يلجأ إلى إجراءات أشد بوضعه بصفة مؤقتة خارج الأسرة في مركز أو مصلحة متخصصة في حماية الأطفال المعرضين للخطر ومساعدتهم، أو في مركز استشفائي إذا استدعت صحته الجسدية والنفسية ذلك، على ألا تتجاوز مدّة مثل هذه الإجراءات 6 أشهر⁽²⁾.

وبعد التحقيق يرسل القاضي الملف لوكيل الجمهورية للاطلاع عليه، ويرسل في طلب الطفل وممثله للاستماع إليهما ولكل شخص آخر يرى ضرورة في الاستماع إليه، ويمكنه اعفاء الطفل إذا تطلّبت مصلحته ذلك، ليتخذ عقبها أحد التدابير التالية بموجب أمر قضائي⁽³⁾:

- إبقاء الطفل في أسرته، أو تسليمه لوليّه الذي لا يمارس حق حضانته إذا لم تسقط الحضانة عنه بحكم.

- تسليمه إلى أحد أقاربه أو إلى شخص أو عائلة جديرين بالثقة.

- تكليف مصالح الوسط المفتوح بملاحظة الطفل وتوفير الحماية له مع موافاة القاضي بتقرير دوري حول وضعية الطفل.

- وضع الطفل في رعاية مركز متخصص في حماية الطفولة في خطر أو مصلحة مكلفة بمساعدة الأطفال. على ألا تتجاوز هذه التدابير مدّة السنتين قابلة للتجديد دون أن تتجاوز في كافة الأحوال سن الرشد الجزائي، وهذا التحديد في المدّة يسمح بتقييم فائدة تلك التدابير بصفة دورية وتقييم فعاليتها وعدم تجاوزها سنّ الرشد الذي يخضع فيه الطفل لنظام قانوني آخر، ويمكن استثناء للقاضي من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب من سلّم إليه الطفل أو الطفل نفسه، أن يمدّد الحماية إلى غاية سن 21، كما يمكنه انهاء الحماية قبل ذلك، أو يعدّل التدابير التي اتخذها أو يلغيها من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب الطفل المعني بها أو ممثله الشرعي أو بطلب وكيل الجمهورية⁽⁴⁾.

(1) المادة 35 من قانون حماية الطفل.

(2) المادتان 36 و 37 من قانون حماية الطفل.

(3) عن طريق أمر غير قابل لأي شكل من أشكال الطعن، راجع المادة 43 من قانون حماية الطفل.

(4) المواد من 38 إلى 42 و 45 من قانون حماية الطفل.

البند الثاني: صلاحيات قاضي الأحداث في مكافحة الجرائم الجنسية والاختطاف

أولاً-تسجيل شهادة الطفل الضحية:

يخضع الطفل لإجراءات حمائية خاصة وفق القانون 15-12 إذا تعرض لما يصطلح عليه بالجرائم الجنسية، فخلال التحريات والتحقيقات التي قد يحضرها مختص في علم النفس، يمكن تسجيل شهادة الطفل الضحية بالوسائل السمعية البصرية من طرف الضبطية القضائية أو جهاز القضاء، ويتم الاحتفاظ بالتسجيلات في أحرار محتومة لحماية سرية التحقيق وحفاظا على سمعة الطفل، وتعد نسخة من هذه التسجيلات يتم عرضها خلال الإجراءات على المحامين والخبراء بحضور قاضي التحقيق وفي سرية تامة.

ويمكن الاكتفاء بالتسجيل السمعي فقط إذا اقتضت مصلحة الطفل ذلك، لاسيما إذا أبدى حساسية مفرطة وتأثرا كبيرا عند تذكره الاعتداء، وذلك بقرار من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق⁽¹⁾. والظاهر أن الاجراء المتعلق بتسجيل شهادة الطفل ضحية الاعتداءات الجنسية بالوسائل السمعية البصرية، إنما يهدف في حقيقته إلى حماية نفسيته، حيث أن مثل تلك التسجيلات ستجنب الطفل تكرار شهادته على الاعتداء وما يمثله ذلك من أثر سلبي كبير على نفسيته ومستقبله، فيتم الاستعانة بالتسجيل في كل مراحل الإجراءات القضائية بدل اجبار الطفل على إعادة تذكر تفاصيل الاعتداء الذي كان ضحيته، ويبدو حرص المشرع على سرية الأمر عندما قرّر في المادة 46 من قانون حماية الطفل ضرورة اتلاف تلك التسجيلات بعد مرور سنة واحدة من انقضاء الدعوى وتأکید الأمر عن طريق محضر، كما أقر في المادة 136 من ذات القانون، عقوبات جزائية على كل من يبيث تلك التسجيلات بأية وسيلة كانت، تتمثل في الحبس لمدة تصل إلى ثلاث سنوات وغرامة قد تبلغ 50 ألف دينار.

⁽¹⁾المادة 46 من قانون حماية الطفل.

ثانيا- الاستعانة بوسائل الاعلام للبحث عن الطفل المختطف:

اعتمد القانون 15-12 إجراء جديداً يتعلّق بإمكانية الاستعانة بالجزائر وكل وسائل الاعلام لتعميم أوصاف الطفل المختطف، قصد تلقّي معلومات وشهادات تساعد في تقدّم التحقيق والتحريات وتسهيل العثور عليه، وذلك سواء بطلب أو إذن ولي الطفل أو دونه إذا اقتضى الأمر⁽¹⁾. وبذلك يكون المشرّع قد ثنّن الدور الذي يمكن أن تؤديه وسائل الاعلام بمختلف أنواعها سيما الثقيلة منها، لدى إذاعة خبر الاختطاف وأوصاف الطفل وساعة ومكان اختفائه على الجمهور الواسع، ما يسهم في الحصول على أكبر قدر من المعلومات تسمح باكتشاف المختطف ومكان الطفل المخطوف، وقد أثبتت هذه الطريقة نجاعتها في الميدان في العديد من البلدان وفي الجزائر حتى قبل إقرار قانون الطفل.

المطلب الثاني: حماية حياة الطفل ورعاية الوسط الأسري

الفرع الأول: حماية حياة الطفل وسلامته الجسدية

البند الأول: حماية حياة الطفل

يُعتبر حق الطفل في الحياة حقاً أصيلاً⁽²⁾، ما يعني أنه لا يقبل التنازل عنه أو التنازع بشأنه أو المناقشة والتفاوض حوله، وأنه حق ثابت وأصيل يتمتّع به الطفل بمجرد تكوّنه في بطن أمّه، وهو ليس منّة من أحد بل هو مرتبط بقدم الطفل إلى الحياة، وحثّت اتفاقية الطفل على بذل أقصى جهد لكفالة بقاء الطفل على قيد الحياة وكفالة نمّوه السليم، على أن تبدأ تلك الحماية قبل الولادة -وفقاً لما جاء في ديباجة الاتفاقية- سواء تعلّق الأمر بالحماية من الاعتداء العمدي على الحياة مثل الإجهاض الارادي، أو بالإهمال الصّحي الذي قد يفضي إلى الوفاة.

ويشمل حق الطفل في الحياة وفقاً لمفهوم القانون الدولي، حماية الجنين والمعاقبة على الإجهاض الواقع عليه، وحمايته بعد الولادة وضمن حقّه في البقاء وعدم الاعتداء عليه، وحماية

⁽¹⁾ المادة 47 من قانون حماية الطفل.

⁽²⁾ المادة 6 من اتفاقية حقوق الطفل.

سلامته الجسدية وكذا توفير الضروريات للحفاظ على حياته⁽¹⁾.

وقد أشار العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية إلى الحق في الحياة بوصفه حقاً أساسياً ملازماً لكل إنسان، يجوز على حماية القانون بحيث لا يجوز حرمان أحد منه بطريقة تعسفية، وهو المبدأ الذي يشمل الطفل منذ ولادته، بحماية حقه في الوجود وعدم حرمانه منه تحت أي ظرف، ونص العهد على حماية خاصة لحياة الطفل بعد الولادة، حيث حظر تنفيذ حكم الإعدام في حق النساء الحوامل حماية لحق الأجنة في بطونهن، أو الحكم بعقوبة الإعدام على الأشخاص دون 18 سنة⁽²⁾.

وقبل ذلك أقر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان قاعدة عامة تتعلق بحق الطفل في الحياة بداية وحق الحرية والسلامة، وتحريم استعباده واسترقاقه أو استغلاله في تجارة الرق، فضلاً عن حمايته من كل أساليب التعذيب والمعاملات القاسية والممارسات المهينة⁽³⁾.

وشدّد الإسلام في النهي عن قتل الأبناء لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةً إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا﴾ سورة الاسراء الآية 31، وفي قوله عز وجل: ﴿وَكَذَلِكَ زَيْنَ لِكَثِيرٍ مِنَ الْمُشْرِكِينَ قَتَلُوا أَوْلَادَهُمْ شُرَكَاءَهُمْ لِيُرْذَوْهُمْ وَلِيَلْبِسُوا عَلَيْهِمْ دِينَهُمْ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ مَا مَعْلُومَةٌ فَذَرْهُمْ وَمَا يَفْتَرُونَ﴾ سورة الأنعام الآية 137، وفي قوله سبحانه: ﴿قَدْ خَسِرَ الَّذِينَ قَتَلُوا أَوْلَادَهُمْ سَهْماً بِغَيْرِ عِلْمٍ وَحَرَّمُوا مَا رَزَقَهُمُ اللَّهُ افْتِرَاءً عَلَى اللَّهِ قَدْ ضَلُّوا وَمَا كَانُوا مُهْتَدِينَ﴾ سورة الأنعام الآية 140، وعن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال، قلت: يا رسول الله، أيّ الذنب أعظم؟ قال: {أن تجعل لله نداً وهو خلقك}، قلت: ثم أي؟ قال: {أن تقتل ولدك خشية أن يطعم معك}، قلت: ثم أي؟ قال: {أن تزاني بجليلة جارك}⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ ويعتبر الحق في الحياة من الحقوق التي لا يملكها ولا يملك التصرف فيها أحد، فهو ليس حقاً شخصياً أو عينياً ولا يجوز التصرف فيه أو التنازل عنه أو المساس به لأي سبب كان، كأن يعاني الشخص مرضاً لا شفاء منه أو يعاني آلاماً نفسية حادة فلا يجوز في هذه الحالة للطبيب أن ينهي حياته، أنظر عروبة جبار الخزرجي - حقوق الطفل بين النظرية والتطبيق ص 107-108.

⁽²⁾ المادتان 1/6 و 5/6 من الجزء الثالث من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

⁽³⁾ المواد من 2 إلى 6 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

⁽⁴⁾ أخرجه مسلم في صحيحه - كتاب الإيمان باب كون الشرك أقيح الذنوب وبيان أعظمها الحديث رقم 141، صحيح مسلم ص 52.

أولا- تجريم الإجهاض:

يُحرّم الشرع الإجهاض باعتباره اعتداءً على الحياة، فيحظر عند المالكية أن تفعل المرأة ما يسقط جنينها، ولا يمكن للزوج كذلك ولو قبل الأربعين وقيل يكره قبل الأربعين أن يفعل ما يسقطه، وذلك تبعا لقاعدة "منع خروج المي من رحم المرأة إذا دخله" كما قالوا، وتشتد الحرمة عندهم إذا "تخلّق الجنين وأشدّ منه إذا نُفخت فيه الروح اجماعاً"، فيما أباح الحنفية اسقاط المرأة الحمل ما لم يتخلّق الجنين بمرور أربعة أشهر حيث تنفخ فيه الروح، وذلك دون إذن الزوج، وقيل بالكراهة بعدما وقع ماء الزوج في الرحم لأنّه يُنتظر منه الحياة ويأخذ بالتالي حكمها، وتبعا لذلك لا تكون إباحة الاسقاط إلا بوجود عذر، وقال الحنابلة أن الحامل إذا شربت دواء فأسقطت به جنينها، اعتبرت قاتلة وعليها غرة لا ترث منها شيئا وتعنت رقبة، والغرة هي دية الجنين في بطن أمه⁽¹⁾.

و من جهته يكفل قانون العقوبات الجزائري أكبر قدر من الحماية للأطفال في مختلف مراحلهم العمرية، بداية بحماية حقّ الحمل في الحياة منذ تكونه جنينا في بطن أمه، حيث تسلّط عقوبات جزائية مشدّدة على كل من يطال أو يحاول أن يطال حياة الحمل، فيُحبس لمدة تصل إلى ثلاث سنوات كل من يحاول أن يُخفي وجود الحمل لدى المرأة باستغلال وظيفته ومركزه، وذلك لتسهيل التخلص منه إما بالإجهاض أو المتاجرة به بعد الولادة أو تهريبه أو غير ذلك من أشكال الاستغلال غير المشروع، وتشمل العقوبة الأطباء والجراحين والقابلات الذين يقدمون معلومات كاذبة عن وجود أو إخفاء وجود حالة الحمل⁽²⁾، ويعاقب من يُجهض امرأة حاملا أو حتى تلك التي يُفترض حملها بأيّ طريقة كانت سواء بموافقتها أو دون ذلك، بالحبس لمدة تصل إلى خمس سنوات، وترفع العقوبة إلى 10 سنوات إذا كان الجاني يمارس الأفعال على سبيل الاعتياد⁽³⁾.

وتشجيعا للإبلاغ عن كل خطر يهدّد حياة الجنين، أقرّ المشرع إمكانية الإعفاء من العقوبة

⁽¹⁾ الخرشبي-الخرشي على خليل 225/3، رد المختار على الدر المختار 336/4، الزركشي-شرح الزركشي 608/3، ابن قدامة-المغني شرح مختصر الخرقني 81/12، المرادوي-الانصاف 53/10.

⁽²⁾ كما يمكن احضاعهم لإحدى العقوبات المتعلقة بالحرمان من الحقوق السياسية والمدنية المذكورة في المادة 14 ق ع وفقا للمادة 226 ق ع.

⁽³⁾ راجع المادتين 304 و305 ق ع، وفي المقابل أفاد المشرع الأم التي ترتكب جريمة قتل ابنها حديث العهد بالولادة، بعقوبات مخفّفة سواء كانت فاعلة أصلية أم شريكة، وتخفّض العقوبة من الإعدام وفق المادة 261 ق ع إلى عقوبة السجن من 10 إلى 20 سنة، ويظهر أن ما ذهب إليه المشرع في هذه الحالة يتماشى مع القاعدة الفقهية التي تقضي بعدم إهلاك الأصل بالفرع.

لكل من الأطباء والجراحين والصيدالّة والقابلات، إذا أدلوا بتصريحات عن عملية إجهاض علموا بها بمناسبة ممارسة مهنتهم، حيث يُلزمون قضاءً بالإدلاء بشهاداتهم دون الالتزام في هذه الحالة بالسّر المهني وفقاً لنص المادة 2/301 ق ع.

ويمكن تصنيف الجرائم المتعلقة بالإجهاض التي ينص عليها القانون إلى أربعة أنواع⁽¹⁾، وهي:

أ- جريمة الإجهاض الواقعة على الحامل أو المفترض حملها وفقاً للمادة 304 ق ع، حيث يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة تصل إلى 10 آلاف دينار، كل من أجهض امرأة حاملاً أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية، أو استعمل طرقاً أو أعمال عنف أو أية وسيلة أخرى بموافقة الأمّ أو عدمها.

ب- جريمة الإجهاض المفضية للوفاة، حيث لا يتوقف أثر هذه الجريمة على اسقاط الجنين، بل يتعدّى إلى المساس بحياة الأم ويؤدي بها، وذلك دون رغبة أو قصد احداث الوفاة، فيعاقب من تسبّب في ذلك بالحبس من 10 إلى 20 سنة وفقاً للفقرة الثانية من المادة 304 ق ع.

ج- جريمة اجهاض الحامل لنفسها، وتتمثّل في قيام المرأة الحامل باستعمال وسائل وطرق لإجهاض نفسها بوعي وإدراك لعواقب فعلها، وذلك حسب المادة 309 ق ع التي سلّطت عليها عقوبة الحبس من 6 أشهر إلى سنتين وغرامة تصل إلى 100 ألف دينار.

د- جريمة التحريض على الإجهاض، وتقوم بمجرد التحريض على ذلك الفعل بقطع النظر عن تحقّق فعل الإجهاض من عدمه، حيث أشارت المادة 310 ق ع في هذه الحالة إلى عقوبة الحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وغرامة تصل 10 آلاف دينار، ومن أوجه التحريض التي نص عليها المشرّع، القاء خطب تحريضية في أماكن أو اجتماعات عامّة، أو التحريض عن طريق بيع وعرض للبيع أو منح أو عرض أو لصق في أماكن عمومية، أو بالتوزيع في المنازل أو تسليم أشياء مغلقة بشرائط أو موضوعة في أظرفة مغلقة أو مفتوحة أو بالبريد أو الكتب أو المحرّرات أو مطبوعات أو ملصقات أو غير ذلك.

⁽¹⁾ انظر للتفصيل عبد العزيز سعد-الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومة الطبعة الثانية 2014، ص 61 وما بعدها.

ثانياً-تأخير تنفيذ الحدود على الحوامل والمرضعات في الفقه الإسلامي:

أقرت الشريعة ضرورة حفظ حياة الأجنة والرضع من خلال الحفاظ على حياة الأم بتأجيل تنفيذ الحدود الشرعية عليها، وفصل الفقهاء في ذلك كما يأتي بيانه:

فالحامل التي ترتب عليها قتل أو جرح يُخاف منه موتها، يُؤخَّر تنفيذ الحدِّ عليها عند المالكية إلى غاية الوضع وإيجاد مرضعة لولدها، وبرروا ذلك بأنها لو قتلت "لأخذ بنفس واحدة نفسان"، أي نفس الجنين مع أمه، أما في الحدود دون حدِّ قصاص النفس فأوجبوا حبسها إذا خُشي عليها الموت من إقامة الحدِّ، ونفس الأمر بالنسبة للرضعة إذا خيف على حياتها، فتؤخَّر إلى غاية إيجاد مرضعة أخرى خوف هلاك الطفل من قلة الرضاع، وإن لم توجد مرضعة غيرها أُخِّر تنفيذ الحدِّ حتى تنهي رضاعه، وامعانا في الاحتياط قالوا بتأجيل اقامة الحدِّ على الزانية المحصنة وتأخير رجمها حتى تستبرأ إذا كان حملها ظاهراً، وذهبوا إلى ضرورة امهالها حتى لو لم يكن حملها ظاهراً إذا كان لها زوج طلب ذلك على اعتبار أن: "طالب النطفة قائم"، وتؤخَّر كذلك المتزوجة المرتدة ولا تقتل بعد استنابتها إلا بعد حيضة للتأكد من خلوّها من الحمل حماية لحياة الجنين لأن في قتلها حينها قتله أيضاً، كما أخروا تطبيق الحدِّ على المرضعة المرتدة بعد استنابتها ثلاثة أيام، فلا تقتل حتى يوجد من يُرضع ولدها⁽¹⁾.

وذهب الحنفية إلى حبس الحامل الزانية وتأجيل اقامة الحدِّ عليها إلى أن تضع الحمل، ولا تُرجم إذا كان حدّها الرجم إلا بعد الوضع، فإن لم يكن للمولود من يربّيه حتى يستغني عنها أُجِّل رجمها إلى ذلك، ولو ادّعت الحمل يتم التحقّق من ادّعاتها من طرف النساء، فإذا ثبت حملها تُحبس سنتين ثم ترجم، ولا تخضع لحدِّ الجلد له إلا بعد النَّقاس لأنهم اعتبروه نوعاً من المرض فيؤخَّر الحدِّ إلى زمن البرء والشفاء، وقال أبو حنيفة بعدم رجم الزانية الحامل إلى أن يستغني ولدها عنها إذا لم يوجد من يُربّيه، أما إن كانت غير محصّنة فيقام عليها الحدِّ بعد النَّقاس، أما إذا ثبت عليها الحدِّ بالإقرار دون البيّنة فلا تحبس، بل تؤمر بالرجوع ليقام عليها الحدِّ إذا وضعت، لما رُوي عن

(1) أحمد الدردير-أقرب المسالك 139.

النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال للغامدية بعدما وضعت: "ارجعي حتى يستغني ولدك"⁽¹⁾، ثم يقام عليها الحد إذا كان للولد من يرضعه وإلا فيؤجل الحد إلى الفطام⁽²⁾.

واستدل الشافعية بدورهم في عدم القصاص من امرأة حامل حتى تضع بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قَتَلَ مَطْلُومًا فَثَقْبَ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِيهِ الْقَتْلَ إِنَّهُ كَانَ مَنصُورًا﴾ سورة الاسراء الآية 33، واعتبروا قتلها اسرافاً لأنه يُقتل في هذه الحالة من قتل ومن لم يُقتل، وكذلك لما روى عمران ابن الحصين رضي الله عنه، أن امرأة من جُهينة أتت رسول الله ﷺ، وقالت إنها زنت وهي حُبلى، فدعا النبي ﷺ وليها فقال له: {أحسن إليها فإذا وضعت فجيء بها} فلما وضعت جاء بها فأمر بها النبي ﷺ، فرجمت ثم أمرهم فصلوا عليها⁽³⁾، وزادوا بالقول أنه لا تُقتل المرأة إذا وضعت حملها "حتى تسقي الولد اللباً" وهو حليب الأم في الأيام الأولى بعد الولادة، لأنه لا يعيش إلا به كما ذكروا، وإن لم يوجد من يرضعه غيرها لا تُقتل أيضاً حتى ترضعه حولين كاملين، لأن النبي ﷺ قال للعامة: {اذهبي حتى ترضعيه}⁽⁴⁾، وذكروا أن تأخير القتل كان لحفظه وهو حمل في بطن أمه فالأولى أن يكون التأخير لحفظه وهو مولود⁽⁵⁾.

ووافق الحنابلة الجمهور، في تأجيل إقامة حدّ الزنا على الحامل حتى تضع، سواء كان الحمل من زنا أو غيره، مستدلين بحديث المرأة الغامدية التي أقرت بالزنا فأخبرها رسول الله ﷺ إلى أن وضعت ثم إلى أن أتمت الرضاع ثم أقام عليها الحد⁽⁶⁾، كما استدّلوا بما روي أن امرأة زنت على عهد عمر رضي الله عنه فهم برجمها وهي حامل، فقال له معاذ: "إن يكن لك عليها سبيل فليس لك على ما في بطنها"، فقال عمر احبسوها حتى تضع⁽⁷⁾، ولأن إقامة الحد عليها يؤدي إلى ازهاق

⁽¹⁾ أخرجه مسلم- كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، الحديث رقم 1695، صحيح مسلم ص 729.

⁽²⁾ رد المحتار على الدر المختار 22/6، الشيخ نظام-الفتاوى الهندية 162/2-163 النسفي-البحر الرائق 18/5.

⁽³⁾ أخرجه مسلم- كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى الحديث رقم 1696، صحيح مسلم ص 730.

⁽⁴⁾ رواه مالك- كتاب الحدود، باب ما جاء في الرجم، مالك ابن أنس-الموطأ ص 821.

⁽⁵⁾ الشيرازي-المهذب في فقه الشافعي 192/3.

⁽⁶⁾ أخرجه مسلم- كتاب الحدود باب من اعترف على نفسه بالزنى، الحديث رقم 1695، صحيح مسلم ص 729.

⁽⁷⁾ أخرجه ابن أبي شيبة- كتاب الحدود باب من قال إذا فحرت وهي حامل انتظر بما حتى تضع، الحديث رقم 29391، أبو بكر ابن

أبي شيبة-المصنّف، دار الفاروق الحديثة للنشر والطباعة (دت)- (دط)، 363/9.

روح الجنين المعصومة، وذلك سواء كان الحدّ رجماً أو غيره لأنه لا يؤمن تضرّر الجنين من امتداد آثار الضرب أو القطع، كما لا ترجم عندهم بعد وضع الحمل حتى ترضعه وتفطمه أو يوجد من يرضعه مكانها، وذكروا أن الزانية التي تدّعي الحمل تُصدّق في قولها كما صدّق رسول الله ﷺ الغامدية، وإذا كان الحدّ جلداً ووضعت وانقطع النَّفَس وكانت قوية يُؤمّن عليها الموت أقيم عليها الحدّ، وإن كانت في نفاسها أو ضعيفة يُخاف عليها الموت أُجلّ الحدّ حتى تطهر وتتقوى، واستدلوا في ذلك بما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: "أن أمة لرسول الله ﷺ زنت فأمرني أن أجلدها، فإذا هي حديثه عهد بنفاس، فخشيت إن أنا جلدها أن أقتلها، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال: {أحسن}"⁽¹⁾.

كما أن من شروط القصاص عندهم أن لا يتعدّى ضرره إلى غير القاتل، فلو وجب القصاص على حامل أو حملت بعد وجوبه، فلا تُقتل حتى تضع الولد وتسقيه اللبن، ثم إن وجد من يرضعه قتلت أو يُؤجل قتلها حتى تفطمه وهو المذهب عند الحنابلة، وتجب من ادّعت الحمل حتى يتبين أمرها، فإذا وقع القصاص من حامل وجب التعويض عن الجنين⁽²⁾.

و زاد الحنابلة بأن حظر الاقتصاص من الحامل يسري قبل وضعها، سواء كانت حاملاً وقت الجناية أو بعدها قبل الاستيفاء، وسواء كان القصاص في النَّفَس أو في الطَّرْف، ففي النَّفَس استدلوا بقوله تعالى: ﴿فَلَا يُسْرَفُ فِيهِ الْقَتْلُ﴾ سورة الاسراء الآية 33، على اعتبار أن "قتل الحامل قتلٌ لغير القاتل فيكون اسرافاً"، ولقوله ﷺ: {إذا قتلت المرأة عمداً، لم تُقتل حتى تضع ما في بطنها وحتى تكفل ولدها}⁽³⁾، ولقوله عليه الصلاة والسلام للغامدية المقرّة بالزنى: {ارجعي حتى تضعي ما

⁽¹⁾ أخرجه مسلم- كتاب الحدود باب تأخير الحد عن النفساء الحديث رقم 1705، صحيح مسلم ص 733، وانظر في المسألة: ابن قدامة- المغني شرح مختصر الخرقى 327/12 إلى 329.

⁽²⁾ واعتبروا أن من اقتص من حامل "قد أخطأ وأثم، وأخطأ السلطان الذي مكّنه من ذلك، وعليهما الإثم إن كانا عالمين أو مُفْرَطَيْن"، فإن انفصل الجنين ميتاً أو حيّاً لوقت لا يعيش في مثله ففيه غزّة، وإن انفصل حيّاً لوقت يعيش مثله ثم مات من الجناية وجبت فيه دية، انظر: المرادوي- الانصاف 484/9 إلى 486، ابن قدامة- المغني شرح مختصر الخرقى 568/11.

⁽³⁾ أخرجه ابن ماجه- كتاب الديات باب الحامل يجب عليها القود الحديث رقم 2694، سنن ابن ماجه ص 898.

في بطنك} ثم قال لها: {ارجعي حتى ترضعيه} (1)، ولأنه اجماع أهل العلم كما ذكروا، وأما القصاص في الطرف فقالوا أنه يُخشى فيه تضرر الحمل، ولأن تفويت القصاص في هذه الحال أولى من القصاص، ولأن قتل غير الجاني حرام، باستثناء إذا كان القصاص فيما دون النفس وكان غالب الظن بقاؤها على قيد الحياة وعدم تضرر الحمل باستيفائه (2).

وعليه اتفق الفقهاء على تأخير الحد على الحامل التي ترتب عليها القتل أو الجرح إلى أن تلد وتجد من يرضع ولدها، وأوجبوا حبسها في الحدود ما دون النفس إذا نُحِشِي على حياتها من إقامة الحد، ونفس الأمر للمرضعة حتى تجد من يُرضع ولدها أو يستغني عنها، أما إذا أقرت الزانية بفعلها فلا تحبس بل تؤمر بالرجوع بعد وضع الجنين أو بعد استغنائه عنها كما فعله رسول الله ﷺ، كما أقروا حماية الجنين حتى لو لم يتأكد وجوده بتأخير رجمه الزانية المحصنة إلى أن تستبرأ.

يظهر مما سبق مدى اهتمام الشرع بحماية حياة الجنين والرضيع بالنظر إلى أن حماية النفس من الكليات الخمس التي جاء الإسلام لحفظها، ما يسبق بقرون عديدة اتفاقيات حماية الطفل وبقية التشريعات الأخرى الدولية والوطنية.

ثالثاً- الإجراءات الحمائية للحامل والمرضعة في إطار القانون:

أ- تأجيل تنفيذ العقوبة:

قصد مراعاة حالة الأم الحامل وحفاظاً على صحتها، وحماية لجنينها خشية تأثره في هذه المرحلة الحساسة التي تستوجب حصول أمه على الراحة الجسدية والنفسية، أقر المشرع إمكانية منح المرأة المسجونة الحامل أو التي تضع مولوداً، الحق في الاستفادة من التأجيل المؤقت لتنفيذ الأحكام السالبة للحرية، وذلك سواء كانت حاملاً أو أما لطفل رضيع لم يتجاوز سنّه عامين، وتسري هذه الحماية بعد أن تضع الحامل طفلها بعامين كاملين إذا وضعت حياً وبشهرين إذا ولد ميتاً، كما أقر المشرع لحماية أطفال الشخص المحبوس إمكانية استفادته من هذا الحق إذا كان هو وزوجه محبوسين وكان من شأن ذلك الحاق ضرر بالغ بالأولاد القصر (3).

(1) أخرجه مسلم- كتاب الحدود، سبق تخريجه في الصفحة 222.

(2) ابن قدامة- المغني شرح مختصر الخرقي 567/11.

(3) المواد 6/16-7 و 17 و 4/130 من قانون تنظيم السجون وإعادة ادماج المحبوسين.

ب- المعاملة الخاصة للحامل المسجونة:

من الثابت علميًا أن حالة الأم النفسية والصحية والجسدية وتغذيتها، تنعكس مباشرة على حالة الجنين في رحمها، وتماشيا مع هذه الحالة الخاصة أقر القانون لصالح الحامل ورعاية جنينها استثناءات أو امتيازات⁽¹⁾، حيث مكّنها من تكييف ظروف حبسها بما يتلاءم مع وضعها، إذ تستفيد من تغذية متوازنة ورعاية طبية مستمرة تبعاً لما يتطلبه الحمل، فضلا عن الاهتمام بنفسيتها من خلال الحرص على حقّها في تلقي زيارات الأهل والأقارب ومحادثتهم دون وجود فاصل، ولضمان رعاية الطفل بالشكل اللائق أتاح المشرّع للمرأة أن تضع حملها لدى جهة تتكفل بتربيته، بالتنسيق بين إدارة المؤسسة العقابية ومصالح الشؤون الاجتماعية، وإذا تعذّر ذلك أمكن للأم البحث عن كفيل آخر أو أية مؤسسة عمومية أو خاصة لتربية مولودها، أو يمكنها إذا شاءت الاحتفاظ به داخل المؤسسة العقابية إلى غاية بلوغه سن الثالثة.

زيادة على ذلك، وللمحافظة على سمعة الطفل المولود داخل المؤسسة العقابية وعدم التأثير على نفسيته مستقبلا، يمنع القانون ذكر أية معلومات في سجلات الحالة المدنية أو شهادات الميلاد تشير إلى ذلك.

ج- استثناء الحامل والمرضعة من تنفيذ أحكام الإعدام:

يحظر قانون تنظيم السجون في المادة 155 منه تنفيذ الأحكام الصادرة بعقوبة الإعدام على المرأة الحامل، أو المرضعة لطفل لم يبلغ العامين من عمره، حفاظا على حياة الجنين المرتبط بأمّه، وعلى صحّة وحياة الرضيع كذلك.

البند الثاني: حماية السلامة الجسدية للطفل

أولا- الحماية من أعمال العنف العمدية:

يحمي القانون الطفل من كل أذى جسدي قد يتعرض له، ومن ذلك أفعال الضرب

⁽¹⁾ انظر المواد 50، 51 و52 من قانون تنظيم السجون.

والجرح⁽¹⁾، وأعمال العنف الأخرى التي قد ترتكب بسبب ضعف الأطفال وعدم قدرتهم على الدفاع عن أنفسهم، إذ لا يخفى ما لتلك الأفعال من انعكاسات وأضرار جسدية ونفسية بالغة على القاصر ونموه السليم.

ويعرّف المشرّع أعمال العنف العمدية⁽²⁾ بأنها: "تعمّد إحداث جروح للغير أو ضربه أو ارتكاب أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعديّ" ما يمثل الركن المادي للجريمة، فيما يتطلّب الركن المعنوي اتجاه إرادة الجاني نحو القيام بهذا الفعل مع علمه بما قد يترتب عليه من أذى للغير.

ويُعاقب عليها بالحبس من 1 إلى 5 سنوات وبغرامة من 100 إلى 500 ألف دينار، إذا نتج عنها مرض أو عجز كليّ عن العمل لمدة تزيد عن 15 يوماً، فضلاً عن الحرمان من الحقوق الواردة في المادة 14 من قانون العقوبات لمدة تتراوح من سنة واحدة إلى خمس سنوات⁽³⁾.

أمّا في حال وقع الجرح أو الضرب على قاصر لم يتجاوز 16 سنة، أو مُنع عنه عمداً الطعام أو العناية إلى الحدّ الذي يعرّض صحته للضرر، أو ارتكب ضده عمداً أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعديّ فيما عدا الإيذاء الخفيف، فإنه يعاقب حسب المادة 269 ق ع بالحبس من سنة واحدة إلى 5 سنوات وبغرامة من 500 دينار إلى 5 آلاف دينار.

(1) ويشمل مفهوم الضرب: "كل تأثير على جسم الانسان ولو لم يحدث أثراً أو يخلّف جرحاً"، ذلك أن فعل الضرب معاقب عليه في حدّ ذاته بغض النظر عن النتيجة التي يُخلّفها، أما الجرح فهو: "الأثر الذي يظهر على جسم الضحية مثل القطع والتمزيق والرضوض والعض والكسر والحروق"، أو "أن يكون الجرح باطنياً كأن يؤدي الضرب إلى اجهاض امرأة حامل، وهذا مهما كانت الوسيلة المستخدمة باليد أو باستعمال آلة أو حيوان أو غير ذلك"، أنظر احسن بوسقيعة-الوجيز في القانون الجزائري الخاص ص 53.

(2) راجع المادة 264 من قانون العقوبات المعدلة بالقانون 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 ج ر 84 ص 22، ويعرّفها احسن بوسقيعة بأنها: "الأعمال التي تصيب جسم الانسان دون ترك أثر، من قبيل اسقاط شخص أرضاً بدفعه أو قص الشعر أو جذب شخص من أذنيه أو غيرها، أما التعديّ فيقصد به الأعمال التي وإن لم تصب جسم الانسان فهي تسبّب له ازعاجاً أو رعباً كإطلاق النار بالقرب منه أو التهديد بمسدس أو البصق أو قذف الماء على وجهه".

(3) كما ترفع العقوبة إلى السّجن من 5 إلى 10 سنوات إذا ترتب عن ارتكاب أعمال العنف تلك فقدان أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقدان البصر أو فقدان أبصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى، وفي حال تسبّب الضرب أو الجرح في الوفاة دون قصد إحداثها تصل العقوبة إلى السّجن من 10 إلى 20 سنة، وتنص المادة 265 على رفع العقوبة ومضاعفتها إذا كان هناك سبق إصرار أو ترصد.

والملاحظ أن المشرع قرن بين الجرح والضرب، وحرمان الأطفال من الطعام والعناية بالشكل الذي يعرض صحتهم للضرر، لكي تكون الحماية أشمل من أعمال العنف التي قد تمارس ضدهم من طرف الغير أو من طرف الأصول، فالحرمان من الطعام أو العناية يعتبر جريمة سلبية يشترط لتوقيع العقوبة فيها أن تتعرض صحة الطفل إلى الخطر، وأن يكون الفاعل ملتزما بالاستجابة لحاجات الطفل⁽¹⁾.

و يُستثنى من الأفعال السابق ذكرها "الإيذاء الخفيف" من طرف أصول القاصر، ذلك أن حق تربية الأولاد من آبائهم يقتضي منهم استعمال ولو قدر بسيط من العنف كالضرب الخفيف، بشرط ألا يسبب أي أثر أو عجز ويكون بقصد التهذيب والتأديب فقط، وأن يكون محدودا من حيث الوسيلة المستعملة، وهذا النوع لا يعاقب عليه القانون وإنما يعاقب على الضرب المفرط.

و ألزم القانون الأطباء بضرورة الإبلاغ عن حالات الاعتداء على القاصر، بُغية الكشف السريع عنها في حال تمت ملاحظتها أثناء مزاوله عملهم، طبقا للمادة 3/206 من القانون 17/90 المعدل والمتمم للقانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

وزيادة على مبدأ معاقبة من اعتدى بالعنف على الطفل في نص المادة 269 ق ع، أورد القانون ظروف تشديد العقوبة في المواد 270، 271 و 272 ق ع، في حالة تعرض القاصر نتيجة الضرب أو الجرح أو العنف أو التعدي أو الحرمان المشار إليه سابقا، إلى مرض أو عدم قدرة على الحركة أو عجز كلي عن العمل لأكثر من 15 يوما، أو إذا كان هناك سبق إصرار وترصد، فترفع العقوبة حسب المادة 270 ق ع، إلى الحبس من 3 إلى 10 سنوات بالإضافة إلى غرامة من 500 إلى 6 آلاف دينار، زيادة على إمكانية الحرمان من الحقوق الواردة في المادة 14 من قانون العقوبات والمنع من الإقامة لفترة تتراوح بين سنة واحدة و 5 سنوات.

⁽¹⁾ كما تضع المادة 269 ق ع شرطا ضميا لتحديد الضرب غير العادي، يتمثل في إحداث ضرر في حال عدم تقديم الطعام والعناية، مع الملاحظة أن المادة المذكورة لا تسري على من ليس ملزما شرعا بالإفناق على الطفل القاصر أو العناية به، أنظر دروس مكّي- القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2005 ص 181/1-186.

فإذا نتج عن الضرب أو الجرح أو العنف أو التعدي المشار إليه في المادة 269 ق ع، بتر أحد أعضاء القاصر أو الحرمان من استعماله أو فقد البصر أو فقد ابصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى⁽¹⁾، فتشدد العقوبة إلى السجن من 10 إلى 20 سنة، وإذا نتج عنها وفاة بدون قصد إحداثها تكون العقوبة هي الحد الأقصى للسجن المؤقت من 10 إلى 20 سنة⁽²⁾، فإذا وقع الضرب أو الجرح أو العنف أو التعدي أو الحرمان بقصد إحداث الوفاة، يعاقب الجاني في هذه الحالة باعتباره قد ارتكب جناية القتل أو شرع فيها⁽³⁾.

ومن ظروف تشديد العقوبة كذلك في تلك الأفعال التي تستهدف القاصر وفق المادة 272 ق ع، كون الجاني من أصوله أو ممن لهم عليه سلطة أو يتولّى رعايته، فيكون العقاب كالاتي:

- 1- بالعقوبات الواردة في المادة 270 في الحالة المنصوص عليها في المادة 269، أي بالحبس لمدة بين 3 إلى 10 سنوات عن كل جرح وضرب أو منع الطعام أو العناية بشكل يعرض صحته للخطر.
- 2- بالسجن من 5 إلى 10 سنوات في الحالة المنصوص عليها في المادة 270، وهو عندما يؤدي الجرح والضرب إلى عجز يتعدى 15 يوما، أو إذا وجد سبق إصرار أو ترصد.
- 3- بالسجن المؤبد في الحالات المنصوص عليها في الفقرتين 1 و2 من المادة 271، أي حين يؤدي الجرح والضرب إلى فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد البصر أو أي عاهة مستديمة، أو في حالة وقوع الوفاة دون قصد.
- 4- بالإعدام في الحالات المنصوص عليها في الفقرتين 3 و4 من المادة 271، أي عندما تحدث الوفاة دون قصد بسبب استعمال طرق علاج معتادة، أو عند وقوع الوفاة بقصد من الجاني الذي ارتكب الجرح والضرب والحرمان.

⁽¹⁾ العاهة المستديمة هي: "فقدان الانتفاع بعضو من أعضاء الجسم بصفة جزئية أو كلية، مثل انفصال العضو أو تعطيل وظيفته أو مقاومته بصفة دائمة لا يرجى منها الشفاء"، أنظر احسن بوسقيعة-الوجيز في القانون الجزائري الخاص ص 54.

⁽²⁾ ولا يشترط حصول الموت مباشرة عقب الضرب أو الجرح، بل قد يكون ذلك بعد مدة قد تطول لكن المهّم وجود علاقة سببية بين الوفاة وبين الإصابة التي أدت إلى ذلك، وهو ما يتم اثباته عن طريق الخبرة الطبية في هذه الحالة، أنظر احسن بوسقيعة-المرجع السابق ص 56.

⁽³⁾ أنظر المادة 271 ق ع.

والملاحظ أن المشرع عمد إلى تغيير تكييف الجريمة من جنحة إلى جناية ومن جناية إلى جناية مشددة، قصد تشديد العقوبة عندما يتعلق الأمر بضحية قاصر، كما هو الحال بالنسبة لجنحة أعمال العنف العمدية التي تفضي إلى مرض أو عجز يتعدى 15 يوما وفقا للمادة 264 ق ع وعقوبتها الحبس من سنة إلى خمس سنوات، حيث تتحوّل إلى جناية عندما يقع قاصر لم يتجاوز 16 سنة ضحية لها، وتكون العقوبة وفقا للمادة 1/270 الحبس من 3 إلى 10 سنوات وغرامة من 20 إلى 100 ألف دينار، ونفس الأمر بالنسبة لأعمال العنف التي تؤدّي إلى عاهة مستديمة، حيث أن المبدأ أنها جناية وفقا للمادة 3/264 وعقوبتها السجن من 5 إلى 10 سنوات، لكن عندما يكون القاصر ضحية لها تُصبح جناية مشددة عقوبتها السجن من 10 إلى 20 سنة وفق المادة 271 ق ع أو السجن المؤبد كما تنص عليه المادة 3/272 ق ع، وكذا بالنسبة لجناية الضرب والجرح المفضية إلى الوفاة دون قصد احداثها، وهي جناية عقوبتها من 10 إلى 20 سنة وفق المادة 4/264 ق ع، وعند وقوع القاصر ضحية لها تُصبح جناية مشددة وترفع العقوبة إلى السجن المؤبد أو الاعدام كما هو الحال في نص المادة 3/271 ق ع أو المادة 4/272 ق ع على التوالي.

ولا يرتبط تغيير تكييف الجريمة فقط بكون الضحية قاصرا، بل يتعلق أيضا بالجاني حين يكون أحد الأبوين أو الأولياء الشرعيين أو الأشخاص الذين لهم سلطة على الطفل أو يتولون رعايته، كما هو الحال بالنسبة للمادة 272 ق ع المذكورة آنفا.

ويؤخذ على نص المادة 272 ق ع تسليط عقوبة الإعدام على الأبوين في فقرتها الرابعة، وهو الأمر الذي انتقده بعض رجال القانون معتبرين أن هذا النظام العقابي غير مجد، وأنه سيضر المجتمع بدلا من أن ينفعه، مطالبين بإلغاء تلك العقوبة، اقتداء بأحكام الشريعة الإسلامية التي تحضّر الاقتصاص من الأب لابنه، مقابل اباحة تعزيره في هذه الحال بالسجن والجلد والحبس، ولأنّ قتل الأم والأب للاقتصاص لابنهما قد يؤدّي إلى إهدار حقوق الأولاد الآخرين في أبوتهم، حيث يفقدون من يعيلهم، ولعلّ هذا النظام القانوني يرجع إلى أخذ المشرع الجزائري نص قانون العقوبات من القانون الفرنسي الذي يختلف فيه مفهوم الأسرة المتواجد عندنا في الجزائر⁽¹⁾.

(1) أنظر دروس مكّي-القانون الجنائي الخاص ص 182.

ثانيا-الحماية من المواد الضارة بالصحة:

المقصود في هذه الحالة، حماية القاصر ممن يتسبب له في مرضٍ أو عجزٍ عن العمل، بإعطائه عمدا وبأية طريقة كانت وبدون قصد إحداث الوفاة، موادا ضارة بالصحة حسب المادة 275 ق ع، وتقتضي هذه الجريمة وجود قصد جنائي فضلا عن الفعل المادي المتمثل في إعطاء مادة ضارة، في حين تختلف عن جريمة التسميم في كون مادة التسميم من شأنها عادة إحداث الوفاة على خلاف المواد المضرة بالصحة في هذه الجريمة، على أنه لا يتم تجريم الفعل في هذه الحالة إلا إذا أدى إلى الاضرار بصحة الضحية، إذ لا تكتمل الجريمة إلا بوقوع نتيحتها ووجود رابط السببية بينها وبين فعل إعطاء المادة الضارة⁽¹⁾.

وتتمثل العقوبة الأصلية في الحبس من شهرين إلى سنتين وغرامة تصل إلى ألفي دينار، وإذا وقع القاصر ضحية لاعطائه موادا ضارة بصحته من أصوله أو من له سلطة عليه أو من يتولى رعايته، فترفع العقوبة وفق المادة 276 ق ع الحبس من سنتين إلى 5 سنوات، وإذا نتج عن ذلك مرض أو عجز عن العمل لمدة تتجاوز 15 يوما تُشدد إلى السجن من 5 إلى 10 سنوات، وإذا أدت المواد المعطاة إلى مرض يستحيل بُرؤه أو إلى عجز في استعمال عضو أو إلى عاهة مستديمة، فتكون العقوبة بالسجن من 10 إلى 20 سنة، أما إذا أدت إلى الوفاة دون قصد إحداثها فيعاقب الجاني بالسجن المؤبد.

الفرع الثاني: حماية الطفل من الاهمال الأسري والتشرد

البند الأول: حماية الوسط الأسري

أولا-تجريم اهمال الأسرة وعدم اعالتها:

أ-تجريم اهمال الأسرة:

ردعًا لجريمة ترك الأسرة، أورد قانون العقوبات، عقوبة الحبس من شهرين إلى سنة واحدة وغرامة من 25 إلى 100 ألف دينار، وهي الجريمة التي تتفرع في حقيقة الأمر إلى ثلاث حالات

⁽¹⁾ احسن بوسقيعة-الوجيز في القانون الجزائري الخاص ص 63-64.

تختلف كل منها عن الأخرى⁽¹⁾.

الحالة الأولى: هي ترك مقر إقامة الأسرة من أحد الوالدين، والتي يشترط لثبوتها أن يتعد أحد الأبوين جسدياً عن مقر الأسرة، كما تستوجب هذه الحالة وجود ولد أو أكثر حيث لا تقوم الجريمة بدون وجود الأولاد.

والأصل أن هؤلاء الأولاد قاصرون ويحتاجون للرعاية، ولذلك أورد المشرع عبارة "الالتزامات الناتجة عن السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية"، فيلزم أيضاً لتكتمل هذه الجريمة اخلال أحد الأبوين الذي ترك مقر الأسرة بالتزاماته الأدبية أو المادية كأب أو كأم حتى لو كان التخلي جزئياً، وتمثل الالتزامات المادية سيما في الانفاق على الأولاد والزوجة، من حيث الطعام والكسوة وضمان المأوى وغيرها من الضروريات، وأما الالتزامات الأدبية فهي رعاية وتربية الأولاد وحمايتهم من كل ما قد يضر بهم، وتستمر رعاية الأب لأبنائه إلى البلوغ بالنسبة للذكور وإلى الزواج بالنسبة للإناث، ومن شروط هذه الحالة أيضاً أن يستمر ترك مقر الأسرة لشهرين متتاليين على الأقل بشكل متواصل، على أن تكون تلك الأفعال مقرونة بالركن المعنوي الذي يقتضي اتجاه إرادة أحد الأبوين إلى ترك مقر الأسرة عمداً⁽²⁾.

ولا تنقطع مدة الشهرين إلا بالعودة إلى مقر الأسرة بصفة تشير إلى الرغبة في استئناف الحياة

⁽¹⁾ حسب المادة 330 ق ع المعدلة بالقانون 23/06، يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة واحدة، وبغرامة من 25 ألف دينار إلى 100 ألف دينار:

1- أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين، ويتخلى عن كافة التزاماته الأدبية أو المادية المترتبة على السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية، وذلك لغير سبب جدي، ولا تنقطع مدة الشهرين إلا بالعودة إلى مقر الأسرة على وضع ينبئ عن الرغبة في استئناف الحياة العائلية بصفة نهائية،

2- الزوج الذي يتخلى عمداً ولمدة تتجاوز شهرين (2) عن زوجته مع علمه بأنها حامل وذلك لغير سبب جدي.

3- أحد الوالدين الذي يعرض صحة أولاده أو واحد أو أكثر منهم أو يعرض أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم بأن يسيء معاملتهم أو يكون مثلاً سيئاً لهم للاعتياد على السكر أو سوء السلوك، أو بأن يهمل رعايتهم أو لا يقوم بالإشراف الضروري عليهم، وذلك سواء كان قد قضي بإسقاط سلطته الأبوية عليهم أو لم يقض بإسقاطها.

4- وفي الحالتين 1 و 2 من هذه المادة لا تتخذ إجراءات المتابعة إلا بناء على شكوى الزوج المتروك، ويضع صفح الضحية حداً للمتابعة الجزائية.

⁽²⁾ احسن بوسقيعة-الوجيز في القانون الجزائري الخاص ص 155-156.

العائلية بصفة نهائية، كما أنه يشترط لقيام هذه الجريمة انعدام السبب الجدّي لترك الأسرة، فإذا كان أحد الوالدين مجبراً على ذلك بقوة قاهرة مثلاً فلا تثبت عليه جريمة ترك الأسرة.

الحالة الثانية: ذهب المشرّع إلى أبعد الحدود في حماية الطفل حتى قبل ولادته وعندما يكون جنيناً في بطن أمّه، حيث نص على حماية الحمل من الإهمال من طرف أبيه، وسلّط نفس العقوبات السابقة إذا تخلّى هذا الأخير عمداً ولمدة تتجاوز شهرين عن زوجته مع علمه بأنّها حامل ولسبب غير جدّي.

ويشترط لقيام هذه الجريمة بداية وجود رابطة زوجية، فدونها لا عبرة بترك أب الجنين لأم لا تربطها به علاقة زواج شرعية، ولا يُعتدّ بالزواج العربي في هذه الحالة إلا إذا تم اثباته وفقاً للمادة 22 من قانون الأسرة بعد توقّف أركانه، عندئذ تُصبح الجريمة ثابتة من تاريخ الحمل وليس من تاريخ اثبات الزواج وتسجيله⁽¹⁾، ولا يُعتدّ في هذه الحالة بترك الزوجة محل إقامة الزوج بل يشترط أن يكون الزوج هو الذي يغادر مقر إقامة الأسرة ولمدة شهرين على الأقل، كما يقتضي الأمر في هذه الحالة وجود حمل ثابت لدى الزوجة التي تم التخلي عنها وعلم زوجها به، يضاف إلى كل ذلك توفّر نية الزوج ترك زوجته الحامل عمداً دون سبب جدّي يدفعه إلى ذلك.

مع الإشارة إلى أنه بالنسبة للحالتين المذكورتين آنفاً، لا تتم المتابعة الجزائية إلا بناء على شكوى من الزوج المتروك، مع إمكانية إنهاء المتابعة الجزائية بمجرد صفح الضحية.

الحالة الثالثة: يتطلّب توقّف ركنها المادي ثلاثة عناصر، الأوّل هو صفة الأب أو الأم باعتبارهما والدي الطفل، وهو ما يطرح اشكالا من حيث بقية الأشخاص المعنيين برعاية الأطفال كالكفيل مثلاً أو الوصي أو غيرهما، من حيث تطبيق نص المادة المذكورة عليهما أم اقتصار الأمر على الأب والأم دون غيرهما كما يظهر من نص المادة.

والعنصر الثاني هو وقوع أفعال الإهمال المذكورة في المادة 3/330 المتمثلة على وجه الخصوص في تعريض صحتهم وأمنهم للخطر، من خلال إهمال رعايتهم الصحيّة أو إساءة معاملتهم وضربهم

⁽¹⁾ احسن بوسقيعة-المرجع نفسه ص 159.

أو تعريض أخلاقهم للخطر من قبيل المثل السيء المقدم إليهم، كاعتياد ادمان الخمر والمخدرات وممارسة الأعمال غير الأخلاقية أمامهم، أو اهمال الاشراف عليهم من خلال طردهم إلى الشارع دون مراقبة، وذلك سواء قُضي بإسقاط السلطة الأبوية عليهم أو لم يقض بذلك، والعنصر الثالث لتكتمل الجريمة هو ترتيب نتيجة تتمثل في تعريض صحة الأطفال أو أخلاقهم لخطر جسيم، يضاف إلى كل ذلك الركن المعنوي الذي يتضمّن القصد الجنائي لقيام الجريمة⁽¹⁾.

ب- تجريم عدم اعالة الأسرة:

تعتبر التغذية والكسوة والعلاج والمأوى من الأمور التي لا يمكن للطفل الاستغناء عنها، وتندرج في إطار ما يصطلح عليه بالنفقة الواجبة على رب الأسرة، سواء كانت العلاقة الزوجية قائمة أو لا⁽²⁾، ولضرورتها لحياة الطفل وحرصا على عدم انقطاعها أو التهاون في آدائها، أدرج قانون العقوبات تجرّما خاصا بهذه النفقة في نص المادة 331 منه، وذلك في حال الامتناع عن آدائها من الملزم بها- وهو عادة الأب- إلى مستحقيها وهم الزوجة والأولاد.

وأساس جنحة الامتناع عن أداء النفقة هو الدّين المحكوم به قضاءً، والذي يشمل وفقا للمادة 78 من قانون الأسرة العناصر الأربعة المذكورة آنفا وهي الغذاء والكسوة والعلاج والمسكن، زيادة على كل ما يعتبر ضروريا في العادة والعرف، غير أن اجتهاد المحكمة العليا الجزائرية في هذا الإطار يتّسم بالتذبذب، والتناقض في أحيان أخرى في ضلّ عدم الاستقرار على مفهوم النفقة بين النص العربي للمادة 78 من قانون الأسرة والنص الفرنسي الذي يحصر النفقة في الغذاء.

وتُثار في هذه الحالة إشكالية النص الأصلي الواجب العودة إليه في حال وجود تناقض، وعلى العموم يمكن القول أن ما كان معمولا به قبل سنة 2006 هو الأخذ بمفهوم النص الفرنسي للنفقة الذي يحصرها في النفقة الغذائية وحدها لكن بعد صدور القرار رقم 380958⁽³⁾ تم العمل

⁽¹⁾ احسن بوسقيعة-الوجيز في القانون الجزائري الخاص ص 461-462.

⁽²⁾ راجع المادتين 75 و78 من قانون الأسرة.

⁽³⁾ الصادر عن الغرفة الجزائرية للمحكمة العليا بتاريخ 26-4-2006، مجلة قضائية رقم 04.

بالمفهوم الواسع للنفقة بكل عناصرها السابق بيانها⁽¹⁾.

ويكون الدّين المحكوم به في جنحة الامتناع عن أداء النفقة في حال قيام العلاقة الزوجية أو حتى بعد الطلاق، فلا تسقط في هذه الحال نفقة الأطفال وتستمر إلى غاية البلوغ للذكور وإلى غاية زواج الاناث وفقا للمادة 75 من قانون الأسرة، عكس نفقة المطلقة التي تسقط يوم النطق بالحكم⁽²⁾، كما يتوجب أن يكون الدين ثابتا بحكم نهائي أو حائزا على أمر بالتنفيذ المعجل من القاضي، وأن يتم تبليغه للملزم بالنفقة وفقا للإجراءات القانونية.

ويتلخص الركن المادي للجريمة المذكورة في المادة 331 ق ع، في عدم دفع مبلغ النفقة المحكوم به كاملا لمدة شهرين متتاليين بداية من تاريخ تبليغ الحكم القاضي بأداء النفقة، غير أن تنفيذ الحكم في هذه الحالة لا يتم إلا بعد تبليغه وفق للأشكال المنصوص عليها في المادة 406 ق ا م إ، وكذا بعد استيفاء آجال المعارضة والاستئناف، أو عن طريق النفاذ المعجل المنصوص عليه في المادة 609 من ق ا م إ والذي لا توقفه المعارضة أو الاستئناف⁽³⁾.

أما الركن المعنوي فيتمثل في اتجاه إرادة المدين بالنفقة إلى الامتناع عن آدائها مستحقيها للمدة المذكورة بعد تبليغه الحكم، واعتبر المشرع أن عدم دفع النفقة عمدي ما لم يثبت العكس، حيث يقع عبء الإثبات على الأب الملزم بها، كما أنه لا يعتبر اعسار الأب بسبب سلوكه السيء عذرا مقبولا حسب نص المادة 331 ق ع، ولا تسقط المتابعة القضائية إلا في حال كان ذلك الامتناع لسبب خارج عن إرادته، غير أن عبء الإثبات يقع على المتهم لأن التخلّي عن الدفع يفترض فيه العمد. وتسلب على الممتنع عن النفقة عقوبة الحبس من 06 أشهر إلى 3 سنوات وغرامة من 50 إلى 300 ألف دينار، وقد اعتبرت المحكمة العليا-إمعانا في حماية الطفل- جريمة الإهمال العائلي جنحة مستمرة، ما يعني أنها لا تتقادم، وأن تماطل الزوج في دفع النفقة المحكوم بها عليه لصالح

⁽¹⁾ أنظر في تفصيل الموضوع احسن بوسقيعة-الوجيز في القانون الجزائي الخاص ص 164.

⁽²⁾ قرار المحكمة العليا رقم 366196 الصادر بتاريخ 26-7-2006.

⁽³⁾ أنظر احسن بوسقيعة-الوجيز في القانون الجزائي الخاص 169-170.

زوجته وأولاده، يُبقي التهمة مستمرة عليه إلى غاية التخلّص التام من دفع المبالغ التي عليه⁽¹⁾، وأشارت الفقرة 3 من المادة 331 من ق ع إلى أن صفح الضحية ودفع المبالغ المستحقة يضع حدًا للمتابعة الجزائية، وذلك حفاظا على تماسك الأسرة خدمة للأطفال بالدرجة الأولى، مع الإشارة إلى أن المادة 332 ق ع أجازت إضافة عقوبة الحرمان من الحقوق الواردة في المادة 14 من قانون العقوبات لمدة تتراوح من سنة واحدة إلى 5 سنوات.

ثانيا-تجريم ترك الطفل وتعريضه للخطر:

يتناقض اهمال وتعريض الطفل للخطر مع واجب حمايته ورعايته الواقع على المكلفين بالولاية أو الوصاية عليه وحضانته، ومن الصور التي ذكرها القانون في هذا الشأن ترك الطفل في مكان خالٍ أو عامر بالناس بما يجعله عُرضة لمختلف الأخطار الجسدية والنفسية، وكيف المشرّع ذلك تحت وصف جريمة ترك الطفل وتعريضه للخطر المذكورة في المادتين 314 و316 ق ع، والتي يتطلّب ثبوتها قضاءً فعل ترك الطفل في مكان خالٍ من الناس ولو كان مدخل ملجأ أو مؤسّسة خيرية أو مسكن، أو حمل الغير وتحريضه على مثل تلك الأفعال وهو الركن المادي، بالإضافة إلى قصد الجاني إلى ترك الطفل بما يعرضه للخطر وهو الركن المعنوي، لكنّ مثل هذه الجريمة مرتبطة ارتباطا وثيقا بما ينتج عنها وليس فقط بالقصد الجنائي.

ولدى ثبوت التهمة تختلف العقوبة وفقا لمكان ارتكابها، فإذا تمت في مكان خالٍ من الناس تسلّط عقوبة الحبس من سنة إلى 3 سنوات، وإذا تسبّب ذلك الفعل في مرض أو عجز كلي للطفل لمُدّة تتجاوز 20 يوما، فترفع مدّة الحبس من سنتين إلى 5 سنوات، أما إذا حدث للطفل بتر أو عجز في أحد الأعضاء أو أصيب بعاهة مستديمة، فيُسجن الفاعل من 5 إلى 10 سنوات، وإذا تسبّب الفعل في الموت عقوبة السّجن من 10 إلى 20 سنة.

وهذا التشديد المرتبط بمكان الجريمة وجسامة الضرر الذي يلحق بالطفل، يتبعه تشديد آخر يتعلّق بالجاني، فإذا كان أحد أصول الطفل أو ممن لهم سلطة عليه أو يتولون رعايته، ترفع العقوبة

⁽¹⁾القرار رقم 23000 الصادر بتاريخ 1982/06/01-نشرة القضاء ج 1 لسنة 1987.

وفق المادة 315 ق ع إلى الحبس لمدة تصل خمس سنوات في حال لم تؤدّي الجريمة إلى أي اضرار بالقاصر، وإلى 10 سنوات سجنا في حالة أصيب الطفل بعجز كلي لمُدّة تتجاوز 20 يوما، ومن 10 إلى 20 سنة سجنا في حال بتر أو عجز أحد أعضاء الطفل أو أصيب بعاهة مستديمة، وإلى السجن المؤبد إذا تسبّب ارتكاب الجنحة في موت الطفل.

أما في حال وفاة الطفل مع توافر نية إحداثها، فنكون بصدد الحالة المذكورة في المادة 318 ق ع ونطبّق العقوبة المذكورة في المواد 261، 262 و 263 ق ع، وهي عقوبة الإعدام، مع استثناء تخفيف العقوبة في حالة الأم بالسجن المؤقت من 10 إلى 20 سنة.

وإذا ارتكبت جريمة ترك الطفل في مكان غير خال من الناس وفق المادة 316، تخفّف العقوبة الأصلية إلى الحبس من 3 أشهر إلى سنة، وإذا تسبّب في عجز للطفل لمدة تفوق 20 يوما تخفض إلى الحبس بين 6 أشهر وستين، وإلى الحبس بين سنتين وخمس سنوات إذا حدث للطفل عجز في أحد الأعضاء أو أصيب بعاهة مستديمة، وإلى السجن من 5 إلى 10 في حالة وفاة الطفل، مع تشديد العقوبات السابقة في حال كان الجاني من الأصول أو ممن يرعون الطفل⁽¹⁾.

مع الإشارة إلى أن التفريق بين ترك طفل وحده في مكان خال من الناس وفقا للمادتين 314-315 ق ع، وبين أن يتم ذلك في مكان غير خال من الناس حسب المادتين 316-317⁽²⁾،

⁽¹⁾ تتمثل العقوبة في هذه الحالة وفقا للمادة 317 بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين إذا لم يصب الطفل بأذى، بالحبس من سنتين إلى 5 سنوات في حال نشأ عجز للطفل تتعدى مدته 20 يوما، والسجن من 5 إلى 10 سنوات إذا بتر عضو الطفل أو حصل له عجز فيه أو عاهة مستديمة، والسجن من 10 إلى 20 سنة إذا توفي الطفل.

⁽²⁾ من ترك طفلا أو عاجزا غير قادر على حماية نفسه أو عرضه للخطر في مكان غير خال من الناس أو حمل الغير على ذلك يعاقب بمجرد هذا الفعل بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة، وإذا نشأ عن الترك أو التعريض للخطر مرض أو عجز آلي لمدة تجاوز عشرين يوما فيكون الحبس من ستة أشهر إلى سنتين، وإذا حدث للطفل أو للعاجز بتر أو عجز في أحد الأعضاء أو أصيب بعاهة مستديمة فتكون العقوبة هي الحبس من سنتين إلى خمس سنوات، وإذا أدى ذلك إلى الوفاة فتكون العقوبة هي السجن من خمس إلى عشر سنوات، فيما تنص المادة 317 ق ع أنه إذا كان مرتكب الحادث من أصول الطفل أو العاجز أو ممن يتولون رعايته فتكون العقوبة كما يأتي: - الحبس من ستة أشهر إلى سنتين في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 316،

- الحبس من سنتين إلى خمس سنوات في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة المذكورة،

- السجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة المذكورة،

- السجن من عشر سنوات إلى عشرين سنة في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من المادة المذكورة.

وتشديد العقوبة في الحالة الأولى حيث تصل إلى الحبس لمدة ثلاثة سنوات كاملة وخففها في الثانية بحيث لا تتعدى سنة حبسا بدون ظروف التشديد، يرجع إلى أن ترك الطفل في مكان خالٍ يجعله حتماً عُرضة لكل المخاطر ويهدد حياته بشكل شبه أكيد، في حين أن تواجده في مكان فيه الكثير من الناس يقلل من تلك الأخطار بنسبة كبيرة ويزيد من فرص حصوله على المساعدة.

كما أقر المشرع معاقبة من حرّض على فعل ترك الطفل وتعرضه للخطر، حيث جاء في المادة 320 ق ع تجريم كل من حرّض الأبوين أو أحدهما على التخلي عن طفلها بدافع الحصول على فائدة، وكل من تحصّل من أبوين أو من أحدهما على عقد يتعهدان بمقتضاه بالتخلي عن طفلها، وكل من قدّم وساطته للحصول على طفل بنية التوصل إلى فائدة، وفي هذه الحالات جميعاً تُسلط عقوبة الحبس من شهرين إلى ستة أشهر وغرامة من 500 إلى 20 ألف دينار، وتشير هذه الحالة إلى المتاجرة بالأطفال بغرض الحصول على مقابل مادي، ما سنتطرق له لاحقاً.

البند الثاني: حماية الطفل من ظاهرة التشرد

ينتج تشرد الأطفال بالأساس عن ترك عائلاتهم ومدارسهم دون أن يجدوا ملجأً أو عملاً منتظماً يوفر لهم العيش الكريم، ما يدفع لاستغلالهم في أعمال تحطّ من كرامتهم أو تزج بهم في تصرفات إجرامية، ورغم عمل المجتمع الدولي على وضع اتفاقيات ومعاهدات تلزم الأسر والدول بالحدّ من ظاهرة التشرد، إلا أن ظروف الحرب والنزاعات وانتشار الفقر تساهم كلّها في زيادة معدّلات التشرد وسط الأطفال⁽¹⁾.

أولاً- الوقاية من التشرد:

تعتبر الأسرة خطّ الدفاع الأول لحماية الطفل من التشرد، وذلك سواء في بداية نشوئها وقبل ميلاد الطفل، أو بعد الزواج ومجيء الطفل إلى الحياة، لذلك يضطلع القانون برعايتها وحمايتها من كل ما يهددها.

⁽¹⁾ تم تعيين ممثل أممي سنة 1992 لدراسة أسباب وعواقب التشريد الداخلي، توصل إلى أن الظاهرة تمس أكثر من 25 مليون شخص عبر العالم، وتم بعدها اعداد ما يعرف بالمبادئ التوجيهية بشأن التشريد الداخلي سنة 1998 واعتمدها لجنة حقوق الانسان الأممية في دورتها الثالثة والخمسين، أنظر عروبة جبار الخزرجي-مرجع سابق ص 267 إلى 270.

وقد رسم المشرع الجزائري الإطار والمبادئ العامة التي يفترض أن تتأسس عليها الأسرة التي ينمو فيها كل طفل نموا سليما ومتكاملا، حيث أوضح في المادة الثانية من قانون الأسرة أن الخلية الأساسية للمجتمع هي: "الأسرة التي تتكوّن من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة"، وأضاف في المادة الثالثة من ذات القانون أن الأسرة تعتمد على: "الترباط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية".

ذلك أن من أهم أسباب تشرد الأطفال، أن يولدوا خارج الإطار الأسري أو ما يصطلح عليه بمجهولي النسب، حيث يجدون أنفسهم في الشارع دون أدنى حدّ من الرعاية ليكونوا عرضة لمختلف الآفات الاجتماعية وأشكال الانحراف، لذا يحظر القانون في الجزائر -تماشيا مع قواعد الشريعة الإسلامية- إنجاب الأطفال خارج إطار الأسرة التي تنشأ بطريق الزواج الشرعي، وبذلك ينسبون إلى الأب وما ينتج عن ذلك من إلزامه والأم بتوفير الوسط المعنوي والمادي الضروريين لنموهم بعيدا عن كل أخطار الشارع، حيث أن النسب لا يثبت إلا عن طريق الزواج الصحيح وفق المادة 40 من قانون الأسرة.

فإذا وُلد الأطفال من أبوين مجهولين، يحرص القانون على توفير وسط أسري بديل لهم للحيلولة دون ضياع مستقبلهم وتعرضهم لأخطار التشرد، وهم الذين أطلق عليهم قانون الحالة المدنية الجزائري مصطلح اللقطاء⁽¹⁾، إذ يُمنح هؤلاء الاسم والجنسية طبقا للمادة 4/64 ق ح م: "يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصريح أية أسماء"، كما يضمن قانون الجنسية من جهته للطفل اللقيط الحصول على الجنسية الجزائرية بموجب نص المادة 7 منه⁽²⁾، أما المادة 67 ق ح م فأكدت ضرورة التصريح بهؤلاء الأطفال، حيث: "يتعيّن على كل شخص وجد مولودا حديثا أن يصريح به

(1) الأمر رقم 20/70 مؤرخ في 19 فيفري سنة 1970 المتعلق بقانون الحالة المدنية-الجريدة الرسمية عدد 21.

(2) والتي تؤكد حصول كل طفل ولد في الجزائر على الجنسية الجزائرية، سواء ولد من أبوين مجهولين أو من أب مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاد دون بيانات أخرى تمكن من إثبات جنسيتها، كما يُعتبر الولد الحديث العهد بالولادة والذي عُثر عليه في الجزائر مولودا فيها ما لم يثبت ما يخالف ذلك.

إلى ضابط الحالة المدنية"⁽¹⁾، وهو ما يندرج في إطار حماية الأطفال من ممارسات الاتجار والاستغلال غير المشروع بتوفير غطاء الحماية القانونية، ويشار أيضا إلى حق الطفل اللقيط في أن ينسب لوالديه من خلال النصوص الواردة في قانون الأسرة⁽²⁾.

و بالإضافة إلى الاسم والجنسية والنسب، حرص القانون على توفير وسط بديل أو شبيه بالأسرة لهؤلاء الأطفال، حيث أنشأت الجزائر العديد من دور رعاية الأطفال اللقطاء، أو ما يطلق عليها بدور الطفولة المسعفة، وذلك بموجب المرسوم رقم 80-83 المؤرخ في 15 مارس 1980، والتي تستقبل هؤلاء الأطفال من المستشفيات أو من مراكز الشرطة.

ويضاف إلى ذلك إقرار القانون نظام الكفالة المستوحى من الشريعة الإسلامية كبديل عن نظام التبني⁽³⁾، بغية اتاحة الاعتناء بالطفل اللقيط وتوفير جو أسري يحميه من قسوة الشارع ويوفّر له بعض الرعاية العاطفية على وجه الخصوص، حيث أن الكفيل يقوم وفقا للمادة 116 من قانون الأسرة برعاية الطفل اللقيط على وجه التبرّع، فيما يتعلّق بنفقته وتربيته بنفس الطريقة التي يرضى بها الأب ابنه.

ثانيا-الحماية الجنائية من التشرد:

يمكن استخلاص مفهوم التشرد في قانون العقوبات من خلال المادة 196، التي أوضحت أن المتشرد هو كل شخص ليس له محل إقامة أو وسائل تعينه على التعيش كممارسة حرفة أو مهنة،

⁽¹⁾وفقا للمادة 67 من قانون الحالة المدنية، التي أضافت أنه إذا لم تتوفر الرغبة عند من وجد الطفل في التكفل به، فيتوجب عليه تسليمه إلى ضابط الحالة المدنية، حيث يحتر محضرا مفصّلا يبيّن فيه تاريخ ومكان وظروف التقاط الطفل والسّن الظاهري وجنس الطفل، وأية علامة يمكن أن تسهل التعرّف إليه، وكذا السلطة أو الشخص الذي عهد به إليه ويسجل المحضر بهذا التاريخ في سجلات الحالة المدنية، ويعدّ ضابط الحالة المدنية عقدا منفصلا يكون بمثابة عقد الميلاد ويذكر فيه جنس الطفل وكذا الأسماء واللقب المعطاة له، كما يحدّد فيه تاريخ ميلاد يطابق سنّه الظاهري وتعيين البلدية التي وجد فيها الطفل مكان ولادته.

⁽²⁾حيث أوضح نص المادة 40 منه على حق اللقيط في الحصول على النسب من خلال الإقرار من والديه أو البيّنة، كما أكدت المادة 44 حق اللقيط في الحصول على النسب من خلال الإقرار ببنوة مجهول النسب، حيث تنص أنه "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل والعادة"، ما يشير إلى أنه يمكن لأب اللقيط أو لأمّه أن ينسبها إليهما بمجرد الاعتراف والإقرار بكونه ابنتهما، وقد جعل المشرع هذا الإقرار جائزا حتى ولو كان المقر في مرض الموت.

⁽³⁾أكدت المادة 119 من قانون الأسرة إمكانية كفالة الطفل لمجهول النسب.

بشرط أن لا يكون ذلك بسبب عجزه عن العمل، وأن يثبت سعيه للحصول على عمل من خلال تقديم طلب للحصول عليه وأن لا يكون قد رفض أيضا عملا بأجر حين عرض عليه⁽¹⁾.

غير أن هذه المادة لا تنطبق على القاصر بالنظر إلى صغر سنّه وعدم تحميله المسؤولية عن تلك الأفعال⁽²⁾، ويندرج التشردّ الذي يكون الطفل عُرضة له فيما يصطلح عليه بالخطر المعنوي الذي يشمل عدة أخطار تهدّد الطفل في حال لم يحم والداه أو من ينوب عنهما برعايته وتربيته والحفاظ عليه.

وقد وسّع القانون 12-15 في المادة الثانية منه من الحالات التي يعتبر فيها الطفل في حالة خطر -ومنها تعريضه للتشردّ- بحيث يشمل ذلك الخطر الحال أو الخطر المحتمل أو حتى الخطر البعيد الذي من شأنه أن يؤثّر على مستقبل الطفل، وكل طفل يتعرّض لأي نوع من الأخطار التي تهدّد صحّته أو أخلاقه أو أمنه، وأيضا الطفل الذي تكون ظروفه المعيشية وبيئته وسلوكه هي السبب في تعريضه لتلك الأخطار الجسدية والنفسية والأخلاقية، ولم يكتف المشرع بهذه القاعدة العامة ليوضّح معنى المصطلح، بل ذكر فضلا عن ذلك بعض الحالات على سبيل المثال، منها حالة فقدان الطفل لوالديه وبقاؤه دون سند عائلي، وكذا الطفل في حالة إهماله من أبويه أو تعرّضه للتشردّ أو التسوّل به، وبذلك يخضع الطفل المشردّ أو المعرض للتشريد للحماية العامة وفقا للقانون 12-15 لكونه ضحية لهذه الظاهرة.

⁽¹⁾ ويبدو أن المشرع قد ذهب في هذه الحالة إلى تجريم فعل التشردّ بمجرد قيامه وحتى قبل أن يترتب عليه أي فعل أو إساءة أو ضرر، وبذلك تصنّف جريمة التشردّ على أنها من "جرائم السلوك البحت"، التي تقوم بمجرد ارتكاب الفعل المحرّم ولو لم يترتب عليه أي نتيجة أو ضرر، وهو الأسلوب الذي يلجأ إليه المشرع غالبا في حال حرصه على التدخل القبلي لمنع وقوع بعض النتائج الخطيرة على أمن المجتمع والممتلكات والأشخاص، أنظر مقال ليلي جمعي - الآليات القانونية لحماية أطفال الشوارع في التشريع الجزائري - مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية العدد 9 لسنة 2013 ص 73.

⁽²⁾ ووفقا لقانون حماية الطفل 12-15، فالطفل غير مسؤول جزائيا قبل العاشرة وإلى غاية سن 13 سنة يخضع لتدابير الحماية والتهذيب، ومن 16 إلى 18 سنة يخضع لعقوبات مخفّفة، المواد 56، 57 و58 من قانون حماية الطفل.

المطلب الثالث: حماية الطفل من أشكال الاستغلال

كان الهدف الرئيس لإقرار اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، حمايته من جميع أشكال الإساءة والاستغلال، وأوضحت الاتفاقية أهم أشكال الإساءة المحتملة للطفل والأضرار المترتبة عنها⁽¹⁾، فذكرت العنف البدني والإساءة والإهمال والاستغلال الجنسي، وكذا الإساءة الواقعة من أقرب الناس إلى الطفل وهم أبواه حيث شددت في حظر تلك الأفعال، وألزمت الدول الأعضاء بوضع تدابير تشريعية وإدارية وتعليمية لوقاية الطفل ومعالجته من آثار ما خضع له، وعند الاقتضاء وضع برامج خاصة لدعم تلك الفئة من الأطفال من خلال الوقاية وتحديد حالات الإساءة والتحقيق بشأنها ومعالجتها وفقاً لما ينص عليه القانون.

وفي الحالات التي يتم فيها اتخاذ قرار حرمان الطفل بصورة مؤقتة أو دائمة من أبويه وأسرته اعتباراً لمصلحته الفضلى، يستفيد من رعاية ومساعدة خاصتين، ومنها الرعاية البديلة على غرار نظام الكفالة في الشريعة الإسلامية، فضلاً عن المؤسسات التي تنشؤها الدولة لرعاية هؤلاء الأطفال، على أن يتم في جميع الأحوال احترام الخلفية الدينية والثقافية والعرقية للطفل محل تلك التدابير⁽²⁾.

الفرع الأول: الحماية من الاستغلال الاقتصادي

البند الأول: تشغيل الطفل

يتعرّض الأطفال في جميع بلدان العالم إلى الاستغلال الاقتصادي، سيما من خلال استخدامهم في أعمال لا تتناسب مع قدراتهم وخصوصياتهم الجسدية والنفسية، وفي ظروف تهدد صحتهم وأخلاقهم، على حساب حقهم في التعليم والدراسة والتمتع بأوقات الفراغ، ونيل قسط من الترفيه وفقاً لما يقتضيه سنهم.

و في هذا السياق تنص اتفاقية حقوق الطفل التي اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة في

⁽¹⁾ راجع المادة 19 من الاتفاقية.

⁽²⁾ راجع المادة 20 من اتفاقية حقوق الطفل 1989.

20 نوفمبر 1989⁽¹⁾ في المادة 32 أن: "من حق الطفل حمايته من الاستغلال الاقتصادي ومن أداء عمل يرحح أن يكون خطيرا، أو يمثل إعاقة لتعليمه أو يكون ضارا بصحته، أو بنموه البدني أو العقلي أو الروحي أو المعنوي أو الاجتماعي".

كما صادقت الجزائر على الاتفاقية التي اعتمدها منظمة العمل الدولية بشأن حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال، وهي التي تحدّد مفهوم الأعمال التي يستغل فيها الأطفال، بغية العمل على الحدّ منها وحظرها بتضمين التشريع الدولي والوطني إجراءات وتدابير فعّالة، وترتيب عقوبات على المخالفين لتلك القواعد⁽²⁾.

ولا يقتصر مفهوم "أسوأ أشكال عمل الأطفال" على الاستغلال الاقتصادي للأطفال في العمل فقط حسب المادتين 02 و03 من الاتفاقية المذكورة، بل يتعدّى ذلك إلى أشكال أخرى كالرق والعبودية والممارسات الشبيهة بهما، وبيع الأطفال والاتجار بهم واستغلالهم في النزاعات المسلحة وفي أنشطة الدعارة وفي إنتاج المواد والعروض الإباحية، واستعمالهم في إنتاج المخدرات والاتجار فيها، وكل الأعمال التي تشكّل خطرا على صحة الأطفال وسلامتهم أو أخلاقهم، وهذا فضلا عن المفهوم التقليدي الذي يتضمّن كل أشكال استخدام الأطفال في العمل القسري أو الاجباري.

ونبّهت الاتفاقية إلى إشكالية أساسية تعدّ السبب الرئيس في استغلال الأطفال في أسوأ أشكال العمل، وهي ظاهرة الأمية والفقر، وحثّت على العناية والوقاية منها، وتوفير المساعدة للأطفال الذين سبق وتعرّضوا لأسوأ أشكال العمل وتم انقاذهم منها، بالعمل على إعادة ادماجهم وضمان حصولهم على التعليم المجاني أو التدريب المهني، وبذل عناية خاصة بالفتيات وفقا للوضع الذي يميّزهن⁽³⁾.

⁽¹⁾ والتي صادقت عليها الجزائر سنة 1992 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 19 ديسمبر سنة 1992، الجريدة الرسمية رقم 91 المؤرخة في 23 ديسمبر 1992، كما صادقت الجزائر أيضا على جملة من الاتفاقيات الدولية الهادفة لحماية حقوق الطفولة، ومنها المصادقة سنة 2002 على البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في المنازعات المسلحة، وسنة 2006 على كل من البروتوكول الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية، وعلى الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته.

⁽²⁾ وهي الاتفاقية رقم 182 بشأن حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال والإجراءات الفورية للقضاء عليها، المعتمدة خلال المؤتمر الدولي للعمل سنة 1999، وذلك خلال الدورة الـ87 لمنظمة العمل الدولية سنة 1999.

⁽³⁾ راجع المواد 6، 7 و8 من اتفاقية حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال والإجراءات الفورية للقضاء عليها.

ومن جهته عمل المشرع الجزائري على ضمان حماية القاصر من استغلاله غير الشرعي في العمل والتشغيل، وتأمين حقّه في الراحة وممارسة النشاطات الملائمة لسنّه، كما هو الحال لدى اشتراط بلوغ الطفل سنّا معينة لتشغيله، فضلا عن حمايته من ظروف العمل غير الملائمة والحصول على رخصة من وليّه الشرعي.

وفي هذا السياق، أقر القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل⁽¹⁾، أنه لا يمكن في أي حال من الأحوال أن يقلّ العمر الأدنى للتوظيف عن 16 سنة، مع استثناء الحالات الواردة في إطار عقود التمهيّن من هذه القاعدة، وحظر أيضا توظيف القاصر إلا بناء على رخصة من وليّه الشرعي، زيادة على حماية الطفل من الشروط غير الملائمة للعمل مهما كان سنّه مادام قاصرا، سيما منع استخدام القاصر في الأشغال الخطيرة أو التي تنعدم فيها النظافة أو تضرّ بصّحته أو تمس بأخلاقه.

فيما شدّدت المادة 17 من القانون 90-11 على حماية القاصر العامل الذي تجاوز 16 سنة من العمر، من أي تمييز في مجال الشغل أو الأجرة أو ظروف العمل، وفي هذا الشأن تعتبر كل الأحكام المنصوص عليها في الاتفاقات الجماعية أو عقد العمل باطلة وعديمة الأثر، إذا تضمنت تمييزا على حساب سن القاصر العامل، ولا يجوز حسب المادة 28 من ذات القانون تشغيل العمال من كلا الجنسين في أيّ عمل ليلي إذا كان عمرهم يقل عن 19 سنة كاملة، ويقصد بالعمل الليلي ذلك الذي يمتد من الساعة التاسعة ليلا إلى غاية الساعة الخامسة صباحا.

ورتب القانون أحكاما جزائية لحماية الطفل من ظروف التشغيل غير المناسبة لسنّه، حيث فرض عقوبات على المخالفين تتراوح من الغرامة المالية إلى عقوبات سالبة للحرية، وأقرت المادة 140 من القانون 90-11، غرامة مالية من 1000 إلى 2000 دينار، على كل مستخدم يوظّف عاملا قاصرا لم يبلغ السن التي حدّدها المادة 15 من ذات القانون بـ 16 سنة كاملة، مع استثناء حالات التشغيل المنصوص عليها قانونا في إطار عقود التمهيّن.

⁽¹⁾ المادة 15 من القانون رقم 90/11 المتعلق بعلاقات العمل المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق لـ 21 أبريل 1990.

وذهب المشرع إلى تسليط عقوبة الحبس من 15 يوماً إلى شهرين في حالة العود، دون المساس بالغرامة التي يجوز للقاضي أن يرفعها إلى الضعف، كما يعاقب كل من خالف أحكام هذا القانون بغرامة تتراوح من 2 إلى 4 آلاف دينار، والتي تطبق كلما تكررت المخالفة⁽¹⁾.

فيما يُعاقب كل تمييز ضد العامل القاصر في ظروف العمل بناء على سنّه، إذا وقّع المستخدم هذه الأحكام في اتفاقية جماعية أو اتفاق جماعي للعمل، حيث تُسلط غرامة تصل إلى 5 آلاف دينار، وفي حالة العود تشدّد العقوبة لتصل إلى 10 آلاف دينار، إضافة إلى الحبس مدة ثلاثة أيام أو بإحدى هاتين العقوبتين، ويعاقب كل من يُشغّل الطفل في عمل ليلي بغرامة من 500 إلى 1000 دينار، حيث تطبق العقوبة عند كل مخالفة، وتكرّر بحسب عدد العمال المعنيين⁽²⁾.

وتمتد الحماية القانونية للطفل من ظروف العمل والتشغيل غير الملائمة له لتشمل أيضاً قانون الوظيفة العمومية⁽³⁾، حيث لا يتم التوظيف في إطار الوظيفة العمومية دون توفر شروط السنّ والقدرة البدنية وباقي المؤهلات الأخرى لشغل الوظيفة، وتحدّد السنّ الدنيا للالتحاق بوظيفة عمومية بـ18 سنة كاملة.

البند الثاني: استغلال الطفل في التسوّل

أولاً- تجريم التسوّل بمفهومه العام:

يتضمّن التشريع الجزائري عدّة نصوص تسعى للتقليل أو الحدّ من انتشار ظاهرة تسوّل الأطفال في الشوارع، وحمايتهم منها وما ينجّر عنها من مخاطر عديدة.

لكن وجب الإشارة في البداية إلى أن قانون العقوبات في المادة 195، اعتبر أن التسوّل المحظور هو الذي يقترن بالاعتیاد أولاً، وبأن لا يكون للشخص المتسوّل وسائل يمكنه التعيّش منها أو كان بإمكانه العمل بأية طريقة مشروعة ثانياً، ما يعني أنه يُستثنى من دائرة العقاب كل من

⁽¹⁾ الفقرة الثانية من المادة 140 والمادة 141 من قانون العمل.

⁽²⁾ المادتان 142 و143 من قانون العمل.

⁽³⁾ راجع المادتين 75 و78 من القانون 06-03 المؤرخ في 19 جمادى الثانية 1427 الموافق لـ 15 جويلية سنة 2006، المتضمّن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.

مارس التسوّل بصفة استثنائية أو ظرفية، وكذلك إذا لم يكن للشخص المتسوّل وسيلة أخرى تمكّنه من التكبّب الشرعي.

غير أن العقوبة على فعل التسوّل وفقا لنص المادة 195 ق ع⁽¹⁾، لا تنطبق على الأطفال دون 18 سنة، بل تستهدف البالغين الذين تنطبق عليهم الشروط السابق ذكرها، في حين أُلغيت المادة 196 ق ع التي كانت تُخضع الأطفال دون 18 سنة لتدابير الحماية والتهذيب المنصوص عليها في المادة 444 ق إ ج⁽²⁾، وفي المقابل أقر قانون العقوبات المسؤولية الكاملة على البالغين الذين يتسبّبون في تسوّل القاصر⁽³⁾، حيث سلّط عقوبة تصل إلى سنتين حبسا على كل من يتسوّل بقاصر لم يكمل 18 سنة أو يعرضه بأي طريقة كانت للتسوّل، وأمّن المشرع في حماية القاصر حين جعل العقوبة مضاعفة في حال كان الفاعل أحد أصوله أو شخص له سلطة عليه.

ثانيا- تجريم التسوّل باعتباره شكلاً من الاتجار بالأشخاص:

يندرج استغلال الغير في التسوّل ضد إرادتهم كشكل من أشكال الاتجار بالأشخاص⁽⁴⁾، وذلك قصد تشديد العقوبات على كل من يحاول استغلال الأطفال بأيّ طريقة كانت، بما في ذلك استغلال براءتهم في استجداء واستعطاف الناس قصد الحصول على الأموال، ويستتبع ذلك

⁽¹⁾ تتمثل في الحبس من شهر إلى ستة أشهر في حق كل من اعتاد ممارسة التسوّل رغم وجود وسائل التعيّش لديه أو كان بإمكانه الحصول عليها بالعمل أو بأية طريقة مشروعة أخرى.

⁽²⁾ تمّ الغاؤها بموجب القانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل، وكانت تنص على إجراءات تتلخّص في تسليم الطفل لوالديه أو لوصيّيه أو لشخص جدير بالثقة، أو تطبيق نظام الإفراج عنه مع وضعه تحت المراقبة، وضعه في منظمة أو مؤسسة عامة أو خاصة معدة للتهذيب أو التكوين المهني مؤهلة لهذا الغرض، وضعه في مؤسسة طبية أو طبية تربوية مؤهلة لذلك، وضعه في مصلحة عمومية مكلفة بالمساعدة، وضعه في مدرسة داخلية صالحة لإيواء الأحداث المجرمين في سن الدراسة.

⁽³⁾ بنص المادة 195 مكرر التي أضيفت بموجب القانون رقم 14-01 المؤرخ في 4 فيفري 2014 ج ر رقم 7 ص 5.

⁽⁴⁾ عرّفت المادة 303 مكرر 4 ق ع، مفهوم الاتجار بالأشخاص بأنه: "تجنيد أو نقل أو إيواء أو استقبال شخص أو أكثر بواسطة التهديد بالقوة أو باستعمالها أو غير ذلك من أشكال الإكراه، أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو استغلال حالة استضعاف أو إعطاء أو تلقّي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سلطة على شخص آخر بقصد الاستغلال، كما يشمل الاستغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي أو استغلال الغير في التسوّل أو السخرة أو الخدمة كرها أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء".

عقوبات أخرى أكثر شدة من تلك المشار إليها في المادة 195 من قانون العقوبات⁽¹⁾.

واعتبر القانون استغلال الأطفال في التسوّل مساويا لظاهرة الاسترقاق والاستعباد أو الممارسات الشبيهة بها، ما يُظهر إدراك المشرّع لحقيقة هذه الظاهرة وخطورتها ورغبته في حماية الأطفال بتشديد العقوبة على مرتكبيها.

ذلك أن الواقع يثبت أن الأطفال الذين يسهل استغلالهم في التسوّل سيكونون بلا شك فريسة سهلة لبقية أشكال الاستغلال الأخرى، سيما في إطار شبكات الاجرام المنظم.

وتشدد العقوبة الأصلية المتمثلة في الحبس من ثلاث إلى عشر سنوات بالإضافة إلى غرامة من 300 ألف إلى 1 مليون دينار في حق من يتسوّل بالغير، لتصل في حال كان الضحية طفلا إلى الحبس من 5 إلى 15 سنة، ويُرفع مبلغ الغرامة ليصل في هذه الحالة إلى 1.5 مليون دينار، وإذا كان مرتكب الأفعال السابقة من أصول الطفل أو كانت له عليه سلطة تُرفع العقوبة لتصل إلى السجن من 10 إلى 20 سنة وغرامة من 1 مليون إلى 2 مليون دينا⁽²⁾.

الفرع الثاني: حماية الطفل من الاختطاف والاتجار به

ربطت اتفاقية الطفل لسنة 1989 في المادة 35 منها، جريمة اختطاف الأطفال أو بيعهم أو الاتجار بهم، باستغلالهم في شبكات الدعارة وغيرها من أشكال الاستغلال غير المشروع، وألزمت الدول الأطراف تبعا لذلك باتخاذ التدابير الكفيلة بمنع ذلك.

⁽¹⁾ حيث ساوت المادة 303 مكرر 4 المذكورة سابقا في فقرتها الثانية بين ظاهرة استغلال الأطفال في ظاهرة التسوّل، وبين استغلالهم في شبكات الدعارة وكل أشكال الاستغلال الجنسي أو الخدمة كرها، انظر القسم الخامس مكرر من قانون العقوبات والمتضمن المواد من 303 مكرر 4 إلى 303 مكرر 15، تمت إضافته بموجب القانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009.

⁽²⁾ راجع المادتين 303 مكرر 4 و303 مكرر 5 ق ع، كما تم تشديد العقوبة في هذا النوع من الجرائم أيضا، من خلال عدم استفادة الجاني من ظروف التخفيف المنصوص عليها في المادة 53 من قانون العقوبات، وكذا إمكانية تطبيق عقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 9 من قانون العقوبات، وذلك وفقا للمادتين 303 مكرر 6 و303 مكرر 7 من قانون العقوبات، وما يمنع الأجنبي الذي حكم عليه بسبب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم، وفقا لنص المادة 303 مكرر 8 من الإقامة في التراب الوطني إما نهائيا أو لمدة عشر 10 سنوات على الأكثر.

وقد خصّص المشرّع الجزائري القانون 20-15 للوقاية من جرائم الاختطاف ومكافحتها⁽¹⁾، في بادرة تبدي الأهمية التي حازتها مكافحة هذه الجرائم التي استشرت في الجزائر خلال السنوات القليلة الماضية، ومست على وجه الخصوص فئة الأطفال، وهو القانون الذي تضمّن في 54 مادة تُكرّس سياسة وطنية شاملة للوقاية من تلك الجرائم ومكافحتها، وبذلك ألغيت الكثير من الأحكام الواردة في قانون العقوبات وتم استبدالها بأخرى وفقا للمادتين 52 و53 من القانون 20-15، وحظي الطفل في ظل هذا القانون بحماية متميّزة سواءً في إطار الأحكام الحماية العامة أو الخاصة بالأطفال.

وعرّفت المادة 2 من هذا القانون جرائم الاختطاف بأنها: "كل أفعال خطف الأشخاص أو القبض عليهم أو حبسهم أو حجزهم بدون أمر السلطات المختصة"، وذلك خارج الحالات التي يجيز أو يأمر فيها القانون بالقبض على الأشخاص، وهو التعريف الذي يُغني عن تعريفات فقهاء القانون سيما أنه لم يسبق للمشرّع أن وضع تعريفا واضحا للمعنى القانوني للاختطاف، سواءً في قانون العقوبات أو غيره من التشريعات ذات العلاقة.

البند الأول: حماية الطفل من الاختطاف وعدم تسليمه لأوليائه

أولا-الوقاية من جرائم الاختطاف:

أقرت المادة 5 من القانون 20-15 وجوب وضع استراتيجية وطنية بإشراك المجتمع المدني ووسائل الاعلام في إطار الوقاية من جرائم الاختطاف، وتسهر السلطات على تنفيذ تلك الاستراتيجية ومتابعتها بالتنسيق مع الأجهزة الأمنية المختصة، كما نصت المادة 6 على تضمين السياسة الجنائية تدابير وقائية من جرائم الاختطاف، وفي ذات السياق وضع آليات خاصة تهدف إلى الانذار والكشف المبكر عن جرائم الاختطاف، وكذا تسخير نظام معلوماتي لتحديد التدابير الضرورية للوقاية من الاختطاف، فضلا عن برامج تحسيسية وثقافية وأخرى إعلامية للتوعية بمخاطر الاختطاف وفق المادة 7.

⁽¹⁾الصادر في 15 جمادى الأولى عام 1442 هـ الموافق لـ 30 ديسمبر 2020 م، الجريدة الرسمية 81 لسنة 2020.

كما وضع المشرع على عاتق الأسرة مسؤولية حماية الطفل من العوامل التي قد تساهم في تعرّضه للاختطاف وفق المادة 8، في حين يستفيد ضحايا جرائم الاختطاف من تكفّل صحي ونفسي واجتماعي، وكذا بتسهيل لجوئهم إلى القضاء في إطار المساعدة القضائية حسب المادتين 9 و10. وبُغية توسيع دائرة الحماية من الاختطاف منح المشرع في المادة 21 للجمعيات والهيئات الوطنية الناشطة في مجال حماية الأطفال، الصفة القانونية للتأسيس كطرف مدني في جرائم الاختطاف، ما يعني إتاحة مبادرة هذه الهيئات والجمعيات بالتأسيس في تلك القضايا سيما في حال غياب أصحاب الصفة الأصليين وهم أولياء الطفل، وتمتد الحماية التي توفرها الدولة في إطار مكافحة الاختطاف إلى الجزائريين خارج التراب الوطني بمفهوم الحماية العامة الذي جاءت به المادتان 11 و12 من القانون 20-15.

ثانيا-الحماية من الاختطاف باستعمال العنف أو بدونه:

في ظل انتشار جرائم اختطاف الأطفال في الجزائر خلال السنوات الأخيرة، وتعدّدها وتكرارها بشكل أصبح يشكل هاجسا للأولياء والأسر خوفا على مصير أبنائهم، وبسبب عدم كفاية النصوص العامة التي تعالج تلك الجرائم، كان المشرع أمام حتمية التكيّف مع الوضع الجديد، وذلك بتعديل قانون العقوبات سنة 2014 لتشديد عقوبة اختطاف الأطفال وما يلحقهم من اعتداء على أجسادهم وأرواحهم، بهدف العقاب والردع، وتم إضافة المادة 293 مكرّر 1 التي حرمت مقترفي تلك الجريمة من الاستفادة من الظروف المخففة، غير أنه تم الغاؤها بعد ذلك بالقانون رقم 20-15 المتعلق بالوقاية من جرائم اختطاف الأشخاص ومكافحتها المؤرخ في 30 ديسمبر 2020⁽¹⁾، والذي تضمّن العديد من الأحكام الهادفة لوقاية وحماية الطفل من الاختطاف من جهة، وإلى التشديد في عقوبة مقترفي هذه الجريمة من جهة أخرى.

غير أنه قبل التطرّق لجريمة الاختطاف التي تتم عادة باستعمال العنف والتهديد، سنتطرّق في البداية لجريمة الاختطاف بدون عنف أو تحايل أو تهديد.

⁽¹⁾ وتم تعويض المادة 293 مكرّر 1 من قانون العقوبات بالمادة 28 من القانون 20-15 المتعلق بالوقاية من جرائم اختطاف الأشخاص ومكافحتها.

أ-اختطاف الطفل أو إبعاده بدون عنف أو تحايل:

يقع هذا النوع من الاختطاف والابعاد على القاصر بدون استعمال عنف أو تهديد أو تحايل، ويعاقب الفاعل بالحبس لمدة تصل إلى خمس سنوات وبغرامة تصل إلى 2000 دينار، وتسلب نفس العقوبة بمجرد الشروع في الجريمة⁽¹⁾.

ولا يبدو أن هناك فرقا كبيرا بين مصطلحي الخطف والإبعاد، حيث أن الخطف هو أخذ القاصر من الأشخاص الذين يتولون حراسته بنقله عمدا من المكان الذي يوجد فيه إلى مكان آخر، حتى وإن تم ذلك برضاه، أما الإبعاد فهو عدم تسليم القاصر ممن له الحق في المطالبة به أو حضانته⁽²⁾، وعليه فالاختطاف يقع أساسا من الأجنب عن الطفل، أما الإبعاد فيقع من أقاربه ويتعلق عادة بالخلافات التي تقوم حول ممارسة حق الحضانة.

ولا يُشترط إبعاد القاصر من المكان الذي وضعه فيه من وُكّلت إليه رعايته، حيث تقوم الجريمة حتى ولو رافق القاصر الجاني بمحض إرادته، مع استثناء الأم والأب من هذه الجريمة لأنهما يخضعان إلى نص المادة 328 ق ع⁽³⁾، وقد أقرت المحكمة العليا بثبوت الجريمة في حق من أبعد قاصرا عن مكان اقامته أو الوسط الذي يعيش فيه أو المكان الذي اعتاد التواجد فيه⁽⁴⁾.

ومن المهم الإشارة إلى ما جاءت به الفقرة الثانية من المادة 326 ق ع، فيما يتعلق بزواج القاصر المخطوفة أو المبعدة من خاطفها، حيث لا تُتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضده في هذه الحالة إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج، ولا يجوز الحكم على الخاطف إلا بعد القضاء بإبطال الزواج.

(1) حسب المادة 326 ق ع.

(2) أنظر أحسن بوسقيعة-الوجيز في القانون الجزائي الخاص ص 193.

(3) حيث يخضعان لعقوبة الحبس من شهر إلى سنة وغرامة من 500 إلى 5000 دينار، وتُرفع العقوبة إلى ثلاث سنوات حبسا إذا تم اسقاط السلطة الأبوية عن الجاني.

(4) قرار المحكمة العليا رقم 446 الصادر بتاريخ 15-5-1990، غير منشور، والقرار رقم 126107 الصادر بتاريخ 19-11-19953 غير منشور.

في ذات السياق، من الحالات التي يمكن استغلالها لتسهيل اختطاف الأطفال، ما اصطلح عليه المشرع بعدم تسليم طفل حديث العهد بالولادة والحيلولة دون التحقق من هويته، حيث يعاقب القانون كل من حضر ولادة طفل ولم يقدم عنها الإقرار القانوني المتمثل في تسليمه لضابط الحالة المدنية وفقاً للمادة 1/67 من قانون الحالة المدنية⁽¹⁾.

ويقع في دائرة التجريم أيضاً ما وصفه قانون العقوبات في المادة 321، بالحيلولة دون التحقق من شخصية أو هوية الطفل، حمايةً للأطفال عموماً وللمولودين حديثاً أو الرضع خاصة، من أخذهم من طرف غرباء ونسبهم لغير آباءهم، ويتحقق ذلك من خلال تعمد نقل طفل أو إخفائه، أو استبدال طفل آخر به أو تقديمه على أنه ولد لامرأة لم تضع حملاً، في ظروف يستحيل معها التحقق من شخصيته سواء ولد الطفل حياً أو ميتاً.

وتتلخص هذه الجريمة في نتيجة واحدة هي إخفاء نسب القاصر الحقيقي واستبداله بغيره، ويأخذ الركن المادي أربعة صور، منها نقل الطفل عمداً إلى مكان آخر غير مكان تواجده، وإخفاؤه وتخبئته بما يحول من إثبات حالته المدنية، واستبداله بطفل آخر يحل محله، وتقديم طفل على أنه ولد لامرأة لم تلد في الأصل ونسبته إليها.

ويتوجب لقيام هذه الجريمة، إثبات أن والدة الطفل ولدتها حياً ولم يتم تسليمها، أو لمن يحق له قانوناً المطالبة به، وأن ذلك الفعل حال دون التحقق من شخصية الطفل ونسبه، ويشترط أن يولد الطفل حياً وقابلاً للحياة حين ولادته لأن أثر الجريمة مرتبط بتعرض الحالة المدنية للخطر⁽²⁾.

وتختلف العقوبات المقررة للجرائم المنصوص عليها في المادة 321 ق ع، تبعاً لتصنيف كل منها، حيث تكون جنائية في حال نقل الطفل وإخفائه واستبداله بما يحول دون التعرف على هويته ونسبه، ويعاقب الجاني بالسجن من 5 إلى 10 سنوات وغرامة تصل إلى مليون دينار، وتكون

⁽¹⁾ طبقاً للمادة 3/442 ق ع، وانظر في المسألة: احسن بوسقيعة-المرجع السابق ص 177.

⁽²⁾ ويستوي في هذه الحالة أن يكون الطفل شرعياً أو غير شرعي، مع الإشارة إلى أن الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 321 ق ع تشيران إلى أفعال تتعلق بعدم تسليم جثة الطفل وليس بإخفاءه وتغيير نسبه، حيث يتعلق الأمر بطفل ولد ميتاً أو لم يثبت ولادته حياً، ولا تنطبق الجريمة إلا إذا تعدى عمر الجنين 6 أشهر وإلا نكون أمام فعل الإجهاض، انظر احسن بوسقيعة-مرجع سابق ص 178.

جنحة في حال تقديم الطفل على أنه ولد امرأة لم تلد إذا ترافق ذلك مع إهمال أو تسليم اختياري من أولياء الطفل وتخفيض العقوبة إلى الحبس من سنة إلى 5 سنوات وغرامة تصل إلى 500 ألف دينار، وفي حال ثبت أن الطفل لم يولد حيا نكون بصدده مخالفة عقوبتها الحبس من شهر إلى شهرين وغرامة تصل إلى 20 ألف دينار⁽¹⁾.

ب- اختطاف الطفل باستعمال العنف أو التهديد أو الاستدراج:

جاءت إضافة المادة 28 من القانون 15-20 والتي عوضت المادة 293 مكرر 1 ق ع، في ظرف خاص تميز بتفاهة ظاهرة اختطاف الأطفال والاعتداء عليهم وقتلهم، ما حذى بالمشرع إلى تشديد العقوبة بالسجن المؤبد على كل من ثبت في حقه اختطاف طفل بطريق العنف أو التهديد أو الاستدراج.

وعليه يقتضي ثبوت هذه الجريمة قضاءً خطف القاصر باستعمال إحدى الطرق الثلاث، وهي العنف أو التهديد أو الاستدراج وهو الركن المادي، وقد يجمع الجاني بين وسيلتين فأكثر كالتهديد ثم استعمال العنف في الخطف، كما أدرج المشرع عبارة "أو غيرها من الوسائل"، ما يوسع من مجال تطبيق هذه المادة إلى أي وسيلة أخرى سهلت اختطاف القاصر، ويقتضي اكتمال الجريمة توفّر الركن المعنوي أو القصد الجنائي لدى المختطف باتجاه إرادته إلى تعمد اختطاف الطفل.

و في حال لحق بالقاصر المخطوف تعذيب أو عنف جنسي أو لقي حتفه، تُشدد العقوبة من السجن المؤبد إلى الإعدام وفق الفقرة الثانية من المادة 28 من القانون 15-20، ونفس الأمر إذا طلب المختطف فدية أو تنفيذ شرط، ويقتضي تطبيق عقوبة الجنائية المشددة في هذه الحالة تحقق نتيجة أو تزامن جنائية الخطف مع جنائية أخرى حسب مفهوم المادة 263 ق ع، ويستفيد الجاني أو الشريك أو المحرض الذي يساهم في انهاء الاختطاف والقبض على الجناة من تخفيض العقوبة حسب التفاصيل الواردة في المادة 36 من القانون 15-20⁽²⁾.

⁽¹⁾ احسن بوسقيعة-الوجيز في القانون الجزائي الخاص ص180.

⁽²⁾ فتخفف عقوبة الإعدام إذا وضع الجاني تلقائيا حدا للاختطاف خلال خمسة أيام من يوم الاختطاف وقبل اتخاذ أية إجراءات متابعة إلى السجن من 10 إلى 15 سنة، وإلى عقوبة الحبس من 5 إلى 7 سنوات إذا كانت العقوبة الأصلية السجن المؤبد، وإلى الحبس =

أما في حالات الاختطاف بغرض المتاجرة وبيع الأطفال أو أعضائهم أو الحاقهم لنسب الخاطف أو غيره، تصل العقوبة إلى السجن المؤبد حسب المادة 34 من القانون 15-20، ونفس الأمر إذا تم الاختطاف بالقرب من المؤسسات التعليمية أو الصحية أو التربوية أو دور الحضانة، وشدد المشرع العقوبة أيضا بالسجن المؤبد إذا كان الاختطاف بغرض تجنيد المختطف في الجماعات الاجرامية⁽¹⁾.

وقد صنّف قانون العقوبات إخفاء الطفل المختطف أو الذي تم ابعاده، أو تهريبه من عمليات البحث حتى لا يتم العثور عليه، كجنحة تستوجب في حق مقترفها عمدا الحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة تصل إلى 2500 دينار أو احدى هاتين العقوبتين حسب المادة 329 ق ع.

وفي هذه الجنحة يكون الطفل قد تعرّض بداية للاختطاف أو الابعاد، ثم تتجه إرادة الجاني إلى إخفائه، أو تهريبه عن البحث بحجبه عن الأشخاص والهيئات العمومية الباحثة عنه، أو بإخفائه عن السلطة التي يخضع لها كحال القاصر الفار من مؤسسة إصلاحية أو تربوية قُضي بوضعه فيها وفقا لإجراءات قانون الطفل⁽²⁾.

ثالثا-عدم تسليم قاصر لمن له حق المطالبة به:

ونكون في هذه الجريمة أمام حالتين، عدم تسليم الطفل دون صدور حكم قضائي يوجب ذلك، وعدم تسليمه في وجود حكم قضائي:

= من 2 إلى 5 سنوات إذا كانت العقوبة الأصلية هي السجن من 10 إلى 20 سنة، وبعد مرور مهلة 5 أيام أو بعد اتخاذ إجراءات المتابعة يكون التخفيض كالتالي: السجن من 10 إلى 20 سنة إذا كانت العقوبة الأصلية هي الإعدام، وإلى السجن من 5 إلى 10 سنوات إذا كانت العقوبة الأصلية هي المؤبد، وإلى الحبس من 7 إلى 10 سنوات إذا كانت العقوبة الأصلية هي السجن من 15 إلى 20 سنة، وإلى الحبس من 5 إلى 10 سنوات إذا كانت العقوبة الأصلية هي السجن من 10 إلى 20 سنة، كما تخفض إلى النصف عقوبة كل فاعل أو شريك أو محرّض وقام بعد مباشرة إجراءات المتابعة بالمساعدة في القبض على مرتكبي الجريمة أو كشف هوياتهم.

⁽¹⁾ ولا تتقدم جنح الاختطاف بمفهوم القانون 15-20 إلا بمرور 10 سنوات، أما الجنايات المعاقب عليها بالسجن المؤقت فتتقدم بمرور 20 سنة كاملة، في حين تتقدم الجنايات المعاقب عليها بالإعدام بمرور 30 سنة وذلك وفقا للمادة 25 من ذات القانون.

⁽²⁾ احسن بوسقيعة-الوجيز في القانون الجزائري الخاص ص 187-188.

أ-عدم التسليم دون صدور حكم قضائي:

يُصنّف الامتناع عن تسليم طفل إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به ضمن الأفعال المجرّمة التي رتب عليها المشرّع عقوبات سالبة للحرية، وتقتضي الجريمة أن يكون الطفل موضوعا لدى شخص أو هيئة تربوية أو تعليمية من غير الزوجين، مثل المربية أو المرضعة أو دار حضانة أو مدرسة، ولا تقوم الجريمة عندما يكون الطفل موضوعا لدى أحد الزوجين ولو كانا مطلّقين، كما يلزم أن تتم المطالبة بالطفل من الشخص الذي له الحق قانونا في ذلك مثل الولي أو الوصي أو الحاضن. يضاف إلى ذلك توقّر القصد الجزائي لدى الممتنع عن تسليم الطفل، باتجاه ارادته الحرة إلى منع تسليم الطفل إلى من يستحقّه بأية طريقة كانت، وفي هذه الحالة تطبّق عقوبة الحبس من سنتين إلى خمس سنوات وفقا للمادة 327 ق ع.

ب-عدم التسليم مُخالفةً لحكم قضائي:

تتمثّل الحالة الثانية في عدم تسليم الطفل بعد صدور حكم قضائي بمنح الحضانة حسب المادة 328 ق ع⁽¹⁾، سواء كان الحكم نهائيا أو مشمولاً بالنفاذ المعجّل لمن لديه الحق في المطالبة بالطفل، وسواء تعلّق الأمر بأحد أبويه أو أي شخص آخر، فالشرط الأساس لقيام هذه الجريمة هو وجود حكم قضائي يمنح الحضانة للمُطالب بالطفل، ويتمثّل الركن المعنوي للجريمة في علم الجاني بالحكم القضائي وتعمد مخالفته.

ويُدان بهذه الجريمة أيضا من اختطف الطفل أو أبعده ممن أوكلت إليه الحضانة⁽²⁾، أو حرّض الغير على خطفه أو ابعاده حتى لو تم ذلك بدون عنف، وإن كان لفظ القاصر في هذه الحالة يوحي بأنه الطفل ما دون 18 سنة وفقا لمفهوم القانون المدني، إلا أن المشمول بالحضانة وفقا للمادة 65 من قانون الأسرة هو الطفل ما دون 16 سنة والفتاة حتى سن الزواج وهو 19 سنة وفق المادة 7 من قانون الأسرة.

⁽¹⁾ وهو ما يمثّل الركن المادي للجريمة، في حين قضى اجتهاد المحكمة العليا باشتراط اثبات الامتناع في هذه الحالة عن طريق محضر قضائي بعد اتباع إجراءات تنفيذ الحكم، أنظر القرار 132607 بتاريخ 16-6-1996 غير منشور.

⁽²⁾ فالاختطاف يكون بأخذ القاصر ممن منحت له الحضانة، أما الابعاد فيقع من الشخص الذي استفاد من حق الزيارة أو الحضانة المؤقتة، أنظر احسن بوسقيعة-الوجيز في القانون الجزائري الخاص ص 184.

وتسلط عقوبة الحبس من شهر إلى سنة زيادة على غرامة تصل إلى 5 آلاف دينار، وهي عقوبة أخف من الحالة المذكورة في المادة 327 ق ع، بالنظر إلى أن الجناة أساسا في الحالة الثانية هم أقرباء الطفل كالأب أو الأم وغيرهما من أفراد العائلة الذين لا يُتصوّر رغبتهم في إيذاء الطفل، بل الأخرى أن مثل هذه الحالات تكون في ظل التنزع على حضانة الطفل بعد صدور حكم قضائي لصالح أحد الطرفين، كما أن العقوبة المشدّدة في حق هؤلاء ستنعكس سلبا على الطفل بالضرورة.

لكن في حالة صدور حكم قضائي ثانٍ بإسقاط السلطة الأبوية عن الممتنع من تسليم الطفل أو ممن قام باختطافه وابعاده، فتشدد العقوبة لتصل إلى ثلاث سنوات حبسا، لأن وجود الطفل في حوزة المحكوم عليه يشكّل خطرا على صحته وأخلاقه، وفي جميع الحالات يحرص المشرع على حماية الروابط الأسرية بحيث لا تتم مباشرة الدعوى العمومية في هذه الحالة إلا بناء على شكوى من الضحية، التي يمكنها كذلك إسقاط المتابعة الجزائية بعد مباشرتها في أيّ وقت بالصفح عن الجاني وفقا للمادة 329 مكرر ق ع.

رابعا- الاستعانة بالتقنيات الحديثة لمكافحة جرائم الاختطاف:

أتاح القانون للسلطات القضائية-عند الضرورة- أن تلجأ إلى الاستعانة بوسائل الاتصال الحديثة كشبكات الهواتف النقالة وشبكة الانترنت من أجل التحقيق في جرائم الاختطاف ومكافحتها، حيث يجوز لها في هذا الإطار حسب المادة 15 من القانون 20-15 أن تأمر مقدّمي تلك الخدمات بتسليمها المعلومات أو المعطيات ذات الصلة، أو بالتحقق على تلك المعطيات أو سحبها أو تخزينها، وذلك تحت طائلة العقوبات التي يفرضها القانون⁽¹⁾.

⁽¹⁾ في ذات السياق يشير قانون الإجراءات الجزائية في المادة 65 مكرر 5، إلى أنه يجوز لوكيل الجمهورية في إطار التحقيق في الجرائم المتلبس بها أو التحقيق الابتدائي في جرائم المخدرات، أو الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية أو الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، أو جرائم تبييض الأموال أو الإرهاب أو الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف وكذا جرائم الفساد، أن يأذن باعتراض المراسلات السلوكية واللاسلكية ووضع الترتيبات التقنية لذلك دون علم المعنيين من أجل التقاط وتثبيت وبت وتسجيل الكلام المتفوه به بصفة خاصة أو سرية في أماكن خاصة أو عامة وكذا التقاط الصور للأشخاص، ويسمح إذن وكيل الجمهورية بالدخول إلى السكنات وغيرها حتى خارج المواعيد المحددة في المادة 47 من ذات القانون وبغير رضا وعلم الأشخاص الذين لهم حق على تلك الأماكن، وتنص المادة 65 مكرر 8 أنه يمكن لوكيل الجمهورية أو ضابط الشرطة القضائية الذي أذن له ولقاضي التحقيق أو ضابط الشرطة القضائية الذي ينييه أن يسخر كل عون مؤهل لدى مصلحة أو وحدة أو هيئة عمومية أو خاصة مكلفة بالمواصلات السلوكية أو اللاسلكية للتكفل بالجوانب التقنية للعمليات المذكورة في المادة 65 مكرر 5.

كما يسمح القانون 20-15 أيضا بعد الحصول على إذن وكيل الجمهورية أن يتم اللجوء إلى ما يسمى التسرب الإلكتروني إلى المنظومات المعلوماتية أو منظومات الاتصال⁽¹⁾، وذلك بإيهام المشتبه في ضلوعهم في جرائم الاختطاف بأن المتسرب فاعل معهم أو شريك، ويمكن وفقا لذات الإجراءات الاستعانة بالتقنيات الحديثة للكشف عن الموقع الجغرافي للضحية أو المشتبه فيهم وفقا للمادتين 16 و 17، وفي ذات السياق أتاحت المادة 18 من القانون 20-15 إمكانية التبليغ عن جرائم الاختطاف باستعمال شبكة الانترنت.

ويجوز أيضا الاستعانة بوسائل الاعلام المختلفة للوقاية من جرائم الاختطاف ومكافحتها، وذلك عن طريق نشر معلومات أو صور للشخص المختطف بغية تسهيل الوصول إلى مكانه أو معرفة المشتبه بهم في اختطافه، وذلك بعد طلب من أحد أقارب المختطف، إلا أنه في حالة الطفل يمكن تجاوز هذا الطلب من طرف وكيل الجمهورية المختص الذي يبادر تلقائيا بهذا الاجراء حسب نص المادة 19 من القانون 20-15.

خامسا-اتفاقية لاهاي الخاصة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي:

هي اتفاقية تم إقرارها أساسا بالنظر إلى وجود ثغرة في القانون الدولي لحقوق الانسان⁽²⁾، تتعلق بحظر الاختطاف المدني للأطفال الخاضعين لنظام الحضانة، وضمان عودتهم إلى أهلهم عن طريق التنسيق الدولي، وتمكين هؤلاء الأطفال من الاتصال بشكل منتظم بالطرف الثاني الذي يمتلك حق الزيارة⁽³⁾، وتهدف الاتفاقية حسب المادة الأولى منها لضمان العودة السريعة للأطفال الذين نُقلوا أو احتجزوا بطرق غير مشروعة خارج دولة اقامتهم المعتادة، والعمل على احترام حق الحضانة وحقّ الزيارة وفقا للقوانين الداخلية لكل دولة.

⁽¹⁾ يقصد بالتسرب وفقا للمادة 65 مكرر 12 ق ا ج، قيام ضابط أو عون الشرطة القضائية تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق العملية، بمراقبة الأشخاص المشتبه في ارتكابهم جناية أو جنحة بإيهامهم أنه فاعل معهم أو شريك لهم، ويتم التسرب بعد الحصول على إذن من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق لضرورات التحري أو التحقيق حسب المادة 65 مكرر 11 ق ا ج.

⁽²⁾ تم اعتمادها في 25 أكتوبر 1980.

⁽³⁾ يقصد بحق الحضانة وفقا لمفهوم الاتفاقية، كل الحقوق التي تتعلق برعاية الطفل وتعيين مكان اقامته، فيما يقصد بحق الزيارة والاتصال، حق اصطحاب الطفل لفترة زمنية محددة إلى مكان آخر غير مكان اقامته المعتاد، راجع المادة 5 من اتفاقية لاهاي الخاصة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي الأطفال.

وتصنّف الاتفاقية نقل الأطفال أو اختطافهم واحتجازهم كعمل غير مشروع، إذا تم بمخالفة نظام الحضانة الذي ينص عليه قانون الدولة التي يقيم فيها الطفل عادة قبل أن يتم نقله واحتجازه، أو أن يتم النقل والاحتجاز في وقت كان حق الحضانة ممارسا فعليا أو تمت ممارسته قبل نقل الطفل أو احتجازه، وكذا في حال منح حق الحضانة بقرار اداري أو قضائي أو بموجب تسوية، وعلى العموم تسري هذه الاتفاقية على كل طفل لم يتجاوز 16 سنة وكان يقيم بصفة اعتيادية في دولة طرف قبل أن تنتهك حقوق الحضانة أو الزيارة والاتصال⁽¹⁾.

وبما أن اختصاص الاتفاقية هي حالات نقل واحتجاز واختطاف الأطفال على المستوى الدولي، فيقع على الدول واجب تنسيق جهودها لتجسيد أحكامها، وعلى المستوى الداخلي تلتزم كل دولة من خلال سلطاتها المركزية بمجموعة من الإجراءات والتدابير التي تشكل الآليات الضرورية لتطبيق مبادئ الاتفاقية⁽²⁾.

ونذكر من ذلك العمل على محاولة الكشف الفوري عن مكان وجود الطفل المنقول أو المحتجز بطريقة غير شرعية، والعمل بشكل موازي على عدم الإضرار بذلك الطفل أو بأطراف أخرى نتيجة أية إجراءات أو عمل شرطي، وتأمين إعادة الطفل بطرق طوعية وإرادية، ومحاولة التوصل إلى حلول سلمية للمسائل العالقة، ولا يتأتى ذلك حسب الاتفاقية إلا بتبادل المعلومات حول خلفية الطفل الاجتماعية بين الدول المعنية، وتسهيل مباشرة الإجراءات القضائية أو الإدارية الكفيلة بإعادته، فضلا عن تفعيل تدابير الممارسة الفعلية لحق الزيارة والاتصال، وإذا اقتضت الضرورة يتوجب توفير المساعدة والاستشارة القانونيتين، وتلتزم الدول الأطراف بالتنسيق فيما بينها وتبادل المعلومات عن الصعوبات التي تعيق التطبيق السلس للأحكام المذكورة.

وتتمثل أول خطوة لإعادة الطفل، في تقديم طلب من الشخص أو الهيئة المعنية التي تدعي تعرّضه للنقل أو الاحتجاز والاختطاف، إلى السلطات المركزية في مكان إقامة الطفل أو إلى

(1) المواد 2، 3 و4 من ذات الاتفاقية.

(2) المادة 07 من ذات الاتفاقية.

سلطات البلد الذي نُقل إليه للمساعدة في ضمان اعادته، ويتم الإشارة في الطلب إلى هوية مقدم الطلب والطفل المختطف والشخص المدعى عليه بارتكاب فعل الاختطاف والاحتجاز، وتوضيح الأسس التي يقوم عليها ادعاء من تقدّم بالطلب، بالإضافة إلى المعلومات حول مكان تواجد الطفل وهوية من يوجد معه، ورافاق صورة عن الوثائق ذات العلاقة بموضوع الحضانة وأية وثائق أخرى لها علاقة بالقضية⁽¹⁾.

فإذا توقّرت معلومات بوجود الطفل لدى دولة طرف في الاتفاقية، يُرسل الطلب إليها حيث تلتزم سلطاتها المركزية والقضائية والإدارية بمباشرة تدابير الإعادة الطوعية للطفل إلى من يمتلك حق الحضانة، على أن يتم ذلك خلال فترة لا تتعدّى ستة أشهر وإلاّ يكون من حق مقدم الطلب الاستفسار عن التأخير، والمطالبة ببيان يتضمّن أسباب ذلك مع التزام الدولة المعنية بالردّ، وإذا كانت المدة الفاصلة بين نقل الطفل واحتجازه غير المشروع وبين انطلاق الإجراءات المتعلقة بإعادته لا تتعدّى سنة واحدة، يتوجّب على سلطات البلد الذي يتواجد فيه الطفل إعادته فوراً عن طريق سلطاتها القضائية أو الادارية، فإذا تعدّت الآجال المذكورة سنة واحدة تلتزم الدولة التي يتواجد بها الطفل أيضاً بإعادته الفورية إلا إذا أثبتت أنه قد استقرّ في بيئته الجديدة⁽²⁾.

ويمكن للدولة التي تلقت الطلب الرفض أو استئناف الإجراءات القضائية إذا امتلكت معلومات بنقل الطفل إلى دولة أخرى، كما يجوز رفض طلب إعادة الطفل إذا تمكّن الطرف الثاني-المدعى عليه بأنه نقل أو اختطف أو احتجز الطفل- من إثبات أن من تقدّم بالطلب لم يكن يمارس الحضانة فعلياً وقت نقل الطفل، أو أنه كان قد وافق على نقل الطفل، ونفس الأمر إذا أثبت وجود مخاطر تهدّد الطفل جسدياً أو نفسياً إذا تمت إعادته، أو إذا لم تكف المبادئ الأساسية لحقوق الانسان في ذلك البلد لإعادة الطفل، وكذلك إذا تم إثبات أن الطفل يرفض إعادته وأنه بلغ مرحلة من الرشد تسمح بالأخذ برأيه ذاك⁽³⁾.

⁽¹⁾ المادة 08 من اتفاقية لاهاي الخاصة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للطفل.

⁽²⁾ المواد من 9 إلى 12 من اتفاقية لاهاي الخاصة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للطفل.

⁽³⁾ المادتان 13 و20 من ذات الاتفاقية.

ويجوز للدولة المتلقية لطلب إعادة الطفل من جهة أخرى، أن تقوم بالتحقق مما إذا كانت عملية النقل أو الاحتجاز غير مشروعة، بالاعتماد على القوانين والقرارات القضائية والإدارية الصادرة عن الدولة التي كان الطفل مقيماً بها بصفة اعتيادية، كما يحقّ لتلك الدولة أن تدعو من تقدّم بالطلب إلى تزويدها بقرارات أو أحكام تشير إلى أن عملية النقل أو الاحتجاز كانت غير مشروعة، ولا يحقّ للدولة التي نقل إليها الطفل أن تصدر قرارات قانونية تتعلق بحقوق الحضانة إلا إذا تم الفصل بعدم عودة الطفل، على أنه يكون للسلطات القضائية والإدارية الحق في إصدار قرار بإعادة الطفل في أيّ وقت كان بغض النظر عن الأحكام الواردة في هذه الاتفاقية⁽¹⁾.

من المتعارف عليه قانوناً أن ممارسة حق الحضانة يقابله حق الزيارة والاتصال المنتظم بالطفل، وهو الجانب الذي لم تحمله اتفاقية لاهاي الخاصة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للأطفال، والتي ذكرت حق الطرف المستفيد من زيارة الطفل والاتصال به في تقديم طلب إلى الدولة بنفس طريقة تقديم طلب إعادة الطفل، إذ تلتزم الدول الأطراف في هذا السياق بالتعاون فيما بينها للمساعدة على كفالة ممارسة حق الزيارة والاتصال بالطفل في ظروف ملائمة، وتعمل على إزاحة كل الصعوبات التي تحول دون ممارسة هذا الحق.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون 20-15 في المواد 49، 50 و 51 قد أجاز في إطار التحريات الهادفة للوقاية ومكافحة الاختطاف، لجوء السلطات القضائية إلى التعاون والتنسيق الدولي، غير أنه جعل ذلك مقتصرًا في إطار الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وكذا في إطار مبدأ المعاملة بالمثل، حيث يجوز قبول طلبات التعاون القضائي في حالات الاستعجال وتبادل المعلومات وكذا اتخاذ الإجراءات التحفظية، على أن يتم احترام السيادة الوطنية والنظام العام، وفي ظل المحافظة على سرية المعلومات وعدم استعمالها في غير ما هو مسموح به.

⁽¹⁾المواد 14، 15، 16 و 18 من ذات الاتفاقية.

البند الثاني: تجريم المتاجرة بالطفل وأعضائه

أولاً- الاتجار بالطفل وتهريبه

أ- تجريم الاتجار بالطفل

لا يتعلّق مفهوم الاتجار بالبشر- كما يتبادر إلى الذهن بدايةً- بممارسات الرّق والعبودية وحدها، بل يتسّع ليشمل تجنيد أو نقل أو إيواء أو استقبال شخص أو أكثر بواسطة التهديد بالقوة، أو باستعمالها أو غير ذلك من أشكال الإكراه، أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة، أو استغلال حالة استضعاف أو إعطاء أو تلقّي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سلطة على شخص آخر بقصد الاستغلال⁽¹⁾.

ويندرج ضمن جريمة الاتجار بالبشر أيضاً وفق الفقرة الثانية من المادة 303 مكرّر 4 ق ع، استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي، فضلا عن استغلال تسوّل الغير أو تسخيرهم واستخدامهم ضد ارادتهم، بالإضافة طبعا إلى الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرّق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء.

وحمايةً للقصر من الاتجار بهم، شدّد القانون العقوبة إذا كان الفعل قد سهّله استغلال سنّ الضحايا، ما يُشير إلى غير البالغين، حيث ترفع عقوبة الحبس الأصلية من 3 إلى 10 سنوات، إلى السجن من 5 إلى 15 سنة، كما يرفع مبلغ الغرامة المقدّر في الجريمة الأصلية من 300 ألف إلى 1 مليون دينار ليصل في هذه الحالة من 500 ألف إلى 1.5 مليون دينار.

وفي حال كان الجاني من أصول القاصر أو وليّه القانوني أو من كانت له عليه سلطة، فإن العقوبة تشدّد حسب المادة 303 مكرّر 5 ق ع لتصل إلى السجن من 10 إلى 20 سنة والغرامة من 1 إلى 2 مليون دينار⁽²⁾.

⁽¹⁾ وفقا لنص المادة 303 مكرّر 4 ق ع، وقد أقرّ العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في المادة 8 منه حظر الاتجار بالطفل أو استرقاقه أو إجباره على العمل الالزامي.

⁽²⁾ ومن مظاهر تشديد العقوبة في هذا النوع من الجرائم أيضا، عدم استفادة الجاني من ظروف التخفيف المنصوص عليها في المادة 53 من قانون العقوبات، وكذا إمكانية تطبيق عقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 9 من قانون العقوبات، وذلك وفقا للمادتين 303 مكرّر 6 و303 مكرّر 7 من قانون العقوبات.

فيما تضمّن التعديل الذي مسّ قانون العقوبات سنة 2014⁽¹⁾، إضافة المادة 319 مكرّر التي تطرقت لبيع الأطفال بشكل خاص وصريح، حيث تُسلّط عقوبة تصل إلى 15 سنة سجنا وغرامة تصل إلى 1.5 مليون دينار، على كل من باع أو اشترى طفلا لم يتجاوز 18 سنة، لأيّ غرض وبأيّ شكل كان، فضلا عن معاقبة من يحرض أو يتوسّط في هذا الفعل بنفس العقوبة.

وفي إشارة إلى الشبكات الاجرامية التي تتورّط في بيع الأطفال، أقرّ القانون في حال تم فعل البيع أو الاتجار بالطفل في إطار الجريمة المنظمة أو العابرة للحدود، عقوبة تصل إلى 20 سنة سجنا وغرامة تصل إلى مليوني دينار، وهي نفس العقوبة المسلّطة على الشروع في الأفعال المذكورة.

من جهته قرّر البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء والمواد الإباحية⁽²⁾، في مادته الأولى القاعدة الأساسية التي تحظر بيع واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية، حيث يتضمّن مفهوم بيع الأطفال كل الأفعال التي تتضمّن نقلهم من أي شخص أو مجموعة مقابل مكافأة أو أي نوع من أشكال العوّض الأخرى.

واشترط البروتوكول في ذات السياق تكييف القوانين الداخلية للدول الأطراف-سيما الجنائية منها- مع مبدأ حظر كل الأنشطة الفردية أو الجماعية المنظمة محليا أو دوليا، التي تتعرّض للأطفال بالاستغلال سواء بالبيع أو الاستخدام لأغراض جنسية أو في المواد الإباحية، واعتبر البروتوكول أنه من قبيل بيع الأطفال المحظور⁽³⁾، كل نشاط يهدف إلى عرض أو تسليم أو قبول طفل بأي طريقة لغرض استغلاله جنسيا، وكذا نقل أعضائه لتحقيق الربح أو تسخيرهم لعمل قسري اجباري.

وتشديدا في الحماية يحث البروتوكول على ضرورة المعاقبة على أي محاولة للقيام بالأمر المحظور المذكورة آنفا، فضلا عن لزوم إقرار مسؤولية الأشخاص الاعتبارية عن تلك الجرائم، ووفقا لقانون كل دولة تكون هذه المسؤولية إما جنائية أو مدنية أو إدارية فحسب.

⁽¹⁾ بموجب القانون 01/14 المؤرخ في 04 فبراير 2014 الجريدة الرسمية رقم 07 ص 7.

⁽²⁾ والذي تم اعتماده وعرضه للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 263 الدورة الرابعة والخمسون المؤرخ في 25 ماي 2000، والذي دخل حيز النفاذ في 18 جانفي 2002، وصادقت عليه الجزائر بتاريخ 02-09-2006 بموجب المرسوم الرئاسي 06-299.

⁽³⁾ المادة 3 من البروتوكول.

ب-تجريم تهريب الطفل:

تماشيا مع الالتزامات الدولية للجزائر ونظرا لتفاقم ظاهرة الهجرة غير النظامية واستغلالها من شبكات اجرامية، تم تجريم تهريب المهاجرين بموجب تعديل قانون العقوبات الجزائري سنة 2009، وبذلك يُعتبر كل تدبير لخروج غير مشروع لشخص أو عدة أشخاص من التراب الوطني مقابل الحصول على منفعة مالية أو أي منفعة أخرى، جريمة يعاقب عليها القانون⁽¹⁾.

وتقتضي هذه الجريمة القيام بالتخطيط والتدبير لخروج الأشخاص بشكل غير مشروع من حدود التراب الوطني، مقابل منفعة سواء كان ذلك عن طريق البرّ أو البحر أو الجو، وبذلك لا ينطبق وصفها على الأشخاص الذين يدبّرون بأنفسهم الخروج من التراب الوطني عن طريق اقتناء القوارب مثلا والمواد اللازمة للرحلة، بل يجب أن يكون ذلك من قبل أشخاص يحترفون هذه الممارسات بمقابل مالي.

ومنه يظهر أن تجريم هذا الفعل لا يتصدى لظاهرة الهجرة الشرعية في حدّ ذاتها، بقدر ما يتصدى لمن يستغلون الوضع لاتخاذها تجارة مربحة بطرق غير مشروعة، كما أن مصطلح "التدبير" يتضمّن أيضا القصد الجنائي الذي يمثّل الركن المعنوي للجريمة، بحيث تتّجه إرادة الجاني أو الجنّة إلى تهريب المهاجرين بمقابل مادي ويخطّطون لذلك وينقذونه، حيث أنه في حال وجود قاصر بين المهربين تُشدد عقوبة السّجن والغرامة، برفع عقوبة الحبس من 5 إلى 10 سنوات والغرامة من 500 إلى 1 مليون دينار⁽²⁾.

ثانيا-تجريم الاتجار بأعضاء الطفل وأنسجته وخلاياه:

لا يجوز القانون نقل الأعضاء والأنسجة إلا لأغراض طبيّة سواء علاجية أو تشخيصية، ويحظر

⁽¹⁾ بالحبس من 3 إلى 5 سنوات وغرامة من 300 إلى 500 ألف دينار طبق المادة 303 مكرّر 30 ق ع التي أضيفت بموجب القانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المعدّل والمتّم لقانون العقوبات، حيث أضيفت المواد من 303 مكرّر 4 إلى 303 مكرّر 41.
⁽²⁾ كما يجوز للقاضي الحكم بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المذكورة في المادة 9 ق ع، زيادة على حرمان الجاني من الظروف المخففة بموجب المادة 53 ق ع، ويعاقب على الشروع في هذه الجريمة بنفس عقوبة ارتكابها، راجع المواد 303 مكرّر 33 و303 مكرّر 34، و303 مكرّر 39 ق ع ج.

أن تكون هذه الممارسات محل معاملات مالية حتى في هذا الإطار المشروع⁽¹⁾، وفي ضل الانتشار الدولي لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية والذي لم يستثن الجزائر، تم بموجب القانون 09-01 المعدل والمتّم لقانون العقوبات، تجريم هذه الأفعال من خلال المواد 303 مكرّر 16 إلى 303 مكرّر 29 ق ع، حيث صتّف المشرّع صورتين من هذه الجريمة هما كالآتي:

أ-جناية الاتجار بالأعضاء البشرية:

وتتمثّل هذه الجريمة في حصول الجاني على عضو من جسم انسان بمقابل مادي أو أية منفعة أخرى، وهو ما يدخل هذا الفعل في الاتجار بمفهومه الواسع، ولا شك أنه يشترط أيضا توجه إرادة الجاني إلى الاتجار بعضو بشري، غير أن ما يميّز هذه الحالة هو وجود موافقة الضحية على تلك الصفقة للحصول على المقابل المادي، وهنا يأتي دور الوسيط الذي ذكرته الفقرة الثانية من المادة 303 مكرّر 16، حيث عادة ما تتم مثل هذه الممارسات عن طريق وسطاء يحترفونها، والذين سلّط عليهم القانون ذات العقوبة التي يخضع لها المتاجر بالعضو وهي الحبس من 3 إلى 10 سنوات والغرامة من 300 ألف إلى 1 مليون دينار.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون لم يذكر أية عقوبة أو اجراء أو تدبير في حق الشخص الذي قدّم أحد أعضائه بمقابل مادي، رغم تجريمه لفعل المتاجرة بالأعضاء-باستثناء مصادرة الأموال المحصّلة بطريقة غير شرعية بنص المادة 303 مكرّر 28- ما يوحي إلى أن الشخص الذي يقدّم أحد أعضائه يُعتبر في نظر المشرّع ضحية وليس شريكا في الجريمة، ولم يسعى القانون بذلك إلى أن يضيف إلى ضرر خسارته أحد أعضائه، ضرر العقوبة الجزائية بالحبس أو الغرامة.

أما إذا تمت عملية انتزاع الأعضاء دون موافقة الضحية أو إذا تمت على شخص ميت، فتشدد العقوبة برفع الحد الأدنى للحبس من 3 سنوات إلى 5 سنوات⁽²⁾.

⁽¹⁾ راجع المادة 161 من القانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

⁽²⁾ وفق المادة 303 مكرّر 17 ق ع، ولا يتصوّر ذلك إلا من خلال استعمال العنف أو التهديد أو التحايل والخداع، كأن تستغل الحالة الصّحية للضحية لإيهاهما بإجراء عملية جراحية يتم خلالها انتزاع العضو أو الأعضاء للمتاجرة بها، وذكر القانون 85-05 المتعلق بحماية الصّحة وترقيتها في المادة 162 منه الموافقة المطلوبة في إطار نقل وزرع الأعضاء المشروع كعمليات التبرع بالكلية أو قرنية العين أو الكبد وغيرها، وهي الموافقة الكتابية من المتبرّع بحضور شاهدين اثنين.

والاشكالية المطروحة في هذه الحالة عندما يتعلّق الأمر بضحية قاصر لم تكتمل أهليته، حيث لا يمكن الاعتداد بموافقته لأنه إما يكون عديم الأهلية إذا كان غير مميّز أو ناقصها إذا كان مميّزاً، غير أن المشرّع ذكر احتمال تطبيق الحالتين على القاصر من خلال تشديد عقوبة الجنائيتين المذكورتين في المادتين 303 مكرّر 16 و303 مكرّر 17، لتصل إلى السجن من 10 إلى 20 سنة والغرامة من 1 إلى 2 مليون دينار⁽¹⁾.

وكان من الأفضل استبعاد المادة 303 مكرّر 16 وتطبيق المادة 303 مكرّر 17 دائماً إذا كان الضحية قاصراً، على اعتبار أنه لا يتوفّر على الأهلية اللازمة التي تتيح له الموافقة على مثل هذه الممارسات ذات الخطورة الكبيرة على صحته وحياته.

وفي حال انتزاع الأعضاء والأنسجة في إطار مشروع بموجب قانون حماية الصحة وترقيتها، فقد حظر المشرّع أن يكون القاصر موضوعاً لذلك، في حين ينوب عنه الأب أو الولي الشرعي إذا كان هو المستقبل للعضو أو الأنسجة⁽²⁾.

ب- جنحة الاتجار بالأنسجة والخلايا:

وتتضمّن القيام بانتزاع أنسجة أو خلايا أو أية مواد أخرى ينتجها جسم الضحية مقابل منفعة مادية، أو التوسّط في هذه العملية، ويقتضي الركن المعنوي وفق المادة 303 مكرّر 18 تعمد القيام بتلك الأفعال بنية المتاجرة، كما يتطلّب الأمر موافقة الضحية وإلا نكون بصدد الحالة الثانية المذكورة في المادة 303 مكرّر 19 والتي تتم فيها الجريمة دون موافقة الضحية أو باستغلال جثة شخص ميت⁽³⁾.

و تشدّد العقوبة في حالة القاصر الذي يتعرّض لتلك الأفعال المجرّمة، على اعتبار أن موافقته غير واردة ولا يعتدّ بها، وتحوّل الجنحة إلى جناية بمفهوم المادة 303 مكرّر 20 ق ع وترفع مدّة السجن تبعاً لذلك من 5 إلى 15 سنة زيادة على غرامة من 500 ألف إلى 1.5 مليون دينار.

⁽¹⁾ راجع المادة 303 مكرّر 20 ق ع.

⁽²⁾ المواد 1/163 و3/166 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

⁽³⁾ وتسلّط في كلتا الحالتين عقوبة الحبس من 1 إلى 5 سنوات والغرامة من 300 إلى 500 ألف دينار.

ويجزم الشخص المدان في جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية من الظروف المخففة، زيادة على إمكانية تسليط عقوبات تكميلية عليه وفق المادة 9 ق ع، وكذا حرمانه إذا كان أجنبيا من الإقامة على التراب الوطني بصفة مؤقتة أو دائمة.

وخروجاً على القواعد العامة، أقرّ المشرّع عدم اعفاء أقارب الجاني وحواشيه وأصهاره إلى غاية الدرجة الرابعة من العقوبة، إذا لم يبلغوا عن الجريمة التي كان ضحيتها قاصر لم يتجاوز 13 سنة من العمر⁽¹⁾.

ج- إشكالية رضا القاصر في التبرّع بأعضائه:

لا يتوقّر القاصر على الأهلية اللازمة للتبرّع بأعضائه لعدم ادراكه عواقب أفعاله بسبب نقص أهليته أو انعدامها، خاصّة أن الأمر يتعلّق بصّحته والآثار الخطيرة التي يمكن أن تلحقه بفعل التبرّع بأعضائه.

غير أن جانبا من الفقه القانوني الحديث ذهب إلى إجازة التبرّع في هذه الحالة مع احاطته بمجموعة من الشروط، استنادا إلى مبدأ "الأهلية المدنية الصّحية للطفل" التي يجب منحها على أساس أن أطفال هذا العصر يتمتّعون بكثير من الاستقلالية الفكرية والوعي، ما يتيح لهم قدرات تمييز تسمح بادراك معنى التبرّع بالأعضاء ونتائجه عليهم وعلى غيرهم.

وفي هذا السياق أتاح القانون الفرنسي رقم 1181 الصادر في 1976/12/22 الخاص بنقل وزرع الأعضاء البشرية، تنازل القاصر عن أعضائه بشرط أن يكون التبرّع لصالح أحد أفراد عائلته سيما أشقائه، مع اشتراط موافقة الممثل الشرعي للطفل أو لجنة خاصّة من الخبراء في الميدان الطبي، وذلك بعد سماع الطفل من طرف اللّجنة التي تتأكد من ادراكه لحقيقة عملية التبرّع بأعضائه، أما في حال أصبح القاصر قريبا من سنّ الرشد فإن رضاه لا يحتاج لموافقة ممثله الشرعي حسب ذات القانون، وقد حذى كل من القانون الكندي والدانماركي حذو القانون الفرنسي في

⁽¹⁾ ويتعرّضون في هذه الحالة للحبس من 1 إلى 5 سنوات ولغرامة من 100 إلى 500 ألف دينار، راجع المواد 303 مكرر 21، 22، 23 و25 من قانون العقوبات.

هذه المسألة، في حين أجاز التشريع الأمريكي للطفل الذي بلغ سن الإدراك وهي 14 سنة التبرّع بأعضائه بموافقة ممثله الشرعي⁽¹⁾.

وفي المقابل تذهب قوانين بعض البلدان الأخرى على غرار القانون الكويتي واللبناني واليوغسلافي والتشيكوي، إلى الحظر التام لعمليات التبرّع الصادرة من الطفل، على أساس عدم امتلاكه الأهلية اللازمة لذلك، فضلا عن استحالة تطبيق قاعدة الأفعال النافعة والضارة والأفعال الدائرة بين النفع والضرر، لأن تبرّع الطفل بأعضائه لا يتضمّن أية مصلحة له، كما أن الرضا الصادر من الممثل الشرعي للطفل لا يمكن الاعتداد به أيضا لأنه لا يمكن النيابة عنه في مثل هذا الأمر الذي لا يندرج في إطار خدمة مصالح القاصر، كما أن التحجج بتبرّع الطفل لأحد إخوته- وفقا لما نص عليه التشريع الفرنسي- ينطوي على تمييز واضح ضد الطفل المتبرّع لصالح الطفل المتبرّع له، والأصل أن الأبوين أو من ينوب عنهما لا يمارسان التمييز بين أطفالهما⁽²⁾.

أما المشرّع الجزائري فقد اتخذ موقفا حازما حين يتعلّق الأمر بحماية صحّة الطفل، حيث حظر "انتزاع الأعضاء من القصر" بنص المادة 163 من قانون حماية الصحّة وترقيتها، وهو بذلك لا يعتد أبدا برضا القاصر أو من يمثله قانونا في أية عملية تهدف إلى انتزاع أعضائه والتبرّع بها، وبذلك قطع الطريق أمام تعرّض الطفل لضغوطات أدبية أو معنوية أو حتى مادية للخضوع لعمليات التبرّع على حساب صحّته، سيما عند استغلال سرعة تأثره واتخاذ قرارات لا يدرك غالبا عواقبها، كما أن حظر تفويض الممثل القانوني للطفل في التبرّع بأعضائه، يمثّل تجسيدا لواقع الفرق الكبير الموجود بين حقّ النائب الشرعي في النيابة عن القاصر في المعاملات المالية وبين تعامله في أعضائه⁽³⁾.

والحقيقة أن تبرّع القاصر بأعضائه يتطلّب المزيد من التمحيص، بغض النظر عن الحظر في المادة 163 من قانون حماية الصحّة وترقيتها، سيما بعض الحالات التي لم يتطرّق لها المشرّع على

⁽¹⁾ أنظر نصر الدين ماروك-نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار هومة طبعة 2003، 264/1 وما بعدها.

⁽²⁾ نصر الدين ماروك-المرجع السابق ص 270 وما بعدها.

⁽³⁾ أنظر نصر الدين ماروك-المرجع نفسه ص 273.

غرار التبّع بأعضاء القاصر الميت، وإذا كان أوليائه يمتلكون الأهلية اللازمة لذلك باعتبار رابطة الدم، سيما وأن المادة 164 من القانون 90-17⁽¹⁾، قد أشارت إلى جواز انتزاع القرنية والكلية من المتوفّي بدون موافقة أعضاء أسرته أو ممثليه الشرعيين، وذلك في حال تعذّر الاتصال بهم في الوقت المناسب إذا كان تأخير أجل الانتزاع يؤدّي إلى عدم صلاحية العضو.

وذلك يطرح اشكاليّتين تتعلق الأولى بمن يمتلك صلاحية السّماح بانتزاع أعضاء القاصر بعد وفاته، على اعتبار أنه لا يمتلك الأهلية لذلك في حياته بنص القانون، وبعد وفاته تنتهي ولاية أبويه أو من ينوب عنه شرعاً، وعليه يُطرح التساؤل في هذا الشأن حول جواز انتزاع أعضائه خدمة للمصلحة العامة من خلال افادة شخص حي من أعضاء شخص ميت، سيما إذا تعلّق الأمر بأقارب القاصر كأشقائه.

الفرع الثالث: حماية الطفل من الاستغلال الجنسي وادمان المخدرات

البند الأول: الحماية من الاستغلال الجنسي

أولاً-الحماية الدولية من الاستغلال الجنسي:

يخلف الاستغلال الجنسي للطفل أشدّ الأضرار على نفسيته وأخلاقه وقد يؤدّي إلى رهن مستقبله، وتبعاً لذلك يتدخّل القانون ليُجسّد الردع الضروري لضمان حمايته من هذا الاستغلال بغض النظر عن الشكل الذي يتّخذه، ولتحقيق هذه الغاية تم اقرار البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء والمواد الإباحية⁽²⁾، ليقرّر في مادته الأولى القاعدة الأساسية التي تحظر بيع واستغلال الأطفال في البغاء والمواد الإباحية، وتتمحور الأفعال المحظورة حول استخدامهم في أنشطة جنسية مقابل أيّ من أشكال العوّض، أو تصويرهم يمارسون-بأية وسيلة سواء كانت حقيقة أو بالمحاكاة- أنشطة جنسية أو أي تصوير لأعضاء هؤلاء الأطفال بقصد اشباع رغبات جنسية.

⁽¹⁾ المؤرّخ في 31 يوليو 1990 المعدّل والمتمم للقانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

⁽²⁾ وهو البروتوكول الذي تم اعتماده وعرضه للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 263 الدورة الرابعة والخمسون المؤرّخ في 25 ماي 2000، والذي دخل حيّز التنفيذ بتاريخ 18 جانفي 2002.

فيما فصلت المادة 34 من اتفاقية الطفل لسنة 1989، أشكال الاستغلال الجنسي للأطفال، وذكرت ثلاثة أصناف، أولها اجبار الطفل واکراهه على القيام بأي نشاط جنسي، وثانيها استخدامه في نشاطات الدعارة المنظمة وكل الممارسات غير المشروعة في هذا النطاق، وثالثها استخدامه في العروض والمواد الترويجية المعدة للدعارة.

واشترط البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل على الدول تكييف قوانينها الداخلية - سيما الجنائية منها- مع قواعد حظر كل الأنشطة الفردية أو الجماعية المنظمة محليا أو دوليا، التي تتعرض للأطفال بالاستغلال سواء بالبيع أو الاستخدام لأغراض جنسية أو في المواد الإباحية، وفي هذا السياق جاء التشديد في الحماية بنص المادة الثالثة من البروتوكول على ضرورة معاقبة أي محاولة للقيام بالأمور المذكورة آنفا، فضلا عن إقرار مسؤولية الأشخاص الاعتبارية عن تلك الجرائم.

وأقر البروتوكول قاعدة إجرائية هامة، تتعلق بضرورة التزام الدول في إطار التنسيق فيما بينها بتسليم المجرمين المتورطين في تلك الأفعال سواء وُجدت اتفاقيات بينها لتسليم المجرمين أو لا، حيث تدرج كل دولة انضمت إلى البروتوكول الجرائم المذكورة آنفا ضمن الجرائم التي تستوجب التسليم في أي معاهدة معدة لهذا الغرض، وفي حالة عدم وجود معاهدة لتسليم المجرمين يُعتبر البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بديلا عن تلك المعاهدة، وفي حالة رفض طلب التسليم بالاستناد إلى جنسية المتهم، يتوجب على الدولة التي رفضت التسليم أن تسارع في اتخاذ التدابير اللازمة لعرض القضية على السلطات القضائية المختصة للفصل فيها⁽¹⁾.

كما يتم حجز ومصادرة الممتلكات والمواد والمعدات المستخدمة في ارتكاب الجرائم المذكورة، وكذا الموارد المالية الناتجة عنها، فضلا عن تنفيذ إغلاق السكنات والمباني المستخدمة في تلك الجرائم⁽²⁾.

ويجب اتخاذ التدابير الملائمة من خلال الإجراءات القضائية الجنائية لحماية مصالح الأطفال ضحايا تلك الممارسات المحظورة⁽³⁾، وذلك من خلال تكييف الإجراءات القضائية بناء على اعتبار

⁽¹⁾ المادة 5 من البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء والمواد الإباحية.

⁽²⁾ المادة 7 من البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء والمواد الإباحية.

⁽³⁾ المادة 8 من البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء والمواد الإباحية.

الأطفال الضحايا في موقع ضعف يتطلّب الاعتراف باحتياجاتهم الخاصة سيما عند تقديمهم للشهادة، وضرورة اعلامهم بحقوقهم والإجراءات المتبّعة ومدى تقدّم البتّ في قضاياهم، كما يحث البروتوكول على الاستماع لآراء الأطفال الضحايا خلال الدعاوى التي تتعلّق بمصالحهم الشخصية، فضلا عن حماية خصوصية الأطفال وهويتهم قصد تجنّب افشاء المعلومات التي قد تؤدّي للتعرف إليهم، وإذا تطلّب الأمر ضمان حماية الأطفال وأسرههم والشهود الذين يشهدون لصالحهم من التعرّض لأي تهديد.

كما أشار البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل، إلى ضرورة معاملة الطفل في إطار مبدأ المصلحة الفضلى لدى النظر قضائيا في تلك القضايا، وأنه لا يجب أن يحول عدم التأكد من سنّه دون مباشرة التحقيق في الاستغلال الجنسي الذي كان ضحية له.

وفي إطار التقييم الدوري، يوجب البروتوكول الدول الأطراف بإعداد تقارير دورية كل سنتين منذ بدء نفاذه، حول التدابير المتخذة من قبلها لتنفيذ أحكامه، تسلّمها إلى لجنة حقوق الطفل المنصوص عليها في اتفاقية 1989، ثم تقدّم التقارير كل خمس سنوات بعد ذلك، حيث يحقّ لتلك اللّجنة أن تطلب معلومات إضافية حول ذات الموضوع.

ثانيا- الحماية من الاستغلال الجنسي في التشريع الجزائري:

فصل القانون الجزائري في تجريم أشكال الاعتداء الجنسي على النحو الآتي:

أ- الحماية من الفعل المخلّ بالحياء:

ويأتي هذا الفعل كسلوك عمدي يخلّ بحياء من تُمس حواسه، ويختلف بذلك عن الاغتصاب وهتك العرض اللذان يتعلّقان بالمساس بالحريّة الشخصية في حين يتعلّق الفعل المخلّ بالحياء بالمساس بالحياء العام⁽¹⁾، وقد فرّق المشرّع الجزائري بين الفعل المخلّ بالحياء وبين الاغتصاب، والظاهر أن معيار التفرقة المعتمد في هذه الحالة هو اقتران الفعل المرتكب ضد القاصر بالعنف من عدمه، حيث أن الفعل

⁽¹⁾ أنظر محمد صبحي نجم- شرح قانون العقوبات الجزائري الطبعة الثانية 1990، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ص 83.

المخلّ بالحياء يكون دون استعمال العنف وفقا للمادتين 334 و 335 ق ع، في حين أن الاغتصاب أو هتك العرض يقتضي بالضرورة اقترانه بالعنف ضد القاصر وفقا للمادة 336 ق ع.

وقد يكون معيار التفرقة بين الفعل المخلّ بالحياء، وبين الاغتصاب وفقا لأغلبية فقهاء القانون جسامة الفعل في حدّ ذاته، بحيث لا بد أن يكون على درجة من الجسامة أو الفحش حتى يوصف بأنه هتك للعرض، فهذه الجسامة هي التي تبرّر تشديد العقاب⁽¹⁾، في حين ذهب الاجتهاد القضائي المصري إلى اعتماد معيار آخر في هذه المسألة، واعتبر أن الفعل المخلّ بالحياء هو "كل فعل يחדش عاطفة الحياء العرّضي للمجنّي عليه دون المساس بعوراته"، أما إذا كان الفعل على درجة من الفحش بحيث يمسّ بعورات الضحية فإنه يعتبر هتكاً لعرضه⁽²⁾.

وفي جميع الأحوال، فإن من ارتكب فعلاً مخلّاً بالحياء دون عنف ضد قاصر ذكر أو أنثى لم يبلغ 16 سنة كاملة من العمر، يجس من 5 إلى 10 سنوات، وتسلب نفس العقوبة على مجرد الشروع في هذا الفعل، وهو تشديد في الحماية بمعاقبة المجرم حتى قبل إتمام ارتكابه الجريمة وبمجرد شروعه في ذلك وفقاً للمادة 334 ق ع.

ومدد المشرّع نطاق هذه الحماية إلى داخل الأسرة بموجب المادة 2/334 ق ع، فشدد العقوبة في حال كان مقترف جريمة الفعل المخلّ بالحياء أحد أصول الطفل، بعقوبة السجن من 5 إلى 10 سنوات حتى لو تجاوز الطفل 16 سنة ولم يصبح بعد راشداً للزواج، أي لم يبلغ بعد 19 سنة وفقاً للمادة 7 من قانون الأسرة.

وذهب اجتهاد المحكمة العليا الجزائرية في هذه المسألة إلى إقرار التعويض المدني للطفل في حال كان ارتكاب الفعل المخلّ بالحياء ضده مصحوباً بالعنف والضرب والجرح العمدي، دون حاجة إلى تسبب التعويض عن طريق خبرة طبية، كما لم يلزم القاضي في مثل هذه الحالة بضرورة توضيح الأسس التي اعتمدها في تقدير التعويض⁽³⁾، ويبدو أن إقرار المحكمة العليا بتعويض مدني دون

⁽¹⁾ أنظر محمد صبحي نجم - المرجع نفسه ص 78.

⁽²⁾ أنظر هلاي عبد الإله أحمد - شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية - طبعة 1988 ص 468-470.

⁽³⁾ قرار المحكمة العليا رقم 165139 الصادر بتاريخ 23-12-1997، النشرة القضائية رقم 56 صفحة 54.

حاجة للتسيب إضافة إلى العقوبة الجزائية، جاء لتشديد حماية القاصر ووعيا بضرورة وقايته من التأثيرات السلبية والانعكاسات النفسية لمثل تلك الجرائم في تلك السنّ الحساسة، وحرصا على جبر ما حصل للطفل أو جزء منه على الأقل بالتعويض المادي.

ب- الحماية من الاغتصاب:

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد استبدل عبارة هتك العرض بعبارة الاغتصاب⁽¹⁾ في إطار تعديل قانون العقوبات المؤرخ في 04-02-2014، ويبدو أن ذلك يأتي كاستجابة لمطالب رجال القانون والفقهاء لتصحيح التناقض الذي كان موجودا بين النص الفرنسي الذي استعمل مصطلح (viol) أي اغتصاب، وبين النص العربي الذي استخدم مصطلح هتك العرض، على اعتبار أن الاغتصاب لا يقع في الأساس إلا من رجل على امرأة إذا توفرت أركانه، أما هتك العرض فهو في الحقيقة الفعل المخّل بالحياء باستعمال العنف والذي يقع من رجل على امرأة أو رجل⁽²⁾، حيث أن العقوبة الأصلية المقررة لكل من يرتكب جناية الاغتصاب هي السجن من 5 إلى 10 سنوات، في حين تشدّد العقوبة برفع مدّة السجن من 10 إلى 20 سنة إذا كانت الضحية قاصرا لم يتجاوز سن الرشد⁽³⁾، وفي حالة اغتصاب القاصر أو ارتكب ضده الفعل المخّل بالحياء من طرف أحد أصوله، يرفع حدّ العقوبة ليصل إلى السجن المؤبد وفقا للمادة 337 ق ع، ونفس الأمر إذا كان مرتكب تلك الأفعال من فئة الأشخاص الذين لهم سلطة على القاصر، أو كان من معلميه أو مَن يخدمونه بأجر أو كان خادما بأجر لدى الأشخاص المبيّنين سابقا، أو كان موظفا أو من رجال الدين، أو إذا استعان الجاني مهما كانت صفته في ارتكاب جريمته بشخص أو أكثر.

⁽¹⁾ يكمن الفرق بين جرمي الاغتصاب وهتك العرض، في أن الاغتصاب هو الذي يقع من ذكر على أنثى فقط، في حين أن هتك العرض يقع من ذكر على أنثى أو ذكر، ولا يشترط في هتك العرض إتمام العملية الجنسية كاملة كالاغتصاب، إذ يكفي لتقوم الجريمة ارتكاب الأفعال ما دون الموافقة الجنسية، وعليه يعرف هتك العرض بأنه: "كل فعل مخّل بالأداب يمسّ جسم الغير مباشرة"، ومن صور هتك العرض: "ملامسة عجز امرأة أو رجل لأن ذلك ينطوي على إخلال جسيم بالحياء العرّضي للمجني عليه سواء كان ذكرا أو أنثى"، أنظر محمد صبحي نجم-شرح قانون العقوبات الجزائري ص 78-79.

⁽²⁾ أنظر للمزيد من التفصيل: احسن بوسقيعة-الوجيز في القانون الجزائري الخاص ص 95 و103.

⁽³⁾ المادة 336 ق ع.

والسبب في تشديد العقوبة بالنسبة للأشخاص الذين يخدمون الطفل أو لديهم سلطة عليه، هو توفير الحماية القصوى له بالردع، على اعتبار أنهم مؤتمنون قانونا على الطفل ولديهم علاقة مباشرة به ويقضون أوقاتا طويلة معه بمقتضى وظائفهم، فأراد المشرع تكريس الوقاية بردع هؤلاء عن مجرد التفكير في ارتكاب مثل تلك الأفعال، لأن مهمتهم تقتضي تأمين الحماية للطفل القاصر في وسط سليم لا يهدد نموه النفسي أو الجسدي.

و من الظروف المشددة في ارتكاب جرمي الاغتصاب والفعل المخل بالحياء، صغر سن المجني عليه الذي لم يتجاوز 16 سنة كاملة، مما يجعله غير مدرك لنتائج أفعاله التي قد تؤدي به إلى الانحراف أو الشذوذ الجنسي فيما بعد، ولذلك لا يعتبر رضا الطفل القاصر المجني عليه في هذه الجريمة ذا أهمية ولا يعتد به، ولا يكون له أثر قانوني على الجريمة فتصبح الجنحة جناية طبقا للقواعد العامة لقانون العقوبات⁽¹⁾، ذلك أن رضا القاصر معيب في الأساس، وكل فعل فاحش يرتكب ضد القاصر الذي لم يتجاوز 16 سنة يعاقب عليه سواء كان المجني عليه راضيا أو لا.

وزيادة في حماية القاصر من تلك الأفعال المشينة، كرس القانون من بين حالات الاستفادة من الأعدار المعفية التي تخفف فيها العقوبة على مرتكب الضرب أو الجرح، اكتشاف قيام شخص بالغ بتهتك عرض طفل قاصر لم يتعدى 16 سنة كاملة، سواء كان ذلك باستعمال العنف أو بدون عنف، فيستفيد مرتكب الضرب والجرح ضد المعتدي على الطفل في هذه الحالة بنص المادة 281 ق ع من تخفيض عقوبته⁽²⁾.

فقد اعتبر المشرع أن هناك حالة استفزاز خاصة يستفيد منها مرتكب الضرب والجرح، حيث

(1) أنظر محمد صبحي نجم-شرح قانون العقوبات الجزائري ص 82.

(2) تنص المادة 283 ق ع: إذا ثبت قيام العذر فتخفف العقوبة على الوجه الآتي:

- 1) الحبس من سنة إلى خمس سنوات إذا تعلق الأمر بجناية عقوبتها الإعدام أو السجن المؤبد.
- 2) الحبس من ستة أشهر إلى سنتين إذا تعلق الأمر بأية جناية أخرى.
- 3) الحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر إذا تعلق الأمر بجنحة.

وفي الحالات المنصوص عليها في الفقرتين 1 و 2 من هذه المادة يجوز أن يحكم أيضا على الجاني بالمنع من الإقامة من خمس سنوات على الأقل إلى عشر سنوات على الأكثر.

تخفّض العقوبة على النحو المذكور، إذا ثبت أنه قام بتلك الأفعال ضد شخص بالغ وجده في حالة تلبّس بهتك عرض قاصر⁽¹⁾.

ج-الحماية من الفواحش بين المحارم:

وفقا لنص المادة 337 مكرر من قانون العقوبات، عرّف المشرع الجزائري الفواحش بين المحارم

بأنها العلاقات الجنسية التي ترتكب بين:

- 1 - الأقارب من الفروع أو الأصول.
- 2 - الإخوة والأخوات الأشقاء، من الأب أو الأم.
- 3 - بين شخص وابن أحد إخوته أو أخواته من الأب أو الأم أو مع أحد فروعهم.
- 4 - الأم أو الأب والزوج أو الزوجة والأرمل أو أرملة ابنه أو مع أحد آخر من فروعهم.
- 5 - والد الزوج أو الزوجة أو زوج الأم أو زوجة الأب وفروع الزوج الآخر.
- 6 - من أشخاص يكون أحدهم زوجا لأخ أو لأخت.

وقد سلّط القانون عقوبات سالبة للحرية تشدد كلما زادت درجة القرابة، حيث تسلّط عقوبة

السّجن من 10 إلى 20 سنة في الحالتين 1 و 2 وبالحبس من 5 إلى 10 سنوات في الحالات 3 و 4 و 5 وبالحبس من سنتين إلى 5 سنوات في الحالة رقم 6.

كما أضاف المشرّع في تعديله للمادة 337 مكرر سنة 2014، أن العلاقات الجنسية الواقعة

بين الكافل والمكفول⁽²⁾، تطبّق عليها العقوبة المقرّرة على الفاحشة المرتكبة بين الأقارب من الفروع

والأصول، وذلك حماية للرابطة بين الكافل والمكفول وتشبيها لها برابطة القرابة فيما يتعلق بحماية

القاصر، كما أشارت المادة المعدّلة إلى إسقاط حق الولاية أو الكفالة عن الأب أو الأم أو الكافل

الذي ثبت في حقّه ارتكاب فعل الفاحشة ضد القاصر، وهو تحصيل حاصل بالنظر إلى أن من

الشروط المعتبرة في الولي الأمانة، فإذا سقطت سقط حقه في الولاية، ولا تثبت بداية إذا لم يتوفر

هذا الشرط.

⁽¹⁾أنظر دروس مكّي-القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري ص 177.

⁽²⁾في إطار نظام الكفالة المنصوص عليه في قانون الأسرة كبديل عن نظام التبني.

ويتلخص الفعل المادي في جريمة الفاحشة بين المحارم، في وقوع علاقة جنسية طبيعية وتامة بين رجل وامرأة برضائهما، ودون استعمال اكراه مادي أو معنوي أو عنف أو تهديد من أحدهما وإلا نكون أمام حالة اغتصاب وليس فحش، ويرى جانب آخر من الفقه القانوني أن العلاقات الجنسية المعتبرة في هذه الجريمة لا تتوقف على الوطء الطبيعي من ذكر الرجل في فرج الأنثى، بل تعدى ذلك لتشمل كل فعل جنسي يتضمن الإيلاج حتى لو كان بطريق غير طبيعي أو كان مجرد اتصال جنسي⁽¹⁾.

د-الحماية من أفعال الشذوذ الجنسي:

اكتفى قانون العقوبات في المادة 338 منه بذكر العقوبات المقررة لأفعال الشذوذ الجنسي دون أن يقدم تعريفا واضحا لها، واقتصر على ذكر أنه فعل يرتكب من شخص على شخص آخر من نفس جنسه، وعليه يقصد بها الأفعال المخلة بالحياء أو المنافية للطبيعة، مثل اللواط أو السحاق أو أي فعل جنسي آخر مناف للآداب، كما أن هذه الأفعال لا يتصور أن تتم إلا برضا الطرفين، لأنها إذا تمت عن طريق العنف نكون بصدده جريمة الإخلال بالحياء باستعمال العنف، وإذا كان المجني عليه قاصرا لم يكمل 16 سنة فإن الفعل سواء كان مقترنا بالعنف أو بدونه فهو يشكل في حد ذاته اعتداء على الحياء حسب المادتين 334 و335 ق ع.

ولا يشترط في هذه الأفعال الوطء بل تكفي الملامسة للجسم أو العورة بين شخصين من نفس الجنس، بما في ذلك الممارسات التي تندرج في وصف اللواط والسحاق، مع الإشارة إلى أن القصد الجنائي يعتبر في هذه الحالة مفترضا بمجرد إتيان الفعل⁽²⁾.

تنص المادة 338 ق ع على أن كل من يرتكب أفعال الشذوذ الجنسي على شخص من نفس جنسه، يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وغرامة من 500 إلى 2000 دينار، وإن كان المشرع أشار إلى أن القاصر دون 18 سنة تشمله العقوبة في هذه الحالة وفقا للفقرة الأولى من

(1) انظر: عبد العزيز سعد-الجرائم الواقعة على الأسرة ص 108، وانظر احسن بوسقيعة-الوجيز في القانون الجزائري الخاص ص 142-143.

(2) احسن بوسقيعة-الوجيز في القانون الجزائري الخاص ص 113-114.

المادة 338 ق ع بوصفه أحد الجناة، على اعتبار أنه شارك في ارتكاب الجريمة بموافقته، حيث تسلط عليه العقوبة المذكورة، إلا أنه شدد في العقوبة على شريكه الراشد الذي ترفع مدة حبسه إلى ثلاث سنوات فضلا عن غرامة تصل إلى 10 آلاف دينار، وذلك حرصا على حماية القاصر على اعتبار أن الشخص البالغ قد استغل صغر سنّه وعدم رشده في ارتكاب أفعاله الشاذة رغم موافقة هذا الأخير.

هـ- الحماية من التحريض على الفسق والدعارة:

تتلخص هذه الجريمة في قيام الجاني بعمل مادي مثل استقبال القاصر أو دعوته إلى أماكن تمارس فيها الدعارة، أو تسهيل الأمور لإشباع رغباته مع آخرين، أو القيام بأفعال جنسية أو أي من أعمال الفجور في حضور القاصر، ولا يكفي مثلا تقديم توجيهات للقاصر أو التفوه بعبارات بذئية على مسمعه، أما مفهوم فساد الأخلاق المنصوص عليه في المادة 342 ق ع فيتسم بالغموض، لأن المشرع لم يحدّد إن كان يقصد به المفهوم العام الذي قد يشمل تعاطي المخدرات مثلا أو الإدمان على الخمر، أو المفهوم الجنسي الخاص مثلما ذهب إليه الاجتهاد القضائي الفرنسي، الذي اعتبر من قبيل التحريض على فساد الأخلاق تأجير أماكن للقصر لممارسة أفعال الفجور فيها أو ارسال صور وكتابات تشجع على تلك الأفعال⁽¹⁾.

غير أنه لا يشترط أن ينتج هذا الفعل المادي انحراف وفساد أخلاق القاصر، فالفعل غير مرتبط بالنتيجة المترتبة عليه، حيث يكفي لقيام الركن المادي للجريمة اقدام الجاني على عمل مادي يحرّض القاصر ويشجعه ويسهل له الانخراط في ممارسات الفسق وفساد الأخلاق، سواء كان الفعل على سبيل الاحتراف أو بطريق عرضية.

ويشترط في ثبوت تهمّة التحريض على الفسق والدعارة توفّر شرط السنّ أقل من 18 سنة في الجاني عليهم، فضلا عن توفر الركن المعنوي للجريمة المتمثّل في القصد الجنائي، ولا عبرة بجنس الضحية

⁽¹⁾ أنظر احسن بوسقيعة-مرجع سابق ص 127-128 وما بعدها، ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن الركن المادي لهذه الجريمة يتمثّل في قيام الطرف المحرّض بتزيين وتجميل الفعل للضحية باستعمال الهدايا والوعود والمعريات وأية وسيلة تؤثر في نفسية الفتى أو الفتاة، أنظر عبد العزيز سعد-الجرائم الواقعة على نظام الأسرة ص 115.

ذكرا كان أو أنثى، لأن المشرع يهدف إلى تحصين القصر من الفسق والدعارة وفساد الأخلاق⁽¹⁾. ويعاقب بالحبس من 5 إلى 10 سنوات وبغرامة من 20 ألف إلى 100 ألف دينار وفقا للمادة 342 ق ع، كل من حرّض قاصرا على الفسق أو فساد الأخلاق أو تشجيعهم عليه أو تسهيله لهم، ومارس تلك الأفعال بصفة معتادة أو عرضية، وفي كل الحالات شدّد المشرع العقوبة معتبرا أن مجرّد الشروع في التحريض على ارتكاب تلك الأفعال، يستوجب نفس عقوبة من ارتكبتها.

وبالإمكان أن ندرج في إطار تحريض القاصر على الفسق والدعارة الأفعال المنصوص عليها بموجب المادة 333 مكرر 1⁽²⁾، التي نصّت على معاقبة من يصوّر قاصرا دون 18 سنة وهو يمارس أنشطة جنسية حتى لو كانت غير حقيقية، أو يصوّر أعضاءه الجنسية أو ينتج أو يوزّع أو يصدّر أو يستورد أو يعرض أو يبيع أو يحوز مواد اباحية خاصة بالقصر.

و-تجريم منع مساعدة الطفل الذين يحترف أو يُخشى احترامه الدعارة:

نظرا لخطورة جريمة الفسق والدعارة على المجتمع، وحماية للفئات الضعيفة والهشة وخاصة القصر، تشدّد العقوبة على كل من عرقل أعمال الوقاية أو الإشراف أو المساعدة والتأهيل التي تقوم بها منظمات متخصصة لصالح أشخاص يحترفون الدعارة أو يُخشى عليهم من احترامها⁽³⁾.

وذلك بطرق التهديد أو الضغط أو التحايل أو بأية وسيلة أخرى، كما يعاقب بنفس العقوبة على الشروع في هاته الأفعال، وتنص المادة 344 ق ع على رفع العقوبة في حال ارتكاب الجناح السابقة المذكورة في المادة 343 ق ع ضد قاصر لم يكمل 18 سنة من العمر، بالحبس من 5 إلى 10 سنوات وبغرامة من 20 ألف إلى 200 ألف دينار، وتطبّق نفس العقوبة إذا كان مرتكب تلك الأفعال زوجا أو أبا أو أما أو وصيا على الجني عليه أو يدخل في إحدى الفئات المذكورة في نص المادة 337 ق ع⁽⁴⁾.

⁽¹⁾أنظر محمد صبحي نجم-شرح قانون العقوبات الجزائري ص92-93.

⁽²⁾التي أضافها المشرع في تعديل قانون العقوبات بالقانون 14-01 المؤرخ في 4 فبراير 2014 جريدة رسمية رقم 07 ص 7.

⁽³⁾تسلّط عقوبة الحبس بين 2 و5 سنوات وغرامة من 500 إلى 20 ألف دينار على الجناة بنص المادة 7/343 ق ع.

⁽⁴⁾ويجوز للقاضي في كل الحالات -حسب المادة 349 ق ع-الحكم على مرتكبي الجناح المنصوص عليها في هذا القسم، بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها في المادة 14 من قانون العقوبات، وأيضا المنع من الإقامة بين 1 و5 سنوات، ومنها =

البند الثاني: الحماية من الإدمان على المخدرات

يُعتبر من قبيل المخدر أو المؤثرات العقلية، كل مادة طبيعية أو اصطناعية تستعمل لأهداف غير مشروعة وينتج عنها الإدمان وتأثيرات سلبية على صحة وعقل ونفسية مستهلكيها والمحيطين بهم، ومن ذلك ما ذكره المشرع الجزائري في المادة الثانية من قانون الوقاية من المخدرات وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروع بها⁽¹⁾، مثل القنب وحشخاش الأفيون وشجيرة الكوكا وغيرها، وكذا المستحضرات التي تستخدم فيها النباتات السالفة الذكر، حيث تصنف كل النباتات والمواد المدرجة كمخدرات أو مؤثرات عقلية من قبل وزارة الصحة في جداول خاصة تبعا لخطورتها.

وعرفت المادة 2 من قانون الوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع استعمالها والاتجار بها، بعض أنواع المخدرات من بينها القنب والحشخاش وشجيرة الكوكا وغيرها، وأحالت أيضا على الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لسنة 1961 والبروتوكول المعدل لها سنة 1972، وكذا اتفاقية المؤثرات العقلية لسنة 1977⁽²⁾، للاطلاع الدقيق على المواد الطبيعية والاصطناعية المصنفة كمخدرات ومؤثرات عقلية ضمن جداول خاصة وفقا لتسميتها العلمية المتعارف عليها.

ويمكن أن ندرج المخدرات ضمن سبعة أصناف، هي العفيون والقنب والكوكا والمهلوسات والمحلولات والمنبهات، بالإضافة إلى المركبات المدرجة ضمن المؤثرات العقلية⁽³⁾، وقد انتهج القانون 18-04 في معالجة مشكلة المخدرات والمؤثرات العقلية منهج الوقاية بالدرجة الأولى ثم الردع ثانيا، لحماية المجتمع والفئات الضعيفة على وجه خاص ومنها الأطفال من هذه الآفة المدمرة.

=الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية، والعزل أو الإقصاء من جميع الوظائف والمناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة، وحرمان من حق الانتخاب أو الترشح ومن حمل أي وسام، وعدم الأهلية لأن يكون مساعدا محلفا، أو خبيرا، أو شاهدا على أي عقد أو شاهدا أمام القضاء إلا على سبيل الاستدلال، والحرمان من الحق في حمل الأسلحة، وفي التدريس، وفي إدارة مدرسة أو الخدمة في مؤسسة للتعليم بوصفه أستاذا أو مدرسا أو مراقبا، وعدم الأهلية لأن يكون وصيا أو قيما، وسقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها.

⁽¹⁾ القانون 18-04 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بها.

⁽²⁾ صادقت الجزائر على هذه الاتفاقيات على التوالي: بموجب المرسوم رقم 63-343 المؤرخ في 11 سبتمبر 1963، والمرسوم رقم 02-61 المؤرخ في 5 فيفري 2002، والمرسوم رقم 77-177 المؤرخ في 7 ديسمبر 1977.

⁽³⁾ ومنها المتداولة بكثرة في الجزائر والمذكورة في الجدول الرابع ومنها، الفيرونال والليبريوم وريفوتريل والطرانكسان والفاليوم والقردينال، انظر احسن بوسقيعة-مرجع سابق ص 459 وما بعدها.

وتجدر الإشارة إلى أن ظاهرة الإدمان على المخدرات قد بلغت وفقا لبعض الدراسات الميدانية نسبا خطيرة في صفوف الأطفال دون سن الرشد، ويقدر مكتب الأمم المتحدة المعني بالجريمة والمخدرات أن عدد الأطفال بين 15 و16 سنة الذين استهلكوا الحشيش والماريجوانا بلغ 13.8 مليون طفل حول العالم بنسبة 5.6 بالمائة، وأشارت ذات الهيئة إلى أن القنب الهندي أصبح المخدر الأكثر تأثيرا على المراهقين⁽¹⁾.

أولا-عدم المتابعة الجزائية للطفل وعلاجه من الإدمان:

أخذ المشرع بعين الاعتبار أن الفئات المعرضة لآفة المخدرات -ومنهم الأطفال- هم ضحايا بالدرجة الأولى سواء كانوا من المستهلكين أو المروجين لها، وفي هذا السياق أقر عدم المتابعة الجزائية لكل من امتثل طواعية إلى العلاج من التسمم الذي أصابه جرّاء استهلاك تلك المواد⁽²⁾.

إذ يتم التراجع عن المتابعة الجزائية من طرف وكيل الجمهورية، إذا تبين من خلال تقارير طبية أن الشخص الذي استعمل المخدرات أو المؤثرات العقلية قد خضع للعلاج من التسمم والمتابعة الطبية، وذلك منذ تاريخ الوقائع المنسوبة إليه، حيث يتم بداية إخضاع المدمن إلى فحص طبي قبل وضعه إما في مؤسسة مختصة للعلاج من التسمم أو إخضاعه للرقابة الطبية الخارجية، وعند نهاية العلاج أو المتابعة الطبية يتم تسليم المعني شهادة طبية تثبت خضوعه للعلاج، لترسل لوكيل الجمهورية الذي يسقط المتابعة⁽³⁾.

ويمكن لقاضي التحقيق المكلف بالأحداث أو قاضي الأحداث أن يأمر بإخضاع الأطفال الذين وقعوا في الإدمان باستعمال المخدرات أو المؤثرات العقلية، إلى العلاج المزيل للتسمم فضلا عن المراقبة الطبية وإعادة التكييف الصحي إذا تطلب الأمر، وهو العلاج الذي يتم داخل مؤسسات متخصصة أو تحت مراقبة طبية خارجية بإشراف السلطة القضائية المختصة التي يتم

⁽¹⁾التقرير الأممي الصادر بتاريخ 27 فيفري 2019، حيث بلغت النسبة في افريقيا 6.6 بالمائة، الموقع <http://news.un.org> تاريخ التصفح 18-09-2020.

⁽²⁾المادة 6 من قانون الوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية.

⁽³⁾احسن بوسفيعة-مرجع سابق ص 469-470.

اعلامها بسير العلاج ونتائجه⁽¹⁾.

وفضلا عن عدم المتابعة القضائية يمكن وفقا للمادة 2/8 من قانون الوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية من الاستعمال والاتجار غير المشروع بها، اعفاء القاصر المتابع من العقوبة المقررة لمن يستهلك المخدرات أو يجوزها للاستهلاك الشخصي⁽²⁾، إذا التزم بتطبيق الأمر الصادر عن قاضي الأحداث بالخضوع لعلاج إزالة التسمم إلى غاية نهايته.

ثانيا- الحماية الجزائية للطفل من المخدرات والمؤثرات العقلية:

من يستغل الطفل في استهلاك السموم والمخدرات يعرض نفسه لعقوبات مشددة من خلال مضاعفة عقوبة السجن الأصلية لتصل إلى 20 سنة والغرامة لتبلغ 1 مليون دينار، وذلك من خلال تسليم أو عرض المخدرات أو المؤثرات العقلية لطفل قاصر بقصد الاستعمال الشخصي، ونفس الأمر إذا تمت تلك الأفعال داخل المراكز التعليمية أو التربوية أو التكوينية⁽³⁾.

وحماية للأطفال وردعا للمجرمين، لا تخفف العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون إلا بشكل طفيف وفقا للمادة 28 من القانون 04-18، وعليه لا تخفف عقوبة المؤبد إلا لعقوبة 20 سنة سجنا، وبقية العقوبات الأخرى لا تخفف إلا لثلاثي المدة المقررة أصلا⁽⁴⁾، كما يجوز فضلا عن ذلك الحكم بعقوبات تكميلية منها الحرمان من الحقوق السياسية والمدنية والعائلية لمدة تصل إلى 10 سنوات بنص المادة 29 من القانون 04/18، كما تعاقب المادة 22 منه كل من يحرّض على استهلاك المخدرات بنفس العقوبة المذكورة في المادة 13 منه.

⁽¹⁾ ويقصد بالعلاج من الإدمان: إزالة التبعية النفسية والجسدية للمخدر أو المؤثر العقلي، أنظر المواد 2، 7 و 10 من قانون الوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية.

⁽²⁾ وفقا للمادة 12 تكون الحبس من شهرين إلى سنتين وغرامة من 5 آلاف إلى 50 ألف دينار.

⁽³⁾ وفي حالة العود ترفع العقوبة إلى السجن المؤبد وفقا للمادة 27 من ذات القانون 04-18 وفقا للفقرة الثانية من المادة 13 من القانون 04-18.

⁽⁴⁾ وفقا للفقرة الثانية من المادة 13 من القانون 04-18.

الفصل الثاني:

حماية الطفل خلال الحروب

والتزاعات والاحتلال

تندرج حماية حقوق الطفل في المواثيق الدولية خلال النزاعات والحروب في إطار القانون الدولي الإنساني، فيما تندرج حمايته خلال السلم ضمن القانون الدولي لحقوق الانسان، ولكل من الفرعين السابقين تاريخ مختلف فضلا عن انفراد كل منهما بنصوص قانونية دولية مستقلة، بالإضافة إلى مواثيق أخرى ضمّت أحكاما تخصّ كلا المجالين.

والجدير بالذكر أنه تطبّق اتفاقيات جنيف الأربع والبروتوكول الإضافي الأول على النزاعات المسلحة الدولية، فيما تطبّق المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف والبروتوكول الإضافي الثاني على النزاعات المسلحة الداخلية.

المبحث الأول: حماية الطفل خلال النزاعات المسلحة الدولية

فيما يتعلّق بالحماية زمن الحرب فإن أبرز الاتفاقيات وأشملها على الإطلاق في إطار القانون الدولي الإنساني⁽¹⁾، هي اتفاقيات جنيف الأربع لسنة 1949، وهي كالاتي:

- 1- اتفاقية جنيف الأولى لتحسين حال الجرحى والمرضى للقوات المسلحة في الميدان،
 - 2- اتفاقية جنيف الثانية لتحسين حال الجرحى والمرضى والغرقى للقوات المسلحة في البحار،
 - 3- اتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب،
 - 4- اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب،
- وهذه الاتفاقيات جاءت كتحديث لاتفاقيات سابقة، منها اتفاقيات جنيف لتحسين حال الجرحى والمرضى بالجيش في الميدان، المؤرخة سنوات 1864 أو 1906 أو 1929، فحلّت اتفاقيات 1949 محلّها بنص المادة 59 من اتفاقية جنيف الأولى 1949.

يضاف إلى اتفاقيات جنيف الأربع، البروتوكولان الإضافيان لها، وهما البروتوكول الإضافي الأول المتعلّق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية، والبروتوكول الثاني المتعلّق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية الصادران سنة 1977، دون اغفال بعض الاتفاقيات والآليات اللاحقة، مثل نظام المحكمة الجنائية الدولية الذي يتصدّى للجرائم ذات الطابع الدولي، مثل جرائم الحرب والابادة والجرائم ضد الإنسانية.

⁽¹⁾ يضم هذا الفرع من القانون الدولي العام: "القواعد التي تهدف- في أوقات النزاع المسلح- إلى حماية الأشخاص غير المشاركين، أو الذين كفّوا عن المشاركة في الأعمال العدائية وإلى تقييد أساليب ووسائل الحرب المستخدمة"، أنظر فضيل عبد الله طلافحة-حماية الأطفال في القانون الدولي الإنساني، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، الطبعة الأولى 2011 ص 12، ويرجع كثيرون من أهل الاختصاص أصل القانون الدولي الإنساني إلى معركة سولفيرينو بإيطاليا بتاريخ 24/06/1859، وما عاينه السويسري "هنري دونان" من كثرة القتلى والجرحى، حيث ألف كتابه المشهور "ذكرى سولفيرينو" الذي تم طبعه وتوزيعه في النصف الثاني من القرن التاسع عشر على ملوك وقادة أوروبا، وما كان له من تأثير كبير في ظهور هذا الفرع من القانون موازاة مع انشاء اللجنة الدولية للصليب الأحمر سنة 1864.

المطلب الأول: حماية الطفل في اتفاقية جنيف الرابعة ونظام المحكمة الجنائية الدولية

ان اتفاقية جنيف الرابعة ورغم أن أحكامها تقتصر في الأصل على تنظيم حماية المدنيين في حالة الحرب وحدها دون غيرها، إلا أن المتصفح لأحكامها يجد أنها تشمل حالات أخرى يمكن أن ندرجها في الحالات الاستثنائية أو الحالات غير العادية مثل حالة الاحتلال⁽¹⁾، فهذه الأخيرة تختلف كثيرا عن حالة الحرب وإن كان يتصور وقوعهما بشكل مترامن في بعض الأحيان، مثلما كان عليه الأمر مثلا في الحرب العالمية الثانية حين احتلت ألمانيا النازية الكثير من البلدان سيما الأوروبية منها، وقد انتهت حالات الاحتلال تلك بانتهاء الحرب وانحزام النازية، غير أنه في المقابل يمكن أن يستمر الاحتلال بعد الحرب كما وقع بالنسبة للحروب العربية الإسرائيلية التي انتهت مع بقاء حالات الاحتلال التي طالت فلسطين وجزءاً من لبنان وسوريا، ومازالت حالة الاحتلال قائمة إلى غاية اليوم.

تبعاً لذلك، كان من الواجب التفريق في هذا البحث بين الحماية التي يستفيد منها الأطفال في حالة الحرب، وبين تلك التي يجوزونها في حالة الاحتلال، على اعتبار أنهما وضعان مختلفان من الناحية القانونية النظرية وكذا من الناحية الواقعية الميدانية، وبالتالي اختلاف الأخطار التي يمكن أن يتعرض لها الأطفال في الحالتين وما يستتبع ذلك من تخصيص أشكال مختلفة من الحماية لكل وضع منهما.

⁽¹⁾تسري الاتفاقية على كل حالات الاحتلال الجزئي أو الكلي وفقاً للمادة 2 منها، فيما تشير المادة 6 إلى أن أحكامها لا تسري في الأراضي المحتلة بعد مرور عام واحد على انتهاء الأعمال الحربية، غير أن ذات المادة تقر في المقابل بضرورة احترام وتطبيق الدولة المحتلة للمواد التالية: من 1 إلى 12، 27، ومن 29 إلى 34 و 47، و 49، و 51، و 52، و 53، و 59، ومن 61 إلى 77 و 143، وتطبق هذه المواد طيلة مدة الاحتلال، وهي في المجموع 37 مادة من أصل 159 المكونة للاتفاقية.

الفرع الأول: الحماية في حالة الحرب

البند الأول: تخصيص مواقع محايدة وآمنة للأطفال

أولاً- إنشاء المناطق المحايدة:

تتيح اتفاقية جنيف الرابعة لأي من أطراف النزاع خلال الحرب اقتراح إنشاء ما يصطلح عليه بالمناطق المحايدة داخل مناطق الصراع، والتي يتم استثنائها من الأعمال العسكرية لحماية فئة المدنيين الذين لا يشاركون في القتال ولا يقومون بأي دور عسكري ومن بينهم فئة الأطفال، بالإضافة إلى فئة الجرحى والمرضى من المقاتلين وغير المقاتلين.

حيث يتم الاتفاق على الموقع الجغرافي لمثل هذه المناطق وكيفية ادارتها ومراقبتها وتموينها بالضروريات اللازمة للمدنيين، وكذا التاريخ الذي يبدأ فيه سريان الاتفاق ومدته، وذلك إما بطريق مباشر بين أطراف النزاع أو بوساطة من منظمات وهيئات دولية تعمل في هذا الإطار، على أن يتم افرغ مثل هذا الاتفاق في وثيقة مكتوبة حرصاً على الزاميته واحترامه من الأطراف المعنية به⁽¹⁾.

ثانياً- إنشاء مواقع الاستشفاء والأمان:

كما أنه بمقدور أي من أطراف النزاع أن ينشأ مناطق أو مواقع خاصة تدعى بمواقع الاستشفاء والأمان، سواء على أراضيه أو حتى فوق الأراضي المحتلة، وتنص اتفاقية جنيف الرابعة أن ذلك وسيلة لحماية الفئات الضعيفة مثل الأطفال دون 15 سنة، والحوامل والمسنين والعجزة وأيضاً المرضى وجرحى الحرب⁽²⁾، بغرض تجنبهم التعرض لخطر التأذي المباشر عند استهدافهم بأعمال عسكرية أو تعرضهم للاعتقال أو الاحتجاز أو أي شكل آخر من أشكال الاستغلال، وقد ركزت المادة 14 من الاتفاقية على حماية خاصة للأطفال حيث ذكرت في هذا المجال ثلاثة أصناف منهم:

⁽¹⁾ راجع المادة 15 من اتفاقية جنيف الرابعة.

⁽²⁾ طبقاً للمادة 14 التي سمحت أيضاً للدول المتنازعة أن تستعين باللجنة الدولية للصليب الأحمر لتقديم المساعدة وتسهيل إنشاء مناطق ومواقع الاستشفاء والأمان والاعتراف بها.

يتمثل الصنف الأول في الأطفال دون 15 سنة، حيث تعتبر هذه السن الحد الأدنى الذي يُمنع فيه الأطفال من المشاركة في الأعمال القتالية، أما الصنف الثاني فيتعلق بالحمل في بطن أمه، إذ تحظى النساء الحوامل بالحماية القانونية الكاملة للاتفاقية في هذه المناطق⁽¹⁾، فيما يضم الصنف الثالث الأطفال دون سن السابعة، حيث خصت الاتفاقية أمهات الأطفال دون هذه السن بالحماية بسبب الحاجة الضرورية والارتباط الكبير لهؤلاء الأطفال بأمهاتهم، إذ لا يُتصور نموهم الطبيعي دونهن.

وفي ذات السياق، تسعى الأطراف المتنازعة سواء قبل أو أثناء نشوب النزاع -لكي تحظى تلك المناطق بالحماية اللازمة- إلى الاتفاق على الاعتراف المتبادل بالمناطق الآمنة قصد التعرف عليها وتجنب استهدافها بالعمليات العسكرية.

وتنص الاتفاقية من جهة أخرى، على المنع التام للاستهداف العسكري للمستشفيات المخصصة للمدنيين سيما التي تستضيف النساء النّفّاس والجرحى والمرضى والعجزة⁽²⁾، ويتوجب استمرار توفير هذه الحماية من جميع أطراف النزاع في جميع الأوقات والظروف، ولضمان استمرارية عمل هذه المرافق الصحية تكفل اتفاقية جنيف الرابعة الحماية للأشخاص المكلفين بتشغيل وإدارة المستشفيات، أو أولئك الذين يبحثون عن النساء النّفّاس والجرحى والمرضى المدنيين والعجزة وجمعهم ونقلهم ومعالجتهم⁽³⁾.

البند الثاني: اخراج الأطفال من مناطق الخطر والحصار

تُلزم اتفاقية جنيف الرابعة الدول المتنازعة بضرورة اقرار ترتيبات خاصة ومكيفة مع الوضع السائد على أرض الميدان⁽⁴⁾، قصد السماح بنقل الأطفال والنساء في حالة النّفّاس وإخراجهم من

⁽¹⁾ جاء في المادة 16 من الاتفاقية أن الحوامل في موضع حماية واحترام خاصين، ويقدر ما تسمح به المقتضيات العسكرية.

⁽²⁾ حسب المادة 18 منها.

⁽³⁾ ويتم تمييز هؤلاء الموظفين في الأراضي المحتلة ومناطق العمليات الحربية، ببطاقة لتحقيق الهوية تبين صفة حاملها، وعليها صورته الشمسية وتحمل خاتم السلطة المسؤولة، كما يميزون أثناء العمل بعلامة ذراع محتومة من نوع لا يتأثر بالماء توضع على الذراع الأيسر، راجع المادة 20 من الاتفاقية.

⁽⁴⁾ المادة 17 من اتفاقية جنيف الرابعة.

المناطق المحاصرة، إلى مناطق مفتوحة تتيح لهم الأمان من الأعمال العسكرية والحصول على الغذاء والدواء.

وتساوي الاتفاقية في درجة الحماية التي يتوجب أن تنالها المستشفيات المدنية المذكورة آنفا في المادة 18، وبين كل وسائل النقل المخصصة للنساء النّفس وأولادهنّ وباقي الفئات الأخرى، سواء كانت عبارة عن مركبات برّية أو قطارات أو حتى السّفن، حيث تُوسم وسائل النقل تلك بالشارة المميّزة لاتفاقيات جنيف وتحظى بالحماية الدولية وفقا لذلك، وتحظى بنفس الحماية أيضا الطائرات التي تنقل النساء النّفس والجرحى والمرضى المدنيين والعجزة، أو تلك التي تنقل الموظفين الطبيين والمهمات الطبية، على أن يتم من الناحية التقنية الاتّفاق على الارتفاعات والأوقات والمسارات التي تسلكها تلك الطائرات لتتال الحماية الدولية وفقا لذلك⁽¹⁾.

البند الثالث: جمع شمل الأطفال بأوليائهم وضمان اعالتهم

أولا- العناية باليتامى وجمع شمل الأطفال المفترقين عن أهلهم:

من الآثار المتعارف عليها أثناء الحروب والنزاعات المسلّحة، الأطفال الذين يتسبّب القتال في تيّيمهم أو تفريقهم عن عائلاتهم فيجدون أنفسهم دون مُعيل أو مأوى، وقصد العناية بهذه الفئة الضعيفة، أوجبت اتفاقية جنيف الرابعة في المادة 24 منها أطراف النزاع ببذل ما في وسعهم لضمان عدم تعرّض الأطفال الذين تقل سنّهم عن 15 سنة للإهمال، وذلك من خلال العمل على تسهيل اعالتهم وتوفير التعليم الضروري لهم دون انسلاخهم عن إرثهم الثقافي، كما حثّت الاتفاقية الأطراف المتنازعة على السّعي إلى نقلهم إلى بلد محايد بعيدا عن الحروب وشرورها، كما تلتزم الدول المعنية أيضا بالعمل على التّحقق من هوية جميع الأطفال دون 12 سنة، عن طريق حمل لوحة لتحقيق الهوية أو بأي وسيلة أخرى قصد التّعرف عليهم والحاقهم بمن يكفلهم إذا وجد.

⁽¹⁾ يجب تمييز وسائل التنقل تلك بوضع الشارة المميزة المنصوص عنها في المادة 38 من اتفاقية جنيف لتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان، المؤرخة في 12 أغسطس 1949، راجع المادتين 21 و22 من اتفاقية جنيف الرابعة.

وتفرض الاتفاقية أيضا على الدول المتنازعة السّماح وتسهيل عمليات البحث الهادفة إلى جمع شمل الأطفال بعائلاتهم التي افترقوا عنها في الحرب، وتيسير عمل الهيئات التي تتكفل بتلك المهام عادة، وكذا تسهيل أعمال البحث التي يقوم بها أفراد العائلات المشتتة بسبب الحرب، من أجل تحديد الاتصال بينهم وإذا أمكن جمع شملهم⁽¹⁾.

ثانيا- توفير الأغذية والأدوية للأطفال والحوامل:

من الالتزامات التي تقع على الدول في حالة الحرب، عدم التسبب في سوء تغذية الأطفال دون 15 سنة وكذا الحوامل والنّفس والرّضع، أو هلاكهم أو تدهور صحتهم بمنع الألبسة والأدوية والخدمات الصحيّة عنهم⁽²⁾، ولا يتم ذلك إلا بالاتفاق على ضمان حرية مرور هذه الضروريات لتصل إلى مستحقّيها المدنيين، مع حفظ حق الطرف الذي سمح بمرورها في التأكيد من أن لا تستغل تلك المواد في تموين عدّوه، حيث بالإمكان في هذه الحالة ممارسة الرقابة والاشراف على توزيعها ووضع الشروط التقنية لمرورها، وكل ذلك يأتي- كما يبدو- قصد تبديد مخاوف أطراف النزاع من الاستغلال السيّء لهذه الحماية من العدو، ما قد يتسبب في النهاية بالإضرار بالأطفال والحوامل ومنع الأغذية والألبسة والدواء عنهم.

وحتى خلال فترة الحرب، ذكرت اتفاقية جنيف الرابعة حق الأولياء في ضمان اعالة أطفالهم، لأن الحروب والنزاعات تؤدي عادة إلى تعطيل النشاطات الاقتصادية والتجارية أو وقفها تماما، وفي هذه الحالة وضعت الاتفاقية على عاتق الأطراف المتحاربة ضمان إيجاد عمل للأشخاص الذين فقدوا مصدر كسبهم بسبب ظروف الحرب، وإلا توجب التكفل باحتياجات هؤلاء الأشخاص وحاجيات من يعولونهم من أطفال ونساء على وجه الخصوص⁽³⁾.

⁽¹⁾ راجع المادة 26 من اتفاقية جنيف الرابعة.

⁽²⁾ ويتم ذلك من خلال ضمان حرية مرور الأدوية والمهّات الطبيّة وغيرها، وكذلك الترخيص بحرية مرور الأغذية الضرورية، والملابس والمقويات المخصّصة للأطفال دون الخامسة عشرة من العمر، والنساء الحوامل أو النّفس، وذلك بأسرع وقت ممكن، راجع المادة 23 من اتفاقية جنيف الرابعة.

⁽³⁾ إذا فرض أحد أطراف النزاع تدابير مراقبة من شأنها أن تجعل المدنيين غير قادرين على إعالة أنفسهم، وبخاصة إذا كان هذا الشخص غير قادر لأسباب أمنية على إيجاد عمل مكسب بشروط معقولة، وجب على طرف النزاع المذكور أن يتكفل باحتياجاته واحتياجات الأشخاص الذين يعولهم، حسب المادة 39 من اتفاقية جنيف الرابعة.

الفرع الثاني: الحماية في ضل الاحتلال

تفرض أحكام القانون الدولي عدّة التزامات على عاتق الدولة المحتلة، بصفتها المسؤول القانوني عن حالة الأشخاص في البلد المحتل، سيما الفئات الضعيفة منهم، بحيث لا تتعارض حالة الاحتلال العسكري في نظر القانون الدولي مع ضرورة احترام حقوق الأطفال الأساسية وتوفير الظروف المناسبة لرعايتهم.

البند الأول: ضمان اعادة الأطفال والعناية باليتامى

حيث يقع بداية على دولة الاحتلال الالتزام بعدم ادخال أية تغييرات أو تعديلات في الوضع الذي كان سائدا قبل الاحتلال، خاصّة فيما يتعلّق بتغذية الأطفال دون 15 سنة، وكذا الحوامل وأمّهات الأطفال دون السابعة، بالإضافة إلى احترام تدابير الرعاية الطبيّة والوقاية من آثار الحرب التي تكون قد اتخذت لفائدة هؤلاء.

و تتكفّل دولة الاحتلال بمهمّة التحقق من هوية الأطفال المشكوك في هويتهم وتسجيل نسبهم، سيما الأيتام منهم أو الذين افترقوا عن عائلاتهم بغرض تسهيل التعرّف عليهم، وتمتنع عن تغيير حالتهم الشخصية أو إلحاقهم بمنظمات أو هيئات تابعة لها، كما يتوجّب عليها تأمين اعادة هؤلاء وتعليمهم⁽¹⁾.

ومن المحظورات التي أقرتها اتفاقية جنيف على دولة الاحتلال، استغلال الأطفال الذين لم يبلغوا 18 سنة في أي نوع من أنواع الأعمال أو الأشغال، أو اشتراكهم مباشرة أو بطريق غير مباشر في عمليات القتال، حيث منعت المادة 51 من الاتفاقية اجبار الأشخاص المحميين ومنهم الأطفال على الخدمة في القوات المسلّحة أو المعاونة لدولة الاحتلال، أو ممارسة أيّ ضغط أو دعاية بغرض تطوّعهم في القتال، أو إلزامهم على القيام بأي عمل يترتّب عليه التزامهم بالاشتراك في عمليات حربية.

⁽¹⁾ ويجب أيضا على دولة الاحتلال وفق المادة 50 من اتفاقية جنيف الرابعة، أن تتخذ تلك الإجراءات بالنسبة لليتامى سيما في حالة عدم وجود قريب أو صديق يستطيع رعايتهم، على أن يكون ذلك بواسطة أشخاص من جنسيتهم ولغتهم ودينهم قدر الإمكان.

البند الثاني: حظر تفريق الأطفال عن أسرهم أو إصدار أحكام الإعدام بحقهم

يعتبر ضمان وحدة الأسرة وعدم تفريق أفرادها سيما الأطفال منهم، من المبادئ التي يحرص عليها القانون الدولي الإنساني، حيث يُحظر على الدولة المحتلة -إذا بادرت إلى اعتقال جماعي للعائلات- أن تفرّق بين الأطفال وأولياءهم طوال مدّة الاعتقال إلا في حالات الضرورة، كما يحقّ للمعتقلين البالغين وفقاً لنص الاتفاقية، أن يطلبوا من دولة الاحتلال الحاق أولادهم بهم داخل المعتقل في حال لم يكن هناك من يرعاهم خارجه، وتلتزم دولة الاحتلال بفصل هذه العائلات بأكملها عن بقية المعتقلين الآخرين⁽¹⁾.

وفي كل الحالات، لا يجب أن يكون الاحتلال العسكري مبرراً يتيح انتهاك حقوق الأطفال في الحياة والحرية، أو يتيح تعسّف المحتلّ بتسليط وسيلة المتابعة القضائية على الأطفال دون سن الـ18، إذ يعدّ خرقاً لاتفاقية جنيف الرابعة الأحكام القضائية الصادرة من دولة الاحتلال بإعدام الأطفال دون 18 سنة كاملة⁽²⁾، وحيث لم تشر اتفاقية جنيف الرابعة إلى صنف المؤسسة القضائية التي قد تصدر تلك الأحكام، فإنّ الحظر السابق الإشارة إليه يشمل القضاء العسكري والمدني معاً.

ويجب على دولة الاحتلال من ناحية أخرى أن تحترم النظام الخاص الواجب تطبيقه على الأطفال في حال احتجازهم أو احتجاز أمهاتهم إذا كانوا حديثي العهد بالولادة، وكذا توفير نظام

⁽¹⁾ يُجمّع أفراد العائلة الواحدة وبخاصة الوالدان والأطفال، معاً في معتقل واحد طوال مدة الاعتقال، إلا في الحالات التي تقتضيها احتياجات العمل أو أسباب صحّية أو غيرها، ويجمع أفراد العائلة الواحدة المعتقلون كلّما أمكن في المبنى نفسه، ويجب توفير التسهيلات اللازمة لهم للمعيشة في جو عائلي حسب المادة 82 من الاتفاقية.

⁽²⁾ كما حظرت المادة 68 من اتفاقية جنيف الرابعة، أن تقضي القوانين الجزائية التي تصدرها دولة الاحتلال بعقوبة الإعدام على أشخاص محميين إلا في الحالات التي يدانون فيها بالجاسوسية أو أعمال التخريب الخطيرة للمنشآت العسكرية التابعة لدولة الاحتلال، أو بمخالفات متعمدة سببت وفاة شخص أو أكثر، وبشرط أن يكون الإعدام هو عقوبة هذه الحالات بمقتضى التشريع الذي كان سارياً في الأراضي المحتلة قبل بدء الاحتلال، وإذا اقترب شخص محمي مخالفة يقصد بها الإضرار بدولة الاحتلال، ولكنها لا تنطوي على الاعتداء على حياة أفراد قوات أو إدارة الاحتلال أو على سلامتهم البدنية، أو على خطر جماعي كبير، أو على اعتداء خطير على ممتلكات قوات أو إدارة الاحتلال أو على المنشآت التي تستخدمها، جاز اعتقاله أو حبسه حبساً بسيطاً، على أن تكون مدة الاعتقال أو الحبس متناسبة مع المخالفة التي اقترتها.

غذائي وصّحي متلائم مع احتياجاتهم⁽¹⁾.

البند الثالث: تشجيع الافراج عن الأطفال وتأمين تغذيتهم وتعليمهم

تحت اتفاقية جنيف الرابعة الدول المتحاربة على عقد اتفاقات بينها قصد الافراج عن الأطفال والحوامل والمرضعات، فضلا عن الجرحى والمرضى، بغية السماح لهؤلاء بالعودة إلى منازلهم أو أوطانهم أو إيوائهم في بلد محايد⁽²⁾.

وبما أنّ أماكن الاعتقال غالبا ما تتسم بإهمال التغذية الجيدة للمعتقلين في أوقات الحروب، فقد أكّدت الاتفاقية على الاهتمام بتأمين تغذية كافية ومتوازنة ومتنوعة وفقا للاحتياجات الخاصة للأطفال المحتجزين، قصد ضمان نموهم السليم وتجنّب مختلف الأمراض والمضاعفات الصحية الناتجة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة عن سوء التغذية، حيث تلتزم دولة الاحتلال ببذل عناية خاصة في هذا الشأن إضافة إلى الشروط العامة التي تنص على التغذية الجيدة لكافة المعتقلين، وتُصرف للحوامل والمرضعات وللأطفال دون سن الخامسة عشرة أغذية إضافية تتناسب مع احتياجات أجسامهم⁽³⁾.

من جهة أخرى حرصت أحكام اتفاقية جنيف الرابعة على توفير محيط مريح قدر الامكان للأطفال داخل المعتقلات، قصد التخفيف من الآثار النفسية والاجتماعية للنزاع عليهم، من خلال توفير بيئة مماثلة إلى حد بعيد بالبيئة الطبيعية خارج المعتقل، ومن ذلك -حسب المادة 94 من

⁽¹⁾ يُجنّز الأشخاص المحميون المتهمون في البلد المحتل، ويقضون فيه عقوبتهم إذا أُدينوا ويفصلون إذا أمكن عن بقية المحتجزين، ويخضعون لنظام غذائي وصّحي يكفل المحافظة على صحتهم وينظر على الأقل النظام المتبع في سجون البلد المحتل، وتقدم لهم الرعاية الطبية التي تتطلبها حالتهم الصحية، وتحتجز النساء في أماكن منفصلة عن الرجال ويوكل الإشراف المباشر عليهن إلى نساء، ويؤخذ في الاعتبار النظام الخاص الواجب للصغار، وللأشخاص المحميين الحق في أن يزورهم مندوبو الدولة الحامية ومندوبو اللجنة الدولية للصليب الأحمر، وعلاوة على ذلك، يحق لهم تلقي طرد إغاثية واحد على الأقل شهرياً، راجع المادة 76 من الاتفاقية.

⁽²⁾ المادة 132 من اتفاقية جنيف الرابعة.

⁽³⁾ وذلك زيادة على وجبات غذائية يومية كافية من حيث كميتها ونوعيتها وتنوعها بحيث تكفل التوازن الصحي الطبيعي وتمنع اضطرابات النقص الغذائي، ويراعى كذلك النظام الغذائي المعتاد للمعتقلين، وتعطى لهم الوسائل التي تمكنهم من أن يعدّوا لأنفسهم أي أطعمة إضافية تكون في حوزتهم، ويؤدون بكميات كافية من ماء الشرب، كما تصرف للعمال من المعتقلين أغذية إضافية تتناسب مع طبيعة العمل الذي يؤدونه، راجع المادة 89 من الاتفاقية.

الاتفاقية-تخصيص أماكن لألعاب الأطفال داخل المعتقلات، وذلك امتدادا للواجب المترتب على دولة الاحتلال بتشجيع الأنشطة الترفيهية والرياضية والذهنية لكافة المعتقلين، وكذا تأمين تعليم الأطفال والشباب، والسّماح لهم بالمداومة في المدارس سواء داخل أماكن الاعتقال أو خارجها.

الفرع الثالث: الحماية في إطار نظام المحكمة الجنائية الدولية

وهي محكمة دائمة ومستقلة تختص بالنظر في الجرائم الخطيرة على المستوى الدولي⁽¹⁾، وقد أولى نظام المحكمة عناية كبيرة بالأطفال لوقايتهم من مختلف أشكال الجرائم التي تدخل في اختصاصها، وتنقسم هذه الحماية إلى حماية عامة تشمل الأطفال والراشدين، وحماية خاصة بالأطفال دون غيرهم من الفئات الأخرى، وقبل الخوض في ذلك وجب التطرق لاختصاص المحكمة وصلاتها وإجراءات التقاضي فيها.

البند الأول: اختصاص المحكمة الجنائية الدولية

تم اقرار النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليمنع وقوع الجرائم الدولية بمختلف أشكالها، ويحمي المدنيين ومنهم فئة الأطفال، وفي المقابل ترفض المحكمة النظر في أية قضية أو اتهام يكون المدعى عليه شخصا لم يتجاوز 18 سنة كاملة وقت ارتكاب الجريمة⁽²⁾، ما يشير بوضوح إلى اختصاص القضاء الداخلي لكل دولة في مثل تلك الحالات، حيث يخضع الطفل الذي لم يبلغ الرشد إلى اجراءات خاصة من حيث التحقيق والمتابعة والمحاكمة والعقوبة مراعاة لسنّه، وهي عادة تدابير وإجراءات تأديبية لا تصل إلى درجة العقوبة، بل تهدف بالدرجة الأولى إلى إعادة التأهيل والادماج في المجتمع، انطلاقا من اعتبار الطفل ضحية لظروف تربيته ومحيطه حتى ولو كان هو من اقترف الجرم الذي يعاقب عليه القانون.

⁽¹⁾ ومقرها لاهاي بهولندا، وتنظر المحكمة على وجه الحصر في الجرائم التالية: جريمة الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب وجريمة العدوان، راجع المواد 1، 3 و5 من نظام المحكمة الجنائية الدولية، وصادقت الجزائر على نظام المحكمة المصطلح عليه بنظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بتاريخ 20/12/2000.

⁽²⁾ المادة 26 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

من جهة أخرى، يمكن للمدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية أثناء سير المحاكمة، أن يتخذ مجموعة من التدابير التي تصب كلاً في إطار حماية سلامة ونفسية الجني عليهم أو الشهود⁽¹⁾، وخاصة عندما يتعلق الأمر بجرائم جنسية أو جرائم تتعلق بالعنف ضد الأطفال، حيث يجوز للمدعي العام في هذه الحالة -استثناء على مبدأ علانية الجلسات- إجراء جزء من المحاكمة في جلسات سرّية، يتم خلالها تقديم الأدلة بوسائل تقنية أو بوسائل أخرى، لا سيما إذا كان الضحية طفلاً تعرّض للعنف الجنسي أو أشكال أخرى من العنف أو كان شاهداً في القضية.

وفي حال ادانة المتهمين بارتكاب الجرائم المنصوص عليها في نظام المحكمة الجنائية الدولية، فإن العقوبات الصادرة في حق هؤلاء تكون عبارة عن عقوبات سالبة للحرية كالسجن لعدد من السنوات تصل في أقصى حدّ 30 سنة سجناً، أو الحكم بالسجن المؤبد عندما تكون الجريمة المرتكبة متّسمة بالخطورة البالغة وبالنظر أيضاً إلى ظروف المتهم، وزيادة على الحكم بالسجن يمكن أن تقرّر المحكمة عقوبات مالية تتمثل في غرامات وفقاً للمعايير المنصوص عليها، مع إمكانية إصدار قرار بمصادرة العائدات والممتلكات والأصول الناتجة عن ارتكاب الجريمة⁽²⁾.

البند الثاني: حماية الطفل من الإبادة والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب

أولاً- الإبادة الجماعية:

يتمتع الطفل المنتمي إلى جماعة قومية، عرقية أو دينية، وفق المادة 6 من نظام المحكمة الجنائية الدولية، بالحماية من أي اعتداء يطل جماعته سواء تعلّق الأمر بقتل أفرادها أو الحاق ضرر جسدي أو عقلي جسيم بهم، أو اخضاعهم إلى أحوال معيشية بقصد اهلاكهم فعلياً بشكل جزئي أو كلي، أو العمل على فرض تدابير تستهدف منعهم من الانجاب.

كما ينال الأطفال حماية خاصّة في مثل هذه الحالة، تستهدف منع نقلهم بصفة قسرية خارج جماعتهم تلك، حيث ينطوي مثل هذا الفعل في حقيقته على الرغبة في إبادة الجماعة من خلال منع تجددّها وتشبيب أفرادها.

⁽¹⁾ راجع المادة 68/2-1 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

⁽²⁾ راجع المادة 77 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

ثانيا-الجرائم ضد الإنسانية:

ينال كل طفل يعيش في كنف مجموعة من السكان، الحماية القانونية العامة التي تضمنها اتفاقية المحكمة الجنائية الدولية، للحيلولة دون التعرض إلى ما يصطلح عليه بالجرائم ضد الإنسانية⁽¹⁾، والتي تتجسد في الهجمات واسعة النطاق أو الهجمات المنهجية والعمدية الهادفة للقتل، أو الإبادة التي تأتي في أشكال أخرى، منها تعمد الحرمان من الطعام والدواء قصد اهلاك جزء من السكان، أو الاسترقاق الذي يشمل-وفقا لمنظور المحكمة الجنائية الدولية- اتّخاذ شخص ما على أنه ملكية والتصرّف فيه على ذلك النحو بما في ذلك الاتّجار به، وبنال الطفل حماية خاصة تتمثّل في تصنيف خضوع فتى الأطفال والنساء على وجه الخصوص لمثل تلك الممارسات ضمن الجرائم ضد الإنسانية وفق نظام المحكمة الجنائية الدولية.

وتمتد حماية الطفل في كنف مجموعته السكانية، إلى حظر الابعاد والنقل القسري لهؤلاء السكان من مكان اقامتهم المشروع بطردهم أو بأي فعل قسري آخر لا يجيزه القانون الدولي، وتصل إلى منع السّجن والحرمان من الحرية البدنية على نحو يخالف قواعد القانون الدولي، فضلا عن كل ممارسات التعذيب الجسدي أو العقلي، وكافة أشكال الاستغلال والعنف الجنسيّين على غرار الاغتصاب أو الاستعباد الجنسي والاكرام على ممارسة البغاء، وأيضا الحمل القسري باجبار الفتيات على الحمل والولادة بغية التأثير على التكوين العرقي لأية مجموعة سكانية، ويندرج في ذات السياق أيضا العقم أو التعقيم القسري كذلك.

ومن الممارسات التي تتكفل المحكمة الجنائية بحماية الطفل منها، الاضطهاد الممارس ضدّه في إطار جماعته لأسباب سياسية أو عرقية أو دينية أو غيرها، من خلال الحرمان العمدي من الحقوق الأساسية التي يضمنها القانون الدولي، وأيضا جريمة الاختفاء القسري بعد أن يتم القاء القبض على الطفل أو احتجازه أو اختطافه من طرف دولة أو منظمة سياسية، أو بدعم منها لهذا الفعل

⁽¹⁾المادة 07 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

أو سكوتها عليه، ورفض الإقرار بذلك الفعل ورفض الإفصاح عن معلومات حول مصير الطفل أو مكان وجوده.

ويندرج الفصل العنصري في ذات السياق، وهو في مفهوم نظام المحكمة الجنائية الدولية عبارة عن أفعال لا إنسانية يمارسها نظام سياسي عن طريق: "الاضطهاد والسيطرة المنهجيين لجماعة عرقية ضد بقية الجماعات الأخرى قصد الإبقاء على ذلك النظام السياسي".

وعلى العموم، يدخل في وصف الجرائم ضد الإنسانية كل الأفعال الخطيرة المماثلة التي ينتج عنها معاناة شديدة، أو أذى جسدي أو عقلي، والذي يستهدف بصفة جزئية أو كلية مجموعة عرقية أو دينية أو ثقافية أو غيرها بسبب ما يميّزها عن غيرها.

ثالثا- جرائم الحرب:

صنّف النظام الأساسي لمحكمة الجنايات الدولية كل الجرائم الواقعة خلال الحرب، ولا سيما تلك التي تتم في إطار سياسة أو خطة أو في ظل هجوم واسع النطاق، على أنها جرائم حرب يثبت بموجبها حق المحكمة في متابعة ومحاكمة مرتكبيها وتسليط العقوبات المناسبة عليهم⁽¹⁾، ونفس الأمر بالنسبة لكل الانتهاكات الجسيمة لاتفاقيات جنيف لسنة 1949.

وتبعاً لذلك فإن الطفل في زمن الحروب والنزاعات المسلّحة ينال حماية مزدوجة، تلك التي توفرها اتفاقيات جنيف سيما الاتفاقية الرابعة منها والبروتوكول الإضافي الأوّل لها، ما يمثل أداة وقائية لحماية الطفل من الانتهاكات المذكورة، يضاف إلى ذلك الحماية الردعية الواسعة التي أضفاها النظام الأساسي لمحكمة الجنايات الدولية، عن طريق تصنيف الانتهاكات الجسيمة لأحكام اتفاقيات جنيف ضمن جرائم الحرب، وتبعاً لذلك إمكانية متابعة ومقاضاة مقترفيها أمام المحكمة الجنائية الدولية، والاستفادة من التغطية القانونية والإمكانات المادية للدول الأعضاء في الاتفاقية، بما يجعل من الصعب على مرتكبي تلك الانتهاكات الفرار من المحاكمة والعقوبة.

وعليه أمكن تصنيف جرائم الحرب وفق نظام المحكمة الجنائية الدولية كالآتي:

⁽¹⁾ المادة 8 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

أولاً- كل الانتهاكات الجسيمة لاتفاقيات جنيف، ومن ذلك القتل العمد والتعذيب والمعاملة اللاإنسانية بما فيها اخضاع الأشخاص لتجارب بيولوجية، وكل تعمد إحداث معاناة شديدة أو الحاق ضرر خطير بالجسم أو بالصحة، وكذا الابعاد والنقل غير المشروعين للسكان وأخذ الأشخاص كرهائن.

ثانياً- كل الانتهاكات الخطيرة للقوانين والأعراف الدولية أثناء النزاعات المسلحة، ومن تلك الانتهاكات التي تشكل خطراً محدقاً بالأطفال، والهجمات العمدية ضد المدنيين الذين لا علاقة لهم بالأعمال القتالية، والهجمات العمدية التي يعلم مقترفوها أنها ستخلف خسائر في صفوف المدنيين، وأيضا استهداف التجمعات السكنية من مدن وقرى ومساكن لا تشكل أهدافا عسكرية، وفي ضلّ الاحتلال كل عملية ابعاد أو نقل سكان الأراضي المحتلة سواء إلى منطقة تقع داخل أرضهم أو خارجها.

ويعتبر أيضا من قبيل جرائم الحرب الاستهداف المتعمد للمباني المدنية الخاصة بالتعليم أو لأغراض دينية أو تعليمية أو خيرية أو غيرها، وكذا المستشفيات وأماكن تجميع الجرحى، يضاف إلى ذلك كل اعتداء يتضمّن التشويه البدني للأشخاص أو اخضاعهم لأية تجارب طبيّة أو علمية، وأي إهمال صحّي يؤدّي إلى خطر حقيقي على الحياة أو يفضي إلى الوفاة.

كما يُصنّف كجرائم حرب، القتل بطريق الغدر لأفراد منتمين إلى دولة معادية، وكذا زرع الرعب والاعلان عن عدم الإبقاء على حياة أحد، وإعلان الغاء حقوق رعايا العدو أو تعليقها، واجبار رعايا الطرف الآخر على المشاركة في الأعمال القتالية ضدّ بلادهم، بالإضافة إلى كل استعمال للسموم كأسلحة حرب وكل الغازات والسوائل والمواد الخانقة أو السامة، واستخدام الرصاص المتمدّد أو المسطح، أو الرصاص بدون أغلفة كاملة أو بأغلفة محزّزة، بالإضافة إلى استخدام أسلحة تسبّب آلاما زائدة لا حاجة لها، أو تكون عشوائية بطبيعتها حسبما ينص عليه القانون الدولي الإنساني.

وفي ذات السياق، تعتبر من قبيل الجرائم الماسّة بالطفل والتي تصنّف في خانة جرائم الحرب،

الاعتداء على الكرامة الإنسانية ولا سيما المعاملات المهينة، وأفعال الاغتصاب والاستعباد الجنسي والاكره على البغاء، أو الحمل القسري وكل أشكال العنف الجنسي التي تنتهك أحكام اتفاقيات جنيف. ويعتبر استعمال الدروع البشرية لتفادي الضربات العسكرية من قبيل جرائم الحرب، حسب نظام المحكمة الجنائية الدولية الأساسي، على اعتبار أنه استغلال للمدنيين قصد إضفاء الحصانة على مناطق أو قوات عسكرية، وأيضا كل استهداف للمباني والوحدات الطبية ووسائل النقل وكل الأفراد المميزين بشارات اتفاقيات جنيف، وأيضا تعمد تجويع المدنيين وحرمانهم من موارد الماء ومن الامدادات الاغاثية كأسلوب حرب.

ومن الحماية الخاصة التي ينالها الطفل في هذا السياق تجريم تجنيد من هم دون سن الـ15 في القوات المسلحة، بصفة طوعية أو اكرها أو استخدامهم للمشاركة الفعلية في العمليات القتالية.

ثالثا- في حالات النزاعات المسلحة غير الدولية، يصنّف من قبيل جرائم الحرب بموجب نظام المحكمة الجنائية الدولية، كل الانتهاكات الجسيمة للمادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع، وهي الأفعال التي تطل الأشخاص غير المشاركين في القتال، ومن ذلك المساس بحياة هؤلاء الأشخاص-وبينهم الأطفال-سواء عن طريق ممارسة القتل بأنواعه والتشويه والتعذيب، أو بالمعاملة القاسية والاعتداء على الكرامة الشخصية وأخذ الرهائن، زيادة على اصدار أحكام الإعدام دون توفر شروط المحاكمة العادلة.

رابعا- يندرج أيضا ضمن جرائم الحرب كل انتهاك خطير للقوانين والأعراف السارية خلال النزاعات المسلحة غير الدولية، ومن ذلك الاستهداف العمدي للمدنيين الذين لا علاقة لهم بالأعمال الحربية واستهداف المباني والوحدات الطبية، واستهداف الوسائل المادية والبشرية لمهمات المساعدة الإنسانية والمواقع الدينية والتعليمية والاستشفائية، وكل الجرائم الجنسية كالاعتصاب والاستعباد الجنسي والاكره على البغاء والحمل القسري والتعقيم القسري، وأي عنف جنسي ينتهك أحكام اتفاقيات جنيف.

الفرع الرابع: حماية الطفل خلال الحرب في الفقه الإسلامي

حرم الإسلام الاعتداء على حياة الطفل والانسان عامة وعُني بذلك عناية كبيرة، ولم يجعل اللجوء إلى القتل متاحا إلا لضرورة لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ سورة الإسراء الآية 33، ولقوله عز وجل: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَبِعَرَاوُهُ جَهَنَّمَ خَالِدًا فِيهَا وَمُنْصِبَهُ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَمَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا﴾ سورة النساء الآية 93، ولقوله سبحانه: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً﴾ سورة النساء الآية 92، وعظم الله في شأن جريمة القتل بقوله عز وجل: ﴿مَنْ أَجَلٌ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾ سورة المائدة الآية 32.

و ينال الطفل في الظروف الاستثنائية كحالات الحرب والحالات المماثلة حماية خاصة بغض النظر عن ديانتته، على اعتبار أنه لا يشكل خطرا على المقاتلين ولا يؤثر تبعا لذلك في مجرى العمليات القتالية، فيحرم قتله أو ايداؤه كقاعدة عامة.

حيث يُصنّف الصّبيان والأطفال عموما دون البلوغ، ضمن سبعة أصناف لا يجوز عند المالكية قتلهم في الحرب ولو بعد أسرهم، وهم المرأة والصبي والمجنون والمعتوه والأعمى والراهب والشيخ الكبير، وحتى بالنسبة للطفل القادر على القتال وحمل السلاح ضد المسلمين، فإنهم يحظرون المساس بحياته إلا إذا قاتل بالفعل، وإذا تم أسره وجب التفريق بين ما إذا كان قد قتل أحدا بالسلاح فيقتل، وبين من قاتل بغير ذلك كالحجارة فيحرم قتله⁽¹⁾.

وفي حال محاصرة الأعداء داخل حصن وكان معهم "ذراريهم" وهم الأطفال، يحظر المالكية حفاظا على أرواح هؤلاء الاستعانة ببعض أساليب القتال القاسية، ومنها استعمال النار لتحريق المحاصرين أو تسليط الماء عليهم لإغراقهم، وكذا الحال عندما يجعل الأعداء أطفالهم ونساءهم تُرسا يحنون بهم من القتال، أي يتمترسون بهم أو يجعلونهم دروعا بشرية، فيحرم قتال هؤلاء خوفا من إيذاء أطفالهم إلا للضرورة⁽²⁾.

⁽¹⁾الخرشي-الخرشي على مختصر خليل 112/3.

⁽²⁾أنظر الخرشي-الخرشي على مختصر خليل 113/3-114، وذكر ابن رشد الاختلاف في جواز قتل العدو بغير السيف كتحريق الأعداء بالنار أو رميهم بها، وقال أن عمرا ومالك نهي عن ذلك فيما أجازته سفيان الثوري، وسبب الاختلاف كما قال عموم الآية في

ويُستدل على حرمة قتل الأطفال، بما رواه البخاري من نهي عليه السلام عن قتال النساء والصبيان⁽¹⁾، وقوله ﷺ: { لا تقتلن ذرية ولا عسيفاً }⁽²⁾، وإرشاده ﷺ للمقاتلين: { اغزوا باسم الله وفي سبيل الله، قاتلوا من كفر بالله، اغزوا ولا تغلوا ولا تملوا ولا تقتلوا وليدا... }⁽³⁾، وكذلك أنه عليه الصلاة والسلام قال في غزوة غزاها لأحدهم: { إحق بخالد بن الوليد فقل له: إن رسول الله يأمرك أن لا تقتل ذرية ولا عسيفاً }⁽⁴⁾.

ويُستدل أيضا بقول أبي بكر الصديق رضي الله عنه في نصح جنوده: "لا تقتلن امرأة، ولا صبيا، ولا كبيرا هرما، ولا تقطعن شجرا مثمرا..."⁽⁵⁾، وأما من قتل الصبي فعليه قيمته تجعل في المغنم وفي دار الحرب يستغفر ولا شيء عليه⁽⁶⁾.

ويوضح ابن رشد في هذه المسألة أن الاجماع مُنعقدٌ على عدم جواز قتل الصبيان في الحرب إلا أن يقاتلوا، مستدلا بما ثبت عن رسول الله ﷺ أنه نهي عن قتل النساء والولدان⁽⁷⁾، وفي الحديث الذي رواه أنس ابن مالك عن النبي ﷺ أنه قال: { لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا صغيرا ولا امرأة ولا تغلوا }⁽⁸⁾، وفي حال الأسر ذكر ابن رشد أن الأصل إما اطلاق سراح الأسرى أو يُستعبدون أو يُقتلون، مع التأكيد أنه في جميع الحالات لا يكون القتل إلا بانعدام التأمين، والمقصود تأمين الأسير خوفا من فراره أو قتاله وهذا لا خلاف فيه حسبه، فإذا تم تأمين الأسرى

قوله تعالى: ﴿فَاهْتَلُوا الْمُشْرِكِينَ حَبِطٌ وَعِدْهُمْ﴾ سورة التوبة الآية 5، حيث لم يستثن قتلا من قتل، وخصوص ما ثبت عن رسول الله ﷺ أنه قال: { إن النار لا يعذب بها إلا الله } أخرجه البخاري كتاب الجهاد والسير باب لا يعذب بعذاب الله، الحديث رقم 3016، صحيح البخاري ص 743، انظر في المسألة: ابن رشد-بداية المجتهد ونهاية المقتصد 285/1.

⁽¹⁾ أخرجه البخاري في الجهاد باب قتل الصبيان في الحرب الحديث رقم 3015، صحيح البخاري ص 742.

⁽²⁾ رواه ابن ماجه في كتاب الجهاد باب الغارة والبيات وقتل النساء والصبيان الحديث رقم 2842، سنن ابن ماجه ص 948، ورواه النسائي في كتاب السير باب قتل العسيف الحديث رقم 8571، النسائي-السنن الكبرى 26/8.

⁽³⁾ رواه أحمد في مسنده الحديث رقم 23030 تنمة مسند الأنصار حديث بريدة الأسلمي 136/38.

⁽⁴⁾ رواه أحمد في مسنده الحديث رقم 17610، مسند الشاميين حديث حنظلة الكاتب الأسدي 151/29.

⁽⁵⁾ رواه مالك في كتاب الجهاد-باب النهي عن قتل النساء والصبيان في الغزو، مالك بن أنس-الموطأ ص 448.

⁽⁶⁾ القرافي- الذخيرة 398/3.

⁽⁷⁾ رواه الترمذي-كتاب السير باب ما جاء في النهي عن قتل النساء والصبيان الحديث رقم 1569، جامع الترمذي ص 276.

⁽⁸⁾ أخرجه أبو داود-كتاب الجهاد، باب في دعاء المشركين الحديث رقم 2614، سنن أبو داود 256/4.

لا يقتلون أبدا⁽¹⁾.

أما الحنفية، وإن أجمعوا على حرمة قتل الصبي غير المقاتل إلا أنهم اختلفوا فيمن يقتل من الصبية، كما اختلفوا في جواز اللجوء إلى الاحراق والاغراق في حال الحصار إذا وجد أطفال بين المحاصرين، حيث ذهب صاحب البحر الرائق، إلى عدم جواز قتل الصبي غير المكلف والمرأة لأن سبب اباحة القتل هي القدرة على القتال والمحاربة وهو لا يتحقق فيهم، مستدلاً في ذلك بما صح عنه ﷺ أنه نهى عن قتل الصبيان والنساء، وأنه إذا قاتل الصبي يقتل⁽²⁾.

فيما أجاز بعضهم إمكانية اللجوء إلى استعمال النار والماء في القتال عند محاصرة العدو في حالة واحدة⁽³⁾، وهي عدم التمكّن منهم إلا بمشقة، فإن تمكّنوا منهم فلا يجوز احراقهم أو اغراقهم خوفاً على الأطفال والنساء وعلى الأسرى المسلمين، مستدلين في ذلك بقول رسول الله ﷺ: {اغزوا باسم الله وفي سبيل الله، قاتلوا من كفر بالله، اغزوا ولا تغلّوا ولا تمثّلوا ولا تقتلوا وليدا...} ⁽⁴⁾، وجاء في الفتاوى الهندية أنه لا ينبغي قتل المرأة والصبي والمجنون، إلا إذا قاتل الصبي أو حرّض على القتال، ولا يجوز قتله بعد الأسر، وأجازوا في الحصار ضربهم بالمنجنيق، وتحريقهم وارسال الماء عليهم وقطع شجرهم وفساد زرعهم، إلا إذا كان في حصن الكفار أسير مسلم فلا يجوز الإغراق والتحريق، كما أجازوا رميهم وإن ترسّوا بصبيان المسلمين أو الأسارى⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ وروى أن الصحابة أجمعوا على عدم جواز قتل الأسير، وسبب الاختلاف في هذه المسألة تعارض ظاهر الآية مع فعله عليه الصلاة والسلام، فظاهر الآية: ﴿فَإِذَا لَقَيْتَهُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ﴾ سورة محمد الآية 4، أن ليس للإمام بعد الأسر إلا المن أو الفداء، وقوله تعالى: ﴿مَا كَانَ لِنَبِيِّ أَنْ يُكُونَ لَهُ أَسْرَى خَتَى يَتُخِذَ فِيهَا الْأَرْضِ﴾ سورة الأنفال الآية 67، وقد ثبت أنه عليه الصلاة والسلام قتل الأسرى وقد منّ عليهم في مواضع أخرى، وأنه لم يستبعد أحرار ذكور العرب، وسبب الاختلاف أن من يرى في الآية عدم ذكر قتل الأسرى أو حصر ما يمكن فعله بهم، وأن فعله عليه الصلاة والسلام زائد على ما في الآية، بداية المجتهد ونهاية المقتصد 382/383.

⁽²⁾ مع اجازته محاربة العدو إذا رفض دفع الجزية، بالمنجنيق والحرق والاغراق وقطع الشجر وإفساد الزرع والرمي، انظر: النسفي-البحر الرائق 128/5-131.

⁽³⁾ ابن عابدين-رد المحتار على الدر المختار 209/6-210.

⁽⁴⁾ رواه أحمد في مسنده-الحديث رقم 23030 تنمة مسند الأنصار حديث بريدة الأسلمي، أحمد بن حنبل-المسند 136/38، ورواه البيهقي في كتاب السير-باب السيرة في أهل الكتاب الحديث رقم 18949، البيهقي-السنن الكبرى 84/9.

⁽⁵⁾ إذا دخل المسلمون دار حرب فحاصروا مدينة أو حصناً، دعوا عدوهم إلى الإسلام وإن امتنعوا دعوهم إلى أداء الجزية، وإذا كان في تقاسم الدعوة ضرر على المسلمين لا تجب الدعوة قبل القتال، أنظر الشيخ نظام-فتاوى هندية 214/2-215.

ولم يخالف الشافعية الاجماع في حُرمة قتل الصبي والمرأة والمجنون والشيخ، لما ورد من نهي في الصحيحين، إلا إذا قاتلوا⁽¹⁾، وعند حصار الكفار في الحصون والقلاع، أجازوا ارسال الماء عليهم ورميهم بالنار والمنجنيق، وما في معنى ذلك من: "هدم بيوتهم وقطع الماء عنهم والقاء الحيات أو العقارب عليهم"، حتى لو كان فيهم نساء وصبيان مستدلين بقوله تعالى: ﴿وَأَخْضِرُوهُمْ﴾ سورة التوبة الآية 5، وبأنه عليه الصلاة والسلام حاصر أهل الطائف⁽²⁾، وأنه نصب عليهم المنجنيق⁽³⁾، على أنهم اشتروا في ذلك الضرورة فلا يجوز عندهم رمي من احتسى بالنساء والصبيان من الكفار وجعلهم تروسا إلا في حال الضرورة، وإذا اعتمد الكفار ذلك حيلة لعلمهم بأن شرع المسلمين يمنع قتل النساء والصبيان، فذلك لا يمنع من حصارهم ورميهم مع قصد إصابة رجالهم دون النساء والصبيان، كما أجاز الشافعية "تبييت الأعداء في غفلة"، وذلك بالإغارة عليهم ليلا وهم غافلون مستدلين بأنه ﷺ أغار على بني المصطلق، وسئل عن المشركين يُيْتون فيصاب من نسائهم وذرائعهم فقال: {هُم مِّنْهُمْ}⁽⁴⁾.

والمذهب عند الحنابلة، أنه لا يُقتل الصبي ولا المرأة ولا الراهب ولا الشيخ ولا العاجز ولا الأعمى إلا أن يقاتلوا، وإن تترس الأعداء بمسلمين يُمنع رميهم إلا أن يخاف على المسلمين فيرميهم ويقصد الكفار، ولا يجوز قتل الأسير إلا إذا امتنع من السير واستحال اجباره على ذلك وهو الصحيح من المذهب، وإن قُتل صبي أو امرأة بعد الأسر يعاقب الأمير القاتل ويُعْرَم⁽⁵⁾.

واستدلوا في ذلك بقوله ﷺ: {انطلقوا باسم الله وبالله، وعلى ملة رسول الله، ولا تقتلوا شيئا فانيا ولا طفلا صغيرا ولا امرأة ولا تغلوا ولا تثلثوا وضموا غنائمكم وأحسنوا إن الله يحب

(1) الشريبي-مغني المحتاج 295/4.

(2) أخرجه البخاري-كتاب المغازي باب غزوة الطائف في شوال سنة ثمان الحديث رقم 4325، صحيح البخاري ص 1058.

(3) أخرجه البيهقي-كتاب السير باب قطع الشجر وحرق المنازل الحديث رقم 18120، البيهقي-السنن الكبرى 144/9.

(4) أخرجه مسلم-كتاب الجهاد والسير باب جواز قتل النساء والصبيان في البيات من غير عمد الحديث رقم 1745، صحيح مسلم

ص 750، وانظر في المسألة: الشريبي-مغني المحتاج 296/4-297.

(5) المرادوي-الانصاف 128/4-130.

المحسنين} (1)، ولوصية أبي بكر رضي الله عنه "لا تقتلنّ امرأة ولا صبّيا ولا كبيرا هرما...." (2).

وقال الإمام الزركشي في مسألة تسليط النار على الأعداء، أنه لا يجوز في إحدى الروايتين، مستدلا بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: {النار لا يعذب بها إلا الله} (3)، مع استثناء عدم القدرة على الأعداء حيث يجوز آنذاك التحريق بغرض درء أعلى المفسدين بارتكاب أدناهما، وكذلك إذا كان الأعداء يفعلون ذلك فيفعل بهم مثله لينتهوا (4).

وفي حال الأسر يُخيّر الإمام بين أربعة، القتل أو المنّ على الأسرى، أو يطلقهم مقابل مال يأخذه منهم أو يسترقهم، وذكر الزركشي عديد الآثار عن المنّ عن الأسرى من رسول الله ﷺ، وتحريرهم مقابل مال يُؤخذ منهم وقال هو المذهب، وعند فتح حصن لا يُقتل من لم يحتلم أو يبلغ خمس عشرة سنة، لما روي عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن قتل الصبيان والنساء (5)، ولحديث عطية القرظي أنه قال: عرضنا على النبي ﷺ يوم قريظة فكان من أنبت قُتل ومن لم ينبت خُلّي سبيله، فكنت فيمن لم ينبت فخُلّي سبيلي (6)، ولحديث ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: أن النبي ﷺ عرضه يوم أُحد، وهو ابن أربع عشر سنة فلم يُجزه، وعرضه يوم الخندق وهو ابن خمس عشرة فأجازته (7)، كما استدّلوا بقوله ﷺ: {لا تقتل ذرية ولا عسيفا} (8)، غير أنه متى قاتل الصبيان جاز قتلهم (9).

وعليه حضرت الشريعة الإسلامية كقاعدة عامة المساس بالأطفال في الحروب والحصار والنزاعات، اعتبارا لما ورد من سنّته القولية والفعلية عليه الصلاة والسلام، ومن آثار كبار صحابته

(1) أخرجه أبو داود- كتاب الجهاد باب في دعاء المشركين رقم 2614، سنن أبو داود 256/4.

(2) أخرجه مالك- كتاب الجهاد باب النهي عن قتل النساء والولدان في الغزو، مالك ابن أنس-الموطأ ص 449، وانظر شرح الزركشي 196/4.

(3) أخرجه البخاري- كتاب الجهاد والسير- باب "لا يعذب بعذاب الله"، الحديث رقم 3016، صحيح البخاري ص 743.

(4) الزركشي- شرح الزركشي 183/4.

(5) أخرجه البخاري- كتاب الجهاد باب قتل النساء والصبيان، الحديث رقم 3015، صحيح البخاري ص 742.

(6) أخرجه النسائي- كتاب السير باب حدّ الادراك، الحديث رقم 8567، سنن النسائي 24/8.

(7) أخرجه البخاري- كتاب المغازي باب غزوة الخندق وهي الأحزاب، الحديث رقم 4098، صحيح البخاري ص 1007.

(8) رواه أحمد- الحديث رقم 17610، مسند الشاميين حديث حنظلة الكاتب الأسدي، مسند أحمد 151/29.

(9) الزركشي- شرح الزركشي 194-146-144/4.

رضوان الله عليهم في تحريم قتل الأطفال والضعفاء في مثل تلك الظروف، سواء بالقتل المباشر أو بالإحراق والاعراق وغيرها، لأن الأطفال لا يُشكّلون خطراً ولا يقاتلون، فوجب تجنيبهم ويلات الحرب، والاستثناء أنهم في حالات الضرورة قد يتعرّضون لآثار الحرب التي لا يمكن تفاديها، وفي هذه الحالة كذلك يشترط الفقهاء تجنّب استهدافهم بمختلف الأسلحة استهدافاً عمدياً مباشراً، وذلك توقياً من اصابتهم إلا خطأً.

وفي حال قام الأطفال -سيما المميّزون والقادرون منهم على القتال- بمحاربة المسلمين، يجوز ردّ أذى هؤلاء بقتلهم، فإما يكون مصيرهم القتل أو الأسر، وفي هذه الحال لا يجوز عند الجمهور المساس بالأسير إلا إذا تعدّر تأمينه أو اقتياده.

المطلب الثاني: حماية الطفل في إطار البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف

الفرع الأول: الحماية العامة

البند الأول: تمييز المدنيين والاحتياط من آثار العمليات العسكرية

أثناء مباشرة أيّ من أطراف النزاع لهجمات عسكرية، يتوجّب عليه توخّي الحذر من الإضرار بالمدنيين عن طريق اتخاذ مجموعة من التدابير والإجراءات الوقائية.

أولاً- تمييز المدنيين العزل عن العسكريين:

وفق المادة الأولى من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف المتعلّق بحماية ضحايا النزاعات المسلّحة الدولية، يقع كل المدنيين "تحت حماية وسلطان مبادئ القانون الدولي كما استقرّ بها العرف ومبادئ الإنسانية وما يمليه الضمير العام"⁽¹⁾، وهي الحماية العامة التي تشمل الأطفال

⁽¹⁾ وتتضمّن المادة الأولى المبادئ العامة ونطاق تطبيق البروتوكول الإضافي الأول الذي صدر في نفس الوقت مع البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقيات جنيف لسنة 1977، وذلك عقب انعقاد المؤتمر الدبلوماسي لتأكيد وتطوير القانون الدولي المطبق في النزاعات المسلّحة، الذي دعت إليه سويسرا وكان في أربع دورات متتالية في جنيف من 20 فيفري إلى 10 جوان 1977، وقد تم إعداد مشروع البروتوكولين الإضافيين من قبل اللّجنة الدولية للصليب الأحمر استكمالاً لاتفاقيات جنيف الأربع الموقّعة في 12 أوت 1949، وكانت 124 دولة ممثلة في الدورة الأولى للمؤتمر، و120 دولة في الدورة الثانية، و107 دولة في الدورة الثالثة و109 دولة في الدورة الرابع، وقد أقر المؤتمر هذين الملحقين "البروتوكولين" الإضافيين بتاريخ 8 جوان 1977، وتم طرحهما للتوقيع بمدينة بيرن في 12 ديسمبر 1977 لفترة 12 شهراً طبقاً لأحكامهما، وعرضت الوثيقتان للانضمام إليهما فيما بعد ذلك، حيث يتعلّق الأول بحماية ضحايا النزاعات الدولية المسلّحة والثاني بحماية ضحايا النزاعات غير الدولية المسلّحة، وصادقت الجزائر على هذين البروتوكولين بتاريخ 1989/05/16.

الذين يندرجون تحت وصف المدنيين، وتمثّل القاعدة الأساسية في حمايتهم-حسب المادة 48 من البروتوكول- في ضرورة عمل والتزام جميع أطراف النزاع على التفرقة بينهم كمدنيين عزّل وبين العسكريين المقاتلين، إذ يتطلّب الأمر توجيه الأطراف كل عملياتها ضد الأهداف العسكرية دون غيرها، بغرض تأمين وحماية السّكان والأعيان المدنية.

و لا تُلزم الدول هذه الحماية الدول المعنية بالنزاع لوحدها، بل تمتد أيضا لتشمل الدول المحايدة وغير المشاركة في الصّراع⁽¹⁾، حيث تلحقها الزامية تطبيق البروتوكول الإضافي الأوّل وتوفير الحماية اللازمة للفئات المذكورة فيه، مع العلم أن ما جاء به هذا البروتوكول-وفقا لما تضمنته المادة 4/49- يأتي كإضافة وتكملة للقواعد المتعلّقة بحماية المدنيين في الاتفاقية الرابعة لجنيف المؤرّخة سنة 1949، فضلا عن بقية الاتفاقيات الدولية الأخرى، وعموما جميع قواعد القانون الدولي المتعلّقة بحماية المدنيين من النزاعات المسلّحة وآثارها.

ثانيا-الاحتياطات ضد الهجمات العسكرية وآثارها:

يلزم البروتوكول الإضافي الأوّل لاتفاقيات جنيف، جميع الأطراف المتنازعة ببذل العناية الضرورية أثناء إدارة العمليات العسكرية لتفادي المساس بالمدنيين أو ممتلكاتهم أو الأهداف المدنية عموما، ويجب خصوصا على من يخطط للهجوم أن يتحقّق من عدم استهداف المدنيين، ويتأكّد بأن الهجوم لا يطال أهدافا تتمثّل في أعيان أو أشخاص مدنية أو محميّة بنصوص البروتوكول الإضافي الأوّل لاتفاقيات جنيف⁽²⁾، كما يشترط أن تتخذ أطراف النزاع الاحتياطات الواجبة عند اختيار وسائل وأساليب الهجوم، قصد تجنّب الحاق أضرار فادحة في أرواح المدنيين، أو على الأقل حصر تلك الأضرار في أضيق نطاق ممكن، وكذا الامتناع عن شنّ أي هجوم يُتوقع منه الحاق أضرار فادحة وسط المدنيين.

و في هذا السياق، يلتزم المتحاربون بإلغاء أو تعليق أي هجوم يتبيّن أنه سيصيب أهدافا غير

⁽¹⁾ تطبّق الدول المحايدة والدول الأخرى غير الأطراف في النزاع الأحكام الملائمة من هذا البروتوكول وفقا للمادة 19 منه، على الأشخاص المتمتعين بالحماية الذين قد يتم إيواؤهم أو اعتقالهم في إقليمها.

⁽²⁾ حسب المادة 57 منه.

عسكرية مشمولة بالحماية الدولية، وفي حال الهجمات التي قد تمسّ السّكان المدنيين يلزم توجيه اذار مُسبق لهم وبوسائل مجدية، ونفس الأمر في حال تنفيذ هجوم بحري أو جوي حيث يلزم اتخاذ الاحتياطات لتفادي الحاق الأضرار الفادحة وسط المدنيين.

ويؤكّد البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف -قصد التصدي لأي سوء تفسير لنصوصه- أنه لا يجوز على العموم أبدا تفسير أي من أحكام النصوص القانونية التي يتضمّنهما، على أنها تسمح بأي شكل من الأشكال بشن هجوم على المدنيين، ما يمثّل قاعدة عامة تكفل حماية المدنيين وعدم المساس بهم بغض النظر عن التفاصيل التقنية التي تضمّنها البروتوكول والنصوص الأخرى ذات الصلة، أو أي سوء فهم لمحتوى تلك النصوص.

كما يقع على عاتق الأطراف المتنازعة، من أجل تجنّب الآثار الوخيمة للهجمات العسكرية على المدنيين، العمل الفعلي على نقلهم بعيداً عن المناطق المحاذية للأهداف العسكرية، وكذا تجنّب إقامة منشآت تشكّل أهدافاً عسكرية وسط المناطق الآهلة بالسكان أو بالقرب منها، بالإضافة إلى الاضطلاع بواجب حماية المدنيين الواقعين تحت سيطرتها من آثار العمليات العسكرية.

وفي المقابل يشترط البروتوكول عند الشروع في الاحتياطات ضد آثار الهجوم وفق المادة 58 منه-خاصة ما تعلق بنقل السكان بعيداً عن المناطق المجاورة للأهداف العسكرية-عدم الإخلال بالمادة 49 من اتفاقية جنيف الرابعة، والتي تتعلق بحظر النقل الاجباري بصفة جماعية أو فردية للأشخاص المحميين بالاتفاقية، أو نفيهم من الأراضي المحتلة إلى أراضي دولة الاحتلال أو إلى أراضي أي دولة أخرى محتلة أو غير محتلة، أيّاً كانت دواعي النقل، وفي ذلك منع لعمليات نقل وترحيل المدنيين تعسّياً من أحد الأطراف المتحاربة بدعوى حمايتهم من آثار الهجمات العسكرية.

البند الثاني: انشاء المناطق الآمنة والحماية من القوى الخطرة

أولاً- انشاء المناطق الآمنة ومنزوعة السلاح:

أ- إنشاء المناطق الخالية من وسائل الدفاع:

من الطرق المبتكرة التي نص عليها البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، دعوة أطراف النزاع إلى انشاء مناطق آمنة للمدنيين، ومنها ما اصطلح عليه بالمناطق الخالية من وسائل الدفاع، وهي المناطق الأهلة بالسكان التي يمكن لأي طرف أن يعلن إنشائها قبل بدء العمليات القتالية بغرض تفادي استهدافها من الأطراف الأخرى، إذا كان يتوقع أن تصلها آثار العمليات العسكرية، حيث يُحظر مهاجمتها إذا احترمت الشروط التي حددها البروتوكول، ومنها ضرورة إجلاء كل القوات والأسلحة والمعدات العسكرية المتحركة من تلك المناطق، والامتناع عن استخدام المنشآت أو المؤسسات العسكرية الثابتة الموجودة داخلها في القتال.

وتتمتع تلك المناطق بالحماية الدولية، كذلك بشرط عدم الإقدام على ارتكاب أي عمل عدائي من قبل السكان المتواجدين فيها أو قيام أي نشاط يهدف للدعم العسكري، ولتفعيل حماية تلك المناطق الآمنة يتوجب على طرف النزاع الذي توجد على أراضيه أو تحت سيطرته، أن يوجه إلى خصمه اعلاناً يتضمن بدقة حدود الموقع المحدد من وسائل الدفاع، حيث يتم وسم تلك المناطق بإشارات مميزة وظاهرة للعيان⁽¹⁾.

ب- انشاء المناطق منزوعة السلاح:

ولحماية المدنيين يتم أيضاً انشاء المناطق منزوعة السلاح، بالاتفاق بين الأطراف المتنازعة شفاهة أو كتابة، إما بطريق مباشر أو عن طريق الوساطة أو بالاستعانة بالمنظمات الإنسانية، حيث يتم تحديد تلك المناطق بدقة وتعيين حدودها وفقاً لشروط محددة، منها إجلاء جميع المقاتلين

⁽¹⁾ ويجوز لأطراف النزاع-وفق المادة 59-الاتفاق على إنشاء مواقع مجردة من وسائل الدفاع حتى ولو لم تستوف الشروط المذكورة آنفاً، وتظل تلك المواقع متمتعة بالحماية التي تنص عليها الأحكام الأخرى للبروتوكول وقواعد القانون الدولي الأخرى التي تطبق في المنازعات المسلحة.

والأسلحة والمعدات العسكرية المتحركة، وعدم استخدام المنشآت الثابتة لأغراض قتالية وعدم ارتكاب أعمال عدائية من السكان داخل تلك المناطق أو أي نشاط آخر مرتبط بدعم الجهود الحربي، وإذا توفرت الشروط السابقة⁽¹⁾ فإن هذه المناطق التي يتم وسمها بطريقة ظاهرة وفقا لما تم الاتفاق عليه، تكون محظورة على أي نشاط عسكري، ولا يجوز لأي طرف أن يستهدفها.

زيادة على تأمين السكان المدنيين من العمليات العسكرية، يتوجب ضمان وصول الإغاثة اليهم واسعافهم ومساعدتهم، لأن ذلك من الضرورات أثناء الحروب، وهي المهام التي يمكن تلخيصها في ما يظلم به جهاز الدفاع المدني، حيث أكد البروتوكول أن تنظيم تلك المهام يشمل حماية المدنيين من كل الأخطار والأعمال العدائية والكوارث، ومساعدتهم على تجاوز الآثار الفورية للحرب من خلال تأمين الظروف الملائمة لبقائهم على قيد الحياة، وتشمل تلك المهام على وجه الخصوص عمليات إنذار وانقاذ وإجلاء المدنيين⁽²⁾، وكذا تهيئة المخابئ وتقديم الخدمات الطبية والاسعافات الأولية وخدمات الانقاذ، فضلا عن مهام مكافحة الحرائق وتقصي المناطق الخطرة ووسمها بالعلامات، ومكافحة الأوبئة وتوفير المؤن والمأوى، والمساعدة على إعادة النظام والحفاظ عليه في المناطق المنكوبة، والحفاظ أيضا على المنشآت والمرافق الضرورية.

ثانيا- الحماية من القوى الخطرة:

أقر البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف قاعدة قانونية مهمة تتعلق بحماية ووقاية المدنيين من وقوع خسائر فادحة في أرواحهم⁽³⁾، بسبب استهداف أطراف النزاع لبعض المنشآت

⁽¹⁾ أشارت المادة 60 من البروتوكول إلى جواز عقد تلك الاتفاقيات في زمن السلم أو بعد نشوب الأعمال العدائية، ويجب أن يحدّد ويبيّن الاتفاق بدقّة حدود المنطقة منزوعة السلاح، على أنه لا يجوز لأي من أطراف النزاع إذا اقترب القتال من تلك المنطقة أن يستخدمها في أغراض تتصل بإدارة العمليات العسكرية أو أن ينفرد بإلغاء وضعها، وفي حال انتهاك جسيم من الأطراف لالتزاماتها تفقد المنطقة وضعها، ولكنها تظل متمتعة بالحماية التي توفرها الأحكام الأخرى للبروتوكول وقواعد القانون الدولي الأخرى التي تطبق في المنازعات المسلحة .

⁽²⁾ وحسب المادة 61 من البروتوكول، تتمثل أجهزة الدفاع المدني في المنشآت والوحدات الأخرى التي تنظمها أو ترخص لها السلطات المختصة لأحد أطراف النزاع للاضطلاع بأي من المهام المذكورة، والتي تكترس وتستخدم لتلك المهام دون غيرها.

⁽³⁾ تلزم المادة 56 من البروتوكول أطراف النزاع بحماية الأشغال الهندسية والمنشآت المحتوية على قوى خطرة، على أنه يظل السكان المدنيون والأفراد المدنيون في جميع الأحوال متمتعين بكافة أنواع الحماية التي يكفلها لهم القانون الدولي، بما في ذلك الحماية التي توفرها التدابير الوقائية المنصوص عليها في المادة 57، فإذا توقفت الحماية أو تعرّض أي من الأشغال الهندسية أو المنشآت أو الأهداف العسكرية للهجوم، تتخذ جميع الاحتياطات العملية لتفادي انطلاق القوى الخطرة.

والأعيان التي تحتوي على قوى خطرة مثل الجسور والسدود والمحطات النووية لتوليد الكهرباء، حيث يحظر استهدافها حتى ولو كانت أهدافا عسكرية، ولا يجوز أيضا مهاجمة الأهداف العسكرية القريبة منها مخافة التسبب في انطلاق تلك القوى الخطيرة ووقوع خسائر فادحة في صفوف المدنيين.

كما يحظر التخريب الذي قد يطال المنشآت والأعيان والمواد التي تساهم في توفير الغذاء والماء للمدنيين، ومنها على سبيل المثال المواد الغذائية والمحاصيل الزراعية والماشية وشبكات الري وغيرها، حيث يعتبر استعمال تجويع المدنيين كأسلوب حربي من المحظورات بنص البروتوكول⁽¹⁾، ذلك أن الغذاء والماء من الضروريات التي لا يمكن الاستغناء عنها، فجاء حظر التجويع بغية حماية المدنيين ومنهم الأطفال من آثاره الخطيرة على حياتهم وصحتهم.

كما يقع من جهة أخرى، على عاتق الدولة المحتلة حسب أحكام البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، الالتزام بعدم التعرض للمؤسسات والوحدات الصحية التي تضطلع بتقديم الخدمات الطبية للمدنيين، حيث يتوجب على إدارة الاحتلال ضمان استمرار عمل هذه الوحدات الطبية، وتمتنع خاصة عن الاستيلاء عليها أو على العتاد والتجهيزات الخاصة بها أو التعرض للأفراد العاملين فيها، وفي هذا الإطار ينص البروتوكول على وجوب امتناع السلطة المحتلة عن توقيع العقاب على أي شخص يقدم خدمات طبية، أو إرغامه في المقابل على إتيان تصرفات تتنافى مع شرف المهنة والقواعد الطبية العامة⁽²⁾.

الفرع الثاني: الحماية الخاصة للطفل في البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف

بما أن الحوامل والأطفال الرضع وحديثي الولادة لا يُمَثَّلون أي خطر على العسكريين المقاتلين في حال الحرب، ولا يمكن بأي حال أن يؤثروا في مجرى العمليات القتالية، تقرّر الحاق هذه الفئات بالجرحي والمرضى من المدنيين والعسكريين الذين يستفيدون من الحماية المقرّرة في البروتوكول

⁽¹⁾ حسب المادة 54 .

⁽²⁾ وفقا للمادتين 14 و16 من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف.

الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، ما يستتبع استفادتهم من كل امتيازات الحماية التي ينالها الجرحى والمرضى في إطار هذا البروتوكول⁽¹⁾.

البند الأول: المعاملة الاستثنائية للأطفال والحوامل

أولاً-الحث على مساعدة الأطفال والحوامل:

لا يقع واجب احترام قواعد القانون الدولي الإنساني على عاتق العسكريين فقط، حيث يتّضح أن أحكام البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، تضع -من خلال المادة 17- على عاتق السكان المدنيين أيضاً في حالات النزاع المسلح، واجب تقديم الرعاية سيما للفئات الضعيفة كالأطفال والرضع والحوامل، وذلك حتى لو كانوا ينتمون إلى خصومهم في الحرب.

وبناء على ذلك يتوجب على السكان المدنيين الامتناع عن القيام بأي نوع من أنواع الانتقام ضد الفئات المذكورة سابقاً، ويشجع البروتوكول هؤلاء السكان على إيواء ورعاية الجرحى والمرضى والأطفال والنساء الحوامل، بالتنسيق مع هيئات الإغاثة الدولية كالصليب الأحمر والهلال الأحمر الدوليين، ويحضر على أطراف النزاع التعرض لأي شخص أو محاكمته أو إدانته أو عقابه بسبب هذه الأعمال الإنسانية.

ثانياً-حظر أحكام الإعدام على الحوامل والمرضعات:

تم تخصيص الفصل الثاني من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، للإجراءات الخاصة بحماية الأطفال والنساء، حيث أكد بداية على ضرورة أن تحظى الحوامل والمرضعات المحتجزات والمقبوض عليهن بسبب النزاع، بالأولوية القصوى في نظر قضاياهن قصد الفصل السريع في مصيرهن لتتفرغن للعناية بالأطفال، وحظر البروتوكول على وجه الخصوص إصدار أو تنفيذ الحكم بالإعدام على تلك النسوة بهدف حماية الأطفال الذين يعتمدون في مراحل حياتهم

⁽¹⁾ جاء في المادة 8 من البروتوكول توضيح المصطلحات، حيث يقصد بمصطلح "الجرحى" و"المرضى" الأشخاص العسكريون أو المدنيون الذين يحتاجون إلى مساعدة أو رعاية طبية بسبب الصدمة أو المرض أو أي اضطراب أو عجز بدنياً كان أم عقلياً، والذين يحجمون عن أي عمل عدائي، ويشمل هذان التعبيران أيضاً حالات الوضع والأطفال حديثي الولادة والأشخاص الآخرين الذين قد يحتاجون إلى مساعدة أو رعاية طبية عاجلة، مثل ذوي العاهات والحوامل الذين يحجمون عن أي عمل عدائي.

الأولى كلية على أمهاتهم⁽¹⁾.

من جهة أخرى، نص البروتوكول على حماية الأطفال قدر الإمكان من الافتراق عن أسرهم والحرص في حال وقوع ذلك- في زمن الحرب- على جمع شمل تلك الأسر⁽²⁾، لأن الأطفال في غياب أوليائهم يكونون عرضة لمخاطر تطل صحتهم وحياتهم أو حتى أخلاقهم وتربيتهم، وعليه يعمل جميع أطراف النزاع على تسهيل لم شمل الأسر المتفرقة، وتيسير عمل المنظمات الإنسانية المختصة في هذا المجال.

البند الثاني: إغاثة الأطفال واجلاؤهم من مناطق النزاع

أولاً- أولوية الإغاثة للأطفال والحوامل:

تتضمن أعمال الإغاثة في حال تزامن النزاع مع حالة الاحتلال، في توفير الحاجات الجوهرية للسكان المدنيين من المواد الغذائية والأدوية والملابس والأفرشة ووسائل الإيواء وكل الحاجيات الضرورية للحياة، وفي كل الأحوال تُعطى الأولوية في توزيع المواد الإغاثية دائماً لصالح الأطفال والرضع والحوامل، حيث يستفيد هؤلاء دائماً وفقاً لنصوص اتفاقية جنيف الرابعة أو البروتوكول الإضافي الأول من: "معاملة مفضلة أو حماية خاصة"، وتعمل كل الأطراف على تسهيل مرور المواد الإغاثية وتكفل لها الحماية حتى تصل إلى مستحقيها⁽³⁾.

وقد اعتنت قواعد القانون الدولي الإنساني، بحماية الأطفال بغض النظر عن جنسياتهم

⁽¹⁾ حسب المادة 76 من البروتوكول، يجب أن تكون النساء موضع احترام خاص وأن يتمتعن بالحماية ولا سيما ضد الاغتصاب والإكراه على الدعارة، وضد أية صورة أخرى من صور خدش الحياء.

⁽²⁾ تعمل الدول على تسهيل جمع شمل الأسر التي شتت نتيجة للمنازعات المسلحة، وتشجع بصفة خاصة- وفق المادة 74 من البروتوكول- عمل المنظمات الإنسانية التي تركز ذاتها لهذه المهمة طبقاً لأحكام الاتفاقيات ولهذا البروتوكول.

⁽³⁾ تخضع أعمال إغاثة السكان المدنيين للأقاليم المحتلة للمواد 59 إلى 62 و108 إلى 111 من الاتفاقية الرابعة لجنيف وللمادة 71 من هذا البروتوكول، وتؤدي هذه الأعمال بدون إبطاء، وحسب المادة 70 من البروتوكول فإنه يجري القيام بأعمال الإغاثة ذات الصبغة المدنية بدون تمييز للسكان المدنيين، شريطة موافقة الأطراف المعنية على هذه الأعمال، ولا تعتبر أعمال الإغاثة التي تتوفر فيها الشروط المذكورة تدخلاً في النزاع المسلح ولا أعمالاً غير ودية، ويتوجب على كل الأطراف السماح وتسهيل المرور السريع وبدون عرقلة لجميع إرساليات وتجهيزات الإغاثة والعاملين عليها، حتى ولو كانت هذه المساعدة معدة للسكان المدنيين التابعين للخصم، راجع المادة 69 من البروتوكول.

وانتمائهم، وتطال تلك الحماية حتى الذين يوجدون في وضعية عدم الانتماء لأية دولة، وكذا أولئك الموجودين في وضعية اللاجئين وفقا للمواثيق الدولية وتشريع الدول المعنية⁽¹⁾.

وفي هذا السياق، تجدر الإشارة إلى أن اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، التي جاءت في وقت لاحق على هذا البروتوكول قد قرّرت نفس المبدأ⁽²⁾، حيث أكدت على وجوب الحاق الأطفال اللاجئين بأبائهم ولم تشمل أسرهم، وأوضحت الاتفاقية أن هذه الفئة من الأطفال الذين غادروا أوطانهم بصفة طوعية أو جبرية، ويتعرضون لمختلف الأخطار التي تهدد حياتهم وصحتهم وأخلاقهم، يجب أن يستفيدوا من مجمل الحقوق المنصوص عليها في المواثيق الدولية التي تحكم حالة اللجوء، وذلك سواء كانوا مصحوبين بأولياءهم أو لا، حيث تلتزم الدول الأطراف في المواثيق المذكورة آنفا ببذل جهدها في حال افتراق الأطفال عن أسرهم، وتتعاون مع الهيئات الدولية المختصة في البحث عن أسرهم بهدف لمّ شملهم، أو العمل في حال استحالة ذلك على توفير العناية اللازمة لمثلهم من الأطفال المحرومين.

ثانيا-تنظيم اجلاء الأطفال من مناطق النزاع:

من القواعد التي أقرها البروتوكول، تلك المتعلقة بالحماية الخاصة التي يستفيد منها الأطفال في حالة الحرب⁽³⁾، حيث منع ابعادهم عن أوطانهم وأسرهم بسبب عمليات الإجلاء التي يقوم بها أحد أطراف النزاع، وجعل إمكانية القيام بهذا الإجلاء محصورا في حالات معينة، وهي ما يمكن الاصطلاح عليها بحالات الضرورة، مثل الحالات الطبية والصحية وكذا الضرورة المتعلقة بحماية سلامة الطفل.

وفي جميع الحالات لا يكون الإجلاء إلا بصفة مؤقتة، ويشترط أيضا أن يتم بموافقة مكتوبة من الولي الشرعي لطفل سواء كان الأب أو من ينوب عنه، وتجري عملية الإجلاء بالتنسيق بين الأطراف المتنازعة قصد تأمين العملية من الأخطار المحتملة، فضلا عن التزام الطرف المستضيف

⁽¹⁾المادة 73 من البروتوكول.

⁽²⁾المادة 22 من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989.

⁽³⁾المادة 78 من البروتوكول.

بتوفير كل ظروف استفادة الأطفال من الإيواء والتغذية، وضمان الخدمات الصحية والتعليمية التي تتوافق مع رغبة أبوي الطفل.

ومن أجل تسهيل عودة الأطفال الذين يتم إجلاؤهم إلى أسرهم وأوطانهم، تتولّى سلطات الطرف الذي قام بتنظيم الإجلاء وسلطات البلد المضيف سويةً بإعداد بطاقة لكل طفل مصحوبة بصورة شمسية، تقوم بإرسالها إلى الوكالة المركزية للبحث عن المفقودين التابعة للجنة الدولية للصليب الأحمر.

الفرع الثالث: آليات تطبيق البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف

البند الأول: التنسيق بين أطراف النزاع واستحداث لجنة تفصي الحقائق

أولاً-التنسيق لكشف الانتهاكات:

من الضروري أن تُنسّق الدول المتنازعة وتتعاون فيما بينها لكشف كل الانتهاكات التي قد تطال قواعد اتفاقيات جنيف وبروتوكولها الإضافي الأول، وتلتزم بذلك على وجه الخصوص عندما يتعلّق الأمر بتسليم المجرمين المعنيين بتلك الانتهاكات الجسيمة، حيث تتعهد في حال وقوع تلك الانتهاكات بالتعاون مع هيئة الأمم المتحدة وفقاً لما ينص عليه ميثاقها، وفي هذا السياق تقدّم الدول الأطراف في اتفاقيات جنيف حسب نص المادة 88 من البروتوكول الإضافي الأول، أكبر قسط من المعاونة فيما يتعلّق بالإجراءات الجنائية التي تتخذ بشأن الانتهاكات المحتملة، على أن لا يؤثر ذلك على الالتزامات الناتجة عن أحكام أية معاهدة أخرى ثنائية كانت أم جماعية تنظم حالياً أو مستقبلاً موضوع التعاون في الشؤون الجنائية، كما تتعهد الدول الأطراف وفق المادة 89 من البروتوكول بأن تعمل مجتمعة أو منفردة في حالات الخرق الجسيم للاتفاقيات ولبروتوكول بالتعاون مع الأمم المتحدة.

ثانيا- تشكيل لجنة دولية لتقصي الحقائق:

تتكوّن اللجنة الدولية لتقصي الحقائق من 15 عضواً يمثلون الدول الأطراف في البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، ويتمتعون بالكفاءة اللازمة لمثل تلك المناصب مع مراعاة التمثيل الجغرافي العادل لدى انتخابهم.

ويستهدف عمل اللجنة كشف الانتهاكات الجسيمة المحتملة لاتفاقيات جنيف وبروتوكولها الإضافي الأول، والتأكد منها على أرض الواقع، وتختص هذه اللجنة التي تمارس مهامها لعهددة تمتد 5 سنوات، تبعا لذلك في الوقائع المتعلقة بأي ادعاء خاص بانتهاك جسيم كما حدّدته الاتفاقيات والبروتوكول الإضافي الأول، والعمل أيضا على إعادة احترامها، وتتولّى جميع التحقيقات غرفة تحقيق تتكوّن من سبعة أعضاء، والتي تدعو أطراف النزاع لمساعدتها وتقديم الأدلة، ويجوز لها أيضاً أن تبحث عن أدلة أخرى حسبما تراه مناسبا⁽¹⁾.

على أن تشكيل اللجنة الدولية لتقصي الحقائق، يتم بالاقتراع السري من بين قائمة تُرشح فيها كل دولة شخصا واحداً، وتعرض اللجنة في ختام عملها على الأطراف المعنية النتائج التي توصلت إليها مع التوصيات التي تراها مناسبة، ولا يجوز أن تنشر النتائج علناً إلا إذا وافق على ذلك جميع أطراف النزاع، وإذا عجزت غرفة التحقيق عن الحصول على أدلة كافية للتوصل إلى النتائج، فعلى اللجنة أن تعلن أسباب ذلك العجز.

أما في حال ثبوت انتهاك أحد أطراف النزاع لأحكام الاتفاقيات والبروتوكول الملحق بها، يرتّب ذلك المسؤولية الكاملة عن الأفعال التي يقترفها الأشخاص الذين يشكّلون جزءاً من قواته المسلّحة، ويلزم أيضا بدفع تعويض إذا اقتضى الأمر⁽²⁾.

⁽¹⁾ وحسب المادة 90 من البروتوكول، تتكوّن غرفة التحقيق من سبعة أعضاء يتم تعيينهم على النحو التالي، وذلك ما لم تنفق الأطراف المعنية على نحو آخر: خمسة من أعضاء اللجنة ليسوا من رعايا أحد أطراف النزاع يعينهم رئيس اللجنة على أساس تمثيل مقسّم للمناطق الجغرافية وبعد التشاور مع أطراف النزاع، عضوان خاصان لهذا الغرض، حيث يعيّن كل من طرفي النزاع واحداً منهما ولا يكونان من رعايا أيّهما.

⁽²⁾ المادة 91 من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف.

البند الثاني: العقوبات المترتبة على الانتهاكات

أولاً- تصنيف الانتهاكات الجسيمة كجرائم حرب:

يستفيد الأطفال من الحماية العامة التي يقرها البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف باعتبارهم مدنيين⁽¹⁾، ويتمثل ذلك في الحماية من الانتهاكات أو المخالفات والأخطاء التي يتم تصنيفها على أنها "انتهاكات جسيمة"، والتي تجرّ المسؤولية القانونية الدولية لمقترفيها، وتعتبر جرائم حرب في حال ارتكبت بطريق العمد وسببت وفاةً أو أذىً بالجسد والصحة، ومن هذه الانتهاكات الخطيرة نذكر:

أ- الاستهداف المباشر للسكان المدنيين وكذا الهجمات العشوائية التي تخلف خسائر بالغة في صفوف المدنيين، وكل هجوم يستهدف المنشآت التي تحتوي على قوى خطرة والتي تؤدي إلى خسائر بالغة في صفوف المدنيين.

ب- استهداف المناطق المجردة من وسائل الدفاع وكذا المناطق منزوعة السلاح.

ج- الاستهداف العمدي لشخص عاجز عن القتال.

د- عمليات الاستيطان للأراضي المحتلة، وكذا ترحيل السكان الأصليين عن أراضيهم وتأخير عودتهم إلى أوطانهم.

كما تدرج ضمن الانتهاكات الجسيمة للبروتوكول، إذا اقترفت عمداً مخالفةً لاتفاقيات جنيف أو بروتوكولها الأول، الأعمال الآتية:

قيام دولة الاحتلال بنقل بعض سكانها المدنيين إلى الأراضي التي تحتلها، أو ترحيل أو نقل كل أو بعض سكان الأراضي المحتلة داخل نطاق تلك الأراضي أو خارجها، مخالفة للمادة 49

⁽¹⁾تعد الأعمال التي كُتبت بأنها انتهاكات جسيمة في اتفاقيات جنيف بمثابة انتهاكات جسيمة كذلك بالنسبة لهذا البروتوكول، إذا اقترفت ضد أشخاص هم في قبضة الخصم وتشملهم حماية البروتوكول، وأيضاً الهجمات على الآثار التاريخية وأماكن العبادة والأعمال الفنية التي تُصنّف ضمن التراث الثقافي أو الروحي للشعوب وتوفرت لها حماية خاصة في إطار منظمة دولية مختصة مثلاً، مما يسفر عنه تدمير بالغ لهذه الأعيان، راجع المادة 85 من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف.

من اتفاقية جنيف الرابعة، وكذا كل تأخير لا مبرر له في إعادة أسرى الحرب أو المدنيين إلى أوطانهم، وممارسة التفرقة العنصرية (الأبارتھيد) وغيرها من الأساليب المهينة والمبنية على التمييز العنصري والمنافية للإنسانية، والتي من شأنها النيل من الكرامة الشخصية، وحرمان شخص تحميه الاتفاقيات من حقه في محاكمة عادلة.

ثانيا-المسؤولية الجزائية لانتهاك نصوص البروتوكول الأول لاتفاقيات جنيف:

يقتضي ضمان عدم انتهاك القواعد التي جاءت بها اتفاقيات جنيف الأربعة وبروتوكولها الإضافي الأول، عمل الدول المتنازعة على الحيلولة دون وقوع أي تقصير يؤدي إلى وقوع تلك الانتهاكات، وفي هذا الشأن ينص البروتوكول أن المسؤولية الجنائية والتأديبية يتقاسمها القادة العسكريون مع رؤوسهم الذين اقترفوا انتهاكا جسيما وفقا للبروتوكول ولبقيّة الاتفاقيات، وذلك في حالة علم القادة بما تم ارتكابه أو سيتم ارتكابه ولم يتخذوا الإجراءات الكفيلة بمنع ذلك الانتهاك⁽¹⁾.

وعليه لا يتحمل الفاعل وحده وزر انتهاك قواعد البروتوكول فيما يتعلق بحماية حياة المدنيين، بل تمتد المسؤولية لتشمل الرؤساء والقادة المشرفين على الجنود والعسكريين مقترفي تلك الانتهاكات، وهو ما يأتي بغية تجنب الدفع بعدم المسؤولية المباشرة للرؤساء عن أفعال رؤوسهم.

ولذلك حث البروتوكول على ضرورة اعلام الرؤوسين بالانتهاكات والمحظورات في القانون الدولي الإنساني، حيث يقع على عاتق القادة العسكريين التابعين لأطراف النزاع، الاضطلاع بمهمة اعلام أفراد القوات المسلحة التابعين لهم بالالتزامات التي تنص عليها اتفاقيات جنيف والبروتوكول الإضافي الأول⁽²⁾، فضلا عن ضرورة وقف كل انتهاك يصل إلى علمهم، والذي يقترفه الأفراد المسلحون العاملون تحت إمرتهم وقمعه إذا لزم الأمر، كما يلتزم هؤلاء القادة باتخاذ كافة الإجراءات العقابية والتأديبية ضد مرتكبي تلك الانتهاكات.

⁽¹⁾ راجع المادة 86 من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف.

⁽²⁾ المادة 87 من البروتوكول.

المبحث الثاني: حماية الأطفال خلال النزاعات غير الدولية واشكالية الأطفال المقاتلين

أفرد القانون الدولي الإنساني النزاعات المسلحة الداخلية بنصوص خاصة تضمنت مظاهر حماية الأطفال من الظروف الخطرة التي تهدد سلامتهم الجسدية والنفسية، أو يكون لها أثر على حياتهم المستقبلية كحرمانهم من الوسط الأسري أو التعليم أو الخدمات الصحية الأساسية.

المطلب الأول: الحماية المقررة في البروتوكول الثاني لاتفاقيات جنيف والمادة الثالثة

المشتركة بينها

الفرع الأول: البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقيات جنيف

يسيطر القانون الدولي الإنساني غطاء حمايته على المدنيين في مختلف الصراعات حتى لو كانت ضمن ما يصنف بالنزاعات الداخلية، وفي هذا السياق يُنظّم البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقيات جنيف لسنة 1949 النزاعات المسلحة غير الدولية⁽¹⁾، ويُكَمّل ما جاءت به المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف، حيث يسري على النزاعات التي تقع على أراضي أحد أطراف الاتفاقية بين قواته المسلحة وقوات منشقة، أو جماعات نظامية مسلحة تحت قيادة معروفة تسيطر على جزء من الإقليم، ويطبّق على كل الأشخاص الذين يتأثرون بهذه النزاعات، في حين يُستثنى من اختصاص هذا البروتوكول حالات التوتر والشغب الداخلية، وكذا حالات الفوضى العرضية التي لا تدخل في تصنيف النزاعات المسلحة.

وأوضحت المادة الثانية من البروتوكول الإضافي الثاني، أنه يسري على كافة الأشخاص الذين يتأثرون بالنزاع المسلح دون أي تمييز على أساس العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين، أو العقيدة أو الآراء السياسية أو الانتماء الوطني أو الاجتماعي أو الثروة، أو المولد أو أي وضع آخر أو على أية معايير أخرى مماثلة، كما يتّمتع بحماية البروتوكول كافة الأشخاص الذين تم تقييد حريتهم لأسباب تتعلق بذلك النزاع.

⁽¹⁾ يمتدّ مجال تطبيقه وفق المادة الأولى إلى جميع النزاعات التي لا يشملها البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف الخاص بالنزاعات ذات الطابع الدولي، وقد صادقت عليه الجزائر بتاريخ 1989/05/16.

البند الأول: الحماية العامة للأطفال خلال النزاعات غير الدولية

يُدرج الطفل بالضرورة ضمن الحماية العامة التي يوقرّها هذا البروتوكول للمدنيين، والمتمثلة في الحقوق الأساسية من الحفاظ على حياته وسلامته البدنية والعقلية⁽¹⁾، وحمايته من التعذيب وكل المعاملات القاسية، وحظر اهانتته أو استغلاله جنسياً بالاغتصاب أو الاكراه على الدعارة، وحظر ممارسات الرقّ والعبودية وتجارتها، وكذا التهديد بكل الأفعال السابقة.

كما يقع تحت حماية القاعدة العامة التي تحظر اصدار الأوامر بعدم إبقاء أحد على قيد الحياة، فضلاً عن حق احترام شخصه وشرفه ومعتقده، والحق في المعاملة الإنسانية وعدم التمييز المحض ضده.

ويستفيد الطفل من ناحية أخرى باعتباره من السكان المدنيين، من حظر الممارسات الهادفة إلى اتخاذ تجويع السكان كأسلوب من أساليب الحرب، وتبعاً لذلك يحظر البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقيات جنيف، أي عمل عسكري يستهدف المرافق التي لا يستغني عنها السكان للبقاء على قيد الحياة، مثل موارد الغذاء كالمحاصيل والماشية وأيضاً موارد المياه⁽²⁾، ويُحظر زيادة على ذلك الترحيل القسري للسكان بسبب النزاع، باستثناء حالات الضرورة المرتبطة بأسباب عسكرية مُلحة، وفي هذه الحالة تضمن الدولة التي تقوم بعملية الترحيل الظروف الجيدة للقيام بذلك، من حيث تحضير المأوى وسلامته والخدمات الصحيّة والعلاجية والأغذية الضرورية لحياة المدنيين، وفي كل الحالات لا يجوز ارغام المدنيين على النزوح عن أراضيهم لأسباب تتعلق بالنزاع⁽³⁾.

⁽¹⁾ وهي حقوق جميع الأشخاص الذين لا يشتركون بصورة مباشرة أو الذين يكفون عن الاشتراك في الأعمال العدائية، سواء قيّدت حريتهم أم لم تقيّد حسب المادة 4 من البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقيات جنيف، ومن ذلك الحماية من القتل والمعاملة القاسية كالتعذيب أو التشويه أو أية صورة من صور العقوبات البدنية، وكذا الجزاءات الجنائية، وأخذ الرهائن وأعمال الإرهاب وانتهاك الكرامة الشخصية، وبوجه خاص المعاملة المهينة والحاطة من قدر الإنسان، والسلب والنهب والتهديد بارتكاب أي من الأفعال المذكورة.

⁽²⁾ يُحظر تجويع المدنيين كأسلوب من أساليب القتال حسب المادة 14 من البروتوكول ويمنع مهاجمة أو تدمير أو نقل أو تعطيل الأعيان المنشآت والمواد التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين على قيد الحياة.

⁽³⁾ المادة 17 من البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقيات جنيف.

البند الثاني: الحماية الخاصة للأطفال خلال النزاعات غير الدولية

عُنيّ البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقيات جنيف حسب المادة 3/4 منه بتوفير حماية خاصة لفئة الأطفال دون غيرها في تلك النزاعات، والتي تتمثل فيما يأتي:

-التزام أطراف النزاع بتوفير الرعاية المكثفة مع سنّ وحاجات الأطفال، وعلى وجه الخصوص الخدمات التعليمية والتربوية، وحتى الدينية منها وفقا لرغبات آبائهم أو من يتولّى أمورهم في حال غياب الآباء.

-التزام الأطراف المتنازعة بتسهيل لمّ شمل الأسر التي تسبّب النزاع في تفريقها وتشثيتها.

-الحظر التام لتجنيد الأطفال دون 15 سنة أو استغلالهم في الأعمال العدائية، وحتى لو تم تجنيدهم مخالفة لأحكام هذا البروتوكول وتم القبض عليهم فإن تلك الحماية تبقى قائمة.

-إجلاء الأطفال ولو بصفة مؤقتة إلى مناطق أكثر أمنا داخل البلد المتنازع فيه، مع اشتراط اصطحابهم من طرف أشخاص مسؤولين عن حمايتهم وبموافقة الأبوين أو من يتولّى رعايتهم قانونا أو عرفا.

البند الثالث: المحاكمات الجنائية للأطفال خلال النزاعات غير الدولية

وضع البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقيات جنيف قواعد عامة تنظّم المحاكمات أو العقوبة الجنائية ذات العلاقة بالنزاع المسلّح، للحيلولة دون التعسف من طرف أحد الأطراف المتنازعة في استعمال هذا الأسلوب ضد خصومه، وعليه يستفيد الطفل من تلك الحماية مع مراعاة أهليته الجنائية التي تتدرّج من العدم مروراً بالمسؤولية الجزئية، ووصولاً إلى المسؤولية الكاملة عند البلوغ⁽¹⁾.

وتتمثّل قواعد المحاكمة والعقوبة تلك، سيما في ضمان شروط المحاكمة العادلة من استقلالية وحياد القضاء، واطحار المتهم بتفاصيل الجريمة المنسوبة اليه، وكفالة حق الدفاع والحق في المحاكمة الحضورية، وكذا تأسيس الإدانة على المسؤولية الجنائية الفردية، فضلا عن اعتبار قرينة البراءة حتى

⁽¹⁾ حسب المادة 6 من البروتوكول التي تضمّنت تفاصيل الضمانات أثناء المحاكمات الجنائية.

ثبوت التهمة، وإفادته المذنب المدان من تخفيف العقوبة، وكذا الامتناع عن إكراه الطفل على الإقرار بالذنب، كما يتوجب إعلام الطفل وإرشاده في حال حصول الإدانة إلى طرق الطعن القضائية وآجالها القانونية، ويحث البروتوكول عند انتهاء النزاع، السلطات الحاكمة على منح عفو شامل لكل من شارك في النزاع المسلح أو الذين علقت حريتهم بسببه.

ويستفيد الطفل من ناحية أخرى من حماية خاصة، تتجسد من خلال حظر إصدار أحكام الإعدام على من هم دون 18 سنة وقت ارتكاب الجريمة، ويحظر أيضا تنفيذ عقوبة الإعدام على الحوامل أو أمهات الأطفال صغار السن، حفاظا على حياة الرضيع والحمل في بطن أمه.

الفرع الثاني: حماية الأطفال في إطار المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف

جاءت هذه المادة بقاعدة عامة مشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربعة، والتي تمثل الحد الأدنى من القواعد الملزمة لأطراف النزاعات غير الدولية بالعمل على احترامها في كافة الظروف، حيث تُوجب الالتزام بالمعاملة الإنسانية وغير القائمة على أي من أشكال التمييز لكل الأشخاص الذين لا يشاركون في القتال بشكل مباشر، وأيضا أولئك العاجزين عن القتال بسبب المرض أو الجرح أو الاحتجاز أو أي سبب آخر، بالإضافة إلى أفراد القوات المسلحة الذين استسلموا وألقوا أسلحتهم. وتفرض المادة المذكورة مجموعة من المحظورات، فتمنع المساس بالسلامة البدنية وحيات الفئات المذكورة آنفا، سواء بأعمال القتل أو التشويه أو التعذيب أو أي معاملة قاسية أخرى، أو النيل من كرامتهم الشخصية ومحاولة اهانتهم بأي طريقة كانت، كما يمنع احتجاز هؤلاء الأشخاص لاستعمالهم كرهائن.

وتحث ذات المادة أطراف النزاع على ضمان المحاكمة العادلة وفقا للشروط المتعارف عليها دوليا، قصد تجنب الأحكام القضائية الانتقامية والجائرة، وتحث على الاعتناء بالجرحى والمرضى، وتسهيل عمل الهيئات الدولية العاملة في هذا المجال كاللجنة الدولية للصليب الأحمر، وتشجع في المقابل على إبرام اتفاقيات ثنائية وجماعية بين المتنازعين للعمل على تنفيذ أحكام الاتفاقيات المنطبقة على النزاع.

وبذلك تضمن المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف خلال تلك النزاعات، الحد الأدنى من الحقوق الأساسية للمدنيين والعاجزين عن القتالين، من حيث الحفاظ على حق الحياة والسلامة الجسدية والكرامة الشخصية للمدنيين ومن يقوم مقامهم من مرضى وجرحى وصغار، وضمن المحاكمة العادلة أثناء النزاع والإغاثة خلال الأعمال القتالية.

المطلب الثاني: اشتراك الأطفال في القتال

يبدو للوهلة الأولى أن فكرة اشتراك الأطفال في العمليات القتالية أمر مستبعد سيما في العصر الحديث، بالنظر إلى تطوّر مفهوم حقوق الانسان وكذا باعتبار قدراتهم الجسدية والنفسية المحدودة، لكن الواقع يُثبت عكس ذلك.

حيث تلجأ العديد من الدول والكيانات إلى تجنيد الأطفال في قواتها المسلحة سيما المراهقين منهم، على اعتبار أنهم يتميّزون بعدم إدراك المخاطر الناجمة عن القتال وكذا إقدامهم على أعمال ومجازفات لا يقدم عليها غيرهم من المجنّدين النظاميين، كما أن صغر سن هؤلاء الأطفال يدفعهم للاعتقاد الخاطئ أن العمل العسكري من الأعمال البطولية، وتلجأ الدول لتجنيدهم أحيانا لاستغلالهم في مجال الخدمات، وقد يدفع الفقر والفراغ الأطفال إلى الإقبال على العمل العسكري، وتشير بعض الاحصائيات إلى تجنيد الأطفال في جيوش ومليشيات أكثر من 178 بلدا عبر العالم، فيما تمثّل الفتيات نسبة 30 بالمائة منهم يتم تجنيد أغلبهن قسرا في أعمال المساندة والقتال، وتعدّ افريقيا المنطقة التي تضم أكبر عدد من الأطفال المجنّدين حيث يقدر عددهم بحوالي 120 ألف طفل⁽¹⁾.

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من مشاركة الأطفال في القتال

اتفق الفقهاء على اشتراط البلوغ والقوة والذكورة في المقاتلين، مع الاختلاف في بعض التفاصيل المتعلقة بالسّن، فالأصل عدم جواز اشراك الأطفال في القتال لأن الجهاد عند المسلمين

⁽¹⁾عروبة جبار الخزرجي-حقوق الطفل بين النظرية والتطبيق ص 243-253-257.

لا يُفرض إلا على البالغين⁽¹⁾، فلا يجب إلا على كل حرّ ذكر مكلف قادر، ويسقط بالمرض والصبا والجنون والعمى والعرج والعجز⁽²⁾.

تبعاً لذلك لم يفرض الإسلام القتال على الصّبيان والنساء والعجزة والمجانين والضعفاء والكفار تحت سلطة المسلمين، وجعل سنّ الخدمة العسكرية خمسة عشر سنة لحديث ابن عمر رضي الله عنهما يوم أحد⁽³⁾، فلا يجوز تجنيد من هم دون هذه السنّ للقتال ولو بموافقتهم لعدم تكليفهم بذلك ولأنّ في قتالهم خطراً عليهم لضعفهم⁽⁴⁾.

و يضع المالكية ستة شروط للجهاد هي الإسلام والبلوغ والعقل والحرية والذكورة والاستطاعة، فلا يجب بذلك الجهاد على الصّغار بل على الرجال الأصحاء البالغين الذين يجدون ما يغزون به، لقوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرْجٌ﴾ سورة النور الآية 61، وقوله عزّ وجلّ: ﴿لَيْسَ عَلَى الضَّعْفَاءِ وَلَا عَلَى الْمَرْضَى وَلَا عَلَى الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يُنْفِقُونَ حَرْجٌ﴾ سورة التوبة الآية 91، كما أن من شروط فريضة الجهاد إذن الأبوين إلا أن تكون فرض عين كأن لا يوجد من يقوم بالفرض، والأصل في ذلك قوله ﷺ للرجل الذي جاء يستشيريه في الجهاد: {أحيي والداك؟} فقال نعم، قال: {ففيهما فجاهد}⁽⁵⁾.

وذكر الحنفية أن الجهاد لا يفرض على بعض الفئات منها الصبي والعبد والمرأة والأعمى

⁽¹⁾ الجهاد عند المالكية هو: "قتال مسلم كافراً غير ذي عهد لإعلاء كلمة الله تعالى أو حضوره له أو دخوله أرضه له، وهو فرض عين على الإمام وفرض كفاية على الرعية" أنظر الخرشبي-الخرشي على مختصر خليل 107/3-108، وجاء في بداية المجتهد أن الجهاد فرض كفاية بإجماع العلماء، لقوله تعالى: ﴿كُنْتُمْ لَكُلِّكُمْ أَوْلِيَاءُ وَمَا كُنْتُمْ لِكُلِّكُمْ كَافَّةً﴾ وقوله عزّ وجلّ: ﴿وَمَا كُنْتُمْ لِكُلِّكُمْ كَافَّةً﴾ وقوله عزّ وجلّ: ﴿وَمَا كُنْتُمْ لِكُلِّكُمْ كَافَّةً﴾ سورة النساء الآية 95، أنظر ابن رشد-بداية المجتهد ونهاية المقتصد 381/1، أما عند الحنفية فالجهاد هو: "الدعاء إلى الدين الحق وقتال من لم يقبله"، أنظر ابن عابدين-رد المحتار على الدر المختار 196/6-197.

⁽²⁾ الخرشبي-الخرشي على مختصر خليل 109/3-111.

⁽³⁾ سنن ابن داود كتاب الحدود باب في الغلام يصيب الحد الحديث 4406، سنن أبي داود 458/6.

⁽⁴⁾ سهيل حسين الفتلاوي-حقوق الطفل في الإسلام، دار الثقافة الأردن، الطبعة الأولى 2014 ص 322.

⁽⁵⁾ أخرجه البخاري-كتاب الجهاد والسير باب الجهاد بإذن الأبوين رقم الحديث 3004، البخاري-صحيح البخاري ص 740، وأنظر في المسألة ابن رشد-بداية المجتهد ونهاية المقتصد 381، القراني-الذخيرة 393/3-395.

والمقعد⁽¹⁾، والأقطع وهو المقطوع اليد أو المريض، والمديون بغير إذن غريمه، والعالم الذي ليس في البلدة أفاقه منه، فكل هؤلاء غير معنيين بالجهاد، لأنه لا بدّ من الاستطاعة فلا يخرج للجهاد إلا من يطيقه ليدعم صفوف المقاتلين في وجه الأعداء أو كما ذكروا "لتكثير السواد في وجه العدو"، والجهاد عندهم فرض كفاية إن قام به البعض سقط عن الكل، ويصبح فرض عين إذا هجم العدو على بلاد المسلمين فيخرج الجميع حينها⁽²⁾.

أما صاحب البحر الرائق فقد أجاز استثناءً للأب أن يأذن للصبي المراهق إذا استطاع القتال بالخروج، وقيل أنه لا يقاتل إلا "برمي الحجر فوق الحصن أو بالنشاب"، ما يعني أنه يقاتل بصفة غير مباشرة، فإذا خاف عليه وليّه لا يأذن له⁽³⁾.

ولا يوجب الشافعية الجهاد على الصبي لوجوبه على المسلم المكلف البالغ العاقل الذكر المستطيع⁽⁴⁾، ولقوله تعالى: ﴿لَيْسَ لِمَنْ لَمْ يَلِدْ وَالضَّعْفَاءِ﴾ سورة التوبة الآية 91، حيث قيل أن الضعفاء هم الصبيان لضعف أبدانهم وقيل المجانين لضعف عقولهم، ولأنه ﷺ ردّ جماعة استصغروهم، ولما روى البخاري أنه ﷺ ردّ ابن عمر يوم أُحُد وأجازه في الخندق⁽⁵⁾، كما لا يجب على المرأة والمريض والأعرج والأقطع والأشل والعبد والعماد أهبة القتال وهو الذي لا يملك عمدة ومؤنة القتال، لقوله

⁽¹⁾ عرّف صاحب الفتاوى الهندية الجهاد بأنه: "الدعاء إلى الدين الحق والقتال مع من امتنع وتمرد عن القبول إما بالنفس أو بالمال"، ويجب على كل رجل عاقل صحيح حر قادر، وقال أنه لا يجب على صبي ولا عبد ولا امرأة ولا أعمى ولا مقعد ولا أقطع، وأنه لا يخرج أحد للجهاد إلا بإذن أبويه ولا يخرج إذا أذن أحدهما دون الآخر، سواء كانا يحتاجان الفقهة أولاً، انظر الشيخ نظام-الفتاوى الهندية 209/2.

⁽²⁾ ابن عابدين-رد المختار على الدر المختار 199/6 إلى 20، النسفي-البحر الرائق 11/5.

⁽³⁾ النسفي-البحر الرائق 121/5.

⁽⁴⁾ والأصل عندهم في مشروعيته قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كَرْهٌ لَكُمْ﴾ سورة البقرة الآية 216، وقوله عز وجل: ﴿وَقَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ كَافَّةً﴾ سورة التوبة الآية 36، وقوله سبحانه: ﴿وَأَقْتُلُوهُمْ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ سورة النساء الآية 89، ومن السنة قوله ﷺ: {أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله} أخرجه البخاري-كتاب الزكاة، الحديث رقم 1399، صحيح البخاري ص 339، وقوله عليه الصلاة والسلام: {الغدوة في سبيل الله أو روحة خير من الدنيا وما فيها} أخرجه مسلم-كتاب الإمارة باب فضل الغدوة والروحة في سبيل الله الحديث رقم 1880، صحيح مسلم ص 816، والجهاد فرض كفاية لقوله تعالى: ﴿لَا يَسْتَوِي الْقَائِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ يُبْرَأُ أُولَى الضَّرَرِ﴾ إلى قوله عز وجل: ﴿وَكُلًّا وَوَعَدَ اللَّهُ الْحَسَنَى﴾ سورة النساء الآية 95، مغني المحتاج 275-272/4.

⁽⁵⁾ أخرجه البخاري-كتاب المغازي باب غزوة الخندق وهي الأحزاب، الحديث رقم 4098، صحيح البخاري ص 1007.

تعالى: ﴿لَيْسَ مَلَى الْأَعْمَى حَرْجٌ وَلَا مَلَى الْأُمْرِيِّ حَرْجٌ وَلَا مَلَى الْمَرْيُومِ حَرْجٌ﴾ سورة النور الآية 61، ويعتبر عدم إذن الأبوين عندهم أيضا عذرا يسقط فرض الجهاد على صاحبه⁽¹⁾، ويوافق الحنابلة الجمهور في أن الجهاد لا يجب إلا على الذكر الحر المكلف المستطيع، فلا يجب على الصبي أو المجنون⁽²⁾.

وعليه فإن اجماع الفقهاء منعقد على اعفاء الأطفال من القتال، مع استثناء الذين تجاوزوا 15 سنة لحديث ابن عمر رضي الله عنهما، حيث أجازوا لهؤلاء القتال بعد إذن من أوليائهم في حال كان الجهاد فرض عين وهو عند هجوم الكفار على بلاد المسلمين، أو في حال لم يوجد بالغون يقومون بفرض الجهاد.

وعليه يشترط في قبول الجهاد شرعا بالنسبة للأطفال، بلوغ سن 15 على الأقل والحصول على إذن صريح من الوالدين وغياب البالغين الذين يضطلعون بفريضة الجهاد.

الفرع الثاني: مشاركة الأطفال في القتال وفق البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف

عندما يتعلق الأمر باشتراك الأطفال في الأعمال القتالية فالمبدأ في القانون الدولي الإنساني هو الحظر، سيما بالنسبة للأطفال دون 15 سنة كاملة، حيث أشار البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف في هذا الإطار إلى المنع التام حتى قبل نشوب القتال⁽³⁾، وحث البروتوكول الأطراف المتنازعة على الامتناع بداية عن تجنيد هؤلاء الأطفال في صفوفها، وبالنسبة لمن تجاوزوا 15 سنة فإن مساهمتهم في القتال يجب أن تكون كحلٍّ أخير، حيث يشترط البروتوكول ضرورة اعطاء الأولوية لغيرهم من البالغين.

وفي جميع الحالات يستفيد الأطفال الذين يتم اقحامهم في العمليات القتالية دون أن يبلغوا 15 سنة من الحماية الخاصة المقررة في البروتوكول سواء كانوا في وضعية الأسر أم لا، حيث

⁽¹⁾ الشريبي-مغني المحتاج 4/286-289.

⁽²⁾ المرادوي-الانصاف 4/115.

⁽³⁾ حسب المادة 77 منه.

يتوجب حمايتهم من كل ما يחדش الحياء وتوفير العناية التي يحتاجون إليها بحكم سنّهم، وفي حال تم القبض عليهم يتوجب وضعهم في أماكن منفصلة عن البالغين، كما رجعت المادة 77 من نفس الوثيقة إلى التأكيد مرة أخرى على حظر إصدار أحكام الإعدام على الأطفال الذين لم يتجاوزوا 18 سنة من العمر بسبب جريمة تتعلق بالتزاع المسلح.

وعليه فقد صنّف البروتوكول الأطفال من حيث اشتراكهم في العمليات القتالية إلى صنفين اثنين:

الأول: هم الأطفال ما دون 15 سنة الذين يمنع تماما الزجّ بهم في الحرب كمجنّدين لدى أيّ من أطراف النزاع، حيث يقع ذلك تحت طائلة المخالفة الصريحة لأحكام هذه الوثيقة الدولية، وفي حال تمّت مخالفة هذا الحظر وجرّت عملية التجنيد والاشراك في القتال، فإن هذا الصنف من الأطفال يبقى مستفيدا من الحماية الخاصة المقررة له، ولا يفقدها حتى عندما يقع في الاعتقال أو الاحتجاز، إذ يجب مراعاة سنّهم في تأمين ظروف مناسبة لهم وتجنّب خدش حيائهم، وكذا عزلهم عن بقية المعتقلين أو المحتجزين البالغين، وينال هذا الصنف من الأطفال الحماية والمعاملة الخاصّتين على اعتبار أن اشتراكه في القتال لم يكن بمحض ارادته في جميع الأحوال لأن أهليته لا زالت غير مكتملة.

الثاني: وهم الأطفال بين 15 و18 سنة، فحتى لو جاز تجنيد هؤلاء، فإن الوثيقة تحثّ ألا يكون اشراكهم في العمليات القتالية إلّا كإجراء أخير في حال الضرورة، أي عندما لا يتوقّر بالغون يقومون بذلك بدل الأطفال القاصرين.

وهنا تنثور إشكالية تتعلق بإمكانية مشاركة الأطفال في القتال، وعن المسؤولية الجنائية لهذا الطّفّل من منظور القانون الدولي سيما القانون الدولي الجنائي ونظام المحكمة الجنائية الدولية⁽¹⁾، حيث أنه من المنطقي التفكير في احتمال ارتكاب الأطفال لأفعال تقع تحت طائلة هذا الفرع من القانون الدولي، وبالتالي انعقاد الاختصاص للمحكمة الجنائية الدولية.

⁽¹⁾ أنظر مقال نصر الدين الأخضرى: تأرجح المركز القانوني للأطفال أثناء التزاعات المسلحة بين دور الضحية وموقع الجاني-مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق جامعة ورقلة العدد 14 لسنة 2014 ص 8.

إلا أنه بالنظر إلى القواعد التي تقرّر مسؤولية الرؤساء العسكريين عن مرؤوسيهام، تنتفي مسؤولية الأطفال المجندين بسبب عدم اكتمال مسؤوليتهم الجنائية، بالإضافة إلى القاعدة التي تعتبر اشراك الأطفال في المنازعات المسلّحة كجريمة من جرائم الحرب، كما أن القانون الأساسي للهيئة القضائية الدولية ذاتها وهي المحكمة الجنائية الدولية⁽¹⁾ قد أكّد استثناء الأشخاص دون 18 سنة كاملة من اختصاص المحكمة.

وعليه لم يخرج القانون الدولي الجنائي عن القاعدة العامة السارية في القوانين الداخلية التي تقرّ بخصوصية المسؤولية الجنائية للطفل وتضع لهذه الأهلية المتدرّجة من العدم مروراً بالجزئية ثم المسؤولية الكاملة تدابير خاصّة بدل العقوبات، وبالتالي ذهب القانون الجنائي الدولي إلى رفض انعقاد الاختصاص تماماً للمحكمة الجنائية الدولية إذا تعلّق الأمر بطفل لم يُتم 18 سنة، وأقرّ مبدأ عدم مسؤولية الأطفال فيما يتعلّق بالجرائم التي تدخل في اختصاصه، وهي جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة الجماعية.

الفرع الثالث: مشاركة الأطفال في القتال وفق اتفاقية سنة 1989

عالجت عدّة نصوص دولية الإشكالية المتعلقة بمشاركة الأطفال في النزاعات المسلّحة، ولا بد أن اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 لم تغفل هذه المسألة لأهميتها القصوى في حماية الحق الأساسي للطفل في الحياة⁽²⁾، وذلك من خلال إقرار بعض شروط تجنيد هذه الفئة واشراكها في العمليات القتالية سيما ما تعلّق بالسن الأدنى للتجنيد.

وفي هذا السياق ألزمت الاتفاقية الدول باحترام القواعد العامة للقانون الدولي الإنساني المتعلقة بحماية هذه الفئة خلال النزاعات المسلّحة، من خلال حظر تجنيد ومشاركة من لم يبلغوا 15 سنة في

⁽¹⁾ المادة 26 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية: "لا يكون للمحكمة اختصاص على أي شخص يقل عمره عن 18 عاماً وقت ارتكابه الجريمة المنسوبة إليه.

⁽²⁾ بموجب المادة 38 منها، تتعهد الدول باحترام قواعد القانون الدولي الإنساني المنطبقة عليها في النزاعات المسلّحة وذات الصلة بالطفل، وأن تضمن احترام هذه القواعد وتتخذ في سبيل ذلك جميع التدابير الممكنة عملياً، وتلتزم بمقتضى القانون الدولي بحماية السكان المدنيين في النزاعات المسلّحة، باتخاذ جميع التدابير الممكنة عملياً لتضمن حماية ورعاية الأطفال المتأثرين بنزاع مسلح.

العمليات القتالية بشكل مباشر، فضلا عن الامتناع عن تجنيد الأطفال البالغين بين 15 و 18 سنة إلا في حال لم يوجد غيرهم، وحثت على حماية الأطفال عامة من كل الآثار المحتملة للنزاعات المسلحة. و لم تغفل اتفاقية الطفل لسنة 1989 حالة الطفل اللاحق الذي عادة ما يكون في ظروف صعبة ناتجة عن مغادرته الجبرية أو الطوعية لموطنه، وفي هذا الإطار ذكرت المادة 22 منها أن الطفل في هذه الحالة يكون عُرضة إلى أخطار مضاعفة لتلك التي يواجهها الطفل العادي، ما دفع إلى إلزام الدول الأطراف باتخاذ الاجراءات المناسبة لضمان افادته بكافة الحقوق المنصوص عليها في بنودها أو غيرها من المواثيق الدولية الأخرى، سواء كان مصحوبا من والديه أو لا.

وفي حالة افتراق الطفل عن أسرته ووالديه بسبب ظروف استثنائية، تلتزم الدول الأطراف كذلك بالتعاون مع الهيئات العاملة في هذا المجال من أجل البحث عن والدي وأسرته الطفل قصد لم شملهم، وفي حال تعذر ذلك توفّر له العناية الدائمة أو المؤقتة التي يستفيد منها أي طفل محروم من بيئته العائلية.

الفرع الرابع: البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن اشترك الأطفال في القتال

جاء هذا البروتوكول تبعا للاستجابة الواسعة التي لقيتها اتفاقية حماية حقوق الطفل⁽¹⁾، وليؤكد التزام المجتمع الدولي بتحسين حالة الأطفال وتوفير الحماية الضرورية لينشئوا في كنف السلم والأمن. كما أن اقراره أظهر الحاجة الماسة للتعامل مع آثار النزاعات المسلحة على الأطفال، ومكافحة الخروقات التي تظهر خلال الهجوم على أهداف محمية كالمدارس والمستشفيات، وهو ما دفع المحكمة الجنائية الدولية بدورها إلى ادراج تجنيد الأطفال دون 15 سنة -سواء كان بصفة الزامية أو طوعية- كجريمة من جرائم الحرب، ونفس الأمر بالنسبة لاستخدامهم بأي طريقة في الأعمال الحربية خلال النزاعات المسلحة الدولية أو غير الدولية.

⁽¹⁾عرضته الجمعية العامة للأمم المتحدة للتوقيع والتصديق والانضمام في دورتها الـ54 بتاريخ 25 ماي 2000 ودخل حيز التنفيذ بتاريخ 23 فيفري 2002، وصادقت عليه الجزائر بتاريخ 02-09-2006 بموجب المرسوم الرئاسي 06-300.

البند الأول: حظر التجنيد الاجباري للأطفال دون 18 سنة

أقر البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في القتال، قاعدة جديدة تتعلق بالسنّ الأدنى المسموح بها للتجنيد الاجباري للأطفال في القوات المسلّحة⁽¹⁾، تتمثّل في رفع تلك السنّ من 15 سنة وفق ما جاء في اتفاقيات جنيف إلى 18 سنة كاملة، ما يعني استثناء الأطفال واخراجهم تماما من الفئات المسموح لها بالقتال، حيث يُحظر التجنيد الاجباري لمن هم دون هذه السنّ، كما يُحظر على أطراف النزاع اشراك المجندين طوعيا في القوات المسلّحة دون هذه السنّ بصفة مباشرة في الأعمال القتالية، وهذا مع استثناء المدارس الخاصة بالقوات المسلّحة وفق المادة 5/3 من الوثيقة المذكورة.

ويُطالب البروتوكول الدول بتجسيد قاعدة السنّ من خلال اتخاذ إجراءات منع تجنيد من هم دون 18 سنة سيما بتكييف القوانين الداخلية مع تلك القاعدة، كما تلتزم الدول تبعا لذلك بتسريح كل من هم دون تلك السنّ، والعمل على علاجهم الجسدي والنفسي من آثار القتال وضمان ادماجهم في مجتمعاتهم، ويسري الحظر المشار إليه بخصوص تجنيد الأطفال دون 18 سنة على النزاعات الداخلية أيضا، بحيث يطال كل المجموعات المسلّحة التي لا تنتمي للقوات النظامية لأية دولة⁽²⁾.

البند الثاني: متابعة تنفيذ البروتوكول الاختياري الأول لاتفاقية حقوق الطفل

يتميّز البروتوكول الخاص بحظر اشتراك الأطفال في النزاعات المسلّحة، بعدم الاكتفاء بوضع قواعد قانونية جامدة يتم التوقيع والتصديق عليها وينتهي الأمر بعد ذلك، بل أقر آليات وتدابير عملية لمتابعة الدول الأطراف والوقوف على مدى تطبيقها لتلك الأحكام⁽³⁾.

⁽¹⁾ تُلزم المادة الثالثة من البروتوكول كل دولة طرف بإيداع إعلان ملزم-بعد التصديق على البروتوكول أو الانضمام إليه-يتضمّن الحدّ الأدنى للسنّ الذي تسمح عنده بالتطويع في قواتها المسلّحة الوطنية، والضمانات لمنع فرض هذا التطويع جبراً أو قسراً.

⁽²⁾ كما تتعهد الدول بنشر مبادئ وأحكام هذا البروتوكول على نطاق واسع، وتعزيزه بالسبل الملائمة بين البالغين والأطفال على السواء، المادتان 4 و6 من البروتوكول.

⁽³⁾ حسب المادة 8 من البروتوكول الاختياري الأول لاتفاقية حقوق الطفل.

وفي هذا الإطار تلتزم الدول الأطراف، بتقديم تقارير دورية حول مدى تطبيقها للقواعد التي جاءت بها الوثيقة على ترابها الوطني، وتقدم هذه التقارير بعد سنتين من تاريخ دخول البروتوكول حيز التنفيذ ثم بصفة دورية كل خمس سنوات.

وهي التقارير التي يجب أن تشمل على تفاصيل كافية ومعلومات شاملة حول الاجراءات التي اتخذتها الدولة لتطبيق الأحكام المتعلقة بمنع تجنيد واشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة، وكذا الصعوبات التي واجهتها في هذا الإطار، ليتم بعد ذلك ادماج هذه التقارير في عمل لجنة حماية الطفولة المنصوص عليها في المادتين 43 و 44 من اتفاقية حماية الأطفال، وهي اللجنة التي تتكوّن من 10 أعضاء يجري انتخابهم من الدول الأطراف لعهدتها تدوم 4 سنوات⁽¹⁾، وتقدم اللجنة كل سنتين تقارير عن أنشطتها إلى الجمعية العامة عن طريق المجلس الاقتصادي والاجتماعي، ويمكن للجنة في حال ارتأت ضرورة لذلك أن تطلب تقديم معلومات إضافية.

والجدير بالإشارة أن اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 أيّدت القاعدة التي جاء بها البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، حيث حظرت في مادتها 38 تجنيد ومشاركة الأطفال دون 15 سنة في العمليات القتالية بشكل مباشر، فضلا عن الامتناع عن تجنيد من هم بين 15 و 18 سنة إلا في حال انعدام البالغين.

غير أن البروتوكول الاختياري الأول لاتفاقية حقوق الطفل جاء بقاعدة جديدة في مادته الأولى تتعلق بالسنّ الأدنى المشترطة للقتال، حيث تم رفعها إلى 18 سنة بدل 15 سنة المنصوص عليها في الاتفاقيات السابقة لهذا البروتوكول، وبذلك يكون قد أقر الحظر التام لاشتراك الأطفال في العمليات القتالية، كما اشترط على الدول ضرورة المبادرة إلى تسريح كل من هم دون هذه السنّ واتخاذ التدابير اللازمة لشفائهم وادماجهم في مجتمعاتهم.

وعليه فإن مسألة مشاركة الأطفال في القتال، وفق الشروط التي أقرها فقهاء الشريعة الإسلامية، قد سبقت المنظومة التشريعية الدولية بقرون عديدة، حيث اشترطوا في قبول الأطفال

⁽¹⁾ ويختار الأعضاء من بين ذوي الخبرة والكفاءة في الميدان.

للجهاد بلوغ 15 سنة على الأقل والحصول على إذن الأبوين فضلا عن حالة الضرورة المتمثلة في انعدام البالغين الذين يضطعون بالجهاد.

في حين اتفقت المواثيق الدولية ومنها البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقية جنيف وكذا اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 أن سن الـ 15 هي السن الأدنى لقتال الأطفال، كما جاء اشتراط عدم وجود بالغين للقتال في ذات المواثيق وهو ما قال به الفقهاء قبلهم، وذلك قبل أن يتم إقرار حدّ جديد للسنّ في إطار البروتوكول الاختياري لاتفاقية الطفل 1989 والمتمثلة في 18 سنة، ما أدّى إلى الاستثناء الكامل للأطفال من الفئات المسموح مشاركتها في الأعمال القتالية.

والملاحظ أن تلك القواعد التي تحظر مشاركة الأطفال في القتال، قصد حمايتهم من التعرّض لآثاره الوخيمة على حقّهم في الحياة والحرية والنمو النفسي السليم، لم تثبت جدارتها في الميدان رغم الزاميتها النسبية، إذ أثبت الواقع في العديد من الصراعات الدولية والداخلية، أن الأطفال مازالوا مستهدفين من الجيوش والجماعات غير النظامية لسهولة تجنيدهم وتعبئتهم واستغلالهم في القتال أو الإسناد.

خاتمة

جامعة الأميرة
عبد القادر العوم الإسلامية

يظهر جلياً في خاتمة هذا البحث أن النظام القانوني الذي يُعنى بحماية القاصر، يمتد إلى مجمل التشريعات بداية بتشريعات وأعراف الحضارات القديمة، وصولاً إلى منظومة الفقه الإسلامي وانتهاءً بالتشريعات الحديثة الداخلية منها والدولية، كما يظهر أن هذا النظام ضرورة واقعية تفرضها خصوصيات الانسان في بداية حياته، التي تتطلب احاطته بمجموعة من الآليات القانونية التي تستجيب لمبادئ حماية القاصر وتكييف القواعد القانونية العامة بشكل يتناسب معها، ولكن بشكل مختلف من حيث التشديد أو التخفيف، والعموم والدقة، وفقاً لنظرة وهدف المشرع.

وفي هذا السياق تبين أن ما جاءت به الشريعة والفقه الإسلامي، يعتبر تطوراً هاماً بالنظر إلى السياق التاريخي، ويشكّل إلى اليوم منظومة متميزة وذات سبق، على اعتبار القفزة النوعية التي عرفها المركز القانوني للقاصر الذي كان يخضع لممارسات وحشية كالوأد، فأصبح يتمتع بحماية مشددة تحظر المساس بحقه في الحياة حتى وهو جنين في بطن أمه، كما أقرت الشريعة الإسلامية حماية حياة القاصر وقت الحروب بحظر المساس به دون ضرورة، وأقرت الحضارة والولاية على نفسه وماله رعاية لمصالحه الشخصية والمالية حتى يصل درجة الرشد ويتسلم زمام الأمور بنفسه.

أما التشريع الجزائري، فيمكن الملاحظة أن درجة الحماية التي يوقرها للقاصر قد أخذت منحى تصاعدياً منذ الاستقلال إلى اليوم، حيث اعتمد فيما يتعلق بالحماية الجنائية للقاصر على تخصيص قواعد قانونية موضوعية واجرائية ضمن قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية أو بعض التشريعات الأخرى ذات العلاقة، لكن أبرز تطوّر هو ذلك الذي حصل سنة 2015 بصدور القانون 12-15 الخاص بحماية الطفل، والذي جاء استجابة لمطالب رجال القانون والقضاء وبعد طول انتظار، حيث شكّل تطوراً ملفتاً في التشريع الجزائري من حيث تخصيص تشريع منفرد لحماية القاصر، غير أن الأحكام التي تضمنها أثبتت محدوديتها إلى حدّ كبير في عدّة نقاط نوضحها فيما يأتي:

أولاً- اقتصره على الحماية الجنائية للطفل فقط دون جوانب الحماية الأخرى التي تتسع لتشمل حماية حقوقه المدنية والسياسية والثقافية، وكذا ما تعلّق منها بحمايته في إطار نظام الأسرة

سواء في إطار الولاية المالية أو الولاية على النفس أو الحضانة والنفقة وغيرها، وهي الأحكام التي تضمّنها قانون الأسرة بشكل لا يشمل القاصر بالحماية اللازمة.

ثانياً- تضمّنت أحكام القانون 15-12 الكثير من الاحالات على قانون الإجراءات الجزائية ومن ذلك ما نصّت عليه المادة 147 منه، برغم أن ذات القانون ألغى الكتاب الثالث من قانون الإجراءات الجزائية الخاص بالقواعد الإجرائية والمعنون: "القواعد الخاصة بالجرمين الأحداث"، وعليه لم يشكّل النص القانوني الجديد بديلاً من الناحية الإجرائية، ما نجم عنه تشتت إجراءات التحقيق والمتابعة والحكم المتعلقة بالقاصر بين القانون 15-12 من جهة وقانون الإجراءات الجزائية من جهة أخرى، كما تداخلت الصلاحيات والإجراءات بما يشكّل غموضاً وتفرّقاً في الأحكام التي تحمي القاصر، وعليه لم يحقّق قانون الطفل الهدف الرئيس من تشريعه، وهو توفير تشريع خاص جامع لأحكام حماية القاصرين، سيما وأنه ألغى كلاً من الأمر 72-03 المتعلق بحماية الطفولة والمراهقة، وكذا الأمر 75-64 المتعلق بإحداث المؤسسات والمصالح المكلفة بحماية الطفولة والمراهقة.

ثالثاً- من ناحية الأحكام الموضوعية الخاصة بالحماية الجزائية، ما زال على رجال القانون والباحثين والدارسين الرجوع إلى قانون العقوبات الذي يتضمّن معظم تلك القواعد القانونية، في حين اقتصر القانون 15-12 على ذكر بعض الأحكام فقط ومنها دور قاضي الأحداث في حماية الأطفال ضحايا الاستغلال الجنسي والاختطاف مثلاً، ولم يشكّل بذلك أيضاً بديلاً عن الأحكام الواردة في قانون العقوبات.

أما التشريعات الدولية فقد تطرقت بإسهاب لحماية القاصر، ومنها ما تضمّنه القانون الدولي لحقوق الانسان الذي يهتم بحقوق الطفل المدنية والسياسية والثقافية والاجتماعية والاقتصادية في وقت السلم والاستقرار، ونقصد في هذا الإطار خصوصاً الشرعة الدولية لحقوق الانسان، المتمثلة في الاعلان العالمي لحقوق الانسان والعهد الدولي لحقوق الانسان والاقتصادية والاجتماعية، وكذا العهد الدولي لحقوق الانسان والمدنية، بالإضافة إلى اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 التي لاقت

رواجا كبيرا وانضمام أغلبية دول العالم إليها، فضلا عن بعض الاتفاقيات الأخرى المكّمة كالبروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء وفي المواد الإباحية، والبروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في المنازعات المسلحة، واتفاقية الجوانب المدنية لاختطاف الأطفال.

وتمتد حماية القاصر إلى الحماية الجنائية الدولية التي نجد موضوعها في القانون الدولي الإنساني، بداية باتفاقيات جنيف الأربعة الشهيرة لسنة 1949 لا سيما الاتفاقية الرابعة منها الخاصة بحماية المدنيين، وكذا البروتوكولين الإضافيين لهاته الاتفاقيات الخاصين بحماية ضحايا النزاعات الدولية وغير الدولية، يضاف إلى ذلك العديد من الاتفاقيات الدولية والجهوية التي يصعب حصرها في دراسة واحدة.

غير أن ما لاحظناه من الاهتمام الدولي الفائق بحقوق الطفل زمن السلم والحرب، والرغبة الملّحة في توفير الإطار القانوني المناسب لضمان حقوقه الأساسية ولحمايته من كل ما يضره، كل ذلك أثبت محدوديته ونقص فاعليته في الواقع مقارنة بما تم تحقيقه من تطوّر تشريعي، فلا زالت حقوق الأطفال إلى اليوم تنتهك في أغلب بلدان العالم، ولا زال الطفل إلى اليوم يعاني من الفقر والجوع والجهل والتشرّد والتسوّل، ويتم استغلاله في الدعارة والعمل غير المشروع، كما يُلاقى عشرات الأطفال حتفهم أو يصابون إصابات خطيرة في نزاعات مسلّحة دولية وداخلية، سيما في بلدان العالم الثالث كما هو الشأن اليوم في سوريا والعراق واليمن وليبيا وغيرها، ولا زال الطفل يعاني ويلات الاحتلال والحصار في فلسطين المحتلة، ولا زال الأطفال يجنّدون للقتال في بعض البلدان سيما الإفريقية منها.

وعلى ضوء ما تطرقت إليه بالدراسة والبحث، أمكن وضع الاقتراحات الآتي بيانها لإثراء التشريع الجزائري في مجال حماية فئة الأطفال القاصر:

1- تعديل قانون حماية الطفل 15-12، بإضافة أحكام موضوعية واجرائية تحيط القاصر بالحماية الكافية التي تُغني عن اللجوء إلى الأحكام المنفرقة في القوانين الأخرى غير المختصة في

حماية القاصر، سواء تعلق الأمر بحماية الطفل جزائياً بصفته ضحية أو معرضاً للخطر أو بصفته جانحاً.

2- تضمين قانون حماية الطفل 15-12، الأحكام الموضوعية والاجرائية لحماية القاصر في الجوانب المدنية، ومنها نظام الحجر والنيابة الشرعية والحضانة والنفقة وحقه في الميراث والوصية وغيرها، ما يضيف حماية متخصصة ودقيقة لحقوقه.

3- حماية فئة الأطفال اليتامى، بإعطائهم مركزاً قانونياً خاصاً يتكيف مع وضعهم ويعطيهم امتيازاً في الحماية الجنائية والمدنية، بالنظر إلى اجتماع ضعف الطفولة لديهم مع فقدان من يرعاهم من والدين، وذلك اقتداءً بأحكام الشريعة الإسلامية التي شددت في حماية اليتامى وجعلت المساس بهم من الكبائر.

4- توحيد المصطلحات القانونية الدالة على فئة الأطفال في جميع التشريعات، بدل استعمال عدّة مصطلحات كالطفل والحدث والقاصر للدلالة على من لم يتجاوز سن الرشد، ما سيرفع اللبس والغموض الذي قد يوحي به تعدّد تلك المصطلحات.

5- توضيح وتعزيز دور النيابة العامة في مجال حماية الأطفال، بالنص الصريح على الإجراءات التي تضطلع بها في قانون الطفل، سواء ما تعلق بدورها في العملية القضائية أو ما تعلق بدورها خارج العمل القضائي بالتعاون مع مصالح الخدمات الاجتماعية، أو ما يخص دورها في قانون الأسرة أو قانون الحالة المدنية أو القوانين الأخرى، وتضمنين كل تلك الأحكام في قانون الطفل بدل تفرقتها في العديد من التشريعات.

6- تحديد الحالات التي يمكن فيها اللجوء إلى الوسائل العلمية لإثبات النسب، وشروط وحالات استعمال تلك الوسائل، وحصر الوسائل العلمية المسموح باستعمالها للتفاوت في دقتها وحجيتها العلمية والقانونية.

7- إعادة النظر في نظام الكفالة، وسيما المرسوم التنفيذي 92-24 المؤرخ في 13 يناير 1992 المعدّل والمتمم للأمر 71-157 المتعلق بإجراءات تغيير اللقب وشروطه، الذي أتاح منح

الكافل لقبه للمكفول، ما يشكل شبهة بنظام التبّي المحرم شرعا.

8-تحديد السن الدنيا للسماح بزواج القصرّ تجنباً للأضرار النفسية والجسدية والاجتماعية لظاهرة الزواج المبكر التي أثبتتها عديد الدراسات وحالات الواقع.

9-تعزير صلاحيات القاضي في مجال الولاية على المال أو اسنادها إلى قاضي الأحداث حسب مصطلح قانون الطفل الجديد، سيما بالنسبة لبعض التصرفات الضارة بأموال القاصر التي لم تشملها المادة 83 من قانون الأسرة.

10-تعزير آليات تطبيق الاتفاقيات الدولية، عن طريق استحداث آليات جديدة تضمن من جهة اجبارية تطبيق الحدّ الأدنى من حماية الحقوق الأساسية للطفل لكافة الدول بغض النظر عن رغبتها في الانضمام إلى تلك الموثيق والاتفاقيات، ومن جهة أخرى بالسهر على تشديد عقوبات انتهاك حقوق الطفل والسهر على تطبيقها، ومتابعة المتورّطين فيها بتعزيز الإمكانيات القانونية والمادية الدولية لضمان ذلك.

ملحقات

جامعة الأمير
القادر للعلوم الإسلامية

اتفاقية حقوق الطفل: لسنة 1989

الدياجة

إن الدول الأطراف في هذه الاتفاقية،

إذ ترى أنه وفقا للمبادئ المعلنة في ميثاق الأمم المتحدة يشكل الاعتراف بالكرامة المتأصلة لجميع أعضاء الأسرة البشرية وبحقوقهم المتساوية وغير القابلة للتصرف أساس الحرية والعدالة والسلام في العالم.

وإذا توضع في اعتبارها أن شعوب الأمم المتحدة قد أكدت من جديد في الميثاق إيمانها بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره وعقدت العزم على أن تدفع بالرق الاجتماعي قدما وترفع مستوى الحياة في جو من الحرية أفسح وإذ تدرك أن الأمم المتحدة قد أعلنت في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وفي العهدين الدوليين الخاصين بحقوق الإنسان أن لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات الواردة في تلك الصكوك دون أي نوع من أنواع التمييز كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو غيره أو الأصل القومي أو الاجتماعي

أو الثروة أو المولد أو أي وضع آخر وافتقت على ذلك وإذ تشير إلى أن الأمم المتحدة قد أعلنت في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أن للطفولة الحق في رعاية ومساعدة خاصتين واقتناعا منها بأن الأسرة باعتبارها الوحدة الأساسية للمجتمع والبيئة الطبيعية لنمو ورفاهية جميع أفرادها وبخاصة الأطفال ينبغي أن تولى الحماية والمساعدة اللازمين لتمكين من الاضطلاع الكامل بمسؤولياتها داخل المجتمع وإذ تقر بأن الطفل كى تتعرض شخصيته تتعرضا كاملا ومتناسقا ينبغي أن ينشأ في بيئة عائلية في جو من السعادة والمحبة والتفاهم وإذ ترى أنه ينبغي إعداد الطفل إعدادا كاملا ليحيا حياة فردية في المجتمع وتربيته بروح المثل العليا المعلنة في ميثاق الأمم المتحدة وخصوصا بروح السلم والكرامة

والتسامح والحرية والمساواة والإخاء وإذ توضع في اعتبارها أن الحاجة إلى توفير رعاية خاصة للطفل قد ذكرت في إعلان جنيف لحقوق الطفل لعام 1924 وفي إعلان حقوق الطفل الذي اعتمده

الجمعية العامة في 20 تشرين الثاني/نوفمبر 1959 والمعترف به في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وفي العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية) ولاسيما في المادتين 23 و24 (وفي العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية) ولا سيما في المادة 10 (وفي النظم الأساسية والصكوك ذات الصلة للوكالات المتخصصة والمنظمات الدولية المعنية بحير الطفل

وإذ توضع 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 وإلى قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية لإدارة شئون قضاء الأحداث) قواعد بكين (وإلى الإعلان بشأن حماية النساء والأطفال أثناء الطوارئ والمنازعات المسلحة 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 وترعرعا متناسقا وإذا تدرك أهمية التعاون الدولي لتحسين ظروف معيشة الأطفال في كل بلد ولا سيما في البلدان النامية قد اتفقت على ما يلي:

الجزء الأول:

المادة 1: لأغراض هذه الاتفاقية يعنى الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه.

المادة 2: 1 - تحترم الدول الأطراف الحقوق الموضحة في هذه الاتفاقية وتضمنها لكل طفل

يخضع لولايتها دون أي نوع من أنواع التمييز بغض النظر عن عنصر الطفل أو والديه أو الوصي القانوني عليه أو لوثم أو جنسهم أو لغتهم أو دينهم أو رأيهم السياسي أو غيره أو أصلهم القومي أو الإثني أو الاجتماعي أو ثروتهم أو عجزهم أو مولدهم أو أي وضع آخر.

2 - تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة لتكفل للطفل الحماية من جميع أشكال التمييز أو العقاب القائمة على أساس مركز والدي الطفل أو الأوصياء القانونيين عليه أو أعضاء الأسرة أو أنشطتهم أو آرائهم المعبر عنها أو معتقداتهم.

المادة 3:

1 - في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية يولي الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى.

2 - تتعهد الدول الأطراف بأن تضمن للطفل الحماية والرعاية اللازمتين لرفاهه مراعية حقوق وواجبات والديه أو أوصيائه أو غيرهم من الأفراد المسؤولين قانونا عنه وتتخذ تحقيقا لهذا الغرض جميع التدابير التشريعية والإدارية الملائمة.

3 - تكفل الدول الأطراف أن تتقيد المؤسسات والإدارات والمرافق المسؤولة عن رعاية أو حماية الأطفال بالمعايير التي وضعتها السلطات المختصة ولا سيما في مجال

السلامة والصحة وفي عدد موظفيها وصلاحياتهم للعمل وكذلك من ناحية كفاءة الإشراف.

المادة 4: تتخذ الدول الأطراف كل التدابير التشريعية والإدارية وغيرها من التدابير الملائمة لإعمال الحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقية. وفيما يتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية تتخذ الدول الأطراف هذه التدابير إلى أقصى حدود مواردها المتاحة وحيثما يلزم في إطار التعاون الدولي.

المادة 5: تحترم الدول الأطراف مسؤوليات وحقوق وواجبات الوالدين أو عند الاقتضاء أعضاء الأسرة الموسعة أو الجماعة حسبما ينص عليه العرف المحلي أو الأوصياء أو غيرهم من الأشخاص المسؤولين قانوناً عن الطفل في أن يوفروا بطريقة تتفق مع قدرات الطفل المتطورة التوجيه والإرشاد الملائمين عند ممارسة الطفل الحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقية.

المادة 6:

1 - تعترف الدول الأطراف بأن لكل طفل حقاً أصيلاً في الحياة.

2 - تكفل الدول الأطراف إلى أقصى حد ممكن بقاء الطفل ونموه.

المادة 7:

1 - يسجل الطفل بعد ولادته فوراً ويكون له الحق منذ ولادته في اسم والحق في اكتساب جنسية ويكون له قدر الإمكان الحق في معرفة والديه وتلقى رعايتهما.

2 - تكفل الدول الأطراف إعمال هذه الحقوق وفقاً لقانونها الوطني والتزاماتها بموجب الصكوك الدولية المتصلة بهذا الميدان ولاسيما حيثما يعتبر الطفل عديم الجنسية في حالة عدم القيام بذلك.

المادة 8:

1 - تتعهد الدول الأطراف باحترام حق الطفل في الحفاظ على هويته بما في ذلك جنسيته واسمه وصلاته العائلية على النحو الذي يقره القانون وذلك دون تدخل غير شرعي.

2 - إذا حرم أي طفل بطريقة غير شرعية من بعض أو كل عناصر هويته تقدم الدول الأطراف المساعدة والحماية المناسبين من أجل الإسراع بإعادة إثبات هويته.

المادة 9:

1 - تضمن الدول الأطراف عدم فصل الطفل عن والديه على كره منهما إلا عندما تقرر السلطات المختصة رهناً بإجراء إعادة نظر قضائية وفقاً للقوانين والإجراءات المعمول بها أن هذا الفصل ضروري لصون مصالح الطفل الفضل. وقد يلزم مثل هذا القرار في حالة معينة مثل حالة إساءة الوالدين معاملة الطفل أو إهمالهما له أو عندما يعيش الوالدان منفصلين ويتعين اتخاذ قرار بشأن محل إقامة الطفل.

2- في أية دعاوى تقام عملاً بالفقرة 1 من هذه المادة تتاح لجميع الأطراف المعنية الفرصة للاشتراك في الدعوى والإفصاح عن وجهات نظرها.

3- تحترم الدول الأطراف حق الطفل المنفصل عن والديه أو عن أحدهما في الاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية واتصالات مباشرة بكلا والديه إلا إذا تعارض ذلك مع مصالح الطفل الفضلى.

4- في الحالات التي ينشأ فيها هذا الفصل عن أي إجراء اتخذته دولة من الدول الأطراف مثل تعريض أحد الوالدين أو كليهما أو الطفل للاحتجاز أو الحبس أو النفي أو الترحيل أو الوفاة) بما في ذلك الوفاة التي تحدث لأي سبب أثناء احتجاز الدولة الشخص (تقدم تلك الدولة الطرف عند الطلب للوالدين أو الطفل أو عند الاقتضاء لعضو آخر من الأسرة المعلومات الأساسية الخاصة بمحل وجود عضو الأسرة الغائب) أو أعضاء الأسرة الغائبين (إلا إذا كان تقديم هذه المعلومات ليس

لصالح الطفل. وتضمن الدول الأطراف كذلك أن لا تترتب على تقديم مثل هذا الطلب في حد ذاته أي نتائج ضارة للشخص المعنى (أو الأشخاص المعنيين).

المادة 10:

1- وفقاً للالتزام الواقع على الدول الأطراف بموجب الفقرة 1 من المادة 9 تنظر الدول الأطراف في الطلبات التي يقدمها الطفل أو والداه لدخول دولة طرف أو مغادرتها بقصد جمع شمل الأسرة بطريقة إيجابية وإنسانية وسريعة، وتكفل الدول الأطراف كذلك ألا تترتب على تقديم طلب من هذا القبيل نتائج ضارة على مقدمي الطلب وعلى أفراد أسرهم.

2- للطفل الذي يقيم والداه في دولتين مختلفتين الحق في الاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية واتصالات مباشرة بكلا والديه إلا في ظروف استثنائية، وتحقيقاً لهذه الغاية ووفقاً لالتزام الدول الأطراف بموجب الفقرة 2 من المادة 9 تحترم الدول الأطراف حق الطفل ووالديه في مغادرة أي بلد بما في ذلك بلدهم هم وفي دخول بلدهم. ولا يخضع الحق في مغادرة أي بلد إلا للقيود التي ينص

عليها القانون والتي تكون ضرورية لحماية الأمن الوطني أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحريةهم وتكون متفقة مع الحقوق الأخرى المعترف بها في هذه الاتفاقية.

المادة 11:

1- تتخذ الدول الأطراف تدابير لمكافحة نقل الأطفال إلى الخارج وعدم عودتهم بصورة غير مشروعة.

2- وتحقيقاً لهذا الغرض تشجع الدول الأطراف عقد اتفاقات ثنائية أو متعددة الأطراف أو الانضمام إلى اتفاقات قائمة.

المادة 12:

- 1 - تكفل الدول الأطراف في هذه الاتفاقية للطفل القادر على تكوين آرائه الخاصة حق التعبير عن تلك الآراء بحرية في جميع المسائل التي تمس الطفل وتولى آراء الطفل الاعتبار الواجب وفقا لسن الطفل ونضجه.
- 2 - ولهذا الغرض تتاح للطفل بوجه خاص فرصة الاستماع إليه في أي إجراءات قضائية وإدارية تمس الطفل إما مباشرة أو من خلال ممثل أو هيئة ملائمة بطريقة تتفق مع القواعد الإجرائية للقانون الوطني.

المادة 13:

- 1 - يكون للطفل الحق في حرية التعبير ويشمل هذا الحق حرية طلب جميع أنواع المعلومات والأفكار وتلقيها وإذاعتها دون أي اعتبار للحدود سواء بالقول أو الكتابة أو الطباعة أو الفن أو بأية وسيلة أخرى يختارها الطفل.
- 2 - يجوز إخضاع ممارسة هذا الحق لبعض القيود بشرط أن ينص القانون عليها وأن تكون لازمة لتأمين ما يلي:

أ- احترام حقوق الغير أو سمعتهم

ب- حماية الأمن الوطني أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة.

المادة 14:

- 1 - تحترم الدول الأطراف حق الطفل في حرية الفكر والوجدان والدين.
- 2 - تحترم الدول الأطراف حقوق وواجبات الوالدين وكذلك تبعا للحالة الأوصياء القانونيين عليه في توجيه الطفل في ممارسة حقه بطريقة تنسجم مع قدرات الطفل المتطورة.
- 3 - لا يجوز أن يخضع الإجهار بالدين أو المعتقدات إلا للقيود التي ينص عليها القانون واللازمة لحماية السلامة العامة أو النظام أو الصحة أو الآداب العامة أو الحقوق والحريات الأساسية للآخرين.

المادة 15:

- 1 - تعترف الدول الأطراف بحقوق الطفل في حرية تكوين الجمعيات وفي حرية الاجتماع السلمي.
- 2 - لا يجوز تقييد ممارسة هذه الحقوق بأية قيود غير القيود المفروضة طبقا للقانون والتي تقتضيها الضرورة في مجتمع ديمقراطي لصيانة الأمن الوطني أو السلامة العامة أو النظام العام أو لحماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو لحماية حقوق الغير وحررياتهم.

المادة 16:

1 - لا يجوز أن يجرى أي تعرض تعسفي أو غير قانوني للطفل في حياته الخاصة أو أسرته أو منزله أو مراسلاته ولا أي مساس غير قانوني بشرفه أو سمعته.

2 - للطفل حق في أن يحميه القانون من مثل هذا التعرض أو المساس.

المادة 17: تعترف الدول الأطراف بالوظيفة الهامة التي تؤديها وسائل الإعلام وتضمن إمكانية

حصول الطفل على المعلومات والمواد من شتى المصادر الوطنية والدولية وبخاصة تلك التي تستهدف تعزيز رفاهيته الاجتماعية والروحية والمعنوية وصحته الجسدية والعقلية وتحقيقاً لهذه الغاية تقوم الدول الأطراف بما يلي:

أ- تشجيع وسائل الإعلام على نشر المعلومات والمواد ذات المنفعة الاجتماعية والثقافية للطفل ووفقاً لروح المادة 29.

ب- تشجيع التعاون الدولي في إنتاج وتبادل ونشر هذه المعلومات والمواد من شتى المصادر الثقافية والوطنية والدولية.

ج- تشجيع إنتاج كتب الأطفال ونشرها

د- تشجيع وسائل الإعلام على إيلاء عناية خاصة للاحتياجات اللغوية للطفل الذي ينتمي إلى مجموعة من مجموعات الأقليات أو إلى السكان الأصليين.

هـ- تشجيع وضع مبادئ توجيهية ملائمة لوقاية الطفل من المعلومات والمواد التي تضر بصالحه مع وضع أحكام المادتين 13 و 18 في الاعتبار.

المادة 18:

1 - تبذل الدول الأطراف قصارى جهدها لضمان الاعتراف بالمبدأ القائل إن كلا الوالدين يتحملان مسؤوليات مشتركة عن تربية الطفل ونموه، وتقع علي عاتق الوالدين أو الأوصياء القانونيين حسب الحالة المسؤولية الأولى عن تربية الطفل ونموه، وتكون مصالح الطفل الفضلى موضع اهتمامهم الأساسي.

2 - في سبيل ضمان وتعزيز الحقوق المبينة في هذه الاتفاقية على الدول الأطراف في هذه الاتفاقية أن تقدم المساعدة الملائمة للوالدين وللأوصياء القانونيين في الاضطلاع بمسؤوليات تربية الطفل وعليها أن تكفل تطوير مؤسسات ومرافق وخدمات رعاية الأطفال.

3 - تتخذ الدول الأطراف كل التدابير الملائمة لتضمن لأطفال الوالدين العاملين حق الانتفاع بخدمات ومرافق رعاية الطفل التي هم مؤهلون لها.

المادة 19:

1 - تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير التشريعية والإدارية والاجتماعية والتعليمية الملائمة لحماية الطفل من كافة أشكال العنف أو الضرر أو الإساءة البدنية أو العقلية والإهمال أو المعاملة المنطوية على إهمال وإساءة المعاملة أو الاستغلال بما في ذلك الإساءة الجنسية وهو في رعاية (الوالد الوالدين) أو الوصي القانوني (الأوصياء القانونيين) عليه أو أي شخص آخر يتعهد الطفل برعايته.

2 - ينبغي أن تشمل هذه التدابير الوقائية حسب الاقتضاء إجراءات فعالة لوضع برامج اجتماعية لتوفير الدعم اللازم للطفل ولأولئك الذين يتعهدون الطفل برعايتهم وكذلك للأشكال الأخرى من الوقاية ولتحديد حالات إساءة معاملة الطفل المذكورة حتى الآن والإبلاغ عنها والإحالة بشأنها والتحقيق فيها ومعالجتها ومتابعتها وكذلك لتدخل القضاء حسب الاقتضاء.

المادة 20:

1 - للطفل المحروم بصفة مؤقتة أو دائمة من بيئته العائلية أو الذي لا يسمح له حفاظا على مصالحه الفضلى بالبقاء في تلك البيئة الحق في حماية ومساعدة خاصتين توفرهما الدولة.

2 - تضمن الدول الأطراف وفقا لقوانينها الوطنية رعاية بديلة لمثل هذا الطفل.

3 - يمكن أن تشمل هذه الرعاية في جملة أمور الحضانه أو الكفالة الواردة في القانون الإسلامي أو التبني أو عند الضرورة الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال، وعند النظر في الحلول ينبغي إيلاء الاعتبار الواجب لاستصواب الاستمرارية في تربية الطفل ولخلفية الطفل الإثنية والدينية والثقافية واللغوية.

المادة 21:

تضمن الدول التي تقر و/أو تجيز نظام التبني إيلاء مصالح الطفل الفضلى الاعتبار الأول والقيام بما يلي:

أ- تضمن ألا تصرح بتبني الطفل إلا السلطات المختصة التي تحدد وفقا للقوانين والإجراءات المعمول بها وعلى أساس كل المعلومات ذات الصلة الموثوق بها أن التبني جائز نظرا لحالة الطفل فيما يتعلق بالوالدين والأقارب والأوصياء القانونيين وأن الأشخاص المعنيين عند الاقتضاء قد أعطوا عن علم موافقتهم على التبني على أساس حصولهم على ما قد يلزم من المشورة.

ب- تعترف بأن التبني في بلد آخر يمكن اعتباره وسيلة بديلة لرعاية الطفل إذا تعذرت إقامة الطفل لدى أسرة حاضنة أو متبنيه أو إذا تعذرت العناية به بأي طريقة ملائمة في وطنه.

ج- تضمن بالنسبة للتبني في بلد آخر أن يستفيد الطفل من ضمانات ومعايير تعادل تلك القائمة فيما يتعلق بالتبني الوطني.

د- تتخذ جميع التدابير المناسبة كي تضمن بالنسبة للتبني في بلد آخر أن عملية التبني لا تعود على أولئك المشاركين فيها بكسب مالي غير مشروع.

هـ- تعزز عند الاقتضاء أهداف هذه المادة بعقد ترتيبات أو اتفاقات ثنائية أو متعددة الأطراف وتسعى في هذا الإطار إلى ضمان أن يكون تبني الطفل في بلد آخر من خلال السلطات أو الهيئات المختصة.
المادة 22:

1 - تتخذ الدول الأطراف في هذه الاتفاقية التدابير الملائمة لتكفل للطفل الذي يسعى للحصول على مركز لاجئ أو الذي يعتبر لاجئاً وفقاً للقوانين والإجراءات الدولية أو المحلية المعمول بها سواء صحبه أو لم يصحبه والداه أو أي شخص آخر تلقى الحماية والمساعدة الإنسانية المناسبة في التمتع بالحقوق المنطبقة الموضحة في هذه الاتفاقية وفي غيرها من الصكوك الدولية الإنسانية أو المتعلقة بحقوق الإنسان التي تكون الدول المذكورة أطرافاً فيها.

2 - ولهذا الغرض توفر الدول الأطراف حسب ما تراه مناسباً التعاون في أي جهود تبذلها الأمم المتحدة وغيرها من المنظمات الحكومية الدولية المختصة أو المنظمات غير الحكومية المتعاونة مع الأمم المتحدة لحماية طفل كهذا ومساعدته وللبحث عن والدي طفل لاجئ لا يصحبه أحد أو عن أي أفراد آخرين من أسرته من أجل الحصول على المعلومات اللازمة لجمع شمل أسرته وفي الحالات التي يتعذر فيها العثور على الوالدين أو الأفراد الآخرين لأسرته يمنح الطفل ذات الحماية الممنوحة لأي طفل آخر محروم بصفة دائمة أو مؤقتة من بيئته العائلية لأي سبب كما هو موضح في هذه الاتفاقية.

المادة 23:

1 - تعترف الدول الأطراف بوجود تمتع الطفل المعوق عقلياً أو جسدياً بحياة كاملة وكرامة في ظروف تكفل له كرامته وتعزز اعتماده على النفس وتيسر مشاركته الفعلية في المجتمع.

2 - تعترف الدول الأطراف بحق الطفل المعوق في التمتع برعاية خاصة وتشجع وتكفل للطفل المؤهل لذلك وللمسؤولين عن رعايته رهناً بتوفر الموارد تقديم المساعدة التي يقدم عنها طلب والتي تتلاءم مع حالة الطفل وظروف والديه أو غيرهما ممن يرعونهم.

3 - إدراكاً للاحتياجات الخاصة للطفل المعوق توفر المساعدة المقدمة وفقاً للفقرة 2 من هذه المادة مجاناً كلما أمكن ذلك مع مراعاة الموارد المالية للوالدين أو غيرهما ممن يقومون برعاية الطفل وينبغي أن تهدف إلى ضمان إمكانية حصول الطفل المعوق فعلاً على التعليم والتدريب وخدمات الرعاية الصحية وخدمات إعادة التأهيل والإعداد لممارسة عمل والفرص الترفيهية وتلقيه ذلك بصورة تؤدي إلى تحقيق

الاندماج الاجتماعي للطفل ونموه الفردي بما في ذلك نموه الثقافي والروحي على أكمل وجه ممكن.

4- على الدول الأطراف أن تشجع بروح التعاون الدولي تبادل المعلومات المناسبة في ميدان الرعاية الصحية الوقائية والعلاج الطبي والنفسي والوظيفي للأطفال المعوقين بما في ذلك نشر المعلومات المتعلقة بمناهج إعادة التأهيل والخدمات المهنية وإمكانية الوصول إليها وذلك بغية تمكين الدول الأطراف من تحسين قدراتها ومهاراتها وتوسيع خبرتها في هذه المجالات. وتراعى بصفة خاصة في هذا الصدد احتياجات البلدان النامية.

المادة 24:

1- تعترف الدول الأطراف بحق الطفل في التمتع بأعلى مستوى صحي يمكن بلوغه وبحقه في مرافق علاج الأمراض وإعادة التأهيل الصحي. وتبذل الدول الأطراف قصارى جهدها لتضمن ألا يجرم أي طفل من حقه في الحصول على خدمات الرعاية الصحية هذه.

2- تتابع الدول الأطراف أعمال هذا الحق كاملا وتتخذ بوجه خاص التدابير المناسبة من أجل:

أ- خفض وفيات الرضع والأطفال

ب- كفالة توفير المساعدة الطبية والرعاية الصحية اللازمين لجميع الأطفال مع التشديد على تطوير الرعاية الصحية الأولية.

ج- مكافحة الأمراض وسوء التغذية حتى في إطار الرعاية الصحية الأولية عن طريق أمور منها تطبيق التكنولوجيا المتاحة بسهولة وعن طريق توفير الأغذية المغذية الكافية ومياه الشرب النقية آخذة في اعتبارها أخطار تلوث البيئة ومحاطره.

د- كفالة الرعاية الصحية المناسبة للأمهات قبل الولادة وبعدها.

هـ- كفالة تزويد جميع قطاعات المجتمع ولا سيما الوالدين والطفل بالمعلومات الأساسية المتعلقة بصحة الطفل وتغذيته ومزايا الرضاعة الطبيعية ومبادئ حفظ الصحة والإصحاح البيئي والوقاية من الحوادث وحصول هذه القطاعات على تعليم في هذه المجالات ومساعدتها في الاستفادة من هذه المعلومات.

و- تطوير الرعاية الصحية الوقائية والإرشاد المقدم للوالدين والتعليم والخدمات المتعلقة بتنظيم الأسرة.

3- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير الفعالة والملائمة بغية إلغاء الممارسات التقليدية التي تضر بصحة الأطفال.

4- تتعهد الدول الأطراف بتعزيز وتشجيع التعاون الدولي من أجل التوصل بشكل تدريجي إلى الأعمال الكامل للحق المعترف به في هذه المادة. وتراعى بصفة خاصة احتياجات البلدان النامية في هذا الصدد.

المادة 25 تعترف الدول الأطراف بحق الطفل الذي تودعه السلطات المختصة لأغراض الرعاية

أو الحماية أو علاج صحته البدنية أو العقلية في مراجعة دورية للعلاج المقدم للطفل ولجميع الظروف الأخرى

ذات الصلة بإيداعه.

المادة 26:

1- تعترف الدول الأطراف لكل طفل بالحق في الانتفاع من الضمان الاجتماعي بما في ذلك التأمين الاجتماعي وتتخذ التدابير اللازمة لتحقيق الأعمال الكاملة لهذا الحق وفقا لقانونها الوطني.

2- ينبغي منح الإعانات عند الاقتضاء مع مراعاة موارد وظروف الطفل والأشخاص المسؤولين عن إعالة الطفل فضلا عن أي اعتبار آخر ذي صلة بطلب يقدم من جانب الطفل أو نيابة عنه للحصول على إعانات.

المادة 27:

1- تعترف الدول الأطراف بحق كل طفل في مستوى معيشي ملائم لنموه البدني والعقلي والروحي والمعنوي والاجتماعي.

2- يتحمل الوالدان أو أحدهما أو الأشخاص الآخرون المسؤولون عن الطفل المسؤولية الأساسية عن القيام في حدود إمكانياتهم المالية وقدراتهم بتأمين ظروف المعيشة اللازمة لنمو الطفل.

3- تتخذ الدول الأطراف وفقا لظروفها الوطنية وفي حدود إمكانياتها التدابير الملائمة من أجل مساعدة الوالدين وغيرهما من الأشخاص المسؤولين عن الطفل على أعمال هذا الحق وتقديم عند الضرورة المساعدة المادية وبرامج الدعم ولا سيما فيما يتعلق بالتغذية والكساء والإسكان.

4- تتخذ الدول الأطراف كل التدابير المناسبة لكفالة تحصيل نفقة الطفل من الوالدين أو من الأشخاص الآخرين المسؤولين ماليا عن الطفل سواء داخل الدولة الطرف أو في الخارج. وبوجه خاص عندما يعيش الشخص المسؤول ماليا عن الطفل في دولة أخرى غير الدولة التي يعيش فيها الطفل.

المادة 28:

1- تعترف الدول الأطراف بحق الطفل في التعليم وتحقيقا للأعمال الكاملة لهذا الحق تدريجيا وعلى أساس تكافؤ الفرص تقوم بوجه خاص بما يلي:

أ- جعل التعليم الابتدائي إلزاميا ومتاحا مجانا للجميع.

ب- تشجيع تطوير شتى أشكال التعليم الثانوي سواء العام أو المهني وتوفيرها وإتاحتها لجميع الأطفال واتخاذ التدابير المناسبة مثل إدخال مجانية التعليم وتقديم المساعدة المالية عند الحاجة إليها.

ج- جعل التعليم العالي بشتى الوسائل المناسبة متاحا للجميع على أساس القدرات.

- د- جعل المعلومات والمبادئ الإرشادية التربوية والمهنية متوفرة لجميع الأطفال وفي متناولهم.
- ه- اتخاذ تدابير لتشجيع الحضور المنتظم في المدارس والتقليل من معدلات ترك الدراسة.
- 2 - تتخذ الدول الأطراف كافة التدابير المناسبة لضمان إدارة النظام في المدارس على نحو يتمشى مع كرامة الطفل الإنسانية ويتوافق مع هذه الاتفاقية.
- 3 - تقوم الدول الأطراف في هذه الاتفاقية بتعزيز وتشجيع التعاون الدولي في الأمور المتعلقة بالتعليم وبخاصة بهدف الإسهام في القضاء على الجهل والامية في جميع أنحاء العالم وتيسير الوصول إلى المعرفة العلمية والتقنية وإلى وسائل التعليم الحديثة. وتراعى بصفة خاصة احتياجات البلدان النامية في هذا الصدد.
- المادة 29:

- 1- توافق الدول الأطراف على أن يكون تعليم الطفل موجهاً نحو:
- أ- تنمية شخصية الطفل ومواهبه وقدراته العقلية والبدنية إلى أقصى إمكاناتها.
- ب- تنمية احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية والمبادئ المكرسة في ميثاق الأمم المتحدة.
- ج- تنمية احترام ذوي الطفل وهويته الثقافية ولغته وقيمته الخاصة والقيم الوطنية للبلد الذي يعيش فيه الطفل والبلد الذي نشأ فيه في الأصل والحضارات المختلفة عن حضارته.
- د- إعداد الطفل حياة تستشعر المسؤولية في مجتمع حر بروح من التفاهم والسلم والتسامح والمساواة بين الجنسين والصدقة بين جميع الشعوب والجماعات الإثنية والوطنية والدينية والأشخاص الذين ينتمون إلى السكان الأصليين.
- ه- تنمية احترام البيئة الطبيعية.

2 - ليس في نص هذه المادة أو المادة ٢٨ ما يفسر على أنه تدخل في حرية الأفراد والهيئات في إنشاء المؤسسات التعليمية وإدارتها رهنا على الدوام بمراعاة المبادئ المنصوص عليها في الفقرة ١ من هذه المادة وباشتراط مطابقة التعليم الذي توفره هذه المؤسسات للمعايير الدنيا التي قد تضعها الدولة.

المادة 30:

في الدول التي توجد فيها أقليات إثنية أو دينية أو لغوية أو أشخاص من السكان الأصليين لا يجوز حرمان الطفل المنتمي لتلك الأقليات أو لأولئك السكان من الحق في أن يتمتع مع بقية أفراد المجموعة بثقافته أو الاجتهاد بدينه وممارسة شعائره أو استعمال لغته.

المادة 31:

1 -تعترف الدول الأطراف بحق الطفل في الراحة ووقت الفراغ ومزاولة الألعاب وأنشطة الاستجمام المناسبة لسنه والمشاركة بحرية في الحياة الثقافية وفي الفنون.

2 -تحتزم الدول الأطراف وتعزز حق الطفل في المشاركة الكاملة في الحياة الثقافية والفنية وتشجع على توفير فرص ملائمة ومتساوية للنشاط الثقافي والفني والاستجمامي وأنشطة أوقات الفراغ.
المادة 32:

1 -تعترف الدول الأطراف بحق الطفل في حمايته من الاستغلال الاقتصادي ومن أداء أي عمل يرجح أن يكون خطيرا أو أن يمثل إعاقة لتعليم الطفل أو أن يكون ضارا بصحة الطفل أو بنموه البدني أو العقلي أو الروحي أو المعنوي أو الاجتماعي.

2 - تتخذ الدول الأطراف التدابير التشريعية والإدارية والاجتماعية والتربوية التي تكفل تنفيذ هذه المادة. ولهذا الغرض ومع مراعاة أحكام الصكوك الدولية الأخرى ذات الصلة تقوم الدول الأطراف بوجه خاص بما يلي:
أ-تحديد عمر أدنى أو أعمار دنيا للالتحاق بعمل.
ب-وضع نظام مناسب لساعات العمل وظروفه.

ج-فرض عقوبات أو جزاءات أخرى مناسبة لضمان بعية إنفاذ هذه المادة بفعالية.
المادة 33:

تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة بما في ذلك التدابير التشريعية والإدارية والاجتماعية والتربوية لوقاية الأطفال من الاستخدام غير المشروع للمواد المخدرة والمواد المؤثرة على العقل وحسبما تحددت في المعاهدات الدولية ذات الصلة ولمنع استخدام الأطفال في إنتاج مثل هذه المواد بطريقة غير مشروعة والاتجار بها.

المادة 34: تتعهد الدول الأطراف بحماية الطفل من جميع أشكال الاستغلال الجنسي والانتهاك

الجنسي. ولهذه الأغراض تتخذ الدول الأطراف بوجه خاص جميع التدابير الملائمة الوطنية والثنائية والمتعددة الأطراف لمنع:

أ-حمل أو إكراه الطفل على تعاطي أي نشاط جنسي غير مشروع.

ب-الاستخدام الاستغلالي للأطفال في الدعارة أو غيرها من الممارسات الجنسية غير المشروعة.

ج-الاستخدام الاستغلالي للأطفال في العروض والمواد الداعرة.

المادة 35 تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير الملائمة الوطنية والثنائية والمتعددة الأطراف لمنع

اختطاف الأطفال أو بيعهم أو الاتجار بهم لأي غرض من الأغراض أو بأي شكل من الأشكال.

المادة 36 تحمي الدول الأطراف الطفل من سائر أشكال الاستغلال الضارة بأي جانب من جوانب رفاهية الطفل.

المادة 37: تكفل الدول الأطراف:

أ- ألا يعرض أي طفل للتعذيب أو لغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة ولا تفرض عقوبة الإعدام أو السجن مدى الحياة بسبب جرائم يرتكبها أشخاص تقل أعمارهم عن ثماني عشرة سنة دون وجود إمكانية للإفراج عنهم.

ب- ألا يجرم أي طفل من حريته بصورة غير قانونية أو تعسفية. ويجب أن يجرى اعتقال الطفل أو احتجازه أو سجنه وفقا للقانون ولا يجوز ممارسته إلا كملجأ أخير ولأقصر فترة زمنية مناسبة

ج- يعامل كل طفل محروم من حريته بإنسانية واحترام للكرامة المتأصلة في الإنسان وبطريقة تراعى احتياجات الأشخاص الذين بلغوا سنه. وبوجه خاص يفصل كل طفل محروم من حريته عن البالغين ما لم يعتبر أن مصلحة الطفل تقتضي خلاف ذلك ويكون له الحق في البقاء على اتصال مع أسرته عن طريق المراسلات والزيارات إلا في الظروف الاستثنائية.

د- يكون لكل طفل محروم من حريته الحق في الحصول بسرعة على مساعدة قانونية وغيرها من المساعدة المناسبة فضلا عن الحق في الطعن في شرعية حرمانه من الحرية أمام محكمة أو سلطة مختصة مستقلة ومحيدة أخرى وفي أن يجرى البت بسرعة في أي إجراء من هذا القبيل.

المادة 38:

1- تتعهد الدول الأطراف بأن تحترم قواعد القانون الإنساني الدولي المنطبقة عليها في المنازعات المسلحة وذات الصلة بالطفل وأن تضمن احترام هذه القواعد.

2- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير الممكنة عمليا لكي تضمن ألا يشترك الأشخاص الذين لم يبلغ سنهم خمس عشرة سنة اشتراكا مباشرا في الحرب.

3- تمتنع الدول الأطراف عن تجنيد أي شخص لم تبلغ سنه خمس عشرة سنة في قواتها المسلحة. وعند التجنيد من بين الأشخاص الذين بلغت سنهم خمس عشرة سنة ولكنها لم تبلغ ثماني عشرة سنة يجب على الدول الأطراف أن تسعى لإعطاء الأولوية لمن هم أكبر سنا.

4- تتخذ الدول الأطراف وفقا لالتزاماتها بمقتضى القانون الإنساني الدولي بحماية السكان المدنيين في المنازعات المسلحة جميع التدابير الممكنة عمليا لكي تضمن حماية ورعاية الأطفال المتأثرين بنزاع مسلح.

المادة 39: تتخذ الدول الأطراف كل التدابير المناسبة لتشجيع التأهيل البدني والنفسي وإعادة

الاندماج الاجتماعي للطفل الذي يقع ضحية أي شكل من أشكال الإهمال أو الاستغلال أو الإساءة أو التعذيب أو أي شكل آخر من أشكال المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة أو المنازعات المسلحة. ويجرى هذا التأهيل وإعادة الاندماج هذه في بيئة تعزز صحة الطفل واحترامه لذاته وكرامته.

المادة 40:

1 - تعترف الدول الأطراف بحق كل طفل يدعي أنه انتهك قانون العقوبات أو يتهم بذلك أو يثبت عليه ذلك في أن يعامل بطريقة تتفق مع رفع درجة إحساس الطفل بكرامته وقدره وتعزز احترام الطفل لما للآخرين من حقوق الإنسان والحريات الأساسية وتراعي سن الطفل واستصواب تشجيع إعادة اندماج الطفل وقيامه بدور بناء في المجتمع.

2 - وتحقيقاً لذلك ومع مراعاة أحكام الصكوك الدولية ذات الصلة تكفل الدول الأطراف بوجه خاص ما يلي:

أ- عدم إدعاء انتهاك الطفل لقانون العقوبات أو اتهامه بذلك أو إثبات ذلك عليه بسبب أفعال أو أوجه قصور لم تكن محظورة بموجب القانون الوطني أو الدولي عند ارتكابها.

ب- يكون لكل طفل يدعي بأنه انتهك قانون العقوبات أو يتهم بذلك الضمانات التالية على الأقل:

1 - افتراض براءته إلى أن تثبت إدانته وفقاً للقانون.

2 - إخطاره فوراً ومباشرة بالتهمة الموجهة إليه عن طريق والديه أو الأوصياء القانونيين عليه عند الاقتضاء والحصول على مساعدة قانونية أو غيرها من المساعدة الملائمة لإعداد وتقديم دفاعه.

3 - قيام سلطة أو هيئة قضائية مختصة ومستقلة ونزيهة بالفصل في دعواه دون تأخير في محاكمة عادلة وفقاً للقانون بحضور مستشار قانوني أو بمساعدة مناسبة أخرى وبحضور والديه أو الأوصياء القانونيين عليه ما لم يعتبر أن ذلك في غير مصلحة الطفل الفضلى ولا سيما إذا أخذ في الحسبان سنه أو حالته.

4 - عدم إكراهه على الإدلاء بشهادة أو الاعتراف بالذنب واستجواب أو تأمين استجواب الشهود المناهضين وكفالة اشتراك واستجواب الشهود لصالحه في ظل ظروف من المساواة.

5 - إذا اعتبر أنه انتهك قانون العقوبات تأمين قيام سلطة مختصة أو هيئة قضائية مستقلة ونزيهة أعلى وفقاً للقانون بإعادة النظر في هذا القرار وفي أية تدابير مفروضة تبعاً لذلك.

6 - الحصول على مساعدة مترجم شفوي مجاناً إذا تعذر على الطفل فهم اللغة المستعملة أو النطق بها

7 - تأمين احترام حياته الخاصة تماماً أثناء جميع مراحل الدعوى.

3 - تسعى الدول الأطراف لتعزيز إقامة قوانين وإجراءات وسلطات ومؤسسات منطبقة خصيصاً على الأطفال

الذين يدعى أنهم انتهكوا قانون العقوبات أو يتهمون بذلك أو يثبت عليهم ذلك وخاصة القيام بما يلي:

أ- تحديد سن دنيا يفترض دونها أن الأطفال ليس لديهم الأهلية لانتهاك قانون العقوبات.

ب- استصواب اتخاذ تدابير عند الاقتضاء لمعاملة هؤلاء الأطفال دون اللجوء إلى إجراءات قضائية شريطة أن تحترم حقوق الإنسان والضمانات القانونية احترام كاملاً.

4 - تتاح ترتيبات مختلفة مثل أوامر الرعاية والإرشاد والإشراف والمشورة والاختبار والحضانة وبرامج التعليم والتدريب المهني وغيرها من بدائل الرعاية المؤسسية لضمان معاملة الأطفال بطريقة تلائم رفاههم وتناسب مع ظروفهم وجرمهم على السواء.

المادة 41: ليس في هذه الاتفاقية ما يمس أي أحكام تكون أسرع إفضاء إلى أعمال حقوق الطفل والتي قد ترد في:

أ- قانون دولة طرف.

ب- القانون الدولي الساري على تلك الدولة.

الجزء الثاني:

المادة 42: تتعهد الدول الأطراف بأن تنشر مبادئ الاتفاقية وأحكامها على نطاق واسع بالوسائل الملائمة والفعالة بين الكبار والأطفال على السواء.

المادة 43:

1 - تنشأ لغرض دراسة التقدم الذي أحرزته الدول الأطراف في استيفاء تنفيذ الالتزامات التي تعهدت بها في هذه الاتفاقية لجنة معنية بحقوق الطفل تضطلع بالوظائف المنصوص عليها فيما يلي.

2 - تتألف اللجنة من عشرة خبراء من ذوى المكانة الخلقية الرفيعة والكفاءة المعترف بها في الميدان الذي تغطيه هذه الاتفاقية. وتنتخب الدول الأطراف أعضاء اللجنة من بين رعاياها ويعمل هؤلاء الأعضاء بصفقتهم الشخصية ويولى الاعتبار للتوزيع الجغرافي العادل وكذلك للنظم القانونية الرئيسية.

3 - ينتخب أعضاء اللجنة بالاقتراع السري من قائمة أشخاص ترشحهم الدول الأطراف ولكل دولة طرف أن ترشح شخصا واحدا من بين رعاياها.

4 - يجرى الانتخاب الأول لعضوية اللجنة بعد ستة أشهر على الأكثر من تاريخ بدء نفاذ هذه الاتفاقية وبعد ذلك مرة كل سنتين. ويوجه الأمين العام للأمم المتحدة قبل أربعة أشهر على الأقل من تاريخ كل انتخاب رسالة إلى الدول الأطراف يدعوها فيها إلى تقديم ترشيحاتها في غضون شهرين. ثم يعد الأمين العام قائمة مرتبة

ترتبا ألبائبا بجمبع الأشخاص المرشحن على هذا النحو مببنا الدول الأطراف اللى رشحتهم وبلغها إلى الدول الأطراف فى هذه الاتفاقية.

5- تجرى الانتخابات فى اجتماعات للدول الأطراف يدعو الأمين العام إلى عقدها فى مقر الأمم المتحدة . وفى هذه الاجتماعات اللى يشكل حضور ثلثى الدول الأطراف فىها نصابا قانونيا لها يكون الأشخاص المنتخبون لعضوية اللجنة هم اللى يحصلون على أكبر عدد من الأصوات وعلى الأغلبية المطلقة لأصوات ممثلى الدول الأطراف الحاضرين المصوتين.

6- ينتخب أعضاء اللجنة لمدة أربع سنوات . ويجوز إعادة انتخابهم إذا جرى ترشيحهم من جديد . غير أن مدة ولاية خمسة من الأعضاء المنتخبين فى الانتخاب الأول تنقضى بانقضاء سنتين وبعد الانتخاب الأول مباشرة يقوم رئيس الاجتماع باختيار أسماء هؤلاء الأعضاء الخمسة بالقرعة.

7- إذا توفى أحد أعضاء اللجنة أو استقال أو أعلن لأي سبب آخر أنه غير قادر على تأدية مهام اللجنة تعين الدولة الطرف اللى قامت بترشيح العضو خبيرا آخر من بين رعاياها ليكمل المدة المتبقية من الولاية رهنا بموافقة اللجنة.

8- تضع اللجنة نظامها الداخلي .

9- تنتخب اللجنة أعضاء مكتبها لفترة سنتين .

10 - تعقد اجتماعات اللجنة عادة فى مقر الأمم المتحدة أو فى أى كان مناسب آخر تحده اللجنة . وتجتمع اللجنة عادة مرة فى السنة وتحدد مدة اجتماعات اللجنة ويعاد النظر فىها إذا اقتضى الأمر فى اجتماع للدول الأطراف فى هذه الاتفاقية رهنا بموافقة الجمعية العامة .

11 - يوفر الأمين العام للأمم المتحدة ما يلزم من موظفين ومرافق لاضطلاع اللجنة بصورة فعالة بوظائفها بموجب هذه الاتفاقية .

12 - يحصل أعضاء اللجنة المنشأة بموجب هذه الاتفاقية بموافقة الجمعية العامة على مكافآت من موارد الأمم المتحدة وفقا لما قد تقرره الجمعية العامة من شروط وأحكام .

المادة 44:

1- تتعهد الدول الأطراف بأن تقدم إلى اللجنة عن طريق الأمين العام للأمم المتحدة تقارير عن التدابير اللى اعتمدها لإنفاذ الحقوق المعترف بها فى هذه الاتفاقية وعن التقدم المحرز فى التمتع بتلك الحقوق :

أ- فى غضون سنتين من بدء نفاذ هذه الاتفاقية بالنسبة للدولة الطرف المعنية .

ب- وبعد ذلك مرة كل خمس سنوات .

2- توضح التقارير المعدة بموجب هذه المادة العوامل والصعاب التي تؤثر على درجة الوفاء بالالتزامات المتعهد بها بموجب هذه الاتفاقية إن وجدت مثل هذه العوامل والصعاب. ويجب أن تشمل التقارير أيضا على معلومات كافية توفر للجنة فهما شاملا لتنفيذ الاتفاقية في البلد المعنى.

3- لا حاجة بدولة طرف قدمت تقريرا أوليا شاملا إلى اللجنة أن تكرر في ما تقدمه من تقارير لاحقة وفقا للفقرة 1 (ب) من هذه المادة المعلومات الأساسية التي سبق لها تقديمها.

4- يجوز للجنة أن تطلب من الدول الأطراف معلومات إضافية ذات صلة بتنفيذ الاتفاقية.

5- تقدم اللجنة إلى الجمعية العامة كل سنتين عن طريق المجلس الاقتصادي والاجتماعي تقارير عن أنشطتها.

6- تتيح الدول الأطراف تقاريرها على نطاق واسع للجمهور في بلدانها.

المادة 45: لدعم تنفيذ الاتفاقية علي نحو فعال وتشجيع التعاون الدولي في الميدان الذي تغطيه

الاتفاقية:

أ- يكون من حق الوكالات المتخصصة ومنظمة الأمم المتحدة للطفولة وغيرها من أجهزة الأمم المتحدة أن تكون ممثلة لدى النظر في تنفيذ ما يدخل في نطاق ولايتها من أحكام هذه الاتفاقية، وللجنة أن تدعو الوكالات المتخصصة ومنظمة الأمم المتحدة للطفولة والهيئات المختصة الأخرى حسبما تراه ملائما لتقديم مشورة خبرتها بشأن تنفيذ الاتفاقية في المجالات التي تدخل في نطاق ولاية كل منها.

وللجنة أن تدعو الوكالات المتخصصة ومنظمة الأمم المتحدة للطفولة وغيرها من أجهزة الأمم المتحدة لتقديم تقارير عن تنفيذ الاتفاقية في المجالات التي تدخل في نطاق أنشطتها.

ب- تحيل اللجنة حسبما تراه ملائما إلى الوكالات المتخصصة ومنظمة الأمم المتحدة للطفولة والهيئات المختصة الأخرى أية تقارير من الدول الأطراف تتضمن طلبا للمشورة أو المساعدة التقنيتين أو تشير إلى حاجتها لمثل هذه المشورة أو المساعدة مصحوبة بملاحظات اللجنة واقتراحاتها بصدد هذه الطلبات أو الإشارات إن وجدت مثل هذه الملاحظات والاقتراحات.

ج- يجوز للجنة أن توصي بأن تطلب الجمعية العامة إلى الأمين العام إجراء دراسات بالنيابة عنها عن قضايا محددة تتصل بحقوق الطفل.

د- يجوز للجنة أن تقدم اقتراحات وتوصيات عامة تستند إلى معلومات تلقتها عملا بالمادتين 44، 45 من هذه الاتفاقية. وتحال مثل هذه الاقتراحات والتوصيات العامة إلى أية دولة طرف معنية وتبلغ للجمعية العامة مصحوبة بتعليقات الدول الأطراف، إن وجدت.

الجزء الثالث:

المادة 46: يفتح باب التوقيع على هذه الاتفاقية لجميع الدول.

المادة 47: تخضع هذه الاتفاقية للتصديق وتودع صكوك التصديق لدى الأمين العام للأمم المتحدة.

المادة 48: يظل باب الانضمام إلى هذه الاتفاقية مفتوحا لجميع الدول وتودع صكوك الانضمام لدى الأمين العام للأمم المتحدة.

المادة 49:

1 - يبدأ نفاذ هذه الاتفاقية في اليوم الثلاثين الذي يلي تاريخ إيداع صك التصديق أو الانضمام العشرين لدي الأمين العام للأمم المتحدة.

2 - الدول التي تصدق على هذه الاتفاقية أو تنضم إليها بعد إيداع صك التصديق أو الانضمام العشرين يبدأ نفاذ الاتفاقية إزاءها في اليوم الثلاثين الذي يلي تاريخ إيداع هذه الدولة صك تصديقها أو انضمامها.

المادة 50:

1 - يجوز لأي دولة طرف أن تقترح إدخال تعديل وأن تقدمه إلى الأمين العام للأمم المتحدة ويقوم الأمين العام عندئذ بإبلاغ الدول الأطراف بالتعديل المقترح مع طلب بإخطاره بما إذا كانت هذه الدول تجبذ عقد مؤتمر للدول الأطراف للنظر في الاقتراحات والتصويت عليها وفي حالة تأييد ثلث الدول الأطراف على الأقل في غضون أربعة أشهر من تاريخ هذا التبليغ عقد هذا المؤتمر يدعو الأمين العام إلى عقده تحت رعاية الأمم المتحدة. ويقدم أي تعديل تعتمد أغلبية من الدول الأطراف الحاضرة والمصوتة في المؤتمر إلى الجمعية العامة لإقراره.

2 - يبدأ نفاذ أي تعديل يتم اعتماده وفقا للفقرة 1 من هذه المادة عندما تقره الجمعية العامة للأمم المتحدة وتقبله الدول الأطراف في هذه الاتفاقية بأغلبية الثلثين.

3 - تكون التعديلات عند بدء نفاذها ملزمة للدول الأطراف التي قبلتها وتبقى الدول الأطراف الأخرى ملزمة بأحكام هذه الاتفاقية وبأية تعديلات سابقة تكون قد قبلتها.

المادة 51:

1 - يتلقى الأمين العام للأمم المتحدة نص التحفظات التي تبديها الدول وقت التصديق أو الانضمام ويقوم بتعميمها على جميع الدول.

2 - لا يجوز إبداء أي تحفظ يكون منافيا لهدف هذه الاتفاقية وغرضها.

3 - يجوز سحب التحفظات في أي وقت بتوجيه إشعار بهذا المعنى إلى الأمين العام للأمم المتحدة الذي يقوم عندئذ بإبلاغ جميع الدول به ويصبح هذا الإشعار نافذ المفعول اعتبارا من تاريخ تلقيه من قبل الأمين العام.

المادة 52: يجوز لأي دولة طرف أن تنسحب من هذه الاتفاقية بإشعار خطى ترسله إلى الأمين العام للأمم المتحدة. ويصبح الانسحاب نافذا بعد مرور سنة على تاريخ تسلم الأمين العام هذا الإشعار.

المادة 53: يعين الأمين العام للأمم المتحدة وديعا لهذه الاتفاقية.

المادة 54: يودع أصل هذه الاتفاقية التي تتساوى في الحجية نصوصها بالإسبانية والإنجليزية والروسية والصينية والعربية والفرنسية لدى الأمين العام للأمم المتحدة. وإثباتا لذلك قام المفوضون الموقعون أدناه المخوّلون حسب الأصول من جانب حكوماتهم بالتوقيع على هذه الاتفاقية.

عبد القادر للعوم الإسلامية

الفهارس

أولاً: فهرس الآيات

ثانياً: فهرس الأحاديث

ثالثاً: قائمة المصادر والمراجع

رابعاً: فهرس قرارات المحكمة العليا الجزائرية

خامساً: فهرس المواضيع

أولاً: فهرس الآيات

| الآية | رقمها | الصفحة |
|---|-------|----------------|
| سورة البقرة | | |
| ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ...﴾ | 233 | 78، 77، 73، 48 |
| ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ...﴾ | 230 | 94، 92 |
| ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ...﴾ | 226 | 100 |
| ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ...﴾ | 229 | 99 |
| ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى...﴾ | 178 | 154 |
| ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهٌ لَكُمْ...﴾ | 216 | 305 |
| سورة آل عمران | | |
| ﴿وَكَقَلَّهَا زَكْرِيَّا...﴾ | 37 | 80 |
| ﴿وَمَا كُنْتُمْ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ...﴾ | 44 | 135 |
| سورة النساء | | |
| ﴿وَإِنْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ...﴾ | 6 | 23، 22 |
| ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ...﴾ | 5 | 23 |
| ﴿وَإِنْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ | 6 | 98 |
| ﴿وَإِزْزُقُوهُمْ فِيهَا...﴾ | 5 | 129 |
| ﴿وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ...﴾ | 15 | 155 |
| ﴿وَاهْجُرُوهُمْ فِي الْمَضَاجِعِ وَاصْرَبُوهُمْ...﴾ | 34 | 157 |

| | | |
|-----------------|-----|--|
| 282 | 93 | ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمَّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ...﴾ |
| 282 | 92 | ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً...﴾ |
| 305 | 95 | ﴿وَكَلًّا وَعَدَّ اللَّهُ الْحُسْنَى...﴾ |
| 306 | 89 | ﴿وَأَقْتُلُوهُمْ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ...﴾ |
| سورة المائدة | | |
| 136 ، 134 ، 132 | 2 | ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى...﴾ |
| 134 | 32 | ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا...﴾ |
| 154 | 45 | ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ...﴾ |
| 282 | 32 | ﴿مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ...﴾ |
| سورة الأنعام | | |
| 204 | 137 | ﴿وَكَذَلِكَ زَيْنٌ لِكَثِيرٍ مِنَ الْمُشْرِكِينَ قَتَلَ أَوْلَادِهِمْ شُرَكَاءُهُمْ...﴾ |
| 204 | 140 | ﴿قَدْ خَسِرَ الَّذِينَ قَتَلُوا أَوْلَادَهُمْ سَفَهًا...﴾ |
| سورة الأنفال | | |
| 284 | 67 | ﴿مَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَنْ يَكُونَ لَهُ أَسْرَى...﴾ |
| سورة التوبة | | |
| 283 | 5 | ﴿فَأَقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ...﴾ |
| 283 | 5 | ﴿وَخُذُوهُمْ وَاحْصُرُوهُمْ...﴾ |
| 306 ، 305 | 91 | ﴿لَيْسَ عَلَى الصُّعْقَاءِ وَلَا عَلَى الْمُرْضَى...﴾ |

| | | |
|---------------|-----|---|
| 306 | 36 | ﴿وَقَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ كَافَّةً...﴾ |
| سورة يوسف | | |
| 132 | 19 | ﴿وَجَاءَتْ سَيَّارَةٌ فَأَرْسَلُوا وَارِدَهُمْ فَأَدْلَى دَلْوَهُ...﴾ |
| سورة الاسراء | | |
| 204 | 31 | ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ...﴾ |
| 209 | 33 | ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ...﴾ |
| 282 | 33 | ﴿فَلَا يُسْرِفَ فِي الْقَتْلِ...﴾ |
| سورة مريم | | |
| 12 | 29 | ﴿قَالُوا كَيْفَ نُكَلِّمُ مَنْ كَانَ فِي الْمَهْدِ صَبِيًّا﴾ |
| 12 | 12 | ﴿وَأَتَيْنَاهُ الْحُكْمَ صَبِيًّا﴾ |
| سورة الأنبياء | | |
| 95 | 90 | ﴿وَهَبْنَا لَهُ يُحْيِي...﴾ |
| سورة النور | | |
| 25 | 3-2 | ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا...﴾ |
| 45 | 8-6 | ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ...﴾ |
| 109 | 59 | ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا...﴾ |
| 307, 305 | 61 | ﴿لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرْجٌ...﴾ |
| سورة لقمان | | |
| 47 | 14 | ﴿وَفَصَالُهُ فِي عَمَتَيْنِ...﴾ |

| سورة الأحزاب | | |
|--------------------|-----|---|
| 85 | 5-4 | ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ...﴾ |
| 86 | 40 | ﴿مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ...﴾ |
| سورة الأحقاف | | |
| ،75 ،48 ،47 | 15 | ﴿وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا...﴾ |
| سورة محمد | | |
| 284 | 4 | ﴿فَإِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ...﴾ |
| سورة الطلاق | | |
| 78 ،77 ،76 ،75 ،73 | 6 | ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُدْنَ أُولَهُنَّ...﴾ |
| 75 ،73 | 7 | ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ...﴾ |
| 99 | 01 | ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ...﴾ |
| سورة المزمل | | |
| 129 | 20 | ﴿وَأَخْرُونَ يُضْرَبُونَ فِي الْأَرْضِ...﴾ |

ثانيا: فهرس الأحاديث

| الصفحة | طرف الحديث |
|--------------|---|
| 13 | لا يُتَم بعد احتلام |
| 25 | يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوّج |
| 25 | تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها |
| 25 | أُ بكرة أم ثيبا؟ |
| 26 | إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فأنكحوه |
| 44 | الولد للفراس وللعاهر الحجر |
| 45 | اللهم افتح |
| 70، 66 | أنت أحقّ به |
| 67، 66 | ثبت عن رسول الله ﷺ أنه خير غلاما بين أبويه |
| 75 | أنفقه على نفسك |
| 76 | ليس للحامل المتوفى عنها زوجها نفقة |
| 77، 75 | خُذي ما يكفيك وولدك بالمعروف |
| 76 | امكثي في بيتك الذي جاءك فيه نعي زوجك |
| 77 | لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملا |
| 81، 80 | أنا وكافل اليتيم كهذا |
| 95 | تستأمر اليتيمة في نفسها، فإن سكتت فقد أذنت |
| 152، 109، 99 | رُفع القلم عن ثلاثة |
| 99 | ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق |
| 100 | الطلاق لمن أخذ بالساق |
| 100 | كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله |
| 129 | ألا من ولي يتيما له مال |

| | |
|----------|---|
| 134 | السلطان وليّ من لا ولي له |
| 135 | من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو له |
| 153 | أنه ﷺ قتل منهم من أنبت وجرت عليه المواسي |
| 158 | من بلغ حدّا في غير حدّ فهو من المعتدين |
| 158 | لا يُجلد فوق عشر جلدات إلا في حدّ من حدود الله |
| 204 | أن تجعل لله نداً وهو خلقك |
| 209، 208 | ارجعي حتى يستغني ولدك |
| ،208 | أحسن إليها فإذا وضعت فجيء بها |
| 208 | اذهي حتى ترضعيه |
| 286، 283 | نهي عليه السلام عن قتال النساء والصبيان |
| 286، 283 | لا تقتلن ذرية ولا عسيماً |
| 284، 283 | اغزوا باسم الله وفي سبيل الله |
| 283 | إلحق بخالد بن الوليد فقل له: إن رسول الله يأمرك أن لا تقتل ذريةً ولا عسيماً |
| 283 | لا تقتلوا شيخاً فانياً |
| ،286 | إنّ النار لا يعذب بها إلا الله |
| 285 | بأنه عليه الصلاة والسلام حاصر أهل الطائف وأنه نصب عليهم المنجنيق |
| 285 | هم منهم |
| 285 | انطلقوا باسم الله وبالله، وعلى ملة رسول الله |
| 305 | أحيّ والداك |
| 306 | أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله |
| 306 | لغدوة في سبيل الله أو روحة خير من الدنيا وما فيها |

ثالثا: قرارات المحكمة العليا الجزائرية

| الصفحة | المرجع | القرار |
|--------|---|------------------------------------|
| 44 | المجلة القضائية ع 1 ص 83 | القرار 35326 الصادر في 03-12-1984 |
| 46,44 | مجلة الاجتهاد القضائي 2001 عدد خاص ص 64 | القرار 99000 الصادر في 23-11-1993 |
| 45 | مجلة الاجتهاد القضائي 2001 عدد خاص ص 82 | القرار 204821 الصادر في 20-10-1998 |
| 46 | مجلة الاجتهاد القضائي 2001 عدد خاص ص 70 | القرار 165408 الصادر في 08-07-1997 |
| 46 | مجلة المحكمة العليا 2005 ع 1 ص 293 | القرار 330464 الصادر في 23-03-2005 |
| 53 | المجلة القضائية 1999 ع 1 ص 126 | القرار 222674 الصادر في 15-06-1999 |
| 49 | مجلة المحكمة العليا لسنة 2012 ع 1 ص 294 | القرار 617374 الصادر في 12-05-2011 |
| 51,49 | مجلة الاجتهاد القضائي 2001 عدد خاص ص 85 | القرار 210478 الصادر في 17-11-1998 |
| 52 | المجلة القضائية 1991 ع 3 ص 55 | القرار 52212 الصادر في 16-01-1989 |
| 55 | المجلة القضائية لسنة 1994 ع 2 ص 56 | القرار 74712 الصادر في 21-05-1991 |
| 56 | مجلة المحكمة العليا لسنة 2012 ع 1 ص 294 | القرار 617374 الصادر في 12-05-2011 |
| 57 | صادر عن غرفة الأحوال الشخصية | القرار 39362 الصادر في 24-02-2011 |

| | | |
|----|--|------------------------------------|
| | بالمحكمة العليا، غير منشور | 1986 |
| 58 | المجلة القضائية 1997 ع 1 ص 42 | القرار 172333 الصادر في 28-10-1997 |
| 58 | مجلة المحكمة العليا ع 1 ص 469 | القرار 355180 الصادر في 05-03-2006 |
| 61 | مجلة المحكمة العليا 2006 ع 1 ص 449 | القرار 347914 الصادر في 04-01-2006 |
| 61 | مجلة المحكمة العليا 2012 ع 1 ص 281 | القرار 599850 الصادر في 10-02-2011 |
| 61 | مجلة الاجتهاد القضائي 2001 عدد خاص ص 175 | القرار 189243 الصادر في 21-04-1998 |
| 61 | المجلة القضائية 1990 ع 3 ص 85 | القرار 53340 الصادر في 27-03-1989 |
| 61 | نشرة القضاة 1982 عدد خاص ص 243 | القرار 26545 الصادر في 25-01-1982 |
| 61 | المجلة القضائية 1997 ع 2 ص 86 | القرار 134951 الصادر في 12-05-1996 |
| 62 | مجلة المحكمة العليا 2011 ع 1 ص 248 | القرار 581222 الصادر في 14-10-2010 |
| 62 | المجلة القضائية 1990 ع 4 ص 70 | القرار 51894 الصادر في 19-12-1988 |
| 62 | المجلة القضائية 1992 ع 1 ص 45 | القرار 54353 الصادر في 03-07-1989 |
| 63 | المجلة القضائية 2001 ع 1 ص 280 | القرار 235456 الصادر في 22-02-2000 |

| | | |
|----|---|--|
| 63 | مجلة الاجتهاد القضائي 2001 عدد خاص ص 178 | القرار 201336 |
| 67 | مجلة المحكمة العليا 2012 ع 1 ص 285 | القرار 613469 الصادر في 10-03- 2011 |
| 67 | المجلة القضائية 2002 ع 2 ص 421 | القرار 256629 الصادر في 12-02- 2001 |
| 68 | المجلة القضائية 1997 ع 1 ص 39 | القرار 153640 الصادر في 18-02- 1997 |
| 68 | مجلة المحكمة العليا 2005 ع 1 ص 301 | القرار 330566 الصادر في 18-05- 2005 |
| 68 | مجلة الاجتهاد القضائي 2001 عدد خاص ص 172 | القرار 179471 الصادر في 17-03- 1998 |
| 68 | المجلة القضائية 2004 ع 1 ص 247 | القرار 245123 الصادر في 18-07- 2000 |
| 69 | نشرة القضاة 1981 ع 2 ص 108 | القرار 19287 الصادر في 16-04- 1979 |
| 69 | مجلة المحكمة العليا 2008 ع 2 ص 313 | القرار 457038 الصادر في 10-09- 2008 |
| 71 | المجلة القضائية عدد خاص ص 169 | القرار 171684 الصادر في 30-09- 1997 |
| 71 | المجلة القضائية 2004 ع 1 ص 247 | القرار 245123 الصادر في 18-07- 2000 |
| 71 | مجلة المحكمة العليا 2010 ع 2 ص 262 | القرار 567787 الصادر في 15-07- 2010 |
| 71 | نشرة القضاة ع 5 ص 219 | القرار 295996 الصادر في 23-10- - |

| | | |
|----|---|---|
| | | 2002 |
| 71 | مجلة الاجتهاد القضائي 2001 عدد خاص ص 188 | القرار 245165 الصادر في 18-07- 2000 |
| 71 | المجلة القضائية 2004 ع 1 ص 263 | القرار 274207 الصادر في 03-07- 2002 |
| 72 | مجلة المحكمة العليا 2005 ع 2 ص 383 | القرار 331058 الصادر في 18-05- 2005 |
| 72 | المجلة القضائية 1989 ع 1 ص 73 | القرار 31997 الصادر في 09-01- 1984 |
| 72 | المجلة القضائية 1992 ع 4 ص 58 | القرار 58812 الصادر في 05-02- 1990 |
| 72 | المجلة القضائية 2001 ع 2 ص 284 | القرار 252308 الصادر في 21-11- 2000 |
| 72 | المجلة القضائية 1991 ع 4 ص 117 | القرار رقم 59013 الصادر في 19-02- 1990 |
| 72 | نشرة القضاة 1988 ع 4 ص 175 | القرار 43594 الصادر في 22-09- 1986 |
| 72 | المجلة القضائية 2004 ع 1 ص 258 | القرار 273526 الصادر في 26-12- 2001 |
| 72 | مجلة المحكمة العليا 2004 عدد 2 ص 363 | القرار 282033 الصادر في 08-05- 2002 |
| 72 | مجلة المحكمة العليا 2008 ع 1 ص 271 | القرار 426431 الصادر في 12-03- 2008 |
| 72 | نشرة القضاة عدد خاص ص 251 | القرار 26693 الصادر في 25-1- 1982 |

| | | |
|----|--|------------------------------------|
| 79 | المجلة القضائية 2004 ع 1 ص 267 | القرار 276760 الصادر في 13-03-2002 |
| 79 | نشرة القضاة 2006 ع 5 ص 209 | القرار 254635 الصادر في 08-05-2005 |
| 79 | المجلة القضائية 2004 ع 1 ص 272 | القرار 282052 الصادر في 08-05-2002 |
| 79 | مجلة المحكمة العليا 2007 ع 1 ص 493 | القرار 372292 الصادر في 15-11-2006 |
| 79 | نشرة القضاة ع 5 ص 216 | القرار 261976 الصادر في 18-04-2001 |
| 79 | مجلة المحكمة العليا 2005 ع 1 ص 315 | القرار 331833 الصادر في 15-06-2005 |
| 79 | مجلة الاجتهاد القضائي 2001 عدد خاص ص 213 | القرار 189260 الصادر في 21-04-1998 |
| 79 | مجلة الاجتهاد القضائي عدد خاص ص 210 | القرار 179558 الصادر في 17-03-1998 |
| 79 | مجلة الاجتهاد القضائي 2001 عدد خاص ص 225 | القرار 223834 الصادر في 15-06-1999 |
| 79 | نشرة القضاة 2012 ع 67 ص 252 | القرار 451303 الصادر في 15-10-2008 |
| 79 | مجلة المحكمة العليا 2012 عدد 1 ص 304 | القرار 622754 الصادر في 12-05-2011 |
| 81 | المجلة القضائية 1991 عدد 4 ص 58 | القرار 56636 الصادر في 13-07-1988 |
| 98 | المجلة القضائية 2002 ع 2 ص 424 | القرار 255711 الصادر في 21-02-2002 |

| | | |
|-----|---------------------------------------|------------------------------------|
| | | 2001 |
| 122 | المجلة القضائية لسنة 1992 ع 2 ص 103 | القرار 68005 الصادر في 15-07-1990 |
| 123 | المجلة القضائية لسنة 1995 ع 1 ص 117 | القرار 84551 الصادر في 22-12-1992 |
| 123 | المجلة القضائية لسنة 1989 ع 1 ص 37 | القرار 26598 الصادر في 19-01-1983 |
| 133 | غرفة الأحوال الشخصية | القرار 40651، الصادر في 24-02-1986 |
| 127 | المجلة القضائية لسنة 1993 ع 3، ص 115 | القرار 72353 الصادر في 10-04-1991 |
| 128 | المجلة القضائية لسنة 1989 عدد 2، ص 81 | القرار 41470 الصادر في 1986/06/30 |
| 130 | المجلة القضائية لسنة 1995 ع 1 ص 177 | القرار 80160 الصادر في 05-01-1992 |
| 235 | غير منشور | القرار 126107 الصادر في 19-11-1995 |
| 255 | النشرة القضائية رقم 56 ص 54 | القرار 165139 الصادر في 23-12-1997 |

رابعاً: قائمة المصادر والمراجع

1- المصادر الفقهية

*الفقه الحنفي:

1. داماد أفندي-مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (دت)-(دط).
2. الزيلعي-تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، الطبعة الثانية (دت).
3. السرخسي-المبسوط، دار المعرفة، بيروت، طبعة 1989م.
4. السمرقندي-تحفة الفقهاء دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية 1993م.
5. الشيخ نظام ومجموعة من علماء الهند-الفتاوى الهندية، دار الفكر بيروت، طبعة 1991م.
6. ابن عابدين-رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، الطبعة الثانية 1966م.
7. ابن عابدين-رد المحتار على الدر المختار، دار عالم الكتب الرياض طبعة 2003.
8. الكاساني-بدائع الصنائع، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثانية 1982م.
9. النسفي-البحر الرائق، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى 1998.

*الفقه المالكي:

10. أحمد الدردير-الشرح الصغير على مختصر أقرب المسالك، مؤسسة العصر الجزائر، طبعة 1992.
11. أحمد بن يحيى الونشريسي-المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء افريقية والأندلس والمغرب، دار الغرب الإسلامي، بيروت الطبعة الأولى 1981م.
12. ابن جزئيء الكلبي الغرناطي-القوانين الفقهية، تحقيق محمد مولاي (دت)-(دط).
13. الخطاب-مواهب الجليل، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثالثة 1992.
14. الخرشي-الخرشي على مختصر خليل، المطبعة الأميرية، مصر الطبعة الثانية 1317هـ.
15. ابن رشد-بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة الطبعة السادسة 1982.
16. الزرقاني-شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت (دت)-(دط).
17. الصاوي-بلغة السالك لأقرب المسالك، دار الفكر بيروت (دت)-(دط).

18. الصاوي-بلغة السالك لأقرب المسالك، دار الفكر بيروت (دت)-(دط).
19. ابن عبد البر-الاستذكار، تحقيق عبد المعطي قلعجي، دار قتيبة سوريا الطبعة الأولى 1993.
20. القراني شهاب الدين-الذخيرة، تحقيق محمد بوخيزة، دار الغرب الإسلامي بيروت، الطبعة الأولى 1999.
21. مالك ابن أنس-المدونة الكبرى ومعها مقدمات ابن رشد، دار الفكر الطبعة الثانية 1999.
22. محمد عرفة الدسوقي-حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، دار الفكر (دت)-(دط).
- *الفقه الشافعي:**
23. الرملي-نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر بيروت طبعة 1984.
24. الشرييني-مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الفكر (دت)-(دط).
25. عبد الله الكوهجي-زاد المحتاج بشرح المنهاج، راجعه عبد الله الأنصاري، وزارة الشؤون الدينية بدولة قطر، الطبعة الأولى 1982م.
26. النووي-المجموع شرح المهدب، دار الفكر (دت) (دط).
27. يوسف الأردبيلي-الأنوار لأعمال الأبرار، مؤسسة الحلبي وشركاؤه للطباعة والنشر والتوزيع القاهرة، طبعة 1970.
- *الفقه الحنبلي:**
28. سليمان البجيرمي-البجيرمي على الخطيب دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى 1996م.
29. شمس الدين الزركشي-شرح الزركشي على مختصر الخرقى، دراسة وتحقيق عبد الملك بن دهيش المملكة السعودية، الطبعة الثالثة 2009.
30. ابن قدامة المقدسي-المغني ويليهِ الشرح الكبير، دار الكتاب العربي بيروت، طبعة 1983م.
31. ابن قدامة-الكافي، تحقيق عبد الله التركي، دار هجر للطباعة والنشر(دت)-(دط).
32. ابن قدامة-المغني شرح مختصر الخرقى، تحقيق عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب الرياض (دت)-(دط).
33. المرادوي-الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، صححه وحققه محمد حامد الفقي، الطبعة الأولى 1956.

2- كتب التفسير:

34. أبو بكر أحمد الرازي الجصاص-أحكام القرآن، دار الفكر والتوزيع (دت)-(دط).
 35. ابن عربي-أحكام القرآن، دار الفكر بيروت (دت)-(دط).
 36. الفخر الرازي-التفسير الكبير، دار إحياء التراث العربي بيروت، الطبعة الثالثة (دت).
 37. أبو الفداء اسماعيل ابن كثير-تفسير القرآن العظيم، دار ابن حزم بيروت، الطبعة الأولى 2000.

3- كتب الحديث:

38. أحمد بن حنبل-المسند، تحقيق شعيب الأرنؤوط، إشراف عبد الله بن عبد المحسن التركي مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى 2001.
 39. أحمد بن حنبل-مسند الإمام أحمد بهامشه منتخب كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال -دار الفكر بيروت (دت)-(دط).
 40. أبو بكر ابن أبي شيبة-المصنّف، دار الفاروق الحديثة للنشر والطباعة (دت)-(دط).
 41. أبو بكر البيهقي-السنن الكبرى، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الثالثة 2003.
 42. الترمذي أبو عيسى-جامع الترمذي، بيت الأفكار الرياض (دت)-(دط).
 43. أبو الحسين مسلم-صحيح مسلم، دار الآفاق العربية مصر، طبعة 2005.
 44. أبو داود السجستاني-سنن أبي داود، تحقيق شعيب الأرنؤوط، دار الرسالة العالمية، دمشق طبعة 2009.
 45. أبو عبد الله البخاري-صحيح البخاري، دار بن كثير دمشق طبعة 2002.
 46. أبو عبد الله الحاكم-المستدرک علی الصحیحین، دراسة وتحقيق مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الثانية 2002.
 47. علي بن عمر الدارقطني-سنن الدارقطني دار المعرفة بيروت، الطبعة الأولى 2001.
 48. علي بن عمر الدارقطني-سنن الدارقطني، دار ابن حزم بيروت، الطبعة الأولى 2011.
 49. ابن ماجة أبو عبد الله القزويني-سنن ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي-دار إحياء الكتب العربية (دت)-(دط).
 50. مالك بن أنس-الموطأ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي بيروت، طبعة 1985.

51. محمد ناصر الدين الألباني-إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي بيروت، الطبعة الثانية 1985.
- 4-المعاجم والقواميس:
52. أحمد زكي بدوي-معجم المصطلحات القانونية، دار الكتاب اللبناني بيروت، طبعة 1989.
53. البركتي محمد عميم-التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى 2002.
54. الجرجاني علي بن محمد-معجم التعريفات، تحقيق محمد صديق منشاوي، دار الفضيلة مصر طبعة 2004.
55. أبو الحسين بن فارس بن زكريا-معجم مقاييس اللغة تحقيق وضبط عبد السلام هارون، دار الفكر بيروت، طبعة 1979 م.
56. الرازي محمد بن أبي بكر-مختار الصحاح، مكتبة لبنان، طبعة 1986.
57. زكريا بن محمد الأنصاري-الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، حقق نصه وقدم له د. مازن المبارك، دار الفكر المعاصر بيروت، الطبعة الأولى 1991.
58. عبد النبي الأحمد النكري-موسوعة مصطلحات جامع العلماء، مكتبة لبنان ناشرون، الطبعة الأولى (د.ت).
59. علي بن محمد الجرجاني-التعريفات، ضبطه وفهرسه محمد بن عبد الحكيم القاضي، دار الكتاب اللبناني بيروت، الطبعة الأولى 1991.
60. الفيروز آبادي مجد الدين-القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثامنة 2005.
61. الفيروز آبادي-القاموس المحيط، دار الكتاب العربي، (دت)-(دظ).
62. قاسم القنوي-أنيس الفقهاء في التعريفات المتداولة بين الفقهاء، تحقيق أحمد بن عبد الرحمان الكبيسي، دار الوفاء السعودية، الطبعة الثانية 1987م.
63. مجموعة من المؤلفين-المعجم الوسيط دار الفكر، سوريا (دت)-(دظ).
64. مجموعة من المؤلفين-المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، الطبعة الرابعة 2004.
65. محمد بن أبي بكر الرازي-مختار الصحاح، راجعته وحققته لجنة من العلماء، دار الفكر بيروت، طبعة 1981.
66. محمد بن أبي بكر الرازي-مختار الصحاح، مكتبة لبنان، طبعة 1986.

67. محمد رواس قلعه جي وحامد صادق قنبي-معجم لغة الفقهاء، دار النفائس بيروت، الطبعة الثانية 1988م.
68. ابن منظور-لسان العرب دار المعارف، طبعة محققة القاهرة (د ت).
- 5-الكتب الفقهية والقانونية:
69. احسن بوسقيعة-الوجيز في القانون الجزائري الخاص، دار هومة، الطبعة الرابعة عشر 2012.
70. احسن بوسقيعة-الوجيز في القانون الجزائري العام، دار هومة الطبعة التاسعة 2009.
71. أحمد إبراهيم حسن-فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، دار المطبوعات الجامعية مصر، طبعة 2003.
72. أحمد عبد الرحمان البنا-الفتح الرباني مع شرحه بلوغ الأماني، دار إحياء التراث العربي، لبنان (د ت)- (د ط).
73. أحمد فراج حسين-المدخل للفقهاء الإسلاميين، الملكية ونظرية العقد، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، طبعة 2001.
74. أحمد مصطفى الزرقا-المدخل الفقهي العام للفقهاء الإسلاميين في ثوبه الجديد، دار الفكر دمشق، طبعة 1968.
75. أحمد نصر الجندي-شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، طبعة 2009.
76. أسامة سراس-شريعة حمورابي وأصل التشريع في الشرق القديم، منشورات دار علاء الدين، الطبعة الرابعة (د ت).
77. إسحاق إبراهيم منصور-نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية طبعة 2001.
78. باسل محمود الحافي-فقه الطفولة، دار النوادر دمشق، الطبعة الأولى 2008.
79. بربارة عبد الرحمان-شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية منشورات بغدادية، الطبعة الثانية 2009.
80. بلحاج العربي-قانون الأسرة معلقا عليه بأحدث التعديلات وقرارات المحكمة العليا-ديوان المطبوعات الجامعية 2012.
81. حسن كيرة-الموجز في أحكام القانون المدني منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الرابعة 1995.
82. دردوس مكّي-القانون الجنائي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، طبعة 2005.

83. دليلة فركوس-الوجيز في تاريخ القانون دار الرغائب والنفائس، الطبعة الثالثة 1999.
84. زينب أحمد عوين-قضاء الأحداث، دار الثقافة الأردن، الطبعة الثانية 2009.
85. سائح سنقوفة-شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى طبعة 2011.
86. سهيل حسين الفتلاوي-حقوق الطفل في الإسلام، دار الثقافة الأردن، الطبعة الأولى 2014.
87. صاحب عبيد الفتلاوي-تاريخ القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، طبعة 1998.
88. عباس العبودي-تاريخ القانون، مكتبة دار الثقافة، الأردن طبعة 1998.
89. عبد الأحد ملا رجب-أحكام اليتيم في الفقه الإسلامي دار الأطلس للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، طبعة 1992م.
90. عبد الرزاق السنهوري-الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية القاهرة، (دت)-(دط).
91. عبد السلام الرفعي-الولاية على المال وتطبيقاتها في المذهب المالكي، إفريقيا الشرق - المملكة المغربية، طبعة 1996.
92. عبد العزيز سعد-الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومة، الطبعة الثانية 2014.
93. عبد العزيز عامر-الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي (دت)- (دط).
94. عروبة جبار الخزرجي-حقوق الطفل بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة الأردن، الطبعة الثانية 2013.
95. الغوثي بن ملححة-قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، الطبعة الأولى 2005.
96. فضيل عبد الله طلافحة-حماية الأطفال في القانون الدولي الإنساني، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، الطبعة الأولى 2011.
97. كمال صالح البنا-أحكام الولاية على المال، التعليق على مواد قانون الولاية على المال المصري، عالم الكتب القاهرة، طبعة 1982.
98. لحسين آث ملويا-قانون الأسرة نصا وشرحا، دار الهدى طبعة 2013.
99. محمد أبو زهرة-الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي مصر، الطبعة الثالثة (د ت).
100. محمد أبو زهرة-الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي القاهرة، (دت)-(د ط).

101. محمد أبو زهرة- عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، طبعة 1971.
102. محمد السعيد جعفرور- التصرف الدائر بين النفع والضرر في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، طبعة 2002.
103. محمد بن مصطفى الاسكندري- مسائل في الزواج والحمل والولادة، دار ابن حزم بيروت، الطبعة الأولى 2002.
104. محمد حسنين- الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، طبعة 1985.
105. محمد صبحي نجم- شرح قانون العقوبات الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، الطبعة الثانية 1990.
106. محمد صبري السعدي- الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى الجزائر، طبعة 2011.
107. محمد صبري السعدي- شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى الجزائر، الطبعة الثانية (دت).
108. محمد مصطفى شلي- أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب الأربعة والمذهب الجعفري والقانون - دار النهضة بيروت، الطبعة الثانية 1977.
109. محمود الكبيسي- الصغير بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء، إدارة إحياء التراث الإسلامي بدولة قطر، طبعة 1983.
110. مصطفى صابر- فتاوى الشيخ أحمد حماني، عالم المعرفة للنشر والتوزيع، طبعة 2012.
111. نبيل صقر- قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى طبعة 2006.
112. نصر الدين ماروك- نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار هومة، طبعة 2003.
113. هلاي عبد الإله أحمد- شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية- طبعة 1988.
114. وهبة الزحيلي- الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر دمشق، الطبعة الثانية 1985.

6-المقالات:

115. خريّف عبد الوهاب- الطفل الجزائري بين القانون الدولي لحقوق الطفل والتشريع الوطني، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مجلة علمية محكمة العدد السابع 2015م ص 57-58.
116. ضابط الشرطة رئيسة فرقة أحداث تركي مسعودة- دور الشرطة في حماية الأحداث، بمناسبة الملتقى الوطني الـ19 حول قدرات ومهارات المربي في التكفل بجنوح الأحداث 15-16 أبريل 2009 ص 32.

117. فائزة جروني-تدخل النيابة العامة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة حمّة لخضر، الوادي العدد 13 جوان 2016.
118. قاسم العيد عبد القادر-الأهلية في الزواج، مجلة المعيار، دورية علمية محكمة 2004 ص 16.
119. كمال لدرع-حماية حقوق الطفل، مجلة المعيار، دورية علمية محكمة صادرة عن كلية الشريعة بجامعة الأمير عبد القادر الإسلامية العدد التاسع 2004 م ص 552.
120. ليلى جمعي-الآليات القانونية لحماية أطفال الشوارع في التشريع الجزائري، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية العدد 9 لسنة 2013 ص 243.
121. معوان مصطفى-أسباب تحريم التبري واحلال الكفالة، مجلة المعيار، دورية علمية محكمة صادرة عن كلية الشريعة بجامعة الأمير عبد القادر الإسلامية العدد التاسع 2004 م ص 528.
122. نزيه حماد-استثمار أموال الأيتام، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة مجلة علمية محكمة متخصصة في الفقه الإسلامي، المملكة العربية السعودية، السنة السادسة العدد 24، 1995 ص 21.
123. نصر الدين الأخضر-تأرجح المركز القانوني للأطفال أثناء النزاعات المسلحة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق جامعة ورقلة العدد 14 لسنة 2014 ص 8.
- 7-قرارات المحكمة العليا الجزائرية:**
124. القرار 35326 الصادر في 03-12-1984، المجلة القضائية ع 1 ص 83.
125. القرار 99000 الصادر في 23-11-1993، مجلة الاجتهاد القضائي 2001 عدد خاص ص 64.
126. القرار 204821 الصادر في 20-10-1998، مجلة الاجتهاد القضائي 2001 عدد خاص ص 82.
127. القرار 165408 الصادر في 08-07-1997، مجلة الاجتهاد القضائي 2001 عدد خاص ص 70.
128. القرار 330464 الصادر في 23-03-2005، مجلة المحكمة العليا 2005 ع 1 ص 293.
129. القرار 222674 الصادر في 15-06-1999، المجلة القضائية 1999 ع 1 ص 126.
130. القرار 617374 الصادر في 12-5-2011، مجلة المحكمة العليا لسنة 2012 ع 1 ص 294.
131. القرار 210478 الصادر في 17-11-1998، مجلة الاجتهاد القضائي 2001 عدد خاص ص

132. القرار 52212 الصادر في 16-01-1989، المجلة القضائية 1991 ع 3 ص 55.
133. القرار 74712 الصادر في 21-5-1991، المجلة القضائية لسنة 1994 ع 2 ص 56.
134. القرار 617374 الصادر في 12-5-2011، مجلة المحكمة العليا لسنة 2012 ع 1 ص 294.
135. القرار 39362 الصادر في 24-2-1986، صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، غير منشور.
136. القرار 172333 الصادر في 28-10-1997، المجلة القضائية 1997 ع 1 ص 42.
137. القرار 355180 الصادر في 05-03-2006، مجلة المحكمة العليا ع 1 ص 469.
138. القرار 347914 الصادر في 04-01-2006، مجلة المحكمة العليا 2006 ع 1 ص 449.
139. القرار 599850 الصادر في 10-02-2011، مجلة المحكمة العليا 2012 ع 1 ص 281.
140. القرار 189243 الصادر في 21-04-1998، مجلة الاجتهاد القضائي 2001 عدد خاص ص 175.
141. القرار 53340 الصادر في 27-03-1989، المجلة القضائية 1990 ع 3 ص 85.
142. القرار 26545 الصادر في 25-01-1982، نشرة القضاة 1982 عدد خاص ص 243.
143. القرار 134951 الصادر في 12-05-1996، المجلة القضائية 1997 ع 2 ص 86.
144. القرار 581222 الصادر في 14-10-2010، مجلة المحكمة العليا 2011 ع 1 ص 248.
145. القرار 51894 الصادر في 19-12-1988، المجلة القضائية 1990 ع 4 ص 70.
146. القرار 54353 الصادر في 03-07-1989، المجلة القضائية 1992 ع 1 ص 45.
147. القرار 235456 الصادر في 22-02-2000، المجلة القضائية 2001 ع 1 ص 280.
148. القرار 201336، مجلة الاجتهاد القضائي 2001 عدد خاص ص 178.
149. القرار 613469 الصادر في 10-03-2011، مجلة المحكمة العليا 2012 ع 1 ص 285.
150. القرار 256629 الصادر في 12-02-2001، المجلة القضائية 2002 ع 2 ص 421.
151. القرار 153640 الصادر في 18-02-1997، المجلة القضائية 1997 ع 1 ص 39.
152. القرار 330566 الصادر في 18-05-2005، مجلة المحكمة العليا 2005 ع 1 ص 301.

153. القرار 179471 الصادر في 17-03-1998، مجلة الاجتهاد القضائي 2001 عدد خاص ص172.
154. القرار 245123 الصادر في 18-07-2000، المجلة القضائية 2004 ع 1 ص 247.
155. القرار 19287 الصادر في 16-04-1979، نشرة القضاة 1981 ع 2 ص 108.
156. القرار 457038 الصادر في 10-09-2008، مجلة المحكمة العليا 2008 ع 2 ص 313.
157. القرار 171684 الصادر في 30-09-1997، المجلة القضائية عدد خاص ص 169.
158. القرار 245123 الصادر في 18-07-2000، المجلة القضائية 2004 ع 1 ص 247.
159. القرار 567787 الصادر في 15-07-2010، مجلة المحكمة العليا 2010 ع 2 ص 262.
160. القرار 295996 الصادر في 23-10-2002، نشرة القضاة ع 5 ص 219.
161. القرار 245165 الصادر في 18-07-2000، مجلة الاجتهاد القضائي 2001 عدد خاص ص 188.
162. القرار 274207 الصادر في 03-07-2002، المجلة القضائية 2004 ع 1 ص 263.
163. القرار 331058 الصادر في 18-05-2005، مجلة المحكمة العليا 2005 ع 2 ص 383.
164. القرار 31997 الصادر في 09-01-1984، المجلة القضائية 1989 ع 1 ص 73.
165. القرار 58812 الصادر في 05-02-1990، المجلة القضائية 1992 ع 4 ص 58.
166. القرار 252308 الصادر في 21-11-2000، المجلة القضائية 2001 ع 2 ص 284.
167. القرار رقم 59013 الصادر في 19-02-1990، المجلة القضائية 1991 ع 4 ص 117.
168. القرار 43594 الصادر في 22-09-1986، نشرة القضاة 1988 ع 4 ص 175.
169. القرار 273526 الصادر في 26-12-2001، المجلة القضائية 2004 ع 1 ص 258.
170. القرار 282033 الصادر في 08-05-2002، مجلة المحكمة العليا 2004 عدد 2 ص 363.
171. القرار 426431 الصادر في 12-03-2008، مجلة المحكمة العليا 2008 ع 1 ص 271.
172. القرار 26693 الصادر في 25-1-1982، نشرة القضاة عدد خاص ص 251.
173. القرار 276760 الصادر في 13-03-2002، المجلة القضائية 2004 ع 1 ص 267.
174. القرار 254635 الصادر في 08-05-2005، نشرة القضاة 2006 ع 5 ص 209.

175. القرار 282052 الصادر في 08-05-2002، المجلة القضائية 2004 ع 1 ص 272.
176. القرار 372292 الصادر في 15-11-2006، مجلة المحكمة العليا 2007 ع 1 ص 493.
177. القرار 261976 الصادر في 18-04-2001، نشرة القضاة ع 5 ص 216.
178. القرار 331833 الصادر في 15-06-2005، مجلة المحكمة العليا 2005 ع 1 ص 315.
179. القرار 189260 الصادر في 21-04-1998، مجلة الاجتهاد القضائي 2001 عدد خاص ص 213.
180. القرار 179558 الصادر في 17-03-1998، مجلة الاجتهاد القضائي عدد خاص ص 210.
181. القرار 223834 الصادر في 15-06-1999، مجلة الاجتهاد القضائي 2001 عدد خاص ص 225.
182. القرار 451303 الصادر في 15-10-2008، نشرة القضاة 2012 ع 67 ص 252.
183. القرار 622754 الصادر في 12-05-2011، مجلة المحكمة العليا 2012 عدد 1 ص 304.
184. القرار 56636 الصادر في 13-07-1988، المجلة القضائية 1991 عدد 4 ص 58.
185. القرار 255711 الصادر في 21-02-2001، المجلة القضائية 2002 ع 2 ص 424.
186. القرار 68005 الصادر في 15-07-1990، المجلة القضائية لسنة 1992 ع 2 ص 103.
187. القرار 84551 الصادر في 22-12-1992، المجلة القضائية 1995 ع 1 ص 117.
188. القرار 26598 الصادر في 19-01-1983، المجلة القضائية لسنة 1989 ع 1 ص 37.
189. القرار 40651، الصادر في 24-02-1986، غرفة الأحوال الشخصية.
190. القرار 72353 الصادر في 10-04-1991، المجلة القضائية لسنة 1993 ع 3، ص 115.
191. القرار 41470 الصادر في 30/06/1986، المجلة القضائية لسنة 1989 عدد 2، ص 81.
192. القرار 80160 الصادر في 05-01-1992، المجلة القضائية لسنة 1995 ع 1 ص 177.
193. القرار 380958 الصادر في 26-4-2006، المجلة القضائية رقم 04.
194. القرار 23000 الصادر في 01/06/1982، نشرة القضاء ج 1 لسنة 1987.
195. القرار 446 الصادر في 15-5-1990، غير منشور.
196. القرار 126107 الصادر في 19-11-1995، غير منشور.

197. القرار 132607 الصادر في 16-6-1996، غير منشور.
198. القرار 165139 الصادر في 23-12-1997، النشرة القضائية رقم 56 ص 54.
- 8-القوانين الجزائرية:**
199. الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005.
200. القانون 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.
201. القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
202. القانون 15-12 المؤرخ في 15 يوليو 2015 المتعلق بحماية الطفل.
203. القانون رقم 08/14 المؤرخ في 9 غشت 2014، المعدل والمتمم للأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فبراير 1970 والمتعلق بالحالة المدنية.
204. الأمر رقم 86/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية.
205. الأمر 59/75 المؤرخ في 26 ديسمبر سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم بموجب القانون 02/05 المؤرخ في 06 فبراير 2005.
206. الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل بالقانون 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، وبالقانون 14-01 المؤرخ في 4 فبراير 2014.
207. الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية المعدل والمتمم بالأمر 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
208. القانون 05/85 المؤرخ في 16/2/1985 المتعلق بحماية وترقية الصحة المعدل والمتمم بالقانون 17/90 المؤرخ في 03/07/1990.
209. القانون 15-12 على أحكام الأمر 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966 الذي يتضمن قانون الإجراءات الجزائرية المعدل بالقانون 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.
210. القانون 02-09 المؤرخ في 8 ماي 2002 المتعلق بحماية الأشخاص المعاقين وترقيتهم.
211. القانون رقم 05-04 المؤرخ في 6 فبراير 2005 والمتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.

212. القانون رقم 90-11 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق لـ 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل.
213. القانون 06-03 المؤرخ في 15 جويلية سنة 2006، المتضمن القانون الأساسي العام للتوظيف العمومية.
214. القانون 20-15 الصادر في 30 ديسمبر 2020 المتعلق بالوقاية من جرائم الاختطاف ومكافحتها.
215. القانون 04-18 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بها.
216. المرسوم 76-65 المؤرخ في 16/04/1976 القاضي بتنظيم قطاع التربية والتكوين.
217. المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13 يناير 1992 المعدل والمتمم للأمر 71-157 المتعلق بإجراءات تغيير اللقب وشروطه، المعدل والمتمم أيضا بالمرسوم التنفيذي 20-223 المؤرخ في 8 أوت 2020.
218. المرسوم رقم 80-83 المؤرخ في 15 مارس 1980، المتضمن إنشاء دور رعاية الأطفال المسعفين.
219. المرسوم 88-27 المؤرخ في 09 فبراير 1988 إنشاء الديوان الوطني لأعضاء المعوقين الاصطناعية.
- 9-المواثيق والاتفاقيات الدولية:**
220. اتفاقية الطفل لسنة 1989، صادقت عليها الجزائر بتاريخ 19 ديسمبر 1992، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-461.
221. القواعد النموذجية لقضاء الأحداث "قواعد بكين"، اعتمدت بموجب القرار الأممي رقم 40-22 المؤرخ في 29 نوفمبر 1985.
222. اتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال والإجراءات الفورية للقضاء عليها، المعتمدة خلال المؤتمر الدولي للعمل سنة 1999.
223. اتفاقية لاهاي الخاصة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي تم اعتمادها في 25 أكتوبر 1980.
224. اتفاقية جنيف 1949 الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب.
225. البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف المتعلقة بحماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية.
226. البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقيات جنيف المتعلقة بحماية ضحايا النزاعات غير الدولية المسلحة.

227. البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء والمواد الإباحية.
228. البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في القتال عرضته الجمعية العامة للأمم المتحدة للتوقيع والتصديق والانضمام في دورتها الـ54 بتاريخ 25 ماي 2000 ودخل حيز التنفيذ بتاريخ 23 فيفري 2002.
229. العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بموجب قرار الجمعية العامة 2200 للأمم المتحدة المؤرخ في 16 ديسمبر 1966، تاريخ بدء النفاذ 3 جانفي 1976.
230. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، بموجب قرار الجمعية العامة 2200 للأمم المتحدة المؤرخ في 16 ديسمبر 1966، تاريخ بدء النفاذ 23 مارس 1976.
231. المبادئ التوجيهية بشأن التشريد الداخلي لسنة 1998، اعتمدها لجنة حقوق الانسان الأممية في دورتها الثالثة والخمسين.
232. نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، صادقت عليه الجزائر بتاريخ 20 ديسمبر 2000.
233. الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لسنة 1961 والبروتوكول المعدل لها سنة 1972.
234. اتفاقية المؤتمرات العقلية لسنة 1977.

خامسا: فهرس المواضيع

| | |
|-----|--|
| أ-ح | مقدمة |
| | الباب الأول: مظاهر الحماية المدنية للقاصر |
| | الفصل الأول: الإطار العام لحماية القاصر |
| 3 | المبحث الأول: المركز القانوني للقاصر..... |
| 3 | المطلب الأول: مكانة القاصر في الحضارات القديمة..... |
| 3 | الفرع الأول: في بلاد الرافدين ومصر القديمة وروما..... |
| 3 | البند الأول: مكانة القاصر في بلاد الرافدين..... |
| 6 | البند الثاني: مكانة القاصر في روما القديمة..... |
| 8 | الفرع الثاني: مكانة القاصر عند الإغريق واليهود والعرب قبل الإسلام..... |
| 8 | البند الأول: مكانة القاصر عند الإغريق..... |
| 9 | البند الثاني: مكانة القاصر عند اليهود..... |
| 10 | البند الثالث: مكانة القاصر عند العرب قبل الإسلام..... |
| 11 | المطلب الثاني: الشخصية القانونية للقاصر وكيفية ترشيده..... |
| 11 | الفرع الأول: تدرّج الشخصية القانونية للقاصر..... |
| 11 | البند الأول: تعريف القاصر..... |
| 14 | البند الثاني: مراحل تدرّج الشخصية القانونية للقاصر..... |
| 15 | أولا-أهلية الوجوب:..... |
| 16 | ثانيا-أهلية الأداء:..... |
| 18 | الفرع الثاني: الإذن للقاصر..... |

| | |
|----|--|
| 18 | البند الأول: تعريف الإذن..... |
| 19 | البند الثاني: إجراءات الإذن للقاصر..... |
| 21 | البند الثالث: حكم الإذن للقاصر..... |
| 24 | المطلب الثالث: أهمية الوسط الأسري في حماية القاصر..... |
| 25 | الفرع الأول: حماية الأسرة في الفقه الاسلامي والقانون..... |
| 26 | الفرع الثاني: حماية الأسرة في القانون الدولي..... |
| 27 | البند الأول: حماية الطفل من الانفصال عن أبويه..... |
| 27 | البند الثاني: جمع شمل أسرة الطفل..... |
| 28 | البند الثالث: المسؤولية المشتركة للوالدين عن الأطفال..... |
| 29 | الفرع الثالث: صلاحيات النيابة العامة في حماية الأسرة..... |
| 30 | البند الأول: صلاحيات النيابة العامة في إطار قانون الأسرة..... |
| 30 | أولا-النيابة كطرف أصلي في قضايا الأسرة:..... |
| 32 | ثانيا-تدخل النيابة كطرف منضمّ في قضايا الأسرة:..... |
| 33 | البند الثاني: صلاحيات النيابة العامة خارج إطار قانون الأسرة..... |
| 33 | أولا-صلاحيات النيابة في قانون حماية الطفل 15-12:..... |
| 34 | ثانيا-صلاحيات النيابة العامة في قانون الحالة المدنية:..... |
| 35 | ثالثا-صلاحيات النيابة العامة في إطار قانون الجنسية:..... |
| 36 | المبحث الثاني: الحقوق الأساسية للقاصر..... |
| 36 | المطلب الأول: الحق في الهوية والصحة والتعليم..... |
| 36 | الفرع الأول: الحق في الاسم والتسجيل والجنسية..... |
| 37 | الفرع الثاني: الحق في مستوى معيشي ملائم وفي الرعاية الصحية..... |
| 39 | الفرع الثالث: الحق في التعليم وفي التعبير عن الرأي..... |
| 42 | المطلب الثاني: الحق في النسب والحضانة..... |

| | |
|----|---|
| 42 | الفرع الأول: حق القاصر في النسب..... |
| 42 | البند الأول: مفهوم الحق في النسب..... |
| 43 | البند الثاني: طرق ثبوت النسب..... |
| 43 | أولا- الزواج الصحيح..... |
| 48 | ثانيا- الإقرار بالنسب..... |
| 53 | ثالثا- اثبات النسب بالبيّنة..... |
| 55 | رابعا- ثبوت النسب بنكاح الشبهة..... |
| 56 | خامسا- ثبوت النسب بالنتكاح الفاسد والباطل..... |
| 58 | سادسا- اثبات النسب بالطرق العلمية..... |
| 60 | الفرع الثاني: حق القاصر في الحضانة والكفالة..... |
| 60 | البند الأول: مفهوم حق الحضانة..... |
| 60 | أولا- تعريف الحضانة..... |
| 61 | ثانيا- الطبيعة القانونية لحق الحضانة..... |
| 64 | البند الثاني: أصحاب حق الحضانة وواجباتهم..... |
| 64 | أولا- ترتيب الأولوية في استحقاق حضانة القاصر..... |
| 69 | ثانيا- شروط الحاضن..... |
| 73 | ثالثا- نفقة المحضون ورضاعه..... |
| 80 | البند الثالث: نظام الكفالة واشكالية منح لقب الكافل..... |
| 80 | أولا- تعريف نظام كفالة القاصر..... |
| 83 | ثانيا- آثار الكفالة على القاصر..... |
| 85 | ثالثا- إشكالية منح لقب الكافل للمكفول..... |

| الفصل الثاني: | |
|--|--|
| نظام النيابة الشرعية وحماية الأطفال ذوي المراكز الخاصة | |
| 90 | المبحث الأول: النيابة الشرعية على القاصر..... |
| 90 | المطلب الأول: الولاية على النفس..... |
| 90 | الفرع الأول: مفهوم الولاية على النفس..... |
| 90 | البند الأول: تعريف الولاية على النفس..... |
| 91 | البند الثاني: زواج القاصر وطلاقه..... |
| 91 | أولا-ولاية تزويج القاصر..... |
| 98 | ثانيا-طلاق القاصر..... |
| 102 | الفرع الثاني: ترتيب الأولياء والشروط الواجبة فيهم..... |
| 102 | البند الأول: ترتيب الأولياء على نفس القاصر..... |
| 102 | أولا-ترتيب الأولياء في الفقه الإسلامي..... |
| 105 | ثانيا-ترتيب الأولياء في القانون..... |
| 106 | البند الثاني: شروط أولياء الزواج..... |
| 108 | الفرع الثالث: نهاية الولاية على نفس القاصر..... |
| 108 | البند الأول: النهاية التلقائية للولاية..... |
| 110 | البند الثاني: إجراءات إنهاء الولاية قضاءً..... |
| 112 | المطلب الثاني: الولاية على مال القاصر..... |
| 112 | الفرع الأول: مفهوم الولاية على المال..... |
| 113 | البند الأول: الولاية على مال القاصر والجنين..... |
| 113 | أولا-تعريف الولاية على المال..... |
| 114 | ثانيا-الولاية على مال الجنين..... |

| | |
|-----|--|
| 115 | البند الثاني: ترتيب الأولياء والشروط الواجبة فيهم..... |
| 115 | أولا- ترتيب الأولياء على مال القاصر..... |
| 116 | ثانيا- شروط الأولياء على مال القاصر..... |
| 117 | البند الثالث: الإجراءات الشكلية لممارسة الولاية على المال..... |
| 120 | الفرع الثاني: صلاحيات الولي على المال..... |
| 121 | البند الأول: الإذن بأعمال التصرف..... |
| 121 | أولا- التبرع بمال القاصر..... |
| 122 | ثانيا- بيع عقار القاصر..... |
| 122 | ثالثا- قسمة عقار القاصر..... |
| 123 | رابعا- رهن عقار القاصر..... |
| 124 | خامسا- المصالحة على مال القاصر..... |
| 126 | البند الثاني: الإذن بأعمال الإدارة..... |
| 126 | أولا- بيع منقولات القاصر..... |
| 126 | ثانيا- إيجار أموال القاصر..... |
| 128 | ثالثا- اقراض أموال القاصر والاقتراض له..... |
| 129 | رابعا- استثمار أموال القاصر..... |
| 130 | الفرع الثالث: كيفية انتهاء الولاية على المال..... |
| 132 | المبحث الثاني: حماية الأطفال اللقطاء وذوي الاحتياجات الخاصة..... |
| 132 | المطلب الأول: الحماية القانونية والشرعية للطفل اللقيط..... |
| 132 | الفرع الأول: حماية الشريعة الإسلامية لللقطاء..... |
| 132 | البند الأول: مفهوم اللقيط عند الفقهاء..... |
| 133 | البند الثاني: عناية الفقه الإسلامي باللقطاء..... |
| 137 | الفرع الثاني: الحماية القانونية للقيط..... |

| | |
|---------------------------------------|--|
| 137 | البند الأول: مفهوم مصطلح اللقيط في القانون..... |
| 137 | أولا-تعريف اللقيط..... |
| 138 | ثانيا-الحقوق الأساسية للقطاء..... |
| 140 | البند الثاني: حقّ اللقيط في الرعاية البديلة عن الأسرة..... |
| 140 | أولا-دور رعاية الطفولة المسعفة..... |
| 141 | ثانيا-نظام الكفالة في قانون الأسرة..... |
| 141 | المطلب الثاني: حماية الأطفال ذوي الاحتياجات الخاصة..... |
| 142 | الفرع الأول: الكشف المبكر والوقاية من الاعاقة..... |
| 144 | الفرع الثاني: ترقية الطفل المعاق وتسهيل اندماجه..... |
| الباب الثاني: | |
| مظاهر الحماية الجنائية للقاصر | |
| الفصل الأول: | |
| الحماية الجنائية للقاصر في حالة السلم | |
| 149 | المبحث الأول: حماية الطفل الجانح..... |
| 149 | المطلب الأول: التحقيق مع الطفل الجانح ومتابعته قضاء..... |
| 150 | الفرع الأول: تعريف الطفل الجانح ومسؤوليته الجزائية في القانون 12-15..... |
| 150 | البند الأول: تعريف الطفل الجانح..... |
| 151 | البند الثاني: المسؤولية الجزائية للطفل..... |
| 151 | أولا-المسؤولية الجزائية في منظور الفقه الإسلامي..... |
| 158 | ثانيا-المسؤولية الجزائية في التشريع الجزائري..... |
| 160 | الفرع الثاني: القواعد الإجرائية للتحقيق مع الطفل الجانح..... |
| 161 | البند الأول: إجراءات التحقيق الأولي وشروط التوقيف للنظر..... |

| | |
|-----|---|
| 161 | أولا- ضبط محضر سماع الطفل وفصله عن الموقوفين البالغين..... |
| 163 | ثانيا- الفحص الطبي للطفل الموقوف وحقه في حمام وفي الاتصال بأسرته..... |
| 165 | البند الثاني: التحقيق القضائي مع الطفل الجانح..... |
| 165 | أولا- الجهات المكلفة بالتحقيق والمتابعة..... |
| 168 | ثانيا- فصل قضية الحدث واجبارية التحقيق الاجتماعي..... |
| 169 | ثالثا- إخضاع الطفل لإجراءات مؤقتة..... |
| 171 | المطلب الثاني: محاكمة الحدث الجانح والتدابير الصادرة في حقه..... |
| 171 | الفرع الأول: مبدأ محاكمة الأحداث..... |
| 173 | الفرع الثاني: إجراءات المحاكمة والوساطة..... |
| 173 | البند الأول: محاكمة الحدث..... |
| 175 | البند الثاني: الوساطة..... |
| 176 | الفرع الثاني: افادة الجانح من استبدال العقوبة والغائها..... |
| 177 | البند الأول: مراجعة تدابير الحماية والتهديب..... |
| 179 | البند الثاني: نظام الحرية المراقبة والغاء العقوبات من الصحيفة القضائية..... |
| 180 | الفرع الثالث: المؤسسات الإصلاحية الخاصة بالأطفال الجانحين..... |
| 180 | البند الأول: مراكز الحماية وإعادة التربية والادماج..... |
| 181 | أولا- مراكز الحماية التابعة لوزارة التضامن..... |
| 183 | ثانيا- مراكز إعادة التربية وإعادة ادماج الأطفال..... |
| 185 | البند الثاني: خضوع الجانح لإجراءات خاصة داخل المؤسسات الإصلاحية..... |
| 185 | أولا- استقبال الأحداث وصلاحيات لجنة إعادة التربية..... |
| 186 | ثانيا- المعاملة الخاصة للأحداث وامكانية الافراج عنهم..... |
| 189 | المبحث الثاني: حماية الطفل المجني عليه والمعرض للخطر..... |
| 189 | المطلب الأول: آليات الحماية في القانون 15-12..... |

| | |
|-----|---|
| 189 | الفرع الأول: المركز القانوني للطفل الضحية..... |
| 189 | البند الأول: تعريف الطفل في حالة خطر والحقوق المشمول بها..... |
| 192 | البند الثاني: رعاية الطفل وحمايته من الإساءة والاستغلال..... |
| 192 | أولا-ضمان رعاية الطفل في ظروف مناسبة..... |
| 193 | ثانيا-حماية الطفل من الإساءة والاستغلال..... |
| 195 | ثالثا-تجسيد مبدأ المصلحة الفضلى للطفل..... |
| 196 | الفرع الثاني: الهيئة الوطنية لحماية الأطفال ومصالح الوسط المفتوح..... |
| 196 | البند الأول: صلاحيات المفوض الوطني لحماية الطفولة وترقيتها..... |
| 196 | أولا-التنسيق والاعلام والبحث..... |
| 197 | ثانيا-تلقي الاخطارات واعداد التقارير الدولية..... |
| 198 | البند الثاني: صلاحيات مصالح الوسط المفتوح..... |
| 198 | أولا-تلقي الاخطارات حول وضعية الطفل..... |
| 199 | ثانيا-متابعة حالة الطفل..... |
| 200 | الفرع الثالث: الحماية القضائية للأطفال في حالة خطر..... |
| 200 | البند الأول: صلاحيات قاضي الأحداث في اتخاذ تدابير الحماية..... |
| 202 | البند الثاني: صلاحيات قاضي الأحداث في مكافحة الجرائم الجنسية والاختطاف. |
| 202 | أولا-تسجيل شهادة الطفل الضحية..... |
| 203 | ثانيا-الاستعانة بوسائل الاعلام للبحث عن الطفل المختطف..... |
| 203 | المطلب الثاني: حماية حياة الطفل ورعاية الوسط الأسري..... |
| 203 | الفرع الأول: حماية حياة الطفل وسلامته الجسدية..... |
| 203 | البند الأول: حماية حياة الطفل..... |
| 205 | أولا-تجريم الإجهاض..... |
| 207 | ثانيا-تأخير تنفيذ الحدود على الحوامل والمرضعات في الفقه الإسلامي..... |

| | |
|-----|---|
| 210 | ثالثا- الإجراءات الحمائية للحامل والمرضعة في إطار القانون..... |
| 211 | البند الثاني: حماية السلامة الجسدية للطفل..... |
| 211 | أولا- الحماية من أعمال العنف العمدية..... |
| 216 | ثانيا- الحماية من المواد الضارة بالصحة..... |
| 216 | الفرع الثاني: حماية الطفل من الإهمال الأسري والتشرد..... |
| 216 | البند الأول: حماية الوسط الأسري..... |
| 216 | أولا- تجريم إهمال الأسرة وعدم اعالتها..... |
| 221 | ثانيا- تجريم ترك الطفل وتعرضه للخطر..... |
| 223 | البند الثاني: حماية الطفل من ظاهرة التشرد..... |
| 223 | أولا- الوقاية من التشرد..... |
| 225 | ثانيا- الحماية الجنائية من التشرد..... |
| 227 | المطلب الثالث: حماية الطفل من أشكال الاستغلال..... |
| 227 | الفرع الأول: الحماية من الاستغلال الاقتصادي..... |
| 230 | البند الأول: تشغيل الطفل..... |
| 230 | البند الثاني: استغلال الطفل في التسول..... |
| 230 | أولا- تجريم التسول بمفهومه العام..... |
| 231 | ثانيا- تجريم التسول باعتباره شكلاً من الاتجار بالأشخاص..... |
| 232 | الفرع الثاني: حماية الطفل من اختطاف والاتجار به..... |
| 233 | البند الأول: حماية الطفل من الاختطاف وعدم تسليمهم لأوليائه..... |
| 233 | أولا- الوقاية من جرائم الاختطاف..... |
| 234 | ثانيا- الحماية من الاختطاف باستعمال العنف أو بدونه..... |
| 238 | ثالثا- عدم تسليم قاصر لمن له حق المطالبة به..... |
| 240 | رابعا- الاستعانة بالتقنيات الحديثة لمكافحة جرائم الاختطاف..... |

| | |
|--|--|
| 241 | خامسا-اتفاقية لاهاي الخاصة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي..... |
| 245 | البند الثاني: تجريم المتاجرة بالطفل وأعضائه..... |
| 245 | أولا-الاتجار بالطفل وتهريبه..... |
| 247 | ثانيا-تجريم الاتجار بأعضاء الطفل وأنسجته وخلاياه..... |
| 252 | الفرع الثالث: حماية الطفل من الاستغلال الجنسي وادمان المخدرات..... |
| 252 | البند الأول: الحماية من الاستغلال الجنسي..... |
| 252 | أولا-الحماية الدولية من الاستغلال الجنسي..... |
| 254 | ثانيا-الحماية من الاستغلال الجنسي في التشريع الجزائري..... |
| 262 | البند الثاني: الحماية من الإدمان على المخدرات..... |
| 263 | أولا-عدم المتابعة الجزائية للطفل وعلاجه من الإدمان..... |
| 264 | ثانيا-الحماية الجزائية للطفل من المخدرات والمؤثرات العقلية..... |
| الفصل الثاني: | |
| حماية الطفل خلال الحروب والنزاعات والاحتلال | |
| 267 | المبحث الأول: حماية الطفل خلال النزاعات المسلحة الدولية..... |
| 268 | المطلب الأول: حماية الطفل في إطار اتفاقية جنيف الرابعة ونظام المحكمة الجنائية الدولية..... |
| 269 | الفرع الأول: الحماية في حالة الحرب..... |
| 269 | البند الأول: تخصيص مواقع آمنة ومحايدة للأطفال..... |
| 269 | أولا-انشاء المناطق المحايدة..... |
| 269 | ثانيا-انشاء مواقع الاستشفاء والأمان..... |
| 270 | البند الثاني: اخراج الأطفال من مناطق الخطر والحصار..... |
| 271 | البند الثالث: جمع شمل الأطفال بأوليائهم وضمان اعالتهم..... |

| | |
|-----|---|
| 271 | أولا-العناية باليتامى وجمع شمل الأطفال المفترقين عن أهلهم..... |
| 272 | ثانيا-توفير الأغذية والأدوية للأطفال والحوامل..... |
| 273 | الفرع الثاني: حماية الأطفال في ضل الاحتلال..... |
| 273 | البند الأول: ضمان اعمالة الأطفال والعناية باليتامى..... |
| 274 | البند الثاني: حظر تفريق الأطفال عن أسرهم أو اصدار أحكام الإعدام بحقهم... |
| 275 | البند الثالث: تشجيع الافراج عن الأطفال وتأمين تغذيتهم وتعليمهم..... |
| 276 | الفرع الثالث: حماية الطفل في إطار نظام المحكمة الجنائية الدولية..... |
| 276 | البند الأول: اختصاص المحكمة الجنائية الدولية..... |
| 277 | البند الثاني: حماية الطفل من الإبادة والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب |
| 277 | أولا-الإبادة الجماعية..... |
| 278 | ثانيا-الجرائم ضد الإنسانية..... |
| 279 | ثالثا-جرائم الحرب..... |
| 282 | الفرع الرابع: حماية الطفل خلال الحرب في الفقه الإسلامي..... |
| 287 | المطلب الثاني: حماية الطفل في إطار البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف.... |
| 287 | الفرع الأول: الحماية العامة..... |
| 287 | البند الأول: تمييز المدنيين والاحتياط من آثار العمليات العسكرية..... |
| 287 | أولا-تمييز المدنيين العزل عن العسكريين..... |
| 288 | ثانيا-الاحتياطات ضد الهجمات العسكرية وآثارها..... |
| 290 | البند الثاني: انشاء المناطق الآمنة والحماية من القوى الخطرة..... |
| 290 | أولا-انشاء المناطق الآمنة ومنزوعة السلاح..... |
| 291 | ثانيا-الحماية من القوى الخطرة..... |
| 292 | الفرع الثاني: الحماية الخاصة للأطفال في البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف |
| 293 | البند الأول: المعاملة الاستثنائية للأطفال والحوامل..... |

| | |
|-----|--|
| 293 | أولا-الحث على مساعدة الأطفال والحوامل..... |
| 293 | ثانيا-حظر أحكام الإعدام على الحوامل والمرضعات..... |
| 294 | البند الثاني: الإغاثة والاجلاء من مناطق النزاع..... |
| 294 | أولا-أولوية الإغاثة للأطفال والحوامل..... |
| 295 | ثانيا-تنظيم اجلاء الأطفال من مناطق النزاع..... |
| 296 | الفرع الثالث: آليات تطبيق البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف..... |
| 296 | البند الأول: التنسيق بين أطراف النزاع واستحداث لجنة تقصي الحقائق..... |
| 296 | أولا-التنسيق لكشف الانتهاكات..... |
| 297 | ثانيا-تشكيل لجنة دولية لتقصي الحقائق..... |
| 298 | البند الثاني: العقوبات المترتبة على الانتهاكات..... |
| 298 | أولا-تصنيف الانتهاكات الجسيمة كجرائم حرب..... |
| 299 | ثانيا-المسؤولية الجزائية لانتهاك نصوص البروتوكول الأول لاتفاقيات جنيف.... |
| 300 | المبحث الثاني: حماية الأطفال خلال النزاعات غير الدولية واشكالية الأطفال المقاتلين.. |
| 300 | المطلب الأول: الحماية المقررة في البروتوكول الثاني لاتفاقيات جنيف والمادة الثالثة المشتركة بينها |
| 300 | الفرع الأول: البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقيات جنيف..... |
| 301 | البند الأول: الحماية العامة للأطفال خلال النزاعات غير الدولية..... |
| 302 | البند الثاني: الحماية الخاصة للأطفال خلال النزاعات غير الدولية..... |
| 302 | البند الثالث: المحاكمات الجنائية للأطفال خلال النزاعات غير الدولية..... |
| 303 | الفرع الثاني: حماية الأطفال في إطار المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف..... |
| 304 | المطلب الثاني: اشتراك الأطفال في القتال..... |
| 304 | الفرع الأول: موقف الفقه الاسلامي من مشاركة الأطفال في القتال..... |
| | الفرع الثاني: مشاركة الأطفال في القتال وفق البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات |

| | |
|----------------|---|
| 307 | جنيف |
| 309 | الفرع الثالث: مشاركة الأطفال في القتال وفق اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989.. |
| 310 | الفرع الرابع: البروتوكول الاختياري لاتفاقية الطفل بشأن اشتراك الأطفال في القتال.. |
| 311 | البند الأول: حظر التجنيد الاجباري للأطفال دون 18 سنة..... |
| 311 | البند الثاني: متابعة تنفيذ البروتوكول الاختياري الأول لاتفاقية حقوق الطفل..... |
| 315 | خاتمة..... |
| 321 | ملحقات..... |
| الفهارس | |
| 341 | أولا: فهرس الآيات..... |
| 345 | ثانيا: فهرس الأحاديث..... |
| 347 | ثالثا: قرارات المحكمة العليا الجزائرية |
| 353 | رابعا: قائمة المصادر والمراجع..... |
| 367 | خامسا: فهرس المواضيع..... |
| | ملخص الرسالة |
| | ملخص باللغة الإنجليزية |
| | ملخص باللغة الفرنسية |

ملخص الرسالة:

تقتضي الإحاطة بالنظام القانوني لحماية القاصر، دراسة الجوانب المدنية والجنائية لهاته الحماية في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، بالإضافة إلى بحث مظاهر الحماية الدولية في إطار كل من القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الانسان.

وعليه تضمن البحث التطرق إلى الإطار العام لحماية القاصر من خلال الفصل الأول من الباب المخصّص لدراسة مظاهر الحماية المدنية للقاصر، حيث استهللت الدراسة بالتطرق للمركز القانوني للطفل في الحضارات القديمة للوقوف على مكانته المتميّزة في تلك المجتمعات القديمة كالحضارة الرومانية والاعريقية والمصرية، أو عند اليهود والعرب الجاهليين، والمقارنة بينها وتحليل الأمر للوقوف على كيفية تطوّر المركز القانوني للطفل وصولاً إلى العصر الحديث، حيث نقف على مفهوم الشخصية

القانونية وكيفية تدرجها منذ الولادة إلى غاية بلوغ القاصر الرشد، ومفهوم الترشيد أو الإذن للقاصر، وذلك في دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وما ينص عليه التشريع الوضعي الداخلي والدولي، وبما أن الأسرة هي البيئة الطبيعية للنمو السليم للقاصر فقد خصصتها بدراسة آليات حمايتها سيما في إطار القانون الدولي لحقوق الانسان وكذا صلاحيات النيابة العامة الواسعة في هذا المجال، ليأتي بعدها دور عرض الحقوق الأساسية لهذه الفئة بداية بالحقوق المتعلقة بالشخصية القانونية كالاسم والتسجيل والجنسية، أو الحق في الحصول على التعليم الأساسي والخدمات الصحيّة، ووصولاً إلى الحق في الحضانة.

وتناول الفصل الثاني من الباب الأول، نظام النيابة الشرعية، كنظام قانوني يضطلع بمهمة الذود عن حقوق القاصر من خلال الولاية المالية والولاية على النفس حيث ينوب الولي عن القاصر في جميع التصرفات التي تؤول آثارها القانونية للقاصر في إطار رعاية مصالحه وخدمتها، إلى غاية بلوغه الرشد.

ولا يمكن الإحاطة بموضوع الدراسة دون التطرق إلى الأطفال ذوي المراكز القانونية الخاصة كاللقطاء وذوي الاحتياجات الخاصة، والمكانة التي أعطاها إياهم القانون الجزائري والدولي وقبل ذلك العناية الفائقة التي أحاطتهم بها الشريعة الإسلامية، سيما ما تعلّق بالرعاية البديلة للقطاء في إطار نظام الكفالة الذي تبناه قانون الأسرة الجزائري بطريقة أثارت جدلاً قانونياً وشرعياً، بالإضافة إلى عرض جهود دور الرعاية الحكومية في هذا المجال.

ولا تكتمل الدراسة دون تخصيص جزء منها إلى الحماية الجنائية للقاصر من خلال الباب الثاني، وذلك في الحالات العادية وحالة السلم من جهة، أو في حالات الحروب والاحتلال والنزاعات من جهة

أخرى، والبداية ببحث آليات ومبادئ حماية القاصر أثناء المتابعة القضائية في إطار ما يصطلح عليه بالجنوح، حيث تناولت الدراسة مفهوم الجنوح وتكييف مبدأ المسائلة الجزائية للطفل مع تدرج أهليته القانونية، والبحث في تفاصيل وخصائص التحقيق القضائي من حيث الجهات المكلفة به، والإجراءات الخاصة التي أقرها القانون 15-12 الخاص بحماية الطفل الذي تناول أيضا إجراءات المحاكمة وافادة القاصر الجانح من عدة امتيازات كتخفيف العقوبة أو استبدالها، فضلا عن الإجراءات الخاصة التي يخضع لها الطفل في مراكز الحماية وإعادة التربية والادماج.

ومن الآليات الجديدة التي استحدثها القانون 15-12، الهيئة الوطنية لحماية الطفل والصلاحيات العديدة التي حوّها القانون إياها، حيث تطرقت الدراسة إلى تلك الصلاحيات بشيء من التفصيل والتحليل، زيادة على شرح المعنى الموسّع لمصطلح الطفل في حالة خطر وفقا لقانون حماية الطفل 15-12 واتّساع صلاحيات قاضي الأحداث في هذه النقطة، وتقتضي الحماية الجنائية للقاصر بحث كفاءات حماية حقوقه الأساسية كالحق في الحياة والسلامة الجسدية من كل ما يهدّدها من أعمال عنف أو مواد خطيرة، وتتناول الحماية الجنائية أيضا رعاية الوسط الأسري من الأخطار المحدقة به، كالإهمال الأسري بجميع أشكاله أو بعض الظواهر الاجتماعية السلبية التي تنال من كرامة وسلامة الطفل كالتشرّد واستغلاله في التسوّل أو التشغيل غير المشروع.

وبسبب تنامي ظاهرة الاختطاف وأخذها أبعادا جديدة في المجتمع الجزائري، تطرقت من خلال هذا البحث إلى مختلف صور الاختطاف التي تناولها التشريع الداخلي والدولي، ومنها مفهوم الاختطاف المدني والاختطاف الجنائي، والمتاجرة بالأطفال وبأعضائهم، واستغلالهم لأغراض جنسية أو في تجارة المخدرات، وكيفية العناية بالأطفال المدمنين من الناحية القانونية والصّحية.

وقد أفردت الفصل الثاني من الباب الثاني، لحماية الطفل أثناء الحروب والنزاعات والحالات المشابهة، وهو مجال القانون الدولي الإنساني، حيث تناولت بشيء من التفصيل أغلب المواثيق والاتفاقيات الدولية في هذا المجال، بداية باتفاقيات جنيف الأربعة المعروفة وعلى الأخص الاتفاقية الرابعة منها التي خصّصت لحماية المدنيين خلال الحروب والنزاعات الدولية، والتي أقرت أحكاما عامة وأخرى خاصة توفّر أقصى درجة من الحماية للأطفال أثناء تلك الظروف الاستثنائية ومنها حالة الاحتلال، فضلا عن بحث جهود المحكمة الجنائية الدولية في هذا الإطار من خلال بحث اختصاص المحكمة ودورها في حماية الطفل من الانتهاكات التي تنال حقوقه، من جرائم الحرب والإبادة والجرائم ضد الإنسانية.

وذلك دون إغفال الإرث الفقهي الكبير للشريعة الإسلامية في مجال حماية الأطفال خلال الحروب، والسَّبق الذي حقَّقه مقارنة بالتشريعات الدولية الحديثة، بالإضافة إلى نصوص أخرى مكَّمة مثل البرتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف الصادر سنة 1977 الذي جاء كتحديث لما نصَّت عليه الاتفاقيات الأربعة سنة 1949، سيما أنه خصَّ فئة الأطفال والحوامل بحماية متميِّزة.

وخصَّصت الجزء الأخير من الفصل الثاني لدراسة وبمبحث البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقيات جنيف وكذا المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربعة، وهما الوثيقتان اللتان تناولتا القواعد الحقوقية الخاصَّة بالنزاعات المسلحة الداخلية أو غير الدولية، والتي تميِّز عن النزاعات الدولية بكونها تقع غالبا داخل إقليم الدولة ذاتها بين عدَّة أطراف متناحرة، وفي الأخير تطرقت إلى إشكالية الأطفال المقاتلين وكيفية معالجتها في الفقه الإسلامي ومختلف المواثيق الدولية.

القادر للعلوم الإسلامية

Summary

Understanding the legal system for the protection of minors, requires studying the civil and criminal aspects of that protection in Islamic jurisprudence and Algerian legislation, in addition to examining aspects of international protection in the international humanitarian law and in the international human rights law.

Accordingly, the research included studying the general framework for the protection of the minor through the first section of the chapter, devoted to studying the aspects of civil protection for the minor, Where the study began by studying the legal status of the child in ancient civilizations, to find out his distinguished position in those ancient societies such as the Roman, Greek and Egyptian civilizations, or among Jews and pre-Islamic Arabs, And comparing them and analyzing the matter to find out how the legal position of the child has evolved into the modern era, where study the concept of legal personality and how to graduate it from birth until the minor reaches adulthood, and the concept of emancipation or permission for the minor, in a comparative study between Islamic jurisprudence and what is stipulated in internal and international statutory legislation, and since the family is the natural environment for the healthy development of the minor, I have devoted it to studying its protection mechanisms, especially within the framework of The international human rights law, as well as the broad powers of the Public Prosecution office in this field, followed by the role of presenting the basic rights of this group, beginning with the rights related to the legal personality such as name, registration and nationality, or the right to obtain basic education and health services, and then to the right to custody.

The second section of the first chapter deals with the legal representation system, as a legal system that carries out the task of defending the rights of the minor through financial guardianship and guardianship over the soul,

whereby the guardian acts on behalf of the minor in all acts that have legal effects for the minor in the framework of caring for and serving his interests, until he reaches adulthood.

The subject of the study cannot be understood without add studying children with special legal positions, such as foundlings and those with special needs, and the position given to them by Algerian an international law, and before that the utmost care that Islamic law gave them, especially with regard to alternative care for foundlings within the framework of the "kaffala" system adopted by the Algerian family law In a way that sparked legal and Sharia controversy, in addition to presenting the efforts of governmental care homes in this field.

The study is not complete without allocating a part of it to the criminal protection of the minor through Chapter Two, in ordinary cases and peace on the one hand, or in cases of wars, occupation and conflicts on the other hand, beginning with examining the mechanisms and principles of protecting the minor during judicial follow-up within the framework of what is termed delinquency, Where the study dealt with the concept of delinquency and the adaptation of the principle of criminal responsibility for the child with the graduation of his legal capacity, and the study of the details and characteristics of the judicial investigation in terms of the bodies assigned to it, and the special procedures approved by Law 15-12 on the protection of the child, which also dealt with trial procedures and the benefit of a minor delinquent from several privileges Such as reducing or replacing the penalty, as well as special procedures that the child is subjected to in protection, re-education and reintegration centers.

Among the new mechanisms introduced by Law 15-12, is the National Authority for Child Protection and the many powers that the law conferred upon it, as the study dealt with these powers in some details and analysis, in

addition to explaining the expanded meaning of the term “child in danger” according to Child Protection Law 15-12 ,and the expansion for the powers of the juvenile judge at this point, the criminal protection of the minor requires looking into ways to protect his basic rights, such as the right to life and physical integrity from all threats of violence or dangerous materials, and the protection from Negative social phenomena that affect the dignity and safety of the child, such as homelessness and his exploitation in begging or illegal employment.

Due to the growing phenomenon of kidnapping and its taking on new dimensions in Algerian society, through this research I touched upon the various forms of kidnapping that have been dealt with by internal and international legislation, including the concept of civil and criminal kidnapping, trafficking in children and their organs, exploitation of them for sexual purposes or in the drug trade, and how to take care of children addicted from Legal and health aspects.

I have devoted section Two of Chapter Two, to protect children during wars, conflicts and similar situations, which is the field of international humanitarian law, as I dealt in some detail with most of the international conventions and agreements in this field, beginning with the four well-known Geneva Conventions, in particular the fourth of them that was devoted to the protection of civilians during Wars and international conflicts, which have approved general and other special provisions that provide the maximum degree of protection for children during these exceptional circumstances, including the state of occupation, as well as examining the efforts of the International Criminal Court in this regard, by examining the jurisdiction of the court and its role in protecting the child from violations of his rights, Of war crimes, genocide and crimes against humanity.

All that without neglecting the great jurisprudential legacy of Islamic law in the field of protecting children during wars, and the precedent it has achieved compared to modern international legislation, in addition to other complementary texts such as the First Additional Protocol to the Geneva Conventions issued in 1977, which came as an update of what was stipulated in the four conventions in 1949, especially as it is Specify the category of children and pregnant women with special protection.

The last part of Chapter Two was devoted to the study and research of the Second Additional Protocol to the Geneva Conventions, as well as Article Three common to the four Geneva Conventions, which are the two documents that deal with the human rights norms of internal or non-international armed conflicts, which are distinguished from international conflicts in that they often occur within the territory of the same state between several Conflicting parties, In the end, it touched upon the problem of child fighters and How to treat it in Islamic jurisprudence and the various international conventions.

مركز
الدراسات
والتحليلات
الاسلامية
مركز
الدراسات
والتحليلات
الاسلامية

Résumé:

Afin de pouvoir couvrir l'étude de la protection juridique du mineur, il fallait étudier tous les aspects civils et pénaux de cette protection, mais aussi la protection du mineur dans le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire, tout en comparant avec la doctrine islamique.

Pour ce, cette étude débute par analyser le cadre général de la protection du mineur, et le statut juridique qu'il occuper dans les anciennes civilisations, tel la civilisation romaine ou grecque ou bien égyptienne, aussi chez les juifs et les arabes avant l'ère de l'islam, et ce pour comparer et analyser la façon dans laquelle le statut du mineur s'est développé jusqu'au jour d'aujourd'hui, dans le but de constater la détermination de la personnalité juridique du mineur, en comparaison avec la doctrine islamique (chariaa) et la législation nationale et internationale.

En tenant compte que la famille et le milieu naturel pour la croissance de l'enfant, je lui ai consacré l'étude des moyens de sa protection, surtout dans le cadre du droit internationale ainsi que le rôle important du parquet dans ce conteste, sans négliger pour autant de démontrer les droits basiques du mineur, en commençant par ce qui concerne la personnalité juridique et la registration ou la nationalité, ou bien le droit de s'éduquer et le droit à la santé ou autres.

D'autre part, cette étude a pris en compte le system de la représentation légale du mineur, et ce par analyser tous les aspects de la tutelle juridique qu'impose la loi pour veiller sur les intérêts personnelles ou financiers de l'enfant.

Il fallait aussi d'autre part, effectuer une étude détaillée des cas des enfants aux statuts juridiques particuliers ; comme les enfants handicapés ou les enfants aux parents inconnus, pour connaître l'intérêt qu'a

portée la doctrine islamique dans ce contexte-là ainsi que le droit algériens et internationale.

Et Pour connaître les aspects de la protection pénale, j'ai consacré la première partie à la protection que procure la loi dans l'état normale et l'autre partie à l'état de guerre et d'occupation, en commençant par les moyens de la poursuite judiciaires des délinquants, et les procédures spéciales dans le loi 15/12 relative à la protection de l'enfant, aussi les procédures du jugement du mineur et de sa détention dans les centres spécialisés dans la même législation.

Cette étude a aussi analysé une nouvelle institution chargée de protéger et promouvoir l'enfance créée par La loi 12-15 qui, et présidée par le commissaire nationale de la protection de l'enfance, qui détient de vastes autorités pour accomplir sa mission.

La protection pénale inclut aussi les droits principaux de l'enfant, comme le droit de vivre et de sa sérénité physique de tous ce qui la menace, aussi la protection du milieu familiale de tous les fléaux sociaux qui peuvent nuire à l'enfant.

En ce qui concerne l'état de guerre, l'étude a démontré les détails et moyens de la protection de l'enfant dans le cadre du droit humains internationale, spécialement la 4^{ème} convention de Genève relatives à la protection des civils pendant la guerre, mais aussi ce qui concerne les efforts de la cour pénale internationale, pour préserver la vie de l'enfant des crimes contre l'humanité, crimes de guerre et génocides, tout en éclairant la richesse et le rôle imminent de la doctrine islamique dans ce contexte là.

D'autre part, l'étude explique et démontre les moyens de la protection de l'enfance dans des circonstances pareilles à la guerre, comme les instabilités et différents armés internes dans le sujet et traité par le deuxième protocole additionnel aux conventions de Genève de 1977 qui vient pour

actualiser les conventions de 1949 ; et le troisième article communs des conventions de Genève.

Alors que La dernière parti de l'étude a été marqué par la problématique des enfants combattants, et les solutions qu'a prévu le droit internationale pour préserver les enfants de ses effets néfastes, mais aussi de l'intérêt qu'a démontrer la doctrine islamique pour résoudre cette problématique.

الأستاذ
عبد القادر القادر
للعلوم الإسلامية