الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف - المسيلة

كلية الحقـــوق و العلـــــوم السياسية

قسم : الحقوق

رقم: .....

ميدان: الحقـــوق و العلـــــوم السياسية

فرع: القانون الخاص

تخصص: أحوال شخصية

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمـــي

إعداد الطالب(ة): الطيب حديد

تحت عنوان

الحماية الجنائية للطفل المحضون

لجنة المناقشة:

د.ذبيح حاتم	جامعة المسيلة	رئيســـا
د.لجلط فواز	جامعة المسيلة	مشرفا و مقررا
أ.ميرة وليد	جامعة المسيلة	مناقشا

السنة الجامعية: 2019/2018

شكر وعرفان

نحمد المولى العلي القدير على توفيقه وعونه لنا في اتمام هذا العمل المتواضع

وإنه لشرف لي أن أتقدم بخالص الشكر والتقدير لأستاذي الفاضل **دكتور بن سعدي موسى** الذي تفضل بالإشراف على هذه المذكرة، وقدم لي يد العون والمساندة، ولم يبخل علي بوقته وجهده، فكان لإرشاداته الأثر الكبير في انجاز هذا العمل.

كما أتوجه بشكري الى الذين أفادوني بنصائحهم القيمة والذين زودوني بالمادة العلمية.

كما أتقدم بشكري لمكتبة **روان للخدمات الجامعية** وعلى رأسها الزميل **عبد المنعم بركاتي** الذي سهر على إنجاز هذا العمل وإخراجه على هذه الحلة.

إهداء

أهدي عملي هذا إلى كل من ضحى بحياته من أجل الجزائر

إليكَ بلادي

إلى كل شمعة احترقت من أجل العلم

إلى من يداه التي لطالما داعبت رأسي بالحنان ، عيناك اللتان أستقي منهما كل الحب والأمان، كلماتك التي تشعرني بالطمأنينة والتي هي راسخة في عقلي على مر الأزمان، يا سعيدا أسعدني ، بحل سرورا أتغلب به على دنيا الامتحان، أبي اليكَ، أهدي ما أسميه جهد أعوام، أبي اهديكَ كل الحب، لأنكَ كنت لي الأحباب والخلان، قدمت لي الناصح والمرشد والربان

إليكَ أب العزيز

إلى من يسألوني عليهما أقول هي التي تقف حارسا في منامي، هي التي سهرت إذا ما السقم ابتلاني، هي التي تمسح الدمع اذا ما الحزن غزاني، هي التي تفرح إذا ما السرور حياني، هي بكل بساطة من كرمها الله في الذكر القرآني، اليكَ يا حاملة همي وأحزاني، أعذريني لأن هذه الأسطر لا تكفي لكي أشكركَ

إليكِ انت أمي العزيزة

إلى إخوتي وأخواتي وكتاكيت العائلة

إلى كل الأحباب والأصدقاء الذين كانوا نعم السند ، ولم يبخلوا علي بالدعم، إلى من ساروا معي الدرب خطوة بخطوة عبد المنعم بركاتي، محمود يحوي، محسن سهيلي،بوزيد صدام، السعيد حاجي، العماري حاجي، صدام خزاري،حاجي زكي،بن سعيد منير،العقون توفيق،العقون عبد الغني،العقون حسام،شواطح صدام

إلى كل من جمعني بهم قسم واحد ومدرج واحد

إلى كل من وسعتهم ذاكرتي ولم تسعهم مذكرتي

الطيب حديد

مقدمة

لا شك أن الطفولة هي زينة الحياة الدنيا وعماد المستقبل، فأطفال اليوم هم رجال وأمهات الغد، و هم ثروة هذه الأمة و الأمل المنشود الذي تطلع إليه في تحقيق ما تصبوا إليه من الأهداف العظام في المستقبل 1، و يكفي لبيان أهميتهم أن المولى عز و جل قد أقسم بهم حيث قال " لا أقسم بهذا. البلد و أنت حل لهذا البلد ووالد و ما ولد".

وتعد الطفولة أولى مراحل الحياة، و أولى خطاها نحو التكامل و التسامي، و هي مرحلة أساسية و مهمة في التكوين و التقويم، حيث يتم فيها إعداد الطفل و تأهيله، ليستقبل مراحل عمره المقبلة بإدراك قوي و بعقلية أنضج و بمعلومات أوضح.

ومن الثابت أن حالة الأطفال تختلف عن حالة شرائح المجتمع الأخرى، فالأطفال لا يشكلون خطرا فكريا أو أمنيا على الدولة، ولا يهددون كيانها، و ليست لهم أصوات يؤثرون فيها على الاتجاهات السياسية والاقتصادية والاجتماعية في الدولة، فهم أكثر الشرائح حاجة إلى الاهتمام والرعاية.

إزاء الأهمية الكبرى للطفولة على النحو السابق إيضاحه، فإن رعايتها و إحاطتها بالضمانات ليس واجبا وطنيا فحسب، و إنما هو مبدأ أخلاقي و إنساني، على طريق تحرير الإنسان الذي هو غاية الحياة و منطلقها و إيمانا منها على أهمية هذه اللبنة المستقبلية للمجتمع، فقد عنيت النظم الاجتماعية والقانونية للمجتمعات الإنسانية على مدى التاريخ بالاهتمام بالطفولة ورعايتها، وذلك طوال رحلة العطاء الإنساني التي اهتدى فيها بكل الفضائل الأخلاقية وبالعقائد والأديان السماوية التي تعاقبت على التواجد الإنساني.

وكان هذا الاهتمام من منطلق القوة والعزة والتباهي بالأبناء زينة الحياة الدنيا، والحرص على التواصل والتوارث بين الأجيال، وقد رسمت هذه المرجعيات صورة متكاملة لحقوق الأطفال في مراحل نموهم وحتى بلوغهم النضج سواء بالنسبة لمسئولية الوالدين أو المجتمع تجاه الالتزام بهذه الحقوق وحمايتها ومساءلة غير المحافظين عليها. ثم تواصلت هذه الجهود في إطار المجتمع الدولي وتضافرت مع المعطيات العلمية والاجتماعية والخبرات الوطنية لتقدم للبشرية العديد من الوثائق المعنية بالطفولة والتي باتت مصدرا ومرجعا للجهود الوطنية في هذا المجال.

مبدئيا فإن الاهتمام بحقوق الأطفال تعود إلى القوانين القديمة مثل قانون حمو رابي وكذلك بعض الشرائع السماوية كالشريعة الإسلامية، حيث نجد أن هذه الأخيرة قد أقرت للطفل مجموعة من الحقوق كحقه في الحياة و النسب، و الحق في الاسم، و في الرضاعة، والحضانة، و الإرث، وغير ذلك من الحقوق التي لا تسع أسطر هذه المذكرة إحصاءها، و هذا إن دل على شيء فإنما يدل على عظمة الإسلام و تأكيده على احتواء حقوق الإنسان التي عدها شيئا يلازم احترام آدميته و كرامته.

أما من الناحية الدولية، فإن حقوق الطفل قد عرفت نشأة تدرجية. نجد أن هذا الاهتمام بدأ مع إنشاء عصبة الأمم عام 1919 ، حيث نصت المادة من النظام الأساسي لها على تعهد الدول الأعضاء بالسعي إلى توفير و ضمان ظروف عادلة لعمل و إنسانية الرجال و النساء والأطفال في بلادهم، و في البلدان الأخرى التي تمتد إليها علاقاتهم التجارية و الصناعية سواء بسواء.

إن هذا الاهتمام الذي حظي به الطفل على الصعيد الدولي أو الإقليمي له ما يبرره، إذ من المتفق عليه أن الطفل يعاني من ضعف قدرته الجسمانية والعقلية إذا ما قورن بالشخص البالغ، الأمر الذي يسهل على من تسول له نفسه ارتكاب جريمة ضده أن يقدم عليها دون أن يخشى فشله في ذلك.

لذلك بادرت الدول إلى تجسيد هذه الاتفاقيات و المواثيق في نصوصها الداخلية من أجل توفير حماية أوفر. على أن التشريعات حينما تحمي الطفل فأنها لا تصون مستقبله وتعزز ديمومة حياته فقط وإنما تعزز ديمومة المجتمع وتطوره باعتبار أن الطفل اليوم رجل المستقبل من هنا كان هم التشريعات المعاصرة على الصعيدين الداخلي والدولي توفير جميع أشكال الحماية للطفل ضمانا لمستقبل أفضل له.

و لم تحد إرادة المشرع الجزائري عن هذا المنحى، فقد كرس النص على حقوق الطفل في أسمى القوانين، حيث نجد المادة 58 من الدستور تنص على أن " تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع"، فالطفل يحتاج إلى استقرار أسري الذي يعتبر المحضن الأول له، ثم انتقلت هذه الحماية إلى فروع القانون الأخرى كالقانون المدني و قانون الأسرة.

إلا أن الذي يهمنا في هذه الدراسة هو مكانة الطفل في فرع آخر لا يقل أهمية عن سابقيه هو القانون الجنائي، ذلك لأن الديمومة والاستمرار لا يمكن أن تتحقق بالحماية في الجانب الحقوقي وحده بل لابد من مكمل لها وهو الحماية في الجانب الجزائي. و ذلك هو المبتغى من هذه البحث الذي يهدف إلى دراسة مجمل النصوص سواء الموضوعية أو الإجرائية التي عنيت بحماية الطفل.

وتستهدف الحماية الجنائية الموضوعية تتبع الأنشطة ذات العلاقة بالمصلحة المراد حمايتها، وذلك بجعل صفة الطفولة عنصرا تكوينيا في التجريم، أو بجعلها ظرفا مشددا للعقاب. كما تستهدف الحماية الإجرائية تقرير ميزة إجرائية تأخذ شكل استثناء على انطباق كل أو بعض القواعد الإجرائية العامة في حالات خاصة يستلزم تحقيق المصلحة فيها تقرير تلك الميزة، وذلك إما باستبدال قاعدة إجرائية بأخرى، أو بتعليق انطباق القاعدة الإجرائية على قيد أو شرط، وإما أخيرا بتعديل مضمون القاعدة الإجرائية.

إن الحالة النفسية للطفل لا يشبعها إلا حنان الوالدين، إلا أنه كثيرا ما تكون العلاقة الزوجية مهددة بالانحلال و هو ما من شأنه طرح إشكالية حضانة الطفل . هذه الأخيرة اتفق الفقهاء على أنها واجبة و على أن الأم لها الأسبقية في حضانة مولدها كلما توافرت فيها الشروط الشرعية والقانونية التي ورد النص عليها في أحكام الشريعة الإسلامية، و التي لخصها قانون الأسرة الجزائري في مصطلح واحد هو أن تكون في أسبقية حضانة الأم مصلحة للطفل حيث تنص المادة 64 من قانون الأسرة على " **الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الاب، ثم الجدة لام، ثم الجدة لاب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة م لحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد ا ضانة أن يحكم بحق الزيارة...**" و من بين اجتهادات المحكمة العليا في هذا المجال " من المقرر قانونا و شرعا أن الحضانة تسند على أساس مصلحة المحضون، و أن إسنادها لأم ثبت أنها تقيم في بلد أجنبي بعيدا عن أبيهم يعد خطأ في تطبيق القانون و الاجتهاد القضائي"

ومن هنا نطرح الإشكال التالي:

"ما هي طبيعة ا ماية الجنائية للطفل المتعلقة بحق ا ضانة؟"

وللإجابة عن هذا الإشكال نطرح العديد من الأسئلة الفرعية:

- ما هو مفهوم الطفل في الشرع والقانون؟
- ما هي الحماية الجنائية للطفل؟
- ما هو مفهوم الحضانة والجرائم المترب عنها؟
- ما هي على الأحكام الجنائية المرتبطة بالحضانة؟

أسباب اختيار الموضوع:

- الامتثال لموضوعات التخصص.

- لأن الموضوع يمس قضية قريبة من واقعنا في المجتمعات.

- إظهار اهمية الحضانة بالنسبة للطفل.

- تبين الاصلح للطفل في ما يختص بالحضانة.

- توضيح الاحكام القانونية والشرعية المتعلقة بالموضوع «الحضانة »

المنهج المتبع:

و فيما يخص المنهج المتبع في معالجة الموضوع، فقد ارتأينا الاعتماد على منهج مركب بين الاستقراء والتحليل، حيث يهدف الأول إلى إحصاء مجمل النصوص التي تناولت الطفل بصفته ضحية أو حدثا أو معرضا للانحراف، بينما يهدف الثاني إلى تحليل هذه النصوص القانونية و الآراء الفقهية و ما تقتضيه هذه الأحكام من ملاحظات تثري موضوع البحث.

الخطة البحث:

للإجابة حول الاشكالية المطروحة اعتمدنا على خطة بحث مقسمة إلى فصلين حيث كان الفصل الأول عبارة عن إطار مفاهيمي للراسة (الطفل، الحضانة، الجنائية)، أما الفصل الثاني فقد أبرزنا فيه العلة من الحماية الجنائية للطفل، والجرائم الجنائية المرتبطة بالحضانة.

الصعوبات:

و قد تخللت فترة إعداد هذه الدراسة بعض المشاكل التي قد يواجهها أي باحث، وأخص بالذكر هنا قلة المراجع المتخصصة في هذا المجال، حيث أن أغلب الدراسات انحصرت في مادة جنوح الأحداث، أو المعالجة العامة التي تتسم بها المراجع الخاصة بشرح قانون العقوبات، كما لاحظنا وجود قصور كبير في دراسة الأطفال الذين هم في خطر معنوي رغم ما تكتسيه هذه الفئة من أهمية، بالإضافة إلى صعوبة الوصول إلى الإحصائيات و الأرقام الرسمية التي تثري البحث.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي

المبحث الأول: مفهوم الطفل في مختلف العلوم

تمهيد:

قبل إعطاء تعريف لمدلول الطفل من الناحية القانونية، حري بنا الوقوف عند مدلول الطفل في مختلف العلوم، وإن بيان ذلك سيعين على الفهم وسيزيل اللبس خصوصا مع الألفاظ المستخدمة للدلالة على الطفل، وهذا من خلال المطالب الثلاثة، حيث نتناول في المطلب الأول التعريف اللغوي للطفل، وفي المطلب الثاني تعريف الطفل في الشريعة الإسلامية، وفي المطلب الثالث تعريف الطفل في علمي النفس والاجتماع.

المطلب الأول: مفهوم الطفل في اللغة العربية والفقه الإسلامي

الفرع الأول: مفهوم الطفل في اللغة العربية

الطفل: جمع أطفال؛ أي الصغير، ومؤنثه طفلة، والطِّفل بكسر الطاء: المولود أو الوليد حتى البلوغ [(1)]، ففي القرآن الكريم قال الله تعالى: (ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلاً ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ) (سورة الحج: الآية 05)، وفيه الطفل الصغير. كما قال عز وجل: (الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاء) .((سورة النور: الآية 3.

ويمكن أن يقال أيضا في اللغة العربية إن كلمة الطفل تعني الصغير من كل شيء، الصبي يدعى طفلا حين يسقط من بطن أمه إلى أن يحتلم [(2)]، وكذلك أول الليل طفل وأول النهار طفل والوقت قبيل غروب الشمس أو بعد العصر إذا طفلت الشمس للغروب. ولفظ الطفل يطلق على الحدث أو الصبي النشء أو صغير السن [(3)].

---

1 - إبراهيم مصطفى وأحمد حسن الزيات، المعجم الوسيط، ج 2، مجمع اللغة العربية، 1985 م، ص 56.

2 - أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، المجلد الثاني، عالم الكتاب، القاهرة 1429 هـ، 2008 م، ص 1405.

3 - أبو الفضل محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 1414 هـ، 11.

الفرع الثاني: مفهوم الطفل في الفقه الإسلامي

تعتبر الطفولة من أهم مراحل حياة الإنسان، لذلك اعتنى الإسلام بها، وأولاها أهمية بالغة لتنشئة الطفل تنشئة حسنة، كما اهتم الفقهاء بدراسة أحكام صغار السن.

وإذا استقرأنا كتب الفقه الإسلامي نجد هنالك اتجاهين، الاتجاه الأول يرى أنَّ مرحلة الطفولة تبدأ بتكوين الجنين في بطن أمه وتنتهي بالبلوغ، والاتجاه الثاني يرى أن المقصود بالطفل هو المولود الذي انفصل عن أمه نهائيا، ولا يمتد هذا المدلول ليشمل المرحلة الجنينية، وذهب إلى هذا غالبية الفقهاء في الشريعة، واستدلوا بما ورد في القرآن الكريم.

وبالرجوع إلى النصوص القرآنية لتوضيح نقطة البدء، فإن سورة الحج جاءت لتبين أن لفظ الطفل يطلق على المولود وليس الجنين؛ أي أن الطفولة تبتدئ بالميلاد [1]، أما قبل ذلك فهو الجنين فقد قال الله تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنْ كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِنْ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِنْ مُضْغَةٍ مُخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لِنُبَيِّنَ لَكُمْ وَنُقِرُّ فِي الأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلاً ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ وَمِنْكُمْ مَنْ يُتَوَفَّى وَمِنْكُمْ مَنْ يُرَدُّ إِلَى أَرْذَلِ الْعُمُرِ لِكَيْلا يَعْلَمَ مِنْ بَعْدِ عِلْمٍ شَيْئاً وَتَرَى الأَرْضَ هَامِدَةً فَإِذَا أَنزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ وَأَنْبَتَتْ مِنْ كُلِّ زَوْجٍ بَهِيجٍ) (سورة الحج: الآية 05)

ويعتبر البلوغ في الفقه الإسلامي البلوغ الطبيعي ببلوغ النكاح بأن تظهر في الغلام مظاهر الرجولة والقدرة على النكاح، وفي الأنثى الحيض والاحتلام والحبل، فإذا لم يظهر شيء من هذه العلامات الطبيعية على الطفل فقد أجمع الفقهاء على تحديد سن معينة كنهاية لمرحلة الطفولة، بيد أنهم انقسموا فيما بينهم حول معيار السن، حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى اعتماد سن الخامسة عشر عاما كنهاية لمرحلة الطفولة، واستندوا في ذلك إلى حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه قال [2]: (عِرضت على النبي صلَّى اللهُ عليه وسلم يوم بدٍ ر وأنا ابن ثلاث عشرَة سنَّة فلم يجزني في المقاتلة، وعرضت عليه يوم ُأحد وأنا ابن أربع عشرَة سنَّة فلميجزني في المقاتلة، وعِرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرَة سنَّة فأجازني في المقاتل) [3].

هذا وبالرجوع إلى قواعد الشريعة الإسلامية نجد أنها قد نصت على أحكام تختلف باختلاف المراحل التي يجتازها الإنسان من يوم ولادته حتى بلوغه سن البلوغ، وهي ثلاثة كالآتي [4]:

1 – حمدي رجب عطية، المسؤولية الجنائية للطفل، دار النهضة العربية، مصر، 2000 م، ص 149.

2 – ناصر زيد حمدان المصالحة، الحماية الجنائية للأطفال الجان ي عليهم، رسالة الماجستير، الجامعة الأردنية، 2009 م، ص 13.

3 – أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003 م، الحديث رقم . 11302، 92/6.

4 – عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء الأول، دار الكتاب العربي، بيروت، د.س، ص 601.

المرحلة الأولى: هي مرحلة انعدام الإدراك، ويسمى الطفل فيها بالصغير غير المميز، وتبدأ هذه المرحلة بولادة الصغير وتنتهي ببلوغه سن السابعة، ويعتبر خلالها إدراكه منعدما، فإذا ارتكب جريمة لا يسأل جنائيا عنها، ولا يعاقب عليها، ولا يتخذ في شأنه إجراء تأديبي، ولكن إعفاءه من المسؤولية الجنائية لا يعفيه من المسؤولية المدنية؛ فهو مسؤول في ماله الخاص عن تعويض أي ضرر يصيب به غيره في ماله أو نفسه.

المرحلة الثانية: هي مرحلة الإدراك الضعيف، وتبدأ ببلوغ الصغير السابعة من عمره وتنتهي بالبلوغ، ويحدد عامة الفقهاء سن البلوغ بخمسة عشر عاما أو ثمانية عشر عاما على رأي الإمام أبي حنيفة ومشهور مذهب الإمام مالك كما ذكرنا آنفًا، فإذا بلغ الصغير هذه السن اعتبر بالغا حكما ولو لم يبلغ فعلا، والصغير خلال هذه المرحلة يعتبر ضعيف الإدراك، ولا يسأل عن جرائمه مسؤولية جنائية، فلا يحد إذا ارتكب جرائم الحدود، ولا يقتص منه إذا قتل أو جرح، وإنما يسأل مسؤولية تأديبية فيؤدب على ما يأتيه من جرائم.

ولم تحدد الشريعة العقوبات التأديبية، وتركت لولي الأمر أن يحددها على النحو الذي يتراءى له، كالتوبيخ أو الضرب أو تسليم الصبي لوالديه أو لوصيه أو بوضعه في إصلاحية أو بوضعه تحت مراقبة خاصة، إلى غير ذلك من الوسائل التي تؤدي إلى تأديبه(1).

المرحلة الثالثة: هي مرحلة الإدراك التام، وتبدأ ببلوغ الصغير سن الرشد؛ أي ببلوغه العام الخامسة عشر من عمره على رأي عامة الفقهاء –كما ذكرنا آنفًا –، وخلال هذه المرحلة يكون الإنسان مسؤولا جنائيا عن جرائمه أيا كان نوعها، فيحد إذا ارتكب أيا من جرائم الحدود، ويقتص منه إذا قتل أو جرح، ويعزر بكل أنواع التعزير [1].

المطلب الثاني: مفهوم الطفل في القانون

منذ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان تبنت الأمم المتحدة العديد من الصكوك الدولية الملزمة قانونا لتعزيز تلك الحقوق. وتستخدم هذه المعاهدات كإطار لتطبيق مبادئ حقوق الإنسان. وتلزم هذه الصكوك الدول الأطراف بتنفيذ المبادئ والحقوق التي أوردها. كما أرسى الإطار العام أيضا قوانينا وصكوكا أخرى تخضع الحكومات للمساءلة في حالة انتهاكها لحقوق الإنسان.

وتحديد المرحلة الزمنية في عمر الكائن « الطفل » ومن هذا المنطلق فإن تحديد المقصود بمصطلح البشري المسماة بالطفولة يكتسي أهمية كبيرة من الناحية القانونية، تتجاوز مجرد المدلولات اللفظية أو المناقشات الفقهية، فالحقيقة أن

[1] – سعيد حوى، الإسلام، شركة الشهاب للنشر، الجزائر، 1988 م، ص 605.

2– أبو الفضل محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 1414 هـ، 11.

تحديد المقصود بالطفل يرتبط بمجموعة متنوعة من الالتزامات، يتحملها والدا الطفل ومن يقوم على رعايته وكذا سلطات الدولة المعنية.

وهذا ما نحاول إبرازه في هذا المبحث، حيث نتطرق إلى مفهوم الطفل في المعاهدات الدولية، وهذا في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني نتطرق إلى مفهوم الطفل في التشريع.(2)

الفرع الأول: مفهوم الطفل في المعاهدات الدولية

قبل إصدار اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 م عن طريق الجمعية العامة للأمم المتحدة لم تكن هناك معاهدات دولية أو حتى عرف دولي مستقر بشأن تعريف مصطلح الطفل وتحديد مفهومه، فبالرغم من اهتمام القانون الدولي العام بحقوق الطفل وإيجاد وسائل تضمن هذه الحماية إلاَّ أنَّ تعريف الطفل صار طوال هذه السنوات والعقود غير موجود.

وغداة الاحتفال بالذكرى السنوية الثلاثين لإعلان حقوق الطفل في 20-11- 1989 م اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة اتفاقية حقوق الطفل (Convention on the rights of the child) التي أعدت مشروعها لجنة حقوق الإنسان، ودخلت الاتفاقية حيز التنفيذ في 1992/9/2 بتصديق عشرين دولة عليها، وفي 1997/2/24 بلغ عدد الدول التي صادقت على الاتفاقية 189 دولة.

والاتفاقية تشكل الإطار القانوني العالمي الذي يهدف إلى توفير حماية مصلحة الطفل الفضلى مهما كانت الظروف، وذلك باتخاذ الإجراءات المناسبة لضمان تنميته بشكل صحي وطبيعي على الصعيد الجسمي والعقلي والخلقي والروحي والاجتماعي دون أي تمييز، وفي إطار احترام الحرية والكرامة.

وما يلاحظ على هذا التعريف أنه أخذ فيه الاتجاه الذي يميل إلى رفع سن الطفولة إلى الحد الأقصى، بما أنَّ الاتفاقية أوضحت في ديباجتها وجوب مراعاة تقاليد الشعوب وقيمها الثقافية لحماية الطفل؛ لذلك فقد جعلت الحد الأقصى لسن من يعتبر طفلا بما ينص عليه التشريع الوطني لأ ي دولة طرفا بهذا الخصوص، فلو افترضنا أن سن الطفولة في قانون دولة ينتهي قبل تلك السن المحددة في الاتفاقية فإنَّ الاعتبار يكون طبقًا لقانون تلك الدولة، وهو ما نصت عليه المادة الأولى من الاتفاقية، وفي غير هذه الحالة لا يجوز لأي دولة لم تحدد سن الرشد قبل التوقيع على الاتفاقية أن تحدد سنا أقل مما هو منصوص في الاتفاقية بعد ذلك، وإلاَّ اعتبر انتهاكا للاتفاقية [1].

الفرع الثاني: مفهوم الطفل في التشريع الجزائري والقانون المقارن

[1] – سمر خليل محمود عبد الله، حقوق الطفل في الإسلام والاتفاقيات الدولية –دراسة مقارنة –، رسالة الماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2003 م، ص 159.

يقصد بالطفولة اصطلاحا -كما سبقت الإشارة إليه – أنها المرحلة التي يعتمد فيها الطفل على غيره في تأمين متطلباته الحياتية، وكلما كانت المجتمعات بدائية وفقيرة كانت مرحلة الطفولة قصيرة [1]، هذا كما تباينت التشريعات المعاصرة في استعمالا للاصطلاح المعبر عن شخص الصغير الذي لم يصل بعد إلى بلوغ سن الرشد الجنائي أو سن تحمل المسؤولية، فنرى أنه استعمل لفظ الطفل، واستعمل لفظ الحدث، واستعمل لفظ الصبي والقاصر والناشئ [2]، كما أن هناك من رجال الفقه القانوني من اعتمد معيارين في تعريفه للصغير:

أولا: المعيار العضوي في تعريف الطفل

يهتم المعيار العضوي بالخصائص البيولوجية لجسم الطفل، فيعد طفلا من يتميز جسمه بخصائص معينة [3]، ويصبح بالغا إذا ظهرت عليه خصائص جسمية معينة، كالاحتلام عند الرجال، وظهور ثدي البنت، وبدء الدورة الشهرية عندها.

ثانيا: المعيار العمري في تعريف الطفل

هو المعيار الذي يأخذ بالسن بدلا من الحالة الجسمية وذلك وقت ارتكاب الجريمة، وبالتالي يحتاجإلى تحديد تاريخ ميلاد الطفل لمعرفة ما إذا كان طفلا أولا.

وبالمقارنة بين المعيارين يمكن القول إنَّ المعيار العضوي يتميز بالمميزات التالية:

1. معيار واقعي.
2. أسهل للتعرف عليه من خلال الخصائص والملامح البيولوجية.

لكن بالرجو إلى التشريعات نجد أنها تعتمد المعيار العمري؛ بعلَّة أنَّ المعيار العضوي لا يعكس دائما تطور الشخصية، فقد تظهر الخصائص البيولوجية للطفل كالبالغ ولكونه غير ناضج، فسنه العقلي يتأخر عن سنه العضوي كما يظهر من سيماته البيولوجية [4].

غير أنَّ المعمول به غالبا هو معيار السن لبيان من يصدق عليه وصف الطفل، لذا تعتبر بعض الدول أنَّ مرحلة الطفولة تبدأ منذ لحظة ميلاده، في حين تعتبر أخرى من لحظة الحمل ووجود الجنين في رحم أمه، كما تنهي بعض الدول مرحلة الطفولة ببلوغ الطفل سنا معينة [5] في حين اختلفت التشريعات الوضعية في تعريفها للطفل واختلاف

---

[1] – هداية الله أحمد الشاش، موسوعة التربية العلمية للطفل، دار السلام، القاهرة، ص 27.

[2] – مفتاح أبوبكر المطروى، تطويع الإجراءات الجنائية لجرائم الأحداث، رسالة دكتوراه (غير منشورة)، الإسكندرية، 1997 م، ص 12 / حسن الجوخدار، قانون الأحداث الجانحين، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1992 م، ص 3.

[3] – عمر الفاروق الحسيني، انحراف الأحداث –المشكلة والمواجهة –، مطبعة الإيمان، د.م، 1995 م، ص 42.

[4] – عمر الفاروق الحسيني، المرجع السابق، ص 44.

[5] – شريف سيد كامل، الحماية الجنائية للأطفال، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001 م، ص 10.

ألفاظه، وذلك لاختلافها في تحديد كل من سن التمييز وسن الرشد كما ذكرنا آنفًا [1] ومن التشريعات [2] التي عرفت الطفل التشريع المصري حيث تنص المادة الثانية من (ق ط م) رقم 12 لسنة 1996 والمعدل بالقانون 126 لسنة 2008 على أنه «يقصد بالطفل في مجال الرعاية المنصوص عليها في هذا القانون كل من لم يتجاوز ثمانية عشر سنة ميلادية كاملة» ولم يغير المشرع من وجهة نظره في تعريف الطفل عما سبق في ظل القانون السابق لسنة 1974 الذي نص في المادة الأولى منه على أنه «يقصد بالحدث في حكم هذا القانون من لم يتجاوز سنه ثمانية عشر سنة ميلادية كاملة وقت ارتكاب الجريمة أو عند وجوده في إحدى حالات التعرض للانحراف» [3].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد حدد سن التمييز ب ثلاث عشرة سنة طبقًا للمادة 42 من (ق م ج) [4]، وذلك إثر التعديل المؤرخ في 2006/06/20 بعدما كانت ست عشرة سنة، وبالرغم من التعديل الذي استحدث بموجب الأمر 14-01 نلاحظ أنَّ هناك اختلافا بين ما ورد في كل من القانوني المدني والجنائي فيما يخص بلوغ سن الرشد، وهو أنه في القانون المدني يكون بإتمام «شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة» و(ق أ ج) [5] هو الآخر فقد فقد حدده بتسع عشرة سنة في المادة 07 منه،في حين نصت المادة الأولى من الأمر 72-03 المتعلق بحماية الطفولة والمراهقة الملغى «أن القصر الذين لم يكملوا الواحد والعشرين عاما، صحتهم وأخلاقهم أو تربيتهم عرضة للخطر أو يكون وضع حياتهم أو سلوكهم مضرا لمستقبلهم، يمكن إخضاعهم لتدبير الحماية والمساعدة التربوية ضمن الشروط المنصوص عليها في المواد الواردة بعده»

---

1 - محمد الحداد، الحماية الجنائية للأحداث أثناء التحقيق والمحاكمة، رسالة ماجستير، المملكة الأردنية، 2010 م، ص 26.

2 - وكذلك نجد بعض التشريعات ضيقت مدلول الطفل (أو الحدث)، فجعلته ينطبق على الصغير دون السابعة عشرة سنة، حيث تجعل من بلغ هذه السن يكون قد تجاوز مرحلة الطفولة، وبالتالي يكون أهلا لتحمل المسؤولية الجنائية، ومن أمثلة تلك التشريعات: القانون الإنجليزي واليوناني والبولوني. وتنتهي مرحلة الطفولة (أو الحداثة كما يسميها البعض)، في تشريعات ببلوغ الشخص ستة عشرة سنة، . كما في القانون الإسباني والبرتغالي والقانون المغربي. راجع: شريف سيد كامل، المرجع السابق، ص 05.

3 - وبمقارنة القانونين من حيث تعريفهما للطفل نجد أما يتفقان في تحديد سن الطفل، بحيث يعتبر الطفل كل من لم يتم ثمانية عشر سنة) كاملة وقت ارتكاب الجريمة، وحذف من القانون المعدل عبارة أو عند وجوده في إحدى حالات التعرض للانحراف التي كانت موجودة في القانون السابق لسنة 1974، ولكن القانون المعدل أضاف أن إثبات سن الطفل يكون بشهادة الميلاد أو البطاقة أو أي مستند رسمي آخر.

4 - قانون رقم 07-05 ممضي في 13 مايو 2007، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 31 مؤرخة في 13 مايو 2007 الصفحة 3، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-85 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975.

5 - الأمر رقم 05-02 ممضي في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005 الصفحة 18، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984.

بينما نجد المشرع الجزائري في المادة 02 من القانون 12/15 المتعلق بقانون حماية الطفل جعل سن 18 سنة هو سن الرشد الجزائي في جميع الحالات سواء الطفل الجانح أو في حالة الخطر المعنوي، فتنص المادة 2 منه «يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي: الطفل كل شخص لم يبلغ الثامنة عشر (18) سنة كاملة ....»

هذا فيما يتعلَّق بموقف المشرع الجزائري من مسألة تحديد سن الرشد، أما فيما يخص سن الضحية فهو الآخر لم يحدده تحديدا دقيقا، وهذا ما لمحناه من خلال النصوص؛ إذ جعلها ثماني عشرة سنة كل من خطف أو أبعد قاصرا لم يكمل الثامنة عشر وذلك بغير عنف ولا تهديد، وجعلها تسع عشرة سنة كما جاء في المادة 380 من (ق ع ج) فيما يتعلَّق باستغلال حاجة قاصر؛ إذ تنص المادة «كل من استغل حاجة قاصر لم يكمل التاسعة عشرة أو ميلا أو هوى» .

المبحث الثاني : تعريف الحضانة وشروطها وأصحاب الحق فيها :

إن الحضانة هي القيام على شؤون الطفل وكفالته بغرض المحافظة على بدنه، وعقله، ودينه، وحمايته من عوامل الانحراف وطوارئ الانحلال بما يمكنه من أن يكون فردا صالحا داخل مجتمعه مما يقتضي وضعه تحت أيدي مؤهلة لمثل هذه الواجبات، وأن يكون لهم الحق في ذلك وفقا لقواعد الشريعة والقانون .

غير أن القانون ذكر بعضهم ورتبهم درجة بدرجة ثم ترك البعض الآخر دون ذكر صفاته ودون تحديد درجة قرابتهم من المحضون .

المطلب الأول: تعريف الحضانة

الحضانة – بفتح الحاء – هي ضم الشيء إلى الحضن وهو جانب الشيء فنطلقها على جانب الجبل أو بطنه في قولنا « تعيش الذئاب في حضن الجبل أي عمقه ونقول " حضن الطائر بيضه " إذا جلس إليها وغطاها بجناحيه، وعند الإنسان يطلق على عملية الحنان حين تضم الأم ابنها إلى صدرها وهي تعنقه وتلتصق به فتعطي هذه الكلمة معاني ضم الشيء وحفظه والحنان عليه

الفرع الأول : التعريف الفقهي للحضانة

عرف الفقهاء الحضانة بأنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير [1](1) أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره وتعهده بما يصلحه ووقايته مما يؤذيه أو يضره وتربيته جسميا ونفسيا وعقليا كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والاضطلاع بمسؤولياتها .(1)

[1] – ولا بد من الصغر أو العته في إيجاب الحضانة، أمّا البالغ الراشد فلا حضانة عليه وله الخيار في الإقامة عند من شاء .

والولد منذ أن يولد محتاج لمن يعتني به ويقوم على تربيته وحفظه وتدبير كل ما يلزمه في حياته لأنه يكون عاجزا في حياته الأولى عن القيام بمصالح نفسه غير مدرك لما يضره وينفعه، والشارع الحكيم قد أناط هذا الأمر بوالدي الصغير لأنهما أقرب الناس إليه في هذه الحياة ووزع الأعباء عليهما كل فيما يصلح له أما عن تربيته ورعاية شؤونه في المرحلة الأولى فقد جعلها للأم، وأما عن ولاية التصرف في نفس الولد وماله فقد جعلها للأب، وقد عرفها الإمام مالك بأنها:[2](1)

((تربية الولد وحفظه وصيانته حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث شاء))

أما بعض فقهاء الشافعية يعرفونها بأنها " حفظ من لا يستقل بأمره وتربيته، بما يصلحه ويقيه ما يضره " [3](2) ويرى إبن القيم أن الولاية على الطفل نوعان : نوع مقدم فيه الأب عن الأم ومن في جهتها وهي ولاية المال والنكاح، ونوع تقدم فيه الأم وهي ولاية الحضانة والرضاع، وقدم كل من أبويه فيما جعل له من ذلك لتمام مصلحة الولد . [4](3)

أمّا الشيخ أبو زهرة [5](4) فيرى أنه تثبت للطفل منذ ولادته ثلاث ولايات: الأولى ولاية التربية، الثانية ولاية النفس، والولاية الثالثة هي الولاية على ماله إن كان له مال:

أمّا الولاية الأولى: فهي ولاية التربية فالدور الأول يكون فيها للنساء وهي ما يسمى بالحضانة، فالحضانة هي تربية الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ممّن لهنّ الحق في تربيته شرعا وهي حق للأم ثم محارمه من النساء، فبمجرد ولادة الطفل حيا تثبت له ولاية التربية، حيث يكون في حاجة ماسة إلى من يرعاه ويقوم بشؤونه في هذه المدة التي تعتبر مرحلة حرجة في حياته، فلا يمكن الاستغناء عن وجود النساء في جانبه خاصة .

ويرى الأستاذ صالح جمعة [6](1) أنّ الولاية على النفس هي القيام والإشراف على مصالح المولى عليه فيما يخت بنفسه منذ ولادته حتى بلوغه وتزويجه، ويدخل في نطاقها ثلاث ولايات :

– **أوّلها:** ولاية الحفظ والرعاية، وتبدأ منذ ولادة المولى عليه حتّى بلوغه سنّ التّمييز، وهي ما تسمى بالحضانة .

---

[1] – السيد سابق – فقه السنة – المكتبة العصرية بيروت ص 482 .

[2] – الإمام مالك – المدونة الكبرى – ص 358 دار صادر الجزء الثاني .

[3] – حاشية إبن عابدين – ص 560 .

[4] – إبن قيم الجوزية – زاد المعاد في هدي خير العباد – المجلد الثاني – دار الكتاب العربي ص 123 .

[5] – مُحَمَّد أبو زهرة – الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي ص 474 .

[6] – صالح جمعة حسن الجبوري – الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون – طبعة 1 / 1976 مؤسسة الرسالة ص 34/33.

– **ثانيها** : ولاية التربية والتأديب والتهذيب، وتبدأ بعد بلوغه سنّ التمييز واستغنائه عن النّساء حتى البلوغ الطبيعي مع العقل، وهي ما تسمى بالكفالة أو ولاية الضم والصيانة .

– **ثالثها** : ولاية التزويج، وهي تثبت للولي بناءا على القدرة الشرعية التي أناطها الشار إليه في تزويج من في ولايته .

الفرع الثاني: التعريف القانوني للحضانة

نصت المادة 62 من قانون الأسرة : " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسّهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك " .

وعرّفتها المادة **97** من المدونة المغربية للأحوال الشخصية بانها حفظ الولد مما قد يضره قدر المستط والقيام بتربيته ومصالحه .

كما عرفتها المادة **54** من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بأنّها حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته . فخلافا للقانونين السابقين المشر الجزائري في قانون الأسرة ركّز في تعريف الحضانة على أسبابها وأهدافها وهي رعاية الولد، وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا .

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد [1](1) أن التعريف الوارد في المادة **62** يعتبر أحسن تعريف على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها وذلك لشموليته على أفكار لم يشملها غيره من القوانين العربية، حيث أنه تعريف جمع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية .

ومما تقدم فإنّ أهداف الحضانة تظهر فيما يلي :

أولا : تعليم الولد

ويقصد به التعليم الرسمي أو التمدرس، وما دام التعليم إجباريا ومجانيا فكل طفل له الحق أن ينال قدرا من التعليم حسب استطاعته وامكانياته الذهنية وقدراته العقلية واستعداده الفطري والنفسي.

ثانيا : تربية الولد على دين أبيه

يجب أن يربىّ الولد على مبادئ وقيم الدين الإسلامي، ولما كان زواج المسلم بغير المسلمة جائزا، فإن القاضي يمنح الحق في الحضانة للأم غير المسلمة، ولا ينكره عليها أبدا، فهي كالمسلمة على أن تراعي أحكام الشر في تربية الطفل .(1).

[1] – عبد العزيز سعد – الزواج والطلاق في قانون الأسرة – دار البحث – قسنطينة ص 293 .

ثالثا : السهر على حماية المحضون

إذا كانت الحضانة رعاية وحماية فلا بد أن تتخذ هذه الحماية كل أشكالها، فيجب أن لا يكون الطفل عرضة لأي اعتداء مادي كالضرب أو اعتداء معنوي كالإرهاب والتخويف والشتم، مما يؤدي إلى زعزعة انضباط الطفل نفسيا وعاطفيا، وليس معنى ذلك أن يترك للطفل الحبل على الغارب وأن لا يُؤدّب كلما استدعت الحاجة، ثم إنّ الحماية لا تكون من الغير فقط، بل لابد من حماية الطفل حتى من نفسه .

رابعا : حماية الطفل من الناحية الخلقية

ويكون ذلك بتنشئته على حسن الخلق وتهذيبه وإعداده لأن يكون فردا الحا سويا وأن لا يُترك عرضة للشارع ورفقاء السوء.

خامسا : حماية المحضون صحيا

يجب أن يلقى الطفل العناية الصحية الكاملة، خاة في السنوات الأولى من حياته، وذلك بأن يتلقى كل التّلقيحات اللازمة والدورية، وأن يُعرض على طبيب كلّما استدعت الحاجة .[1](1)

المطلب الثاني: شروط ممارسة الحضانة

إن الحاضن هو من يتولى شؤون الصغير بإذن الشرع أو بأمر القاضي ذكرا كان أم أنثى، إذ يتساوى الرجال والنساء في أهليتهم للحضانة مع اختلاف في الأولوية وتباين في الترتيب .

و عليه فالحضانة تثبت لمن كان أهلا بها بتوافر شروطها، إذ يرى الفقهاء أن هناك شروطا عامة في الرجال والنساء وأخرى تختص بها النساء، والبعض الآخر لابد من توافرها في الرجال .

كما أن المشرع الجزائري حصر شروط الحضانة في الأهلية بعد تعريفه لها في المادة **62** من قانون الأسرة الجزائري، إذ نصت الفقرة الثانية منها على أنّه :

((ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك)) .

إذ المقصود بالأهلية هنا هو القدرة على القيام بمهمة شاقة ومحفوفة بالمخاطر تتعلق بتربية الطفل وإعداده إعدادا سليما ليكون قادرا على الإعتماد على نفسه في المستقبل .

---

[1] – الحضانة في قانون الأسرة – رسالة ماجستير – غعداد الطالبة حسيني عزيزة – جامعة الجزائر 2001 ص 28-29

ولتحديد هذه الشروط الغير واردة في القانون فإن المادة **222** من قانون الأسرة الجزائري تنص على أنّه : **((كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية))** .

الفرع الأول : الشروط العامة في الرجال والنساء

الأهلية للحضانة تثبت للرجال كما تثبت للنساء وإن تقدمت حضانة النساء على حضانة الرجال لأن المرأة بحكم الفطرة والتكوين هي الأقدر على رعاية الصغير والأكثر صبرا على توفير احتياجاته المتنوعة ومن بين الشروط العامة لممارسة الحضانة للرجال والنساء نجد :

1- العقل : لا يستطيع المجنون القيام بشؤون نفسه وبالتالي لا يكون له تولي شؤون غيره، ويستوي في الجنون أن يكون مُطْبقًا أو متقطعا فكلاهما مانع من الحضانة، ولا فرق بين جنون متقطع قليل أو كثير، ولو كان من القلة بحيث لا يأتي إلا ليوم واحد في السنة، ذلك لأن ترك المحضون لدى مثل هذه الحاضنة فيه ضرر عليه، فقد يرد جنونها في أي وقت وإن كان نادرا أو قصيرا [1] . ولو مثلا مرة في كل سنة، لأن المقصود بالحضانة هو مصلحة المحضون وتوفير الحماية اللازمة له، وعليه ينبغي الإبتعاد به عن أدنى ضرر محتمل يصيبه وذلك رعاية لمصلحته .

وبالتالي فلا يرعى هو غيره، ولأن ولايتهما لغيرهما كالصغير فلا ولاية لهما على محضون، إذ الحضانة من الولاية، كما أنّه لا يتصور أن يكون الشخص قاصرا في حق نفسه لا يمكنه القيام بشؤونه الخاصة وتكون له في الوقت نفسه ولاية على غيره لأنه في حاجة إلى إشراف الغير والأخذ بيده في شؤون نفسه فلا يصوغ له أن يتولى هو هذا الإشراف على الغير باعتبار الحضانة ولاية على النفس، وغير العاقل لا ولاية له على نفسه، فمن باب أولى لا تثبت له ولاية على غيره .

و إلى جانب العقل اشترط المالكية الرشد، فلا حضانة عندهم لسفيه مُبَذِّركي لا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه منه ما لا يليق.

و اشترط أيضا الحنابلة مع المالكية بالإضافة إلى العقل عدم المرض المنفركالجذام والبرص فلا حضانة لمن به شيء من هذه المنفرات [2].

1 - د. عبد العزيز عامر – الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاءا – دار الفكر العربي – ص 235

2 - د. وهبة الزحيلي – الفقه الإسلامي وأدلته – ص 7305

أما موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فإنه يرى أن الحضانة ولاية على النفس، فلا تكون لغير العاقل الذي لا يقوى على شؤونه إذ هو نفسه بحاجة إلى من يرعاه وهو ما ورد في نص المادة **85** من قانون الأسرة الجزائري التي تنص، أنّه : ((**تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه**)) .

كما أنه لا فرق في الجنون سواء كان مستمرا أو متقطعا، لأن الحضانة هي رعاية المحضون وحفظ مصلحته [1](2)

.

2- البلوغ : الحضانة مهمة شاقة لا يتحمل مسؤولياتها وتبعاتها إلاّ الكبار، بل أن وظائفها لا يقوم بها إلاّ هؤلاء، إذ يشترط في الحاضن البلوغ لأن الحضانة من باب الولاية والصغير ليس من أهل الولاية .

أما استحقاق المراهقة للحضانة فلأنّها بالغة حكما، إذا ادّعت البلوغ وهي ان ادّعت البلوغ بالعلامات كانت بالغة ما دام أن الظاهر يشهد بصدق ادّعائها، وكون البلوغ شرط في الحاضنة، شرطٌ سار عليه سائر الفقهاء، لأن الطفل محتاج إلى من يخدمه ويقوم على شؤونه، فكيف يكون له أن يتولى شؤون غيره .[2](3)

و البلوغ شرط أساسي لاستحقاق الحاضن للحضانة، لأن به اكتمال الإرادة عادة [3](4)

والقضاء الجزائري اعتبر البلوغ من شروط استحقاق الحضانة باعتباره متفق عليه لدى فقهاء الشريعة الإسلامية.

3- الأمانة على الأخلاق : الأمانة صفة في الحاضن يكون بها أهلا لممارسة الحضانة وبيئة مصاحبة للمحضون، تضمن حدّا أدنى من التربية السليمة للصغير إذ تسقط الحضانة إذا أُلقيَ بالصغير في بيئة سيئة مصاحبة له تؤثر عليه سلبا وتثير الشكوك حول سلامة تربيته، والمناط في سقوط الحضانة مصلحة الصغير وحمايته من الضياع وصيانته من الإهمال، حتى قال بعض الفقهاء : " إن الحاضنة لو كانت كثيرة الصلاة قد استولت عليها محبة الله تعالى وخوفه حتى شغلاها عن الولد ولزم ضياعه نُزِعَ منها وسقطت الحضانة عنها " [4](2) .

وعليه فلاحضانة لغير أَمِين على تربية الولد وتقويم أخلاقه كالفاسق مثلا رجلا كان أو امراة من سرِّكير أو مشتهر بالزنا أو اللهو الحرام، في حين أن في هذه المسألة قيّد الشيخ ابن عابدين الفسق المانع من حضانة الأم ذلك الفسق الذى يضيع به الولد إذ يكون لها الحضانة ولو كانت معروفة عنده بالفجور ما لم يصبح الولدفي سن يعقل فيه

---

[1] – د. العربي بلحاج – الوجيز في شرح قانون السرة الجزائري – ص 383

[2] – د. عبد العزيز عامر – المرجع السابق – ص 235

[3] – د. أحمد محمَّد العساف – الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة – المجلد 2 دار إحياء العلوم ص 438

[4] – د. محمَّد يوسف موسى – أحكام الأحوال الشخصية ج1 – سنة 1956 م ص 394 .

فجورأمه. ففي هذه الحالة وإن أصبح يعقل فجورها ينتزع منها الولد صونا وحفاظا لأخلاقه من الفساد لأنّها غير أمنية عليه .أما الرجل الفاسق فلا حضانة له. [1](3)

فأسقط القضاء الحضانة عن الأم لأنّ المحيط الذي يعيش فيه الطفل غير مأمون على أخلاقه حيث جاء في قرار المحكمه العليا : " أنّ عدم إب□ار الأم مانع لها من حضانة الأولاد الأربعة لعجزها عن القيام بشؤونهم ومراقبتهم والسهر على تربيتهم وحمايتهم من الوقوع في زلات مشينة كتلك التي قام بها أخ المطلقة الذي هتك عرض أختهم من أبيهم خاصة وأنّ من المحضوضين بنتين إن تركت حضانتهما لأمهما فلا يؤمن عليهما[2](1).

الفرع الثاني : الشروط الخاصة بالنساء

هناك جملة من الشروط الخاصة بالنساء يمكن سردها فيما يلي :

1- ألاّ تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم منه:

اختلف الفقهاء في حكم تزوج الحاضنة بالأجنبي عن المحضون على آراء منها:

أ – قولهم أن الحضانة تسقط بالتزوج مطلقا، سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى، وهو ما ذهب إليه كل من الأئمة الأربعة : مالك والشافعي، وأبو حنيفة وأحمد في المشهور عنه، وحجتهم في ذلك ما رواه عبد الله بن عمرو : (أ ن امرأة قالت : يا رسول الله إنّ ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم أبوه أنّه ينزعه منّي فقال صلى الله عليه

و سلم : " أنت أحق به ما لم تنكحي " [3](2) فهذا الحديث جعل لها حق الحضانة حتى تتزوج، وعندها لا يكون لها هذا الحق وكذلك إجماع ال□حابة على أن الحضانة للأم حتى تتزوج، فتسقط عنها ويدل على ذلك خبر عمر بن الخطاب في النزاع حول ابنه عاصم فقد قال له ال□ديق أبو بكر : إنّها أحق به ما لم تتزوج، وقد وافقه عمر ﷺ على هذا الحكم وكان بحضور ال□حابة ولم ينكر عليه أحد ذلك، وعلى حكم أبي بكر سار القضاة ابتداء من شُريح لا يختلفون فيه زمانا ومكانا .[4](3)

[1] – د. وهبة الزميلي –الفقه الاسلامي وادلته ص 306 7

[2] – . قرار المحكمة العليا رقم 33921 – م .ق سنة 1989 – العدد 04 بتاريخ 1984/07/09 م .

[3] – أخرجه أحمد وأبو داود والبيهقي والحاكم وصححه

[4] – د. عبد العزيز عامر . الأحوال ش في ش . إ فقها وقضاءا ص 258

ب- وقيل إن الحضانة لا تسقط بالتزوج مطلقا سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى، وهذا الرأي أكّد عليه الحسن البصري وهو قول ابن حزم الظاهري وحججهم في ذلك الحديث الذي رواه أنس ﷺ قال: قدم رسول الله ﷺ المدينة وليس له خادم، فأخذ أبو طلحة بيدي، وانطلق بي إلى رسول اله ﷺ، فقال يا رسول الله إنّ أنس غلام كَيِّسٌ فليخدمك، قال : فخدمته في السفر والحضر ...، وإنّ أنسًا كان في حضانة أمّه، ولها زوج وهو أبو طلحة، بعلم رسول الله ﷺ وهو لم ينكر ذلك، وحجتهم كذلك أن أم سلمة لما تزوجت برسول الله صلى الله لم تُسْقِطْ بزواجها كفالتها لبنيها .[1](1) فإن تزوجت الحاضنة بقريب محرم من الصغير مثل عمه فإن حضانتها لا تسقط لأن العم صاحب حق في الحضانة وله من صلته بالطفل وقرابته منه ما تحمله على الشفقة ورعاية حقه، فيتمّ بينهما التعاون على كفالته، وهذا على عكس الأجنبي فإنها إذا تزوجته لا يعطف عليه ولا يمكنها من العناية به، وعليه فالصغير لا يجد الجو الرحيم ولا الظروف المساعدة التي تنمي ملكاته

و مواهبه، لأن الحاضنة قد أمسكته عند الأجنبي قد يبغضه ويقسو عليه ولا يؤدبه .[2](2)

أما عن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة، تنص المادة **66** من قانون الأسرة الجزائري على أنه : " **يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون** " .

وعليه يستشف من هذه المادة أن حق الحاضنة يسقط بزواجها بالأجنبي

و بقريب غير محرم، ولقد كرست المحكمة العليا هذا المبدأ في العديد من قراراتها منها ما جاء في أحدها: " من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما أن تكون خالية من الزواج أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون، مما يستوجب معه نقض القرار . " (3)

والملاحظ أن موقف المشرع الجزائري أخذ بموقف الجمهور (4) حيث أسقط الحضانة عن الحاضنة لزواجها بغير ذي رحم للمحضون، وللقاضي السلطة التقديرية الواسعة في مراعاة مصلحة المحضون .

و عليه وخدمة لمصلحة المحضون دائما فإن سقوط الحضانة بزواج الحاضنة بغير قريب محرم تقع عليه عدة استثناءات منها :

[1] - د. عبد العزيز عامر – نفس المرجع – ص 285

[2] - د. بدران أبو العينين بدران – الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون – الطبعة الثالثة

[3] - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 40418 م.ق 89 عدد 2 ص 75 غ.أ.ش 86/05/05 م

[4] - المحكمة العليا قرار رقم 58812 بتاريخ 90/02/05 م.ق 1992 عدد 04 ص 58

❖ **عدم وجود من يحضن الطفل غير الأم** : فبدل من وضع المحضون في دار من ديار الحضانة فإن حاضنته تكون أولى به رغم زواجها، وكذلك الأمر إذا كان من يليها في الحضانة غير مأمون على الطفل أو عاجزا على حضانته .

❖ **ألاّ ينازع الأم في المحضون بعد زواجها أحد ممن لهم الحق في الحضانة : ويبدأ حساب المدة من يوم الزواج إلى انقضاء السنة كاملة وذلك وفقا للمادة 68 من قانون الأسرة الجزائري .**

❖ **أن يترك الأب أو من يقوم مقامه المحضون لأمه عن تراض .**

وتجدر الإشارة هنا إلى أن أغلبية الفقهاء يرون أن العقد وحده ليس سببا في إسقاط الحضانة، إذ لابد من الدخول بها حتى يتحقق الشرط .

و نشير أيضا أن الحاضنة إذا تزوجت ودخل بها زوجها ثم طُلقت أو مات عنها قبل أن يعلم من تنتقل إليه الحضانة فإنه في هذه الحالة تستمر في حضانة المحضون . (1)

2- أن تكون ذات رحم محرم من الصغير : أي تكون الحاضنة رحما محرما على المحضون كأم المحضون وأخته وجدته، فلا حق لبنات العم والعمة وبنات الخال والخالة بحضانة الذكور لعدم المحرمية، ولهن الحق في حضانة الإناث ولا حق لبني الخال والخالة والعم والعمة في حضانة الإناث ولكن لهم الحق في حضانة الذكور . (2)

3- عدم إقامة الحاضنة بالصغير في بيت يبغضه : يرى أغلب الفقهاء أن سكن الحاضنة مع من يبغضه الصغير يعرضه للأذى والضياع، فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع بنتها إذا تزوجت، إلاّ إذا انفردت بسكن آخر عنها

و هذا ما أورده المشرع الجزائري في المادة **70** من قانون الأسرة الجزائري :

" **تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم** " .

وجاءت هذه المادة تكريسا لمصلحة المحضون ليتربى تربية سوية بعيدة عن كل المشاكل التي تحيط بالطفل وتؤثر عليه سلبا في المستقبل .

4- ألاّ تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا والأب معسرا : إن امتناع الأم عن تربية الولد مجانا عند اعسار الأب مسقط لحقها في الحضانة، فعدم الإمتناع يعتبر شرطا من شروط الحضانة [1](2) .

[1] - السيد عثمان حسنين بري الجعلي المالكي – سراج السالك لشرح أسهل المسالك ج2 – وزارة الشؤون الدينية – المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية 1992 – ص 120

[2] - الإمام محمد أبو زهرة – الأحوال الشخصية – ص 408

فإذا كان الأب معسرا لا يستطيع دفع أجرة الحضانة وقبلت قريبة أخرى تربيته مجانا سقط حق الأولى في الحضانة .

الفرع الثالث: الشروط الخاصة بالرجال

يشترط في الرجل الحاضن بالإضافة إلى شرط والأمانة والإستقامة شروط خاصة بالرجال فقط وهي :

1-أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كانت أنثى، ولقد حدد الحنابلة والحنفية سنّها بسبع سنين تفاديا أو حذرا من الخلوة بها لانتهاء المحرمية، وإن لم تبلغ الطفلة حد الفتنة والشهوة أعطيت له بالإتفاق، لأنه في حالة بلوغها هذه المرحلة من الشهوة فلا يكون لابن العم حضانة ابنة عمه المشتهاة، وأجازها الحنفية إذا لم يكن لبنت العم غير ابن العم، وإبقائها عنده بأمر من القاضي إذا كان مأمونا عليها ولا يخشى عليها الفتنة منه [(2)] .

2-اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون لأن حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث ولا توارث بين المسلم وغير المسلم، وذلك إذا كان الولد غير مسلم وكان ذو الرحم المحرم مسلما، فليس له حق الحضانة بل حضانته إلى ذوي رحمه المحارم من أهل دينه، وإذا كان الولد مسلما وذو رحمه غير مسلم، فليست حضانته إليه لأنه لا توارث بينهما، إذ قد بُنِيَ حق الحضانة في الرجال على الميراث [(1)].

المطلب الثالث: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في ظل المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري

من المعلوم أن الفقهاء قدموا الحواضن بعضهن على بعض بحسب المحضون، فجعلوا الإناث أليق بالحضانة على حساب الرجال لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية والرعاية وأصبر على القيام بها، وأشد ملازمة للأطفال، ثم قدموا في الجنس الواحد من كان أشفق وأقرب، ثم الرجال العصبات المحارم، واختلفوا أحيانا في ترتيب الدرجات بحسب ملاحظة المصلحة على النحو التالي، علما بأن مستحقي الحضانة إما إناثا وإما ذكورا وإما الفريقان، وذلك في سن معينة، فإذا انتهت تلك السن كان الرجل أقدر على تربية الطفل من النساء. [(2)2]

لقد حددت المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري ثلاثة أصناف من مستحقي الحضانة يقدم فيه صنف على آخر فنصت على أن : " **الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الاب، ثم الجدة لام، ثم الجدة لاب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة** " .

---

[1] - د. عبد العزيز عامر – المرجع السابق – ص274 .

[(1)]– د. وهبة الزحيلي – الفقه الإسلامي وأدلته – ص 830

[(2)]– الإمام ابو زهرة – المرجع السابق – ص 408

[(3)] – د. وهبة الزحيلي – المرجع السابق – ص 7327 .

الفرع الأول: الأم ومن يليها من قريباتها

الولاية على الطفل نوعان، ولاية على النفس وولاية على المال، فالولاية على المال هي الإشراف على شؤون القاصر المالية من استثمار(3)، وتصرفات كالبيع والإيجار والرهن وغيرها، فهذا النوع يقدَّم فيه الأب على الأم ومن في جهتها، والولاية على النفس هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية من رعاية الصحة والتأديب والتهذيب والنمو الجسمي، والتعليم والتثقيف في المدارس ونحو ذلك [1](1) وعليه فإن ترتيب الحاضنات يكون على النحو التالي :

أولا : الأم

الأم أحق بحضانة الولد بعد الفرقة بطلاق، أو وفاة بالإجماع لوفور شفقتها، ودليل تقديم الأم من السنّة: ما روي أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت له : ((يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاءا، وثديي له سقاءا، وحجري له حواءا، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني، فقال : " أنت أحق به ما لم تنكحي " .

وقال ﷺ : " من فرق بين والدة وولدها، فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيام".

وروي أن عمر ابن الخطاب طلق زوجته أم عاصم، ثم أتى عليها وفي حجرها عاصم، فأراد أن يأخذه منها، فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام، فانطلقا إلى أبي بكر رضي الله عنهما، فقال ابو بكر : " مسحها وحجرها وريحها خير له منك، حتى يشبَّ الصبي فيختار لنفسه " [2](2).

و قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله : ((الأم أصلح من الأب لأنها أرفق بالصغير وأعرف بتربيته، وحمله، وتنويمه، وأصبر عليه، وأرحم، فهي أقدر وأصبر في هذا الموضوع، فتعيّنت في حق الطفل تمييز المخير في الشرع.

ثم قال : ومما ينبغي أن الشارع ليس له نص عام في تقديم أحد الأبوين مطلقا بل لا يقدم المعتدي، أو المفرط على العادل البار مطلقا، فكل ما قدمناه إنما نقدمه إذا حصل به مصلحة الحضانة، وإن دفعت به مضرتها، فأما مع وجود فساد من إحداهما فالآخر أولى بها بلا ريب)).

و قال ابن القيم رحمه الله : ((التقديم والتأخير والقرعة لا تكون إلا إذا حصلت به مصلحة الولد، وكون كل واحد من الوالدين نظير الآخر، فلو كانت الأم أصون من الأب، وأغير منه قدمت عليه، ولا التفات إلى قرعة، ولا تخيير

[1] – إبن القيم – المرجع السابق ص 122- 123

[2] – د. وهبة الزحيلي – المرجع السابق – ص 7299

للصبي في هذه الحال، فإن الصبي ضعيف يؤثر عليه اللعب، فيكون عند من هو أنفع له، ولا تتحمل الشريعة غير هذا)).

و قال ابن مودود الحنفي : ((ويكون الولد عندهن حتى يستغني عن الخدمة، فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجى وحده، وقدّره أبو بكر الرازي بتسع سنين، والخصاف بسبع سنين اعتبارا للغالب، وإليه الإشارة بقول الصديق ﷺ : هي أحق به حتى يشبّ، ولأنه استغنى احتاج إلى التأديب بآداب الرجال، والتخلق بأخلاقهم وتعليم القرآن والحرف، والأب على ذلك أقدر فكان أولى

و أجدر)) . [1]

و لهذا فإن الأم هي المدرسة الأولى للطفل، وبالتالي لها التأثير البالغ في الحياة النفسية واستقرارها لدى الطفل من حيث تربيته وتهذيب أخلاقه،

و استقامة سلوكه، بالإضافة إلى ذلك فالأم هي مصدر الغذاء بالنسبة للطفل في بداية تكوينه الجسدي والعقلي، وهي كذلك منبع العطف والحنان، ومجر ى الحب والشفقة، ولهذا فالأم أولى بحضانة الطفل، وإذا توفرت فيها الشروط لن ينازعها أحد في ذلك . [2]

ثانيا : أم الأم (الجدة)

في حالة سقوط الحضانة عن أم المحضون، إما لوفاتها، أو لزواجها بأجنبي، أو لأي سبب من أسباب السقوط، تليها امها مباشرة، لمشاركتها في الإرث والولادة، وكذلك لأن الجدة اكثر رأفة وشفقة على المحضون من غيرها، ولهذا فضلت الأم على الأب، فقد فضلت كذلك الجدة أم الأم على الجدة أم الأب لهذا السبب [3]

فالمشرع الجزائري في المادة**64** من قانون الأسرة الجزائري قد توقف عند أم الأم فحسب، فإن جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، ومنه بعض القوانين العربية، لا سيما القانون السوري في المادة **139** الفقرة الأولى منه لم يتوقف عند أم الأم بل تعداها إلى جدة الأم أي أخذ بالقاعدة ((حق الحضانة للأم، فلأمها وإن علت))[4].

1 – الكاتب نايف بن محمد – المرجع قانون نت Kannoun . Net – الموضوع الحضانة .

2 – عبد العزيز عامر – المستشار بمحكمة الإستئناف سابقا – المرجع – الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاءا – دار لافكر العربي

3 – د . وهبة الزحيلي – المرجع السابق – ص 7299 .

4 – المادة 139 من قانون الأسرة السوري

الفصل الأول ـــــــ

أولا : الأب

يتضح لنا من قراءة المادة **64** من قانون الأسرة الجزائري أنها رتبت أب المحضون بعد الام مباشرة، وإن كانت أم الأب أسبق من الأب في استحقاق حضانة الطفل عند الإمامين مالك وأبو حنيفة [1] .

وطبقا لما جاء في المادة **64** من قانون الأسرة الجزائري، فإن حضانة المحضون من حق الأب بعد الأم فعلى الأب أن يوفر للطفل من ترعاه من النساء كالخادمة أو أي امرأة تكون أمينة عليه وتتولى رعايته، خاصة إذا كان الولد فطيما [2] .

ثانيا : الجدة (أم الأب)

الجدة لأب تأتي مرتبتها مباشرة بعد الجدة لأم، حسب الترتيب المحدد في المادة **64** من قانون الأسرة، ويبدو أن المشرع تأثر بالمذهبين الشافعي والحنبلي اللذان يقدمان الأب على أمه، وهذا خلافا للمذهبين المالكي والحنفي اللذان يقدمان أم الأب على الأب نفسِه [3] .

و كما تكون الحضانة لأم الأب، تكون لأمها وجدتها، عملا بقاعدة

((الأم وإن علت)) .و هذا إذا توفرت فيهن الشروط، بالرغم من أن المادة **64** من قانون الأسرة الجزائري توقفت عند الأم فقط .

الفرع الثالث : الأقرب درجة

طبقا لنص المادة **64** من قانون الأسرة الجزائري، فإنها حددت لنا الفئة الثالثة من مستحقي الحضانة، لكن يؤخذ عليها أنها جاءت غامضة ومبهمة " ... ثم الأقربون درجة ... " وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة، لم يتبن لنا ما المقصود بالأقربون درجة .

إن سكوت قانون الأسرة عن تحديد هؤلاء الأقربون درجة يؤدي بنا إلى الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عملا بالمادة **2 2 2** منه، نجد الآراء الفقهية تختلف في تحديد هؤلاء الأشخاص لكنهم إتفقوا على التصنيف الآتي بيانه .

1 – أنظر عبد الرحمن الجزيري – المرجع السابق – ص 594

3 – ابن القيم – المرجع السابق – ص 126

أولا : القريبات من المحارم

بالرجوع إلى المذاهب الأربعة نجدها إختلفت في ترتيب هذه القريبات على النحو التالي:

1 – المذهب الحنفي : يرتب أصحاب هذا المذهب القريبات الحاضنات بداية بأخوات المحضون، ثم بنات الأخوات ثم الخالات، على خلاف المذهب المالكي، الذي يرتب الخالة بعد الأم مباشرة ثم بنات الإخوة، ثم عمات المحضون، فخالات الأم، ثم خالات الأب، ثم عمات الأم، فعمات الأب، وتقدم دوما الشقيقات على التي لأم على الأخت لأب (1)

2 – المذهب الشافعي : القريبات من المحارم فهن : الأخت، ثم الخالة، ثم بنت الأخت، ثم بنت الأخ، ثم العمة، ثم بنت العمة، ثم بنت العم، ثم بنت الخال، وتقدم الشقيقات على غيرهن، والتي لأب تقدم على التي لأم على خلاف المذهبين المالكي والحنفي . (2)

3–المذهب الحنبلي : يرتب أصحاب هذا المذهب القريبات الحاضنات للأخوات بدءا بالأخت الشقيقة ثم أخت لأم، ثم أخت لأب، فالخالة، فالعمة، ثم خالات أمه، ثم خالات أبيه، ثم عمات أبيه، ثم بنات أخواته، ثم بنات إخوته، ثم بنات أعمامه، ثم بنات عماته، ثم بنات أعمام أمه، ثم بنات أعمام أبيه (3) .

4– المذهب المالكي : يرتب القريبات من المحارم ابتداءا من الأخت الشقيقة على التي لأم وهذه الأخيرة على التي لأب، ثم عمته أخت أبيه، ثم عمة أبيه أخت جده، ثم خالة أبيه، ثم بنت الأخ الشقيق، ثم الذي لأم، وبعدها الذي لأب، ثم بنت الأخت الشقيقة، ثم التي لأم، وتليها لأب، وإذا اجتمع هؤلاء يقدم الأصلح منهن للحضانة، وبعضهم رجّح بنات الأخ على بنات الأخت. (4)

و إن تساوت الحاضنات في جميع ذلك تقدمت أكبرهن سنا، فإن تساوين من كل وجه تُقدَّم دوما الشقيقة على التي لأم، وتقدم هذه الأخيرة على التي لأب . (5)

[1] – أنظر أبو زهرة – المرجع السابق – ص 474 .

[2] – عبد الرحمن ال□ابوني – المرجع السابق ص 218 – 219

[3] – أنظر وهبة الزحيلي – المرجع السابق – ص 7301

[4] – أنظر عبد الرحمن الجزيري – المرجع السابق – ص 595

[5] – أنظر وهبة الزحيلي – المرجع السابق – ص 7302

ثانيا : العصبات من المحارم من الرجال

لقد حددت المادة **150** من قانون الأسرة مفهوم العاصب بنصها : " **العاصب هو من يستحق التركة كلها عند انفراده أو ما بقي منها بعد أخذ اصحاب الفروض حقوقهم، وإن استغرقت الفروض التركة فلا شيء له** " [1] .

و العاصب إذا كان رجلا فلا يكون إلا عاصبا بنفسه حسب ما حددته المادة **152** من قانون الأسرة الجزائري على أنه :

" **كل ذكر ينتمي إلى الهالك بواسطة ذكر** "، وقياسا على الميراث فإن حضانة الولد تعود لهؤلاء في حالة استغراق كل الأشخاص السالف ذكرهم، وقد حددت المادة **153**من قانون الأسرة الجزائري هذا الصنف حسب أربع جهات، أولها جهة البنوة ثم جهة الأبوة فتليها جهة الأخوة، وأخيرا جهة العمومة .

وعلى ما تقدم فإن ترتيب هذه الفئة يكون بناءا على ما جاءت به الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالميراث وولاية النكاح . [2]

و عليه فالأخ هو أخ المحضون الشقيق ثم الذي يليه لأب عند فقهاء المذهب الحنفي خلافا للمذهب المالكي الذي يجعل الجد أسبق من الأخ [3][(2)]، وهو الجد لأب وإن علا، ثم إبن أخ المحضون، ثم عم المحضون الشقيق أولا، ثم يليه الذي لأب، وعم الأب يكون بمرتبة عم المحضون وبالتالي يحق له حضانة الطفل، ثم أبناء العم، ولا تثبت لهم إلا حضانة الذكور، إذ أنهم من العصبات غير المحارم، وبالتالي فلا حضانة لهم لأنثى . [4]

والعصبات تقدم كما في ميراث الأقرب فالأقرب .

[1] – أنظر أبو زهرة – المرجع السابق ص 474

[2] – أنظر عبد الرحمن الجزيري – المرجع السابق ص 469

[3] – انظر عبد الرحمن الجزيري – المرجع السابق – ص 219

[4] – أنظر عبد الرحمن الصابوني – المرجع السابق – ص 469

ثالثا : المحارم من الرجال غير العصبة

لا تتوقف القرابة عند القريبات من المحارم، أو العصبات من المحارم من الرجال، حيث أنه إذا لم يوجد من هذه الفئات من يحضن الولد أو وجد وليس أهلا للحضانة، إنتقل حق الحضانة إلى محارم المحضون من غير العصبة وهم على الترتيب التالي : الجد لأم ثم الأخ لأم ثم إبن الأخ لأم ثم العم لأم، ثم الخال الشقيق، فالخال لأب، فالخال لأم.

رابعا : من يراه القاضي أصلح للمحضون

في حالة ما إذا لم يكن أهلا لحضانة الطفل أحد ممن سبق ذكرهم سالفا أو لم يوجد من يحضنهم لفقدانهم أو لعدم قدرتهم على حضانة المحضون كان للقاضي أن يختار من يراه أصلح لرعاية المحضون، ولو كان من الأقارب الذين ليس لهم حق الحضانة مثل ابن العم فله حضانة إبنة عمه إذا كانت صغيرة غير مشتهاة، بحيث لا يخشى عليها الفتنة .

الفصل الثاني

الحماية الجنائية للطفل والجرائم المتعلقة بأحكام الحضانة

المبحث الأول: العلة من تقرير الحماية الجنائية للطفل

إنَّ الطفل هو ذلك الكائن البشري الضعيف، ولما كان الاعتداء الواقع على حياته أو سلامة بدنه أو نفسه يش ّ كل خطرا يهدد أمنه ونموه [1] ؛ كان لزاما على المجتمع ومؤسساته البحث عن الأداة أو الوسيلة التي من شأنها تجنيب هذا الطفل أضرار هذه الجريمة، وتسليط أقصى الجزاءات على الجاني هذا من جهة، إضافة إلى تلكم الآليات والوسائل التي تمنح للطفل الجانح أو المعرض للخطر المعنوي بغية إنقاذه من بؤرة الجريمة، وجعله عنصرا صالحا قابلا للعيش داخل الجماعة بعيدا عن الانحراف والتشرد... إلخ. ومن خلال هذا المبحث نحاول تحديد مصطلح الحماية الجنائية وهذا في المطلب الأول، وإبراز الطفل محل الحماية في المطلب الثاني، وأخيرا صور هذه الحماية في المطلب الثالث.

المطلب الأول: المقصود بالحماية الجنائية للطفل

من أجل تحديد المقصود بالحماية الجنائية رأينا تقسم هذه المطلب إلى فرعين حيث نتناول في الفرع الأول الحماية الجنائية للطفل لغة وفي الفرع الثاني الحماية الجنائية للطفل اصطلاحا.

الفرع الأول: الحماية الجنائية للطفل لغة

الحماية لغة: من حمى الشيء حميا وحماية ومحمية: منعه ودفع عنه [2]. والحماية كلمة ترجع للفعل حمى L'action de protéger وبالرجوع إلى المعاجم اللغوية، نجد أن هذه الحماية تعني عموما الإجراء Mesure، الحفاظ Sauvegarder، الدفاع Défence الضمان Garantir، التأمين Assurance، الوقاية Prévention.

أما المقصود بالجناية لغة؛ فهي: جنا الذنب عليه جناية: جره. والجناية: الذنب والجرم وما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب أو القصاص في الدنيا والآخرة. جنى جناية: ارتكب ذنبا [3].

---

[1] – ولقد عرفت وضعية الأطفال عبر العالم في العهود السابقة مكانة دنيا، حيث كانوا يقتلون بمجرد ولادتهم، وكانوا بمثابة متاع يباع ويشترى، وكانوا مسرحا لكل الممارسات السيئة والشاذة يتعرضون لأبشع أنواع الاستغلال الجسدي والجنسي. واستمر هذا الوضع لغاية مجيء الإسلام الذي قضى على كل هذه الممارسات والاعتداءات في حق الطفل، فأولى له اهتماما كبيرا منذ أن يكون جنينا في بطن أمه ثمَّ وليدا ثمَّ طفلا، فأقر له حقوقا على أسرته ومجتمعه. راجع: أحمد أوزي، الطفل والعلاقات الأسرية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2002 م، ص 153.

[2] – ابن منظور، المرجع السابق، 14 /197.

[3] – أحمد مختار عمر، المرجع السابق، ص 408.

الفرع الثاني: الحماية الجنائية للطفل اصطلاحا

تعني الحماية القانونية عند رجال القانون «منع الأشخاص من الاعتداء على حقوق بعضهم البعض بموجب أحكام قواعد قانونية» فالحماية بهذا المعنى تختلف من نوع لآخر تبعا لاختلاف الحقوق المحمية، فقد تكون الحماية متعلقة بالحقوق المدنية أو الجنائية أو غيرها [1].

وعلى هذا نقول إن مصطلح الحماية هو مجموع الإجراءات المتخذة من المشرع لحفظ شيء والدفاع عنه، والوقاية من الاعتداء عليه لضمان وتأمين سلامته، وبتطبيق هذا المفهوم على الحماية الجنائية للطفل Protection pénale de l'enfant يمكن أن نقول إنها: النظام القانوني الذي اتخذه القانون الجنائي لضمان حفظ الطفل وتأمين سلامته ووقايته من الاعتداء على حقوقه، وهي أحد أنواع الحماية القانونية؛ بل وأهمها قاطبة، وأخطرها أثرا على كيان الإنسان وحرياته، ووسيلتها القانون الجنائي الذي قد تنفرد قواعده ونصوصه تارة بتحقيق هذه الحماية، كما قد يشترك معها في ذلك فرع آخر من فروع القانون تارة أخرى، فوظيفة القانون الجنائي إذن حمائية [2]؛ إذ يحمي قيما ومصالح أو حقوقا بلغت من الأهمية حدا يبرر عدم الاكتفاء بالحماية المقررة لها في ظل فروع القانون الأخرى [3].

كما نعني بالحماية الجنائية في مجال هذه الدراسة مجموعة الوسائل التي يقررها المشرع الجنائي لحماية حقوق الطفل الضحية (المجني عليه) من جانب، وحقوق الحدث الجانح أو المعرض للخطر المعنوي من جانب آخر.

فبالنسبة للصنف الأول فيتعلق بإقرار نصوص خاصة للعقاب على الأفعال التي تضر بالطفل، أو تعرض حياته أو سلامة جسمه أو أخلاقه للخطر، أو تشديد العقاب على بعض الجرائم المنصوص عليها في القانون العام (قانون العقوبات)، أو القوانين المكملة له عندما يكون المجني عليه فيها طفلا، فهذه النصوص تحمي الطفل باعتباره مجنيا عليه في الجريمة. والحماية هنا وإن كانت تتسم في الغالب بالطبيعة الموضوعية، إلاَّ أنَّ بعض التشريعات تقرر أيضا قواعد إجرائية لحماية الأطفال المجني عليهم في جرائم معينة، مثال ذلك: وضع أحكام خاصة لتقادم الدعوى الجنائية الناشئة عن الجريمة التي تقع على الطفل، وتنظيم كيفية مساهمته في الإجراءات بصورة مغايرة لما تقضي به القواعد العامة، على النحو المنصوص عليه في المادة 8 مكرر 1 من (ق إ ج ج) « تسري آجال التقادم في الدعوى العمومية المتعلِّقة بالجنايات والجنح المرتكبة ضد الحدث ابتداء من بلوغه سن الرشد المدني»، – ما سيأتي الحديث عنه لاحقًا – كما تجب الإشارة إلى التكليف المباشر بالحضور أمام قضاء الحكم بالنسبة لجريمة ترك مقر الأسرة وعدم تسليم الطفل طبقًا للمادة

---

[1] – مصطفى الناير المترول، الحماية القانونية للحقوق الفنية والأدبية في السودان –دراسة مقارنة –، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية،) . العدد التاسع، فبراير 2007 م، ص 18.

[2] – كون طبيعة الجزاء تتميز في القانون الجنائي بالشدة، مما يجعله وسيلة مهمة في يد الدولة لتوفير الحماية والاحترام لبقية الفروع القانونية) الأخرى، وذلك الجزاء فيه يتميز بأنه قوي رادع، نظرا لطبيعة العقوبات التي يعتمدها، مثل السجن والحبس والغرامة، وقد يصل إلى حد الإعدام

[3] – رمزي حوحو، الحماية الجنائية الدولية لحقوق الإنسان، مجلة المفكر، العدد الخامس، جامعة مُحَّد خيضر، بسكرة، 2010 م، ص 196 .

337 من (ق إ ج ج) والتي تنص: « يمكن للمدعي المدني أن يكلف المتهم مباشرة بالحضور أمام المحكمة في الحالات الآتية: ترك الأسرة، عدم تسليم الطفل، انتهاك حرمة المسكن، القذف، إصدار شيك بدون رصيد».

أما الصنف الثاني فيتعلق بوسائل حماية الأطفال جنائيا، فيشمل المعاملة الجنائية الخاصة للطفل الجانح الذي ارتكب جريمة، أو يكون معرضا للانحراف، إذ تتجلى الحماية الجنائية الموضوعية للطفل في القواعد الموضوعية لمواجهة انحراف الأحداث، وهي ما يقع على الحدث من جزاءات عند ثبوت انحرافه، وتميزها سمات أهمها التخفيف في العقوبات الصادرة في حقهم مع تغليب الطابع التهذيبي حسب مرحلة الحدث العمرية، أخذا بعين الاعتبار تحقيق المصلحة الفضلى للحدث، وكونه ضحية الظروف الاجتماعية المحيطة به، التي كانت محفزا لدفعه لارتكاب الجريمة وتفعيلا لمبدأ اعتبار العقوبات السالبة للحرية ملاذا أخيرا لا يتم اللجوء إليه إلاَّ عند الضرورة القصوى [1].

ومن هذا المنطلق ذهبت جل التشريعات الجنائية المعاصرة إلى إفراد هذه الفئة بمعاملة إجرائية خاصة عن تلك المعاملة المتبعة في شأن البالغين تختلف في مداها ونطاقها، سواء من حيث المسؤولية لجنائية بكافة جوانبها، أم من حيث القواعد الإجرائية الخاصة بملاحقتهم ومحاكمتهم.

ومما تقدم في هذا العنصر يمكن القول: إنَّ جوهر الحماية الجنائية بصورة عامة يكمن في القانون الجنائي الذي يمتاز بخاصيتين أساسيتين، تتعلَّق الأولى بطبيعة الجزاء المقرر، والثانية مرتبطة بطبيعة المصلحة المحمية قانونا [2].

[1] – محمد عزوزي، الحماية الجنائية للطفل ضحية سوء المعاملة، دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في القانون الخاص، كلية الحقوق، فاس، 2006 م، ص 06.

[2] – محمد عزوزي، المرجع السابق، ص 196.

المطلب الثاني: الطفل محل الحماية

بعد أن تناولنا المقصود بالحماية الجنائية للطفل بصفة عامة حري بنا الوقوف عند الطفل الذي هو محل هذه الحماية، فهو إما أن يكون مجنيا عليه (وهو من يقع عليه سلوك الاعتداء من قبل الغير)، وإما أن يكون جانحا أو معرضا للخطر المعنوي، وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب.

الفرع الأول: تعريف الطفل المجني عليه

إنَّ الجريمة هي عبارة عن فعل غير مشروع، سواء بعمل أو امتناع عن عمل يقرر له القانون جزاء (عقوبة أو تدابير أمن)، ويأتيه الشخص عن عمد أو إهمال [1]، وليس هذا الفعل مجرد جريمة يعاقب عليها القانون فحسب ويسأل عنها الجاني فقط، بل قد يكون فعلا ضارا بالغير ويستوجب لمرتكبه جزاء مدنيا أساسه ضرر أصاب المجني عليه.

ولقد خول القانون للمضرور من الجريمة حق الادعاء مدنيا، والتدخل بصفته طرفا في الدعوى في أي مرحلة كانت عليها، سواء أمام قاضي التحقيق أو جهات الحكم، ولذلك فإن الادعاء المدني يعتبر مبدأ عاما متفقا عليه في جميع الشرائع المعاصرة مع بعض الاختلافات في التطبيق.

وبالنسبة للقانون الجزائري فقد أخذ المشرع بقاعدة الادعاء المدني أمام قاضي التحقيق كمبد أعام وشامل يطبق في جميع أنواع الجرائم، واستثناء لذلك فقد أجازه أمام المحكمة بمقتضى المادة 337 مكرر من(ق إ ج ج) لكن بشروط محددة ومقيدة.

وبالرجوع إلى شراح القانون فنجد أنهم قد اختلفوا في تعريف المجني عليه تبعا لاختلاف وجهات نظرهم وآرائهم إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: وهو اتجاه مبني على أساس الضرر، وقد عرف أصحاب هذا الاتجاه المجني عليه بأنه كل من أضرت به الجريمة، أو هو شخص يلزم قبله الجاني بتعويض الضرر الناشئ عن الجريمة.

إلاَّ أنَّ هذا الاتجاه تعرض لانتقادات عدة من طرف الفقهاء؛ لأنه لا يلزم بالضرورة أن يترتب ضرر على ك ّ ل جريمة، فقد يتوقف السلوك الإجرامي عند حد تعريض الحقوق أو المصالح المشمولة بالحماية الجنائية للخطر كما في حالة الشروع، ومن ثمَّ جاء الاتجاه الثاني يحاول سد النقص الذي تمليه التعريفات الأولى.

الاتجاه الثاني: وهو اتجاه مبني على أساس الضرر أو الخطر المباشر، واستنادا إلى هذا يخرج كل من تضرر بصورة غير مباشرة، ويشمل المتعرض للضرر بصورة مباشرة أو تعرضت مصالحه للخطر، وبالإمكان القول بأنه أفضل من المعيار السابق كونه يشمل ضحايا نوعي الجرائم سواء جرائم الضرر أو جرائم الخطر.

[1] – عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات القسم العام –الجريمة –، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992 م، ص 13.

ويلاحظ من خلال التعريف أن عبارة من يصيبه ضرر يشمل حالات المحاولة أيضا، وقد نحا القضاء الفرنسي نفس المنحى حينما عرض عليه المشكل لأول مرة، وذلك بمناسبة محاولة قتل بواسطة عيارين ناريين نجا فيها المعتدى عليه، فتأسس كطرف مدني ضد المتهم، وأصدرت محكمة الجنايات (بلاسين) حكمها الذي قضى بقبول دعوى المجني عليه وبنائه على أساس صحيح وحكمت له بتعويض، معللة حكمها بما يلي: إنه ليس هناك أي مقتضى تشريعي يحدد نوعية الضرر، أو المصلحة التي على المشتكي أن يدعيها، وإن الواقعة وحدها هي التي تفيد أنه كان عرضه لمحاولة قتل كافية لتحقيق المصلحة في التدخل كطرف مدني، وهو عين ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية إلى إجازة التعويض المدني عن حادث إطلاق عيار ناري لم يصب المجني عليه، وذلك لما أحدثته الجريمة من إزعاج وترويع [1].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فنجد أنه واضح من نصوصه بأنه يستند بتحديد نطاق المجني عليه إلى فكرة الضرر، سواء كان ماديا أو معنويا، وهو ما تقضي به المادة 03 من (ق إ ج ج): « يجوز مباشرة الدعوى المدنية مع الدعوى العامة في وقت واحد أمام الجهة القضائية نفسها. وتكون مقبولة أيا كان الشخص المدني أو المعنوي المعتبر مسؤولا مدنيا عن الضرر. وكذلك الحال بالنسبة للدولة والولاية والبلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري في حالة ما إذا كانت غاية دعوى المسؤولية ترمي إلى التعويض عن الضرر سببته مركبة. تقبل دعوى المسؤولية المدنية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جثمانية أو أدبية ما دامت ناجمة عن الوقائع موضوع الدعوى الجزائية» وهو موقف محمود.

ومن خلال ما تقدم عرضه من موقف ك ّ ل من الفقه والقضاء من تحديد المقصود بمصطلح الضحية والمجني عليه بصفة عامة، أو مصطلح الطفل الضحية بصفة خاصة، يمكن القول بأنه: كل شخص يقل عمره عن السن الذي يحدده القانون تعرض لاعتداء مادي أو معنوي يجرمه القانون، ترتبتع نه أضرار جنسية أو عقلية أو جسمانية أو معنوية.

الفرع الثاني: تعريف الحدث الجانح

الحدث هو كل شخص ذكرا كان أو أنثى لم يبلغ من العمر السن المقررة لبلوغ الرشد الجنائي بحسب القانون الجاري به العمل [2]، والحدث انطلاقًا من هذا قد يكون جانحا نتطرق له في هذا الفرع أو في حالة الخطر المعنوي في الفرع الثالث.

ولفظ الجنوح هو الميل لغة [1]، وفي الاصطلاح هو خروج الشخص على القانون في المجتمع.

---

[1] – إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح في اللغة، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1990 م، ج 06، ص 2.

[2] – سعاد التيالي، المرجع السابق، ص 14.

والجنوح كمصطلح قانوني ظهر لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1899 م، حين أنشئت أول محكمة للأحداث بمقاطعة « كوك» [2]. غير أنه تباينت آراء الباحثين من فقهاء القانون في ضبط مدلول هذا المصطلح، وإعطاء تعريف خاص به [3]، وهذا لعدة أسباب نوجزها فيما يلي:

1. اختلاف النتائج المتحصل عليها من خلال الدراسات والإحصائيات التي قام بها الباحثون في مختلف الدول في مجال الجنح.
2. اختلاف المرجعيات الثقافية الذي أدى إلى الاختلاف في تحديد السلوك الجانح من غيره؛ إذ كثير من التصرفات تعد جرائم في مجتمع، بينما لا تعتبر كذلك في مجتمع آخر.
3. الاختلاف البيئي الذي يؤثر على الجانب البيولوجي في الإنسان، والذي أدى خاصة إلى الاختلاف في تحديد العمر الذي يمكن إسناد وصف السلوك الجانح إليه.

فهذه الأسباب وأخرى حالت دون التوصل إلى ضبط مدلول مصطلح الجنوح من الناحية القانونية، إلاَّ أنَّ ندوة منع الجريمة ومعاملة المجرمين في البلاد العربية المنعقدة في كوبنهاغن سنة 1959 أشارت إلى أن مفهوم الانحراف هو «ارتكاب فعل جرمي يعاقب عليه الراشد، ولا يشمل الانحراف المتوقع أو ما قبل الانحراف» وفي المؤتمر الدولي الثاني لمكافحة الجريمة ومعاملة المذنبين المنعقد بلندن في شهر أوت سنة 1960 قصر مفهوم انحراف الأحداث على مخالفة القانون الجنائي دون أن يشمل الحالات الأقل خطورة التي لا يعاقب عليها قانون العقوبات، حتى ولو كانت تنبئ بأن الحدث في خطر ويحتاج إلى حماية خاصة [4]، ويعرف مكتب الشؤون الاجتماعية التابع للأمم المتحدة الحدث المنحرف بأنه «شخص في حدود سن معينة يمثل أمام هيئة قضائية أو أية سلطة أخرى بسبب ارتكابه جريمة لتلقي رعاية من شأنها تسيير إعادة تكيفه الاجتماعي» [5].

---

[1] – إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح في اللغة، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1990 م، ج 06، ص 2.

[2] – مُحَّد بركاني، ظاهرة انحراف الأحداث –أسبابها وطرق علاجها –، رسالة الماجستير في العلوم الجنائية، كلية الحقوق، الجزائر،) 2001 م، ص 7.

[3] – زوانتي بلحسن، جناح الأحداث –دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي –، رسالة الماجستير في العلوم الإسلامية (غير منشورة)، جامعة الجزائر، 2004 م، ص 16.

[4] – طه أبو الخير ومنير العصرة، انحراف الأحداث في التشريع العربي والمقارن، منشأة المعارف الإسكندرية 1961 م، ص 149 .

[5] – منير العصرة، انحراف الأحداث ومشكلة العوامل، المكتب المصري الحديث، الإسكندرية، 1974، ص 31.

وبالرجوع إلى قواعد بكين في القاعدة 02 -02 حيث عرفت الحدث بأنه «طفل أو شخص صغير السن يجوز بموجب النظم القانونية ذات العلاقة مساءلته جنائيا عن جرم بطريقة تختلف عن مساءلة البالغ» [1].

ومن الملاحظ على هذا التعريف أنه جاء عاما وواسعا، قصد بصياغته على هذا النحو ترك الحرية الكاملة لكل دولة لتحديد سن الحدث، وفقًا لظروفها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والثقافية والقانونية.

ومن خلال ما تقدم يمكن أن نخلص إلى تعريف الحدث المنحرف بأنه الحدث الذي يقل عمره عن ثماني عشرة سنة وارتكب جريمة وثبت ذلك أمام السلطات المختصة، وهو في ذلك يختلف عن الحدث المعرض للانحراف [2].

أما فيما يخص موقف التشريعات الجنائية من هذه المسألة يمكن القول: إن كانت لم تتفق في تحديد المقصود بالحدث الجانح، إلاَّ أنها تقتصر على تحديد سن الحداثة، وتبين متى تتخذ تجاهه تدابير الحماية أو التهذيب، ومتى تطبق عليه عقوبات مخففة [3].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري وبالرجوع إلى الباب الأول من الكتاب الثالث في القواعد الخاصة بالمجرمين الأحداث من (ق إ ج ج) قبل الإلغاء، نجد أنه حدد سن الرشد الجنائي ببلوغ الحدث ثماني عشرة سنة وقت ارتكابه للجريمة طبقًا للمادة 442 منه، والتي تنص على «يكون بلوغ سن الرشد الجزائي في تمام الثامنة عشر» [4].

وما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه استعمل لفظ المجرم بدل الحدث الجانح أو المذنب، وهي تسمية تتنافى مع أغراض السياسة الجنائية الحديثة، فأصبحت التشريعات تنظر إلى الحدث حتى ولو كان جانحا نظرة إشفاق ورأفة، وتعمل جاهدة من أجل إدماجه داخل المجتمع، إذن فمصطلح المجرم لا يخدم هذا الغرض، ولهذا على المشرع الجزائري إعادة تسمية عنوان هذا الكتاب اقتفاء بالمشرع التونسي الذي استبعد عبارة الانحراف والمنحرف واستبدلها بعبارة الجانح، وهي تدل على الإثم في مدلولها أقل شدة من الانحراف التي تعبر عن الانغماس في الجريمة.

---

[1] - Office des nations unies contre la drogue et le crime vienne, nations unies, recueil des règles et normes de l'Organisation des Nations Unies en matière de prévention du crime et de justice pénale، New York, 2007, p54.

[2] – عصام وهبي عبد الوارث، حدود المسؤولية الجنائية للطفل المعرض للانحراف في القانون المصري والقانون المقارن، رسالة الماجستير، 2009، ص41.

[3] – حسن محمد ربيع، التدابير المقررة للأحداث الجانحين والمشردين وفق أحكام القانون الاتحادي رقم 09 لسنة 1976، مجلة الأمن والقانون العدد الأول، العددالأول، دبي، جانفي 1993 م، ص 130.

[4] – وفي ذات الغرض ذهب المشرع الكويتي لتعريف الطفل المنحرف بنص صريح في الفقرة "ب" من المادة الأولى منه بأنه: هو الطفل الذي أكمل السنة السابعة من عمره ولم يبلغ السنة الثامنة عشر، وقام بارتكاب فعل من الأفعال التي يعاقب عليها القانون. راجع: نهلة سعد عبد العزيز، المسؤولية الجنائية للطفل، رسالة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2012 م، ص 70.

وبناءً على ما تقدم يمكن القول أن الحدث المنحرف في نظر المشرع الجزائري هو كل شخص لم يبلغ الثامنة عشر، يقوم بأفعال تعتبر جرائم بموجب قانون العقوبات أو النصوص العقابية المكملة له.

وفي المقابل نجد المشرع المصري يعرف الحدث في المادة 95 من (ق ط م) على أنه: «من لم تجاوز سنه ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة وقت ارتكاب الجريمة أو عند وجوده في إحدى حالات التعرض للخطر».

الفرع الثالث: تعريف الحدث المعرض للخطر المعنوي

إن الخطر العام يتعرض له جميع الأحداث لمرد كونهم صغار السن، فلا فرق بين المنحرف فعلا أو المعرض للانحراف أو الأحداث الأسوياء، والعلة في ذلك هي أن شخصيتهم ما زالت في طور التكوين وأن إدراكهم لم يكتمل، مما يستوجب على جميع أفراد المجتمع والسلطات مواجهة كل خطر عام يهدد الأحداث، وذلك باتخاذ جميع الإجراءات التي تحقق وقاية للأحداث، وهذا ما تسعى اليه جميع الهيئات، ويعد من قبيل الوقاية منع جميع فئات الأحداث من الدخول إلى أماكن معينة، أو منع الأحداث من العمل في الأماكن العامة.

أما الخطر الخاص فهو مجموعة من المؤثرات المادية أو المعنوية أو الصحية التي تحيط بالحدث والتي قد تؤثر فيه، فالحدث الموجود في ظروف حسنة يكون انحرافه مستبعدا، أما الحدث الموجود في ظروف صعبة فيكون انحرافه محتملا، وكلَّما زاد تأثير الظروف كانت سببا قويا للتأثير على الحدث، مما يجعله يستجيب للقيام بفعل يدخل ضمن النصوص التجريمية الواردة في قانون العقوبات أو القوانين المكملة له [1].

ويعرف الحدث المعرض للانحراف حسب ما ورد في تقرير الأمم المتحدة عام 1955 بأنه: «الحدث الذي لم ينحرف بعد؛ يعني أنه لم يرتكب جرما بعد، لكن إمكانية إقدامه على ذلك قائمة ومحتملة، أي أنه مهدد بالوقوع في براثن الانحراف» [2].

ويعرف فقهاء القانون الأحداث المعرضين للخطر المعنوي أم الأحداث الذين لم يرتكبوا أفعالا مجرمة قانونا، إلاَّ أنَّ وضعهم الشخصي أو العائلي أو المدرسي أو سلوكهم ينبئ بأن وضعيتهم معرضة لعوامل سلبية تضعها في المترلق نحو

[1] – أوفروخ عبد الحفيظ، السياسة الجنائية تجاه الأحداث، رسالة ماجستير، جامعة منتوري، قسنطينة، 2011 م، ص 04.

[2] – سعاد التيالي، المرجع السابق، ص 16.

الجنوح والإجرام [1]، فالحدث المعرض للخطر المعنوي يكون في حالة خطورة اجتماعية التي يقصد منها وجود الحدث في حالة غير عادية، يتوقع مع استمرارها إقدام هذا الحدث على ارتكاب جريمة في المستقبل [2].

وبالرجوع إلى الأمر 72-03 المتعلق بحماية الطفولة والمراهقة فإننا لا نجد تعريفا للخطر المعنوي الذي يمكن أن يتعرض له الحدث، فالمشرع ومن خلال هذا الأمر وفي مادته الأولى حدد فقط الحالات التي يكون فيها الحدث معرضا للخطر المعنوي دون تحديد المقصود منه، رغم ما يكتنفه هذا المصطلح من غموض حتى عند بعض العارفين بالقانون. بينما في قانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل الذي ألغى العمل بأحكام النص المذكور أعلاه المتعلق بحماية الطفولة والمراهقة، نجد المادة 02 منه عرفت الطفل المعرض للخطر المعنوي في نصها «الطفل الذي تكون صحته وأخلاقه أو تربيته أو أمنه في خطر أو عرضة له، أو تكون ظروفه المعيشية أو سلوكه من شأما أن يعرضاه للخطر المحتمل أو المضر بمستقبله، أو يكون في بيئة تعرض سلامته البدنية أو النفسية أو التربوية للخطر».

الحلات التي تعرض الطفل للخطر:

- فقدان الطفل لوالديه وبقائه دون سند عائلي.
- تعريض الطفل للإهمال والتشرد.
- المساس بحقه في التعليم.

وذلك في حالة ما إذا ما خالف الأولياء القواعد الخاصة بإجبارية مزاولة الدراسة إلى غاية سن معينة، وذلك طبقا للمرسوم رقم 76-66 المتعلق بالطابع الإجباري للتعليم الأساسي [3] حيث نصت المادة 02 منه على أنه: «يجب على الآباء والأوصياء وبصفة عامة على جميع الأشخاص الذين يكفلون أولادا في سن القبول المدرسي أن يسجلوهم في المدرسة الأساسية التابعة لقطاعهم الجغرافي المدرسي».

- التسول بالطفل أو تعريضه للتسول.
- عجز الابوين أو من يقوم برعاية الطفل عن التحكم في تصرفاته التي من أن تؤثر على سلامته البدنية أو النفسية أو التربوية.

---

[1] – مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 146.

[2] – فتوح عبد الله الشاذلي، قواعد الأمم المتحدة لتنظيم قضايا الأحداث –دراسة تأصيلية مقارنة بقوانين الأحداث العربية، مؤسسة الثقافة، الجامعية، مصر، 1991 م، ص 28.

[3] – مرسوم رقم 76-66 ممضي في 16 أبريل 1976، المتعلق بالطابع الإجباري للتعليم الأساسي، الجريدة الرسمية عدد 33 مؤرخة في أبريل 1976، الصفحة 5.

- التقصير البين والمتواصل في التربية والرعاية
- سوء معاملة الطفل، لاسيما بتعريضه للتعذيب والاعتداء على سلامته البدنية أو احتجازه أو منع الطعام عنه أو إتيان أي عمل ينطوي على القساوة من شأنه التأثير على توزان الطفل العاطفي أو النفسي.
- إذا كان الطفل ضحية جريمة من ممثله الشرعي.
- إذا كان الطفل ضحية جريمة من أي شخص آخر إذا اقتضت مصلحة الطفل حمايته.
- الاستغلال الجنسي للطفل بمختلف أشكاله، من خلال استغلاله لاسيما في المواد الإباحية وفي البغاء وإشراكه في عروض جنسية.
- الاستغلال الاقتصادي للطفل، لاسيما بتشغيله أو تكليفه بعمل يحرمه من متابعة دراسته أو يكون ضارا بصحته أو بسلامته البدنية أو المعنوية.
- وقوع الطفل ضحية نزاعات مسلحة وغيرها من حالات الاضطراب وعدم الاستقرار.

المطلب الثالث: صور الحماية الجنائية للطفل

تجسيدا للأهمية الكبرى التي يحتلها الطفل في رسم معالم ك ّ ل دولة على حدة، وإيمانا من المجتمع الدولي بأهمية الطفل والطفولة كمرحلة أولى في حياة الإنسان فقد تعالت العديد من الأصوات الداعية إلى الاهتمام بها، حيث أصبحت مشاكل الطفل معروضة في ج ّ ل المحافل الدولية والمحلية ؛ إذ استقطبت اهتمام الباحثين القانونيين والنفسيين والتربويين والاجتماعيين فتوجت هذه المرحلة بصدور العديد من الإعلانات والمواثيق والعهود الدولية الداعية إلى الاهتمام بحقوق الطفل ولهذا كان لزاما على المجتمع الدولي بما فيه المنظمات الدولية منها والإقليمية أن تجعل من مسألة حماية الطفل محورا لها، وغدت تطالب الدول من أجل سن قواعد بموجبها يتسنى لها تقرير الحماية اللازمة لفائدة هذه الشريحة، حتى تنشأ وتنمو في ظروف آمنة مستقرة [1]، وهذا ما سنتطرق إليه فيما يأتي.

[1] – فاطمة شحاتة وأحمد زيدان، تشريعات الطفولة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008 م، ص ص 67، 68.

الفرع الأول: الحماية الجنائية للطفل على المستوى الدولي

لقد انصب جل اهتمام المجتمع الدولي على حقوق الفرد البالغ، ولم ينتبه العاملون في المجال إلى تأمين حماية الطفل إلاَّ في النصف الثاني من القرن العشرين باعتبار الطفل نواة المستقبل ويحتاج للرعاية خاصة، تختلف في مضمونها عن الكبار.

لذلك فقد عكفت العديد من المنظمات الدولية على وضع النصوص القانونية، سواء العامة أو المتعلِّقة حصرا بالطفل لإيجاد حماية خاصة له، بسبب عدم نضجه الجسمي والعقلي هذا من جهة، ولكون الأطفال من شرائح المجتمع الأكثر تعرضا للقتل والتدمير والتشرد بسبب الحروب من جهة أخرى.(1)

أولا: حماية الطفل في ظل النصوص الدولية

يستند نظام الأمم المتحدة لحماية حقوق الإنسان على ثلاثة وثائق أساسية تشكل الميثاق الدولي لحقوق الإنسان، وهي: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وكذا العهدين الدوليين، وهي الوثائق التي اشتقت وبنيت عليها مختلف الوثائق القانونية الأخرى الصادرة عن الأمم المتحدة:

أ. حماية الطفل في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948

تضمن الإعلان المكون من ديباجة وثلاثين (30) مادة العديد من الحقوق والحريات الأساسية اللازمة للإنسان، سواء بصفته الشخصية أو باعتباره فردا من المجتمع، ومن أهمها المساواة بين جميع الناس، وعدم التمييز، والحق في الحياة، ومنع الرق، ومنع التعذيب، والحق في محاكمة عادلة، براءة الذمة إلى ثبوت الإدانة، واحترام الحياة الخاصة، وحرية التنقل، والزواج، والتفكير، والعقيدة، وفي العمل، والعمل النقابي، وغيرها من الحقوق الأخرى.

وإن كان الإعلان لم يخصص ولا مادة واحدة كاملة للطفل، إلاَّ أنَّ هناك بعض الفقرات التي تحدثت بطريقة أو بأخرى عن حقوق الطفل، فالفقرة الثانية من المادة 25 أقرت للأمومة والطفولة الحق في الرعاية والمساعدة، خاصة بالنظر لوضعية الفئتين المتميزتين، كما اعترفت لجميع الأطفال بحق التمتع بذات الحماية الاجتماعية دون أن يفرق الإعلان بين من ولدوا في إطار الزواج وخارجه، كما منحت من الإعلان الحق لكل شخص في التعلم، وأوجبت إلزامية التعليم الابتدائي مع حق الآباء / المادة 26-02 في اختيار نوع التعليم المناسب(2)، وهو ما يفهم منه التعليم المتعلق بالطفل. وعليه فالإعلان لا يخاطب الطفل كطفل مباشرة، بل يخاطبه كشخص بالغ ومسؤول.

---

(1) – عصام وهبي عبد الوارث، حدود المسؤولية الجنائية للطفل المعرض للانحراف في القانون المصري والقانون المقارن

(2)– فاطمة شحاتة وأحمد زيدان، تشريعات الطفولة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008 م

ب. حماية الطفل في ظل العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية

تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة العهد الدولي في 16 ديسمبر 1966، ودخل حيز النفاذ في 03 جانفي 1976 بعد إيداع وثيقة التصديق أو الانضمام تطبيقا للمادة 27 من العهد، وجاء ليؤكّد أهمية هذا النوع من الحقوق للتمتع الفعلي بكافة حقوق الإنسان؛ إذ أقرت المادة العاشرة منه وجوب منح الأسرة الحماية والمساعدة بمسؤولية تعهد وتربية الأولاد الذين تعيلهم، كما أوجبت توفير الحماية للأمهات خلال فترة ما قبل الوضع [1].

ت. حماية الطفل في ظل العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية

احتوى العهد الذي دخل حيز النفاذ في 23 مارس 1976 الذي انضمت إليه الجزائر بموجب مرسوم رئاسي رقم 99-67 المؤرخ في 16 ماي 1989 بتحفظ، على العديد من النصوص المقررة لحماية الطفل، حيث جاء في ديباجته أن الدول الأطراف في هذا العهد إذ ترى أن الإقرار بما لجميع أعضاء الأسرة البشرية من كرامة أصيلة فيهم، ومن حقوق متساوية وثابتة، يشكل وفقًا للمبادئ المعلنة في ميثاق الأمم المتحدة أساس الحرية والعدل والسلام في العالم.

ثانيا: حماية الطفل في النصوص الدولية الخاصة

أ. إعلان حقوق الطفل الصادرة في نوفمبر 1959

نص هذا الإعلان المكون من عشرة مبادئ على تمتع كل طفل بالحقوق المنصوص عليها في الإعلان دون تمييز، وكون الطفل غير مكتمل النضج الجسمي والعقلي. فقد جعل المبدأ الثاني ضرورة تمتعه بحماية خاصة، وأن تكون مصلحته العليا محل اعتبار في سن القوانين، كما أقر للطفل الحق في الاسم والتمتع بالجنسية والرعاية الصحية قبل الميلاد وبعده، مع حق تلقي التعليم بل إلزاميته في المرحلة الابتدائية، وأيضا إتاحة الفرصة لكل طفل في اللعب واللهو أما المبدأ الثامن فقد أوجب أن يكون الطفل في جميع الظروف من أوائل المتمتعين بالحماية والإغاثة [2].

اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة اتفاقية حقوق الطفل في قرارها رقم 25/44 المؤرخ في نوفمبر 1989، وكان أساسها مبدأ عاما مؤداه الطفل أولا، وتضمنت الاتفاقية 54 مادة، وردت في ثلاثة أجزاء، تناول جزؤها الأول -ولأول مرة - تحديد مفهوم الطفل، وهو كل إنسان لم يتجاوز سن 18 كاملة (المادة الأولى من الاتفاقية). وقد أكدت هذه الأخيرة التزام كل الدول الأطراف في الاتفاقية باحترام حقوق الطفل وتعهدها بتوفير الحماية والرعاية والرفاهية، ثمَّ جاء النص على مجموعة الحقوق التي يجب أن يتمتع بها الأطفال، وأهمها: الحق في الحياة وفي الحفاظ على

[1] – جابر إبراهيم الراوي، حقوق الإنسان وحرياته في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، دار وائل، عمان، 1999 م، ص ص 229.230.

[2] – محمود شريف بسيوني، حماية الطفل دون حماية حقوقه، الآفاق الجديدة للعدالة الجنائية في مجال الأحداث 1992، ص 4.

هويته، التعليم، والتفكير، الرعاية الصحية، الضمان الاجتماعي، الراحة والتسلية، وواجب إعطاء المعاقين العناية والرعاية اللازمتين.

بالإضافة لضرورة الحماية من جميع المخاطر المحدقة بالأطفال والتي تضرم، كالعنف والإهمال والمخدرات والاختطاف، مع عدم فرض عقوبة الإعدام أو السجن مدى الحياة بسبب الجرائم التي يرتكبها الأطفال، كما يتعين فصل الأطفال عن الكبار في السجن، وعدم تعريض الأطفال للتعذيب أو المعاملة القاسية. وفي كل الأحوال وحسب المادة 40 من الاتفاقية؛ فالطفل الذي يخرق أحكام قانون العقوبات يجب أن يعامل بطريقة تتفق مع درجة إحساس الطفل بكرامته، وبهدف إلى إعادة إدماجه في المجتمع.

ثالثا: دور بعض المنظمات الدولية في حماية الطفل

سنحاول في هذه النقطة تقصي المجهودات المبذولة من قبل بعض الوكالات المتخصصة ومساعي بعض المنظمات الإقليمية.

أ. دور منظمة اليونيسيف (صندوق الأمم المتحدة لرعاية الأمومة والطفولة) في حماية الطفل

لقد عملت منظمة اليونيسيف منذ إنشائها في 1946 كوكالة لإغاثة الأطفال في أوربا التي

دمرتها الحروب وحمايتهم عبر العالم، وهي تنشط في 162 بلدا، مسترشدة باتفاقية حقوق الطفل.

وفي هذا السياق سعت المنظمة مع الحكومات والمنظمات الدولية وحركات المجتمع المدني إلى عقد القمتين العالميتين للطفل؛ القمة العالمية الأولى في عام 1990 والثانية في 2002، أين أكدت الدول على ضرورة التفعيل للعمل باتفاقية حقوق الطفل [1].

ب. دور منظمة اليونسكو(3) (منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة) في حماية الطفل

تختص منظمة اليونسكو في إطار أسرة الأمم المتحدة أساسا بالتربية والثقافة والعلوم، وهي تقوم بتنشيط التربية ونشر الثقافة والتعليم، دون تمييز بسبب الجنس أو العنصر أو بسبب الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي، وهي تعمل على اقتراح الأساليب التربوية المناسبة لتهيئة أطفال العالم أجمع للاضطلاع بمسؤوليات الإنسان الحر [2].

ت. دور منظمة العمل الدولية في حماية الطفل

استنادًا للمادتين 03 من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والمادة 32 من اتفاقية حقوق الطفل عام 1989، اهتمت منظمة العمل الدولية بعمل الأطفال من خلال إ□دار العديد من الاتفاقيات الدولية، منها:

---

[1] – أحمد أبو الوفا، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في إطار منظمة الأمم المتحدة والوكالات الدولية المتخصصة، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2000م، ص 2.

[2] – أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 20.

– الاتفاقية الدولية بشأن السن الدنيا لقبول الأطفال في الصناعة عام 1937 والتي حددها ب 15 سنة.

– الاتفاقية الخاصة بشأن الفحص الطبي للأطفال والشباب للعمل على ظهر السفينة.

– الاتفاقية الخاصة بالعمل الليلي للأطفال.

– اتفاقية الحد الأدنى لسن استخدام الأطفال عام 1973 التي تجعل السن 15 و18 سنة بالنسبة للأعمال التي تعرض الطفل للخطر.(1)

الفرع الثاني: الحماية الجنائية للطفل على المستوى الإقليمي

بالرجوع إلى النصوص الإقليمية التي أبرمت في مجال الحماية الجنائية للطفل نجد أنها عديدة، وسنركز على البعض منها، وهي: الاتحاد الأوربي، والاتحاد الإفريقي، وجامعة الدول العربية.

أ. الحماية الجنائية للطفل على مستوى الاتحاد الأوربي

إنَّ اقتناع دول الاتحاد الأوربي بوجوب تشجيع حقوق ومصالح الأطفال المثلى تجلى في الاتفاقية، الأوربية بشأن ممارسة حقوق الطفل الصادرة عام 1996، والتي بدأ العمل بها في 7 جانفي 2000 وعلى اعتبار أن حقوق الطفل تضمنتها العديد من الاتفاقيات الأممية فقد ركزت الاتفاقية الأوربية على الحقوق الإجرائية للطفل وتمكينه من التعبير عن رأيه، مع إعطاء الأهمية لهذه الآراء، وفي هذا الإطار يجب أن تعمل السلطة القضائية بسرعة وسرية إن استلزم الأمر ذلك.

أما المادة 13 من الاتفاقية فقد شجعت الوساطة والوسائل الأخرى لحل النزاعات التي تشمل أطفالا، كما نصت الاتفاقية على إنشاء لجنة دائمة تنظر في المسائل المتعلِّقة بتنفيذ الاتفاقية، ولها أن تتخذ توصيات بأغلبية 2 /3 أصوات الدول الأعضاء. وما يثير الانتباه أن المادة 24 منها منعت إبداء التحفظات على الاتفاقية مما يوحي إلى الأهمية المولاة للطفل، والرغبة القوية في توحيد مواقف الدول الأوربية المتعلِّقة بالطفل.(2)

---

(1)- عهد حقوق ال ّ طفل في الإسلام المعتمد من قبل المؤتمر الإسلامي الّثاني والّثلاثين لوزراء الخارجية المنعقدة في صنعاء (اليمن).

(2)- – أحمد أبو الوفا، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في إطار منظمة الأمم المتحدة والوكالات الدولية المتخصصة، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2000م

ب. الحماية الجنائية للطفل في مضمون عهد حقوق الطفل في الإسلام

اعترافا من الدول الإسلامية بحقوق الطفل ووعيا منها بجسامة المسؤولية تجاهه على وجه الخصوص إذ هو طليعة مستقبل الأمة وصانع غدها، صادقت على عهد حقوق الطفل في الإسلام [1] سعيا منها لتطوير الأداء الإسلامي في قطاع الطفولة بغية ملاءمة الأطر والآليات لمواجهة حجم التغيرات والتحولات المتسارعة وانعكاساتها على هذا القطاع وأخذا في الاعتبار تحمل الأطفال –باعتبارهم من الكيان الهش في المجتمع – لأكبر قسط من المعاناة نتيجة للكوارث الطبيعية وتلك التي من صنع الإنسان مما ينجم عنه ظواهر مأساوية تتمثل في اليتم والتشرد، واستغلال الأطفال في أعمال عسكرية أو قاسية أو خطرة أو غير مشروعة، فضلا عن معاناة الأطفال اللاجئين والموجودين في السجون والرازحين تحت ظروف الاحتلال.

ت. الحماية الجنائية للطفل على مستوى منظمة الوحدة الإفريقية (الاتحاد الإفريقي)

اعترافا من الدول الإفريقية بالوضع الخطير الذي يمر به الطفل الإفريقي، وإيمانا منها بوجوب أن ينمو الطفل في بيئة أسرية، وتوفير الحماية اللازمة له، وتأمين احتياجات نموه البدني والعقلي أقرت ميثاق حقوق ورفاهية الطفل عام 1990، الذي بدأ العمل به في 29 نوفمبر 1999، ويضم الميثاق 48 مادة، وعلى أساس مبدأ مصالح الطفل المثلى عدد الميثاق جملة من الحقوق منها:

عدم التمييز، والحق في البقاء، والحصول على اسم وجنسية، والتعبير، والارتباط بالآخرين، والحق في الخصوصية، وكذا التعليم، وتنمية شخصية الطفل، بالإضافة لإقرار حقه في الراحة والترفيه والرعاية الصحية، وتطبيق نظام قضائي خاص بالأحداث. كما أقر الميثاق حق الطفل في الحماية ضد إساءة المعاملة والاستغلال في العمل والاستغلال الجنسي وتعاطي المخدرات، كما تمَّ النص على إنشاء اللجنة الخاصة بحقوق ورفاهية الطفل التي تتكفل بجمع المعلومات التي يعاني منها الطفل الإفريقي، وتتعاون مع المؤسسات والمنظمات الإفريقية والدولية المعنية بحقوق الطفل، وتتابع تنفيذ الميثاق وتلقي التقارير الدورية من الدول الأعضاء حول تنفيذ الميثاق، ومن مهام هذه اللجنة القيام بالتحقيق في المجالات المذكورة أعلاه، لكن تبقى تقاريرها لا تخرج عن دائرة الملاحظات والتوصيات.

[1] – عهد حقوق ال ّ طفل في الإسلام المعتمد من قبل المؤتمر الإسلامي الّثاني والّثلاثين لوزراء الخارجية المنعقدة في صنعاء (اليمن).

الفرع الثالث: مناهج القوانين الجنائية في توفير الحماية الجنائية للطفل

أ – في التشريع الجزائري

1/ في مختلف النصوص القانونية

وعيًا من المشرع الجنائي الجزائري بوضعية الطفل أقر نصوصا زجرية لحماية حّقه في الحياة والنماء منذ مراحل تكوينه الأولى إلى حين اكتمال نضجه البدني والعقلي، وذلك ببلوغه سن 18 سنة، كما أقر نصوصا أخرى بهدف إلى صيانة بدنه ونفسيته من ك ّ ل أنواع العنف البدني والنفسي، وكذا النصوص التي تحمي أخلاقه وعرضه من شتى أصناف الاعتداءات، إضافة إلى هذا أوجد المشرع الجزائري بعض النصوص الإجرائية التي تقرر الحماية الإجرائية للطفل المجني عليه في مرحلة التحقيق والمحاكمة، وهي قليلة في رأينا مقارنة بالحدث الجانح أو المعرض للخطر المعنوي.

هذا وقد تجسد الاهتمام بفئة الأطفال في الجزائر منذ الاستقلال، فرحيل المستعمر كشف للمعنيين آنذاك عن عمق المآسي التي تركتها الحرب في فئة الأطفال [1]، فالفقر وعدم التمدرس وانعدام العناية الصحية واليتم ك ّ ل تلك الأسباب وغيرها [2] جعلت الحكومة الجزائرية تسارع إلى إنشاء وزارة للتربية والتعليم وجعلت التعليم مجانا، وحرصت على هذا الحق الدساتير الجزائرية، حيث تنص المادة 6 منه على أن: «الحق في التعليم مضمون، التعليم العمومي مجاني حسب الشروط التي يحددها القانون، التعليم الأساسي إجباري، تنظم الدولة المنظومة التعليمية الوطنية، تسهر الدولة على التساوي في الالتحاق بالتعليم والتكوين المهني».

2/ قانون 12/15المتعلق بحماية الطفل الجزائري

في سنة 2005 قامت وزارة العدل بتكوين لجنة لإعداد مشروع قانون للطفل [3]، والذي رأى النور بموجب القانون 02/15 المتعلق بحماية الطفل الجزائري، والمتضمن 150 مادة موزعة على 60 أبواب. الباب الأول في الأحكام العامة، الباب الثاني حماية الأطفال في خطر، الباب الثالث القواعد الخاصة بالأطفال الجانحين، الباب الرابع حماية الطفولة داخل المراكز المتخصصة، الباب الخامس في الأحكام الجزائية، الباب السادس أحكام انتقالية ونهائية.

[1] – عبد العزيز أبو خزيمة، المرجع السابق، ص 08

[2] – درياس زيدومة، حماية الأحداث في قانون الإجراءات الجزائية، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2006 م، ص 08.

[3] – عبد العزيز أبو خزيمة، المرجع السابق، ص 11.

المبحث الثاني: دعاوى الحضانة

المطلب الأول: الدعاوى المدنية

نتناول في هذا المطلب الدعاوى المدنية المتعلقة بالحضانة وهي: كل من دعوى إسناد الحضانة وتمديدها، ودعوى إسقاطها وحالاتهما والإجراءات المتبعة.

الفرع الأول: دعوى إسناد الحضانة

يقتضي الأمر اللجوء إلى دعوى إسناد الحضانة في الحالات التالية: حالة الطلاق وما في حكمه من تطليق أو خلع، وحالة الوفاة أو حالة الفقدان.

أ – حالة الطلاق وما في حكمه:

إذا كنا أمام دعوى طلاق بالإرادة المنفردة من الزوج، أو حالة الطلاق بالتراضي، أو إذا رافعت الزوجة زوجها أمام القضاء طالبة تطليقها حسب إحدى حالات المادة **53** من قانون الأسرة أو خلعها حسب المادة **54** من نفس القانون ؛ ففي جميع هذه الأحوال يكون موضوع الحضانة من بين المسائل الجدية التي ينظرها القاضي بمناسبة هذه الدعاوى. ذلك أنه متى تم فك رباط الزوجية لأحد الأسباب المذكورة سابقا لم يعد ثمة بقاء لبيت الزوجية وكان لزاما الفصل في أمر الولد أو الأولاد وتحت أي كنف سيعيشون ؟ مراعيا دائما في حكمه مصلحة المحضون.

وبتطبيق القواعد الشرعية الفقهية والقانونية حسب ما جاء في نص المادة **64** من قانون الأسرة فإن الأم دوما تكون أولى وأحق بإسناد الحضانة لها، إلا إذا وقعت تحت طائلة إحدى هذه الحالات التي تسقط عنها هذا الامتياز والمحددة قانونا وشرعا.

حيث أكدت هذا المبدأ غرفة الأحوال الشخصية لمجلس قضاء المدية عندما ألغت حكم درجة أولى قضى بإسناد حضانة الطفل إلى أبيه على أساس أنه يزاول دراسته بمدرسة قريبة من سكن الوالد، وحتى لا يقع له ارتباك في الدراسة، إلا أن الغرفة رأت أن هذا التبرير غير مقنع ومصلحة الطفل تقتضي أن يكون عند والدته إلى غاية إثبات العكس [1].

وهذا الإتجاه أكدته نفس الغرفة في قرار لها عندما طالب والد المحضونة أمامها من جديد بإسناد الحضانة له على أساس أنه عندما توجه إلى زيارة ابنته لم يجدها، وقدم محضر عدم وجود حيث اعتبرت الغرفة أن هذا الطلب الذي يعتمد على مثل هذا المحضر غير مؤسس[1].

[1] – قرار : غ أ ش مجلس قضاء المدية – رقم الجدول: 1159 / 01 – فهرس: 2002/48 بتاريخ: 2002/04/06

وهو نفس المذهب الذي اعتمدته المحكمة العليا في قراراتها في ما يتعلق بمسألة إسناد الحضانة بالأخذ بمصلحة المحضون حيث جاء في إحدى قراراتها أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة حيث جاء فيه: " من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية. ولما كان قضاة الاستئناف في قضية الحال قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة ومن جديد إسنادها للأب فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين باعتبار أنهما أصبحا يافعين، إلا أنهم أخطئوا بخصوص البنت خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة **64** من قانون الأسرة ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة البنت" [2].

ب – حالة الوفاة أو الفقدان:

رأينا أن مسألة إسناد الحضانة في الحالة الأولى تكون بالتبعية لدعوى الطلاق، بينما في مثل هذه الحالة تكون دعوى إسناد الحضانة أصلية وذلك في حالة وفاة من أسندت له الحضانة أو فقدانه، فيكون من حق أي شخص آخر تتوفر فيه الشروط الشرعية والقانونية أن يقيم دعوى أمام المحكمة يطلب فيها إسناد الحضانة له. لأن العلة في الحالتين واحدة وهي بقاء الولد المحضون دون رعاية على فرق إجرائي بينهما يتمثل في أن الأمر يحتاج أولا في حالة الفقدان إلى إصدار حكم به.

الفرع الثاني: دعوى تمديد الحضانة

الأصل أن الحضانة تنتهي ببلوغ الذكر عشر سنوات، والأنثى سن الزواج وفي هذه الحالة يكون للمحضون حق الاختيار في كنف أي شخص يعيش، ولا يحق لأي طرف هنا رفع دعوى للمطالبة بالحضانة. وهذا ما نصت عليه المادة **65** من قانون الأسرة: " **تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه عشر سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج...** "، إلا أن هذه المادة جاءت باستثناء لهذا الأصل، عندما أضافت: "**وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية** ".

[1] – قرار: غ أ ش مجلس قضاء المدية – رقم الجدول: 1301 / 2001 – فهرس: 2002/51 بتاريخ 2002/04/06

[2] – أنظر قرار المحكمة العليا: رقم 52221 تاريخ 13مارس 1989 – ص 48 – م ق: 1993 عدد 01

إذن يستخلص من هذا النص أن الأم التي لم تتزوج ثانية هي وحدها التي تستطيع أن تتقدم أمام المحكمة بدعوى تطلب فيها تمديد حضانتها لولدها الذكر إلى غاية ستة عشر سنة من عمره، وهذا ما من شأنه إستبعاد حالات مشابهة لمجرد كون الحاضن شخصا آخر غير الأم مما يتنافى مع قاعدة مصلحة المحضون.

جاء في قرار المحكمة العليا: " من المقرر قانونا أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أمه ولم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون، ومتى تبين من القرار المطعون فيه أن الحاضنة للطفل ليست أمه التي تزوجت بشخص غير محرم فإن الشروط المطلوبة غير متوفرة " [1].

وهذا ما تأكد في قرار آخر للمحكمة العليا في حكم قضى بالطلاق واسناد الحضانة للأم وتم الطعن فيه بالنقض لأن سن الأبناء المحضونين تجاوز سن العاشرة وهم تحت رعاية الأب حيث جاء في ملخصه: " أن لقضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة للذكر إلى سن السادسة عشر إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، مع مراعاة مصلحة المحضونين دون أن يكونوا قد خرقوا المادة **65** من قانون الأسرة" [2].

الفرع الثالث: دعوى إسقاط الحضانة

كلما اختلت شروط الحضانة كانت مصلحة المحضون في خطر، فيمكن أن يلجأ المعني صاحب الصفة إلى دعوى لإسقاط الحضانة. لأن سقوط الحضانة لن يكون أمرا تلقائيا بل لا بد فيه من حكم قضائي، وتكون دعوى السقوط أصلية بخلاف دعوى اسناد الحضانة التي غالبا ما تكون تبعية لدعوى طلاق. كما أن دعوى اسقاط الحضانة لن يكون لها مفعول إذا تعارضت مع مصلحة المحضون.

فما هي أهم الحالات التي تؤدي إلى المطالبة باسقاط الحضانة ؟

- لقد نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على الحالات التي يسقط فيها حق الحضانة عن صاحبه وهي:

الحالة الأولى: نصت على هذه الحالة المادة **66** من قانون الأسرة حيث جاء فيها: يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل مل لم يضر بمصلحة المحضون.

[1] – أنظر قرار المحكمة العليا: ملف رقم 25566 بتاريخ 1999/12/10

[2] – أنظر قرار المحكمة العليا: ملف رقم 123889 بتاريخ 1995/10/24 – نشرة القضاة – عدد 52 ص 111 .

أ – زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون: في حالة زواج الأم الحاضنة بأجنبي عن المحضون يسقط حقها في الحضانة، لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو: **هل زواج الحاضنة بأجنبي غير محرم يعد تنازلا اختياريا عن الحضانة أم غير اختياري وهل يحق لها المطالبة بها بعد طلاقها منه ؟**

تنص المادة **71** من قانون الأسرة على أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري.

جاء في قرار للمحكمة العليا مفاده: " أنه من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي يعد تصرفا رضائيا واختياريا فإن القضاء بالحضانة بعد زوال سبب سقوطها الاختياري يعد مخالفة للقانون " [1]. ما أن الادعاء بزواج الأم الحاضنة لا يمكن إثباته إلا بعقد زواج محرر طبقا للمادة **22** من قانون الأسرة [2]. وفي قرار آخر للمحكمة العليا جاء فيه: " ومتى كان مقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما، فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة " [3].

إلا أنه وقع تطور في موقف واتجاه المحكمة العليا واعتبرت أن زوال سبب سقوط الحضانة بعد طلاق الأم من أجنبي غير محرم لا يمنعها ذلك من المطالبة باستعادة الحضانة، حيث جاء في أحد قراراتها:

"من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري، ومتى تبين أن المطعونة ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها فيها حسب نص المادة 71 من قانون الأسرة طبقوا حيح القانون [4].

وتأكد هذا التغير في موقف المحكمة العليا عندما اعتبرت في قرار موالي لها أن زواج الحاضنة بأجنبي غير محرم يعتبر تنازل غير اختياري عن الحضانة، ومن ثمة فإن طلاقها من هذا الزوج يعطي لها الحق في المطالبة بالحضانة معتمدة على نص المادة **71** من نفس القانون، حيث جاء فيه: إن القضاء بسقوط الحضانة عن الطاعنة رغم زوال سبب

[1] – أنظر قرار محكمة العليا ملف رقم: 58812 بتاريخ 1990/02/05

[2] – أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم: 102886 نشرة القضاة – عدد 51 ص 92 بتاريخ 1994/04/19 .

[3] – أنظر قرر المحكمة العليا ملف رقم: 40483 مجلة قضائية سنة 1989 الجزء الثاني ص 75 بتاريخ – 1986/05/05 .

[4] – أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم: 201336 – الإجتهاد القضائي: غ . أ . ش عدد خاص 2001 ص 178 ب 1998/07/21 .

السقوط ودون الرد على الدفع المثار من طرفها فيما يخص طلاقها من غير قريب محرم رغم أن لها حق العودة في المطالبة بالحضانة يعد مخالفة للقانون [1].

ب– التنازل عن الحضانة: يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه، مع الملاحظة أن المشرع اشترط في التنازل المذكور أن لا يكون مضرا بمصلحة المحضون كأن تتنازل الأم مثلا عن طفلها الرضيع لفائدة الأب فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها.

بصفة عامة كل تنازل من شأنه أن يهدد مصلحة المحضون لا يعتد به، وهذا ما أكدته المحكمة العليا بحيث قررت أن تنازل الأم عن الحضانة دون وجود حاضن آخر يقبل الحضانة وله القدرة عليها يعد مخالفة لأحكام الحضانة: " أنه من المقرر شرعا وقانونا أن التنازل يقتضي وجود حاضن آخر يقبل تنازلها وله القدرة على الحضانة فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبول وتعامل معاملة نقيض قصدها " [2].

كما جاء في قرار آخر لها أنه من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون [3].

وعادة يثبت التنازل عن الحضانة عن طريق المحكمة بموجب حكم. **هل يكتسب هذا الحكم حجية الشيء المقضي به ؟ وهل تأخذ المحكمة بهذه الحجية وبسبق الفصل وتقدر بذلك مصلحة المحضون ؟ أم أنها ستأخذ هذه المصلحة بعين الاعتبار ولو كان ذلك على حساب الحجية ؟**

كما يرى أنه في حالة التنازل عن الحضانة فإن الحكم الذي سيصدر عن المحكمة في شأن إسقاط الحضانة في مثل هذه الحالة بناءا على من له حق الحضانة هو فقط حكم مقرر لها وليس منشأ [4].

ومنه نستنتج أن ما ذهبت إليه غرفة الأحوال الشخصية بمجلس قضاء المدية والمحكمة العليا يكرس مبدأ حماية مصلحة المحضون بغض النظر عن مبدأ المساس بحكم حاز حجية الأمر المقضي به، ذلك أن الأحكام الصادرة في مادة الحضانة مناطها دوما المصلحة العليا والفضلى للمحضون وأن هذه الأحكام لا تكون عنوانا على الحقيقة إلا ما دامت تحقق مصلحة المحضون، وأنه يمكن تعديلها أو إلغائها متى تغيرت تلك المصلحة، وبالتالي فإن الحكم الذي يقضي بإسناد

---

[1] – أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم 252308 المجلة القضائية – العدد 02 / 2001 ص 284 بتاريخ 2000/11/21

[2] – أنظر قرار محكمة عليا ملف رقم: 51894 – ص 70 بتاريخ: 1988/12/19

[3] – أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم: 189234 – غ . أ . ش عدد خاص 2001 ص 175 بتاريخ 1998/04/21

[4] – أنظر عبد العزيز سعد – نفس الرجع ص 300

الحضانة لغير الأم بناءا على تنازلها يمكن الرجوع فيه من جديد إذا ما استجدت ظروف تدعو إلى القول أن مصلحة المحضون لا تتحقق إلا بأن تتولى حضانته أمه.

الحالة الثانية: نصت المادة **68** من قانون الأسرة على أنه يسقط حق الحضانة إذا لم يطالب به صاحبه مدة تزيد عن سنة بدون عذر.

كما نصت المادة **70** من نفس القانون أن هذا الحق يسقط عن الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم.

أ – سقوط الحق في الحضانة بمرور سنة بدون عذر:

تجدر الإشارة أن دعوى الحضانة مقيدة بمدة زمنية معينة يسقط الحق فيها إذا لم يطالب بها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر.

بمعنى أنه قد نكون أمام حالات يمكن أن تتجاوز المدة المحددة قانونا للمطالبة بالحضانة ومع ذلك لا يسقط الحق فيها إذا أثبت المعني بتوافر عذر مقبول عقلا ومنطقا ومنها على سبيل المثال:

- أن يكون جاهلا بأنه من الأشخاص اللذين لهم الحق في الحضانة، ويرجع تقدير توافر هذا العذر الذي نصت عليه المادة **68** إلى القاضي المختص مع أخذه دائما بعين الاعتبار مصلحة المحضون.
- إذا كان صاحب الحضانة جاهلا بحقه ولا يعلم بأن سكوته على المطالبة بها يلة هذه المدة يسقط حقه فيها.

وفي غياب أي عذر قانوني أو شرعي يسقط الحق في الحضانة بمرور هذه المدة، وقد أكدت المحكمة العليا على هذا المبدأ في قراراتها: " من المقرر شرعا وعلى ما استقر عليه الاجتهاد القضائي أن الحضانة تسقط عن مستحقها إذا لم يمارس هذا الحق خلال سنة ومن ثم فإن القرار بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية" [1].

وجاء في قرار آخر أنه حسب الشريعة الإسلامية من لم يطلب حقه في الحضانة لمدة تزيد عن عام بدون عذر سقط حقه فيها [2].

[1] – أنظر قرار المحكمة العليا ملف 32829 مجلة قضائية عدد 01 /1999 بتاريخ: 1984/07/09

[2] – أنظر قرار محكمة العليا ملف 388225 – نشرة القضاة عدد 44 ص 157 بتاريخ: 1985/12/02

كما اعتبرت المحكمة العليا أن إسناد الحضانة لغير مستحقها قبل مضي سنة يعد خرقا للقانون: " من المقرر قانونا أن الحضانة إذا لم يطلبها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن السنة لم تمض بعد على المطالبة بالحضانة من قبل الأم وهي لا زالت متمسكة بها فإن قضاة الموضوع بحرمانهم الأم من حق الحضانة وإسنادها للجدة لأب يكون قد خالف القانون " [1].

إلا أن هناك تغير في اتجاه المحكمة العليا أيضا في قراءتها للمادة **68** السابقة الذكر عندما اعتبرت أن إسقاط الحضانة عن الأم طبقا لأحكام هذه المادة وعدم استعانة القضاة بمرشدة اجتماعية لمعرفة مصلحة الأولاد وعدم الإشارة إلى جنسهم وأعمارهم فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون [2].

ب – سقوط الحق في الحضانة عن الجدة أو الخالة:

ويكون ذلك إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، وعلة ذلك أن الحكمة التي جعلت المشرع يسقط عن الأم حقها في الحضانة إذا تزوجت بأجنبي عن المحضون متوفرة، متى سكنت وهي متزوجة مع ذلك الأجنبي مع الجدة أو الخالة الحاضنة. وهنا تعود الحضانة إلى الأب طبقا للترتيب الوارد في المادة **64** من قانون الأسرة.

مع الملاحظة أن المشرع الجزائري في هذه الحالة لم يبين قصده من حصر سبب سقوط الحضانة بالمساكنة مع أم المحضون في الخالة والجدة للأم دون غيرهما.. ؟ !

الحالة الثالثة: تسقط الحضانة عن الحاضن الذي فقد أحد الشروط المرعية شرعا في المادة **62** من قانون الأسرة، كما يمكن للقاضي أن يسقط الحق فيها في حالة ما إذا أراد احبها أن يستوطن في بلد أجنبي كما نصت على ذلك المادة **69** من نفس القانون.

أ – سقوط الحضانة عند إختلال شروطها: إذا إختلت الشروط المنصوص عليها في المادة **62** سواء تعلقت بأهلية الحاضن، أم إتصلت بالإلتزامات المتعلقة بالحضانة. ونصت على هذه الحالة المادة**67** من قانون الأسرة أي التربية والرعاية الصحية والخلقية، مع أخذ المحكمة في هذه الحالة مصلحة المحضون. وقد ذهبت المحكمة العليا في هذا الخصوص

[1] – أنظر قرار المحكمة العليا ملف 58220 مجلة قضائية عدد 03 / 1993 ص 53 بتاريخ: 02/05 / 1990

[2] – أنظر قرار المحكمة العليا الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص لسنة 2001 مؤرخ في 1999/05/18 ص185

بأنّه متى كان من المقرر شرعا أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية وواضحة ومضرة بالمحضون، ومتعارضة مع مصلحته ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه في غير محله [1].

كما أكدت أن تخلف شرط القدرة يؤدي إلى إسقاط هذا الحق حيث الحاضنة فاقدة للبصر:" من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة هذا الحق دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي " [2].

كما أن عدم توفر شروط الحضانة في الجدة (أم الأم) تسقط عنها حيث يشترط فيها أن تكون غير متزوجة وأن لا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي وأن تكون قادرة على القيام بالمحضون [3].

وقد اتجهت المحكمة العليا اتجاها أبعد في إطار الحرص على حماية مصلحة المحضون عندما قالت: بأن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها، فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا [4].

كما اعتبرت أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة، وأن إسناد الحضانة للأم المحكوم عليها من أجل هذه الجريمة يعد مخالفة للقانون وأحكام المادة **62** من قانون الأسرة[5].

وجاء في قرار لغرفة الأحوال الشخصية بالمدية اعتبرت أن إستناد الطاعن في دعوى اسقاط الحضانة على عمل الحاضنة غير مؤسس لأ به يعمل ولا عليه يعول [6].

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها بقولها أن ما استقر عليه القضاء، أن عمل المرأة الحاضنة لا يعد من مسقطات الحضانة [7].

وهذا ما أكد عليه أيضا المشروع التمهيدي لتعديل قانون الأسرة، وذلك تماشيا مع تطور المجتمع وحماية حق المرأة في الحضانة وحقها في العمل.

---

[1] – أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم: 50270 بتاريخ: 1988/11/07

[2] – أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم: 33921 بتاريخ: 1984/07/09

[3] – أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم: 50011 بتاريخ: 1988/06/20

[4] – أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم: 31997 مجلة قضائية – عدد 1989/01 ص 73 بتاريخ: 1984/01/09

[5] – أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم: 179471 – ص 172 بتاريخ: 1998/03/17

[6] – أنظر قرار غ . أ . ش مجلس قضاء المدية رقم الجدول 1268/ 2001 – فهرس: 2002/50 بتاريخ 2002/04/06

[7] – أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم: 245156 – عدد خاص 2001 – ص 188 بتاريخ 07/18 / 2000

ب – سقوط الحضانة عند الإقامة في بلد أجنبي: المسألة هنا جوازية للقاضي، والأمر يرجع إلى سلطته التقديرية في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه. ومن هنا فإن تقدير أسباب سقوط الحضانة أمر موكول للقاضي انطلاقا من قناعته ومـ□لحة المحضون والظروف المتعلقة بالقضية [1]

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا أنه من المقرر قانونا إذا رغب الشخص الموكول له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي أن يرجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مـ□لحة المحضون، كما أنه يجب مراعاة حالة الطرفين ومـ□لحة المحضون قبل وضع أي شرط [2]

إ□ أن المحكمة العليا اعتبرت في قرار آخر أن الإقامة في الخارج يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها للأب لأنه يتعذر عليه الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج وكذا حق الزيارة وذلك لبعد المسافة [3].

وهو ما يؤكد هذا ا□تجاه في قرار سابق للقرار الأول حيث جاء فيه:" أنه من المستقر فقها وقضاءا أن بعد المسافة بين الحاضنة و□احب الزيارة والرقابة على الأطفال المحضونين □ يكون أكثرمن ستة برود [4].

كما أن المبدأ الذي استقر عليه ا□جتهاد القضائي الجزائري، هو أن الحضانة □ يجوز تجزئتها بدون مبرر شرعي [5].

و منه نستنتج في الأخير أن حق الحضانة □ يثبت للحاضن بـ□فة مؤبدة وإنما هو أداء أوجبه القانون، فإن قام به الحاضن كما أمره القانون والقواعد الشرعية بذلك، بقي له إلى أن يبلغ المحضون السن القانونية لنهاية الحضانة، وإن أخل با□لتزامات المتعلقة بها أو فقد شرطا من شروطها وجب إسقاطها عليه.

و نود أن نشير في نهاية هذا المطلب إلى إجراءات رفع دعوى إسناد أو تمديد أو إسقاط الحضانة:

فلا بد أن تتوفر في المدعي الـ□فة والمـ□لحة والأهلية كمبدأ عام طبقا للمادة **459** من قانون الإجراءات المدنية، ويعد □احب □فة كل شخص مذكور في المادة **64** من قانون الأسرة، أما المـ□لحة الوحيدة التي يجب أن ترعى هي مـ□لحة المحضون ويكون ا□ختـ□اص لمحكمة مكان ممارسة الحضانة، وللقاضي أثناء سير الدعوى أن يقوم بكل

---

[1] – أنظر الدكتور العربي بلحاج – المرجع السابق – ص 389

[2] – أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم: 91671 المجلة القضائية العدد الأول 1994 ص 72 ب: 1993/06/23

[3] – أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم: 111048 نشرة القضاة عدد 52 ص 102 بتاريخ: 1995/11/21

[4] – أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم: 43594 – نشرة القضاة عدد 44 ص 175 بتاريخ: 1986/09/22

[5] – أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم: 32594 –بتاريخ: 1984/04/02 .

التحقيقات التي تساعده في تكوين قناعته بالإضافة إلى الأسباب التي يستند عليها المدعي في دعوى الإسقاط، مع الإشارة أنه لا يجوز لأحد أن يطلب إسقاط الحضانة على الغير من أجل طلب الحكم بإسنادها إلى الغير [1].

المطلب الثاني: الجرائم المتعلقة بمخالفة أحكام الحضانة

الفرع الأول: جريمة الإمتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه

و هي الصورة المنصوص والمعاقب عليها في المادة **328** من قانون العقوبات، وتقوم هذه الجريمة بتوافر شروط أولية وركن مادي ومعنوي.

أ- الشروط الأولية:

1-المحضون القاصر: يثار التساؤل هنا حول معنى القاصر، الأصل أنّه من لم يبلغ سن الرشد المدني المحدد بـ: **19** سنة.

لكن ما دام الأمر يتعلق بالحضانة فالمرجع يكون لقانون الأسرة لتحديد مفهوم القاصر استنادا إلى انقضاء الحضانة وتحديدا إلى نص المادة **65** من قانون الأسرة، ومنه فإن القاصر الذي يقصده المشرع هنا هو من بلغ سن السادسة عشر للذكور والثامنة عشر للإناث.[1]

2- حكم قضائي: لقيام هذه الجريمة يجب أن يكون هناك حكم سابق صادر عن القضاء، ويتضمن إسناد حق الحضانة إلى من يطالب بتسليم الطفل إليه، وقد يكون حكما مؤقتا أو نهائيا، ولكن يجب أن يكون نافذا كما هو الشأن بالنسبة للأوامر القضائية المشمولة بالنفاذ المعجّل.

وهكذا قضت المحكمة العليا بعدم قيام الجريمة لكون الحكم القاضي بإسناد حضانة الولدين لأمهما غير مشمول بالنفاذ المعجّل وغير نهائي كونه محل استئناف. [2]

وقد يكون الحكم صادر عقب دعوى طلاق أو إثر دعوى مستقلة خاصة بمسألة الحضانة فقط، سواء تعلق الأمر بإسناد الحضانة نهائيا أو مؤقتا.

---

[1]—أنظر عبد العزيز سعد المرجع السابق ص: 370 .

[1]— أنظر د.احسن بوسقيعة – الوجيز في القانون الجنائي الخاص – الجزء الأول – ص 174

[1]— المحكمة العليا – الغرفة الجزائية – ملف رقم 132607 مؤرخ في 1996/06/16 .

كما يجب أن يكون هذا الحكم صادرا عن القضاء الوطني، أمّا إذا كان صادرا عن جهة ما من جهات القضاء الأجنبي فإنه لا يجوز الإستناد إليه إلا إذا كان مصادقا عليه وممهورا بالصيغة التنفيذية وفقا للمادة **325** من قانون الإجراءات المدنية، أو وفقا للإتفاقيات الدولية الثنائية أو الجماعية.

ب– عناصر الجريمة:

أول ركن يشترطه القانون لقيام الجريمة هو عنصر الامتناع ذاته، وهو إن كان يعتبر موقفا سلبيا من الممتنع، إلاّ أنه مع ذلك يكون أهم عناصر هذه الجريمة، ولولاه لما أمكن قيام هذه الجريمة، أو متابعة المتهم ولا معاقبته بشأنها، والامتناع يتم إثباته بواسطة المحضر بعد اتباع إجراءات التنفيذ.

إضافة إلى ذلك يجب أن يُثْبِت أنّ الطفل المطلوب تسليمه موجود فعلا وحقيقة تحت سلطة المتهم الممتنع، أما إذا كان المحضون يوجد في منزل الأسرة التي هو أحد ساكنيه، ولكن المحضون يوجد تحت السلطة الفعلية لشخص غيره ممّن يسكنون بنفس المنزل فإنه لا يمكن اعتبار هذا المتهم الممتنع مسؤولا عن عدم تسليم الطفل.

وعليه إذا كان الطفل محل الحضانة موجودا عند شخص معين وتحت سلطته كأن يكون أبوه أو جده أو عمه، وأنّه قد صدر قرار أو حكم قضائي يمنح حق حضانة هذا الطفل إلى شخص ثاني هو أمّه مثلا أو خالته أو جدته، وعند القيام بإجراءات التنفيذ اعترض الأب أو الجد أو العم مثلا على تنفيذ هذا الحكم وامتنع عن تسليم الطفل إلى من له الحق في حضانته دون أن يبرّر امتناعه بمبرّر شرعي أو قانوني، فإنّه يقع تحت طائلة هذه الجريمة.

و بالإضافة إلى ذلك يجب توفر الركن المعنوي في هذه الجريمة، فهي تقتضي توافر قصدا جنائيا يتمثل في علم الجاني بالحكم القضائي ونية معارضة تنفيذ هذا الحكم، وتطرح هذه المسألة عدّة إشكالات، فكثيرا ما يتمسك من يمتنع عن تسليم الطفل بعدم قدرته على التغلب على عناد الطفل وإصراره على عدم مرافقة من يطلبه. وقد استقر القضاء الفرنسي على رفض هذه الحجة، وقُضِيَ بأنّ مقاومة القاصر أو نفوره من الشخص الذي له الحق في المطالبة به لا يشكلان فعلا مبرّرا ولا عذرًا قانونيًا [1]. وبالمقابل لا تقوم الجريمة إذا لم يتوفر الركن المعنوي لدى المتهم، فمثلا إذا لم يقم الشخص الذي صدر حكم ضده بتسليم طفل تنفيذا لحكم بإسناد الحضانة مستندا على ذلك بترخيص من المحكمة لمدة معينة لا تقوم الجريمة خلال كل هذه الفترة المسموح بها، وقد أكدت المحكمة العليا ذلك عندما قالت أنّه:

"متى كان مؤدى نص المادة **328** من قانون العقوبات هو أنّه يعاقب بالحبس والغرامة الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قُضِيَ في شأن حضانته بموجب حكم، إلى من له الحق في المطالبة، ومن ثم فإنّ أب

[1]– أنظر د. احسن بوسقيعة – المرجع السابق ص 176 .

القاصر الذي تحصل بطلب منه على أمر رئيس المحكمة يسمح له بمقتضاه أن يحتفظ بابنه لمدة **15** يوم لا يعد مرتكبا لهذه الجريمة، وأنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون ". [2]

وتأخذ جريمة عدم تسليم طفل عدة صور أهمها: اختطاف المحضون من حاضنه والإمتناع عن تنفيذ حكم الزيارة.

الفرع الثاني: جريمة اختطاف المحضون من حاضنه

إنّ هذه الجريمة تعتبر ذات علاقة بالجريمة السابقة، لما لهما من اشتراك في الموضوع وفي الهدف، ولما لهما من اشتراك في الخضوع إلى عقوبة موحدّة بالإضافة إلى أن الهدف الأساسي لكل منهما هو حماية مصلحة المحضون والحاضن، ولقيام هذه الجريمة يجب توافر العناصر التالية:

1-العنصر المادي للإختطاف:

إن العنصر المادي لجريمة اختطاف المحضون من حاضنه عنصر أساسي، يتمثل في عدة صور أو عدة حالات، وكل حالة منها تكفي وحدها لقيام العنصر المادي، وهذه الصور أو الحالات هي صورة اختطاف المحضون ممن اسندت إليه مهمة حضانته، وصورة اختطافه من الأماكن التي يكون الحاضن قد وضعه فيه مثل: المدرسة، ودار الحضانة وما شابههما، وصورة تكليف الغير بحمل المحضون وخطفه أو إبعاده عن المكان الموجود به لسبب من الأسباب، ولا يتم توافر هذا العنصر إلا بتحقيق النتيجة وهي إتمام اختطاف المحضون فعلا سواء مباشرة أو بواسطة الغير. [2]

وإذا كان الاختطاف قد وقع بواسطة شخص أو عدة اشخاص لصالح شخص معين هو الأب مثلا أو الأم، أو الخالة أو الجدة، فإنّ الشخص الذي وقع الاختطاف لفائدته وبناءا على طلبه يعتبر فاعل أصلي، وأن الشخص الذي وقع حمله على الخطف أو الإبعاد ونفذّ ما طُلب منه يكون شريكا في الجريمة.

---

[1]– المحكمة العليا – الغرفة الجزائية – نشرة القضاة – العدد 4 لسنة 1986 ص 39 قرار مؤرخ في 1982/10/12

[2]–عبد العزيز سعد – المرجع السابق –ص 126

2- عنصر توفر الحكم القضائي:

سبق الإشارة إلى هذا العنصر كعنصر من عناصر تكوين الجريمة السابقة، وهو عنصر مطلوب توفره في هذه الجريمة أيضا، وذلك نظرا إلى أن الشخص المخطوف منه الطفل يستطيع أن يزعم بأنّ هذا الطفل له حق حضانته وحق المطالبة باسترداده ممن خطفه منه إذا لم يستند في طلبه إلى أساس قانوني يدعّمه حكم قضائي قابل للتنفيذ.

3-عنصر القصد أو النية الجرمية:

يعد من الأركان العامة المطلوب توفره في كل سلوك إجرامي، ويمكن استخلاصه من الظروف المحيطة بالوقائع الجرمية، ولهذا فإنّ القانون يعاقب على مجرد فعل الخطف للمحضون مباشرة ممن وُكّلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه وإبعاده، دون أن يعير أي اهتمام للغرض أو الهدف من الإختطاف و للوسائل التي تتم بواسطتها عملية الإختطاف أو الإبعاد، وتبقى النية هنا مفترضة ومستخلصة من تجاوز المتهم لحكم الحضانة وتحدّيه له، وما عليه لكي يفلت أو ينجوا من المتابعة والعقاب إ أن يثب حسن نيته وعدم توفر عنصر القصد السيء، و فعل الإختطاف أو الإبعاد.

الفرع الثالث: جريمة الإمتناع عن تنفيذ حكم الزيارة

أ- مصادر جريمة عدم تنفيذ حكم الزيارة:

من خلال قراءة نص المادة **64** من قانون الأسرة تنص على أنّه عندما يحكم القاضي بإسناد الحضانة إلى مستحقها أن يحكم بحق الزيارة للزوج الآخر، ومن خلال قراءة الإتفاقية الموقعة بين الجزائر وفرنسا بشأن أطفال الزواج المختلط الواقع بين الجزائريين والفرنسيات [1]، نلاحظ أن المادة **07** من الإتفاقية جاء فيها: " أنّ الوالد الحاضن سيتعرض للمتابعات الجزائية المتعلقة بعدم تسليم الأطفال التي تنص وتعاقب عليها التشريعات الجنائية في كلتا الدولتين، عندما يرفض ممارسة حق الزيارة فعلا داخل حدود أحد البلدين أو فيما بين حدودهما عندما يكون هذا الحق قد مُنح للوالد الآخر بمقتضى قرار قضائي، ويتعين على وكيل الجمهورية المختص إقليميا أن يلتمس دون أي تأخير استعمال القوة العمومية للتنفيذ الجبري. ويباشر إجراءات المتابعة الجزائية ضد مرتكب الجريمة بمجرد تسلُّمه الشكوى من الطرف الآخر.

و منه إذا قام الطرف المحكوم له بحق الحضانة بعدم تمكين الطرف الآخر من ممارسة حق الزيارة في الزمان والكيفية والمكان التي حددها الحكم التام، فإنّه يكون قد تصرف بشكل يؤدي إلى اقتراف جريمة تمس بنظام الأسرة.

---

[1]—وقعت المصادقة على هذه الإتفاقية في 26 يوليو 1988 .بموجب المرسوم رقم 88-144 .

ب– عناصر جنحة رفض حق الزيارة:

يتضح لنا أنّه لكي يمكن قيام جنحة الامتناع عن تسليم طفل قُضي في شأن حضانته إلى من له الحق في المطالبة به، وجوب توافر العناصر التالية:

- ❖ وجود حكم قضائي مشمول بالنفاذ المعجّل أو حاز لقوة الشيء المقضي به.
- ❖ أن يكون هذا الحكم قد قضى بالطلاق وإسناد الحضانة إلى أحد الزوجين، وبمنح حق الزيارة إلى الزوج الآخر.
- ❖ أن يكون الإمتناع عن تسليم المحضون إلى من له حق الزيارة ثابت بموجب محضر يحرره القائم بالتنفيذ، أو ثابت بواسطة شهادة الشهود أو باعتراف الممتنع نفسه.

و منه إذا توفرت هذه العناصر أو الشروط مجتمعة، فإنّ الطرف الممتنع يكون قد ارتكب جنحة الإمتناع عن تسليم طفل إلى من له حق زيارته واستحق المتابعة والعقاب.

هكذا نجد أنّ المشرع قد أولى اهتمام خاص بالمحضون وبالطفل بصفة عامة، عندما نصّ على مثل هذه الجرائم التي من شأنها أن تضمن الحماية للأحكام الصادرة في شأن الحضانة.

وعند قيام جريمة الإمتناع عن تسليم الطفل يمكن للطرف المضرور وهو المدعي المدني أن يحرك الدعوى العمومية مباشرة،

ويكلّف خصمه بالحضور أمام المحكمة بعد أن يدفع مبلغ الكفالة الذي يحدده وكيل الجمهورية على قاعدة المادة **337** مكرر من قانون الإجراءات الجزائية.

وقد نص المشرع على جريمة أخرى حماية للقاصر المحضون وإن كانت تشمل أيضا الطرف الحاضن عندما تكون أمّا، ولكن ما يهمنا هنا بالخصوص هو المحضون. وهذه الجريمة هي عدم تسديد النفقة التي نصّت عليها المادة **331** من قانون العقوبات، وذلك تدعيما لنص المادة **75** من قانون الأسرة، التي تنص على أنّ نفقة الولد تجب على والده ما لم يكن له مال.(1)

---

(1)– د. احسن بوسقيعة – المرجع السابق ص 158 .

و إن كان المشرع الجزائي الجزائري حصر النفقة – والتي تعتبر دَيْن مالي على الأب – في النفقة الغذائية دون سواها، علما أنّ النفقة كما هي معرفة في المادة **78** من قانون الأسرة الجزائري، تشمل الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، ومنه يمكن للمستفيد من هذه النفقة بموجب حكم قضائي نهائي أو مأمور فيه بالنفاذ المعجل وبعد انقضاء مهلة شهرين من التبليغ، وعند امتناع المدين عن تسديد النفقة أن يتقدم بشكوى لوكيل الجمهورية من أجل تحريك الدعوى العمومية في هذا الشأن، مع الإشارة أن دفع جزء من المبلغ المالي المحكوم به لا يحول دون قيام الجريمة. [1]

[1]– د. احسن بوسقيعة – المرجع السابق ص 159 .

الخاتمة

على ضوء ما تقدم، وفي إطار ما تناوله البحث من استعراض تشريعي للقوانين المتعلقة بالحماية الجنائية للطفل في الجزائر، يسهل ملاحظة أن هذا النوع من الدراسات هو من المواضيع الشيقة الذي يجمع في طياته ذلك التناسق بين فروع

القانون وسائر العلوم الاجتماعية الأخ رى. غير أنه يحتاج إلى إلمام النظر وسعة الفكر من أجل تحقيق مصلحة الطفل الفضلى في الاستقرار ليكون رجل الغد.

و قد تبين لنا من خلال هذه الدراسة أن حقوق الطفل قد حظيت باهتمام لا مثيل له بدءا من الشرائع السماوية التي كان فيها للإسلام قصب السبق على التشريعات الوضعية، سواء على الصعيد الدولي، أو على الصعيد الوطني في التأكيد على وجوب حماية الطفل، واحترام حقوقه.

كما لمسنا أيضا الجهود الدولية الدؤوبة في الاهتمام بهذه الفئة الضعيفة. ورأينا كيف تدرج هذا الاهتمام من مجرد الإعلانات والتصريحات إلى تبني الاتفاقية الدولية الخاصة بحماية حقوق الطفل، والتي كانت ثمرة طيبة من ثمار العمل المشترك للإنسانية.

أما على مستوى نطاق البحث الذي تمحور حول مدى الحماية الجنائية للطفل المرتبطة بحق الحضانة، لاحظنا أن موقف المشرع الجزائري ينسجم إلى حد كبير مع المواثيق والاتفاقيات الدولية ذات الصلة بحقوق الطفل، وغدا يعبر عن سياسة جنائية وعقابية بهدف إلى تحقيق هذا الغرض.

وقد تراء للعيان أن أبرز مظاهر الحماية للطفل تظهر من ناحية تجريم جميع صور الإيذاء التي قد يتعرض لها الطفل.

ولأهمية الطفل في المنظومة القانونية الجزائرية، عمل المشرع على بسط الحماية على شتى الفروع الأخرى كتلك المتعلقة بالحالة المدنية للطفل، أو حالة الاجتماعية من خلال تجريم طائفة من الأفعال التي تحول دون تحقق هذه الأهداف. ولعل أبرز مظهر للحماية ذلك الذي يتعلق بمخالفة الالتزامات الأسرية أو مخالفة أحكام الحضانة لما يمتاز به الموضوع من حساسية.

الحلات التي تعرض الطفل للخطر فقدان الطفل لوالديه وبقائه دون سند عائلي، تعريض الطفل للإهمال والتشرد والمساس بحقه في التعليم.

وعي المشرع الجنائي الجزائري بوضعية الطفل أقر نصوصا زجرية لحماية حّقه في الحياة والنماء منذ مراحل تكوينه الأولى إلى حين اكتمال نضجه البدني والعقلي، وذلك ببلوغه سن 18 سنة، كما أقر نصوصا أخرى بهدف إلى صيانة بدنه ونفسيته من كل أنواع العنف البدني والنفسي، وكذا النصوص التي تحمي أخلاقه وعرضه من شتى أصناف

الاعتداءات، إضافة إلى هذا أوجد المشرع الجزائري بعض النصوص الإجرائية التي تقرر الحماية الإجرائية للطفل المجني عليه في مرحلة التحقيق والمحاكمة، وهي قليلة في رأينا مقارنة بالحدث الجانح أو المعرض للخطر المعنوي.

إن الأم التي لم تتزوج ثانية هي وحدها التي تستطيع أن تتقدم أمام المحكمة بدعوى تطلب فيها تمديد حضانتها لولدها الذكر إلى غاية ستة عشر سنة من عمره، وهذا ما من شأنه إستبعاد حالات مشابهة لمجرد كون الحاضن شخصا آخر غير الأم مما يتنافى مع قاعدة مصلحة المحضون.

اعتبار جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة، وأن إسناد الحضانة للأم المحكوم عليها من أجل هذه الجريمة يعد مخالفة للقانون وأحكام المادة **62** من قانون الأسرة.

لقيام جريمة عدم تسليم المحضون يجب أن يكون هناك حكم سابق صادر عن القضاء، ويتضمن إسناد حق الحضانة إلى من يطالب بتسليم الطفل إليه، وقد يكون حكما مؤقتا أو نهائيا، ولكن يجب أن يكون نافذا كما هو الشأن بالنسبة للأوامر القضائية المشمولة بالنفاذ المعجّل .

إنّ جريمة اختطاف المحضون تعتبر ذات علاقة بالجريمة السابقة، لما لهما من اشتراك في الموضوع وفي الهدف، ولما لهما من اشتراك في الخضوع إلى عقوبة موحدّة بالإضافة إلى أن الهدف الأساسي لكل منهما هو حماية مصلحة المحضون والحاضن.

إذا قام الطرف المحكوم له بحق الحضانة بعدم تمكين الطرف الآخر من ممارسة حق الزيارة في الزمان والكيفية والمكان التي حددها الحكم التام، فإنّه يكون قد تصرف بشكل يؤدي إلى اقتراف جريمة تمس بنظام الأسرة .

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم

❖ **المراجع:**

1. إبراهيم مصطفى وأحمد حسن الزيات، المعجم الوسيط، ج 2، مجمع اللغة العربية، 1985 م.
2. إبن قيم الجوزية – زاد المعاد في هدي خير العباد – المجلد الثاني – دار الكتاب العربي.
3. أبو الفضل مُحَمَّد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 1414 .
4. أحمد أبو الوفا، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في إطار منظمة الأمم المتحدة والوكالات الدولية المتخصصة، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2000م.
5. أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: مُحَمَّد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003 م، الحديث رقم . 11302.
6. أحمد مُحَمَّد العساف – الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة – المجلد 2 دار إحياء العلوم.
7. أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، المجلد الثاني، عالم الكتاب، القاهرة 1429 هـ، 2008 م.
8. إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح في اللغة، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1990 م، ج 06 .
9. الأمر رقم 05-02 ممضي في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005 الصفحة 18، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984.
10. جابر إبراهيم الراوي، حقوق الإنسان وحرياته في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، دار وائل، عمان، 1999 م.
11. حسن مُحَمَّد ربيع، التدابير المقررة للأحداث الجانحين والمشردين وفق أحكام القانون الاتحادي رقم 09 لسنة 1976، مجلة الأمن والقانون العدد الأول، العددالأول، دبي، جانفي 1993 م.
12. حمدي رجب عطية، المسؤولية الجنائية للطفل، دار النهضة العربية، مصر، 2000.
13. د. عبد العزيز عامر – الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاءا – دار الفكر العربي.
14. درياس زيدومة، حماية الأحداث في قانون الإجراءات الجزائية، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2006 م.
15. رمزي حوحو، الحماية الجنائية الدولية لحقوق الإنسان، مجلة المفكر، العدد الخامس، جامعة مُحَمَّد خيضر، بسكرة، 2010 .
16. سعيد حوى، الإسلام، شركة الشهاب للنشر، الجزائر، 1988 م، ص 605.

17. السيد عثمان حسنين بري الجعلي المالكي – سراج السالك لشرح أسهل المسالك ج2 – وزارة الشؤون الدينية – المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية 1992.

18. شريف سيد كامل، الحماية الجنائية للأطفال، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001 .

19. صالح جمعة حسن الجبوري – الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون – طبعة 1 / 1976 مؤسسة الرسالة.

20. طه أبو الخير ومنير العصرة، انحراف الأحداث في التشريع العربي والمقارن، منشأة المعارف الإسكندرية 1961 .

21. عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات القسم العام –الجريمة –، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992 م.

22. عبد العزيز سعد – الزواج والطلاق في قانون الأسرة – دار البحث – قسنطينة.

23. عبد العزيز عامر – المستشار بمحكمة الإستئناف سابقا – المرجع – الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاءا – دار لافكر العربي.

24. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء الأول، دار الكتاب العربي، بيروت، د.س.

25. عمر الفاروق الحسيني، انحراف الأحداث –المشكلة والمواجهة –، مطبعة الإيمان، د.م، 1995 م.

26. فاطمة شحاتة وأحمد زيدان، تشريعات الطفولة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008 م.

27. فتوح عبد الله الشاذلي، قواعد الأمم المتحدة لتنظيم قضايا الأحداث –دراسة تأصيلية مقارنة بقوانين الأحداث العربية، مؤسسة الثقافة، الجامعية، مصر، 1991 .

❖ **الرسائل والأطروحات:**

1. أوفروخ عبد الحفيظ، السياسة الجنائية تجاه الأحداث، رسالة ماجستير، جامعة منتوري، قسنطينة، 2011 .

2. زوانتي بلحسن، جناح الأحداث –دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي –، رسالة الماجستير في العلوم الإسلامية (غير منشورة)، جامعة الجزائر، 2004 م.

3. سمر خليل محمود عبد الله، حقوق الطفل في الإسلام والاتفاقيات الدولية –دراسة مقارنة رسالة الماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2003 .

4. عصام وهبي عبد الوارث، حدود المسؤولية الجنائية للطفل المعرض للانحراف في القانون المصري والقانون المقارن، رسالة الماجستير، 2009.

5. ناصر زيد حمدان المصالحة، الحماية الجنائية للأطفال الجان ي عليهم، رسالة الماجستير، الجامعة الأردنية، 2009 م.

❖ **القوانين والمراسيم**

1. قانون رقم 07-05 ممضي في 13 مايو 2007، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 31 مؤرخة في 13 مايو 2007 الصفحة 3، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-85 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975.

2. قرار : غ أ ش مجلس قضاء المدية - رقم الجدول : 1159 / 01 – فهرس : 2002/48 بتاريخ : 2002/04/06

3. قرار المحكمة العليا ملف 58220 مجلة قضائية عدد 03 / 1993 ص 53 بتاريخ : 02/05 / 1990

4. قرار المحكمة العليا ملف رقم : 201336 – الإجتهاد القضائي : غ . أ . ش عدد خاص 2001 ص 178 ب 1998/07/21 .

5. قرار المحكمة العليا ملف رقم : 245156 - عدد خاص 2001 – ص 188 بتاريخ 2000/07/18

6. قرار المحكمة العليا ملف رقم : 40483 مجلة قضائية سنة 1989 الجزء الثاني ص 75 بتاريخ – 1986/05/05 .

7. قرار المحكمة العليا : رقم 52221 تاريخ 13مارس 1989 – ص 48 – م ق : 1993 عدد 01

8. قرار المحكمة العليا : ملف رقم 123889 بتاريخ 1995/10/24 – نشرة القضاة – عدد 52 ص 111 .

9. قرار المحكمة العليا : ملف رقم 25566 بتاريخ 1999/12/10

10. قرار المحكمة العليا الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص لسنة 2001 مؤرخ في 1999/05/18 ص185

11. قرار المحكمة العليا رقم 33921 – م .ق سنة 1989 – العدد 04 بتاريخ 1984/07/09 م .

12. قرار المحكمة العليا ملف 32829 مجلة قضائية عدد 01 /1999 بتاريخ : 1984/07/09

13. قرار المحكمة العليا ملف رقم : 33921 بتاريخ : 1984/07/09

14. قرار المحكمة العليا ملف رقم : 102886 نشرة القضاة – عدد 51 ص 92 بتاريخ 1994/04/19 .

15. قرار المحكمة العليا ملف رقم : 111048 نشرة القضاة عدد 52 ص 102 بتاريخ : 1995/11/21

16. قرار المحكمة العليا ملف رقم : 179471 – ص 172 بتاريخ : 1998/03/17

17. قرار المحكمة العليا ملف رقم : 189234 – غ . أ . ش عدد خاص 2001 ص 175 بتاريخ 1998/04/21

18. قرار المحكمة العليا ملف رقم : 31997 مجلة قضائية – عدد 1989/01 ص 73 بتاريخ : 1984/01/09

19. قرار المحكمة العليا ملف رقم : 43594 – نشرة القضاة عدد 44 ص 175 بتاريخ : 1986/09/22

20. قرار المحكمة العليا ملف رقم : 50011 بتاريخ : 1988/06/20

21. قرار المحكمة العليا ملف رقم : 50270 بتاريخ : 1988/11/07

22. قرار المحكمة العليا ملف رقم : 91671 المجلة القضائية العدد الأول 1994 ص 72 ب : 1993/06/23

23. قرار المحكمة العليا ملف رقم :32594 -بتاريخ :1984/04/02 .

24. قرار المحكمة العليا ملف رقم 252308 المجلة القضائية – العدد 02 / 2001 ص 284 بتاريخ 2000/11/21

25. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 40418 م.ق 89 عدد 2 ص 75 غ.أ.ش 86/05/05 م

26. قرار غ . أ . ش مجلس قضاء المدية رقم الجدول 1268/ 2001 – فهرس : 2002/50 بتاريخ 2002/04/06

27. قرار محكمة العليا ملف 388225 – نشرة القضاة عدد 44 ص 157 بتاريخ : 1985/12/02

28. قرار محكمة العليا ملف رقم : 58812 بتاريخ 1990/02/05

29. قرار محكمة عليا ملف رقم : 51894 – ص 70 بتاريخ : 1988/12/19

فهرس المحتويات

المحتويات	الصفحة
□قد□ة	/

شكر وعرفان	/
إهداء	**أ-د**
الفصل الأول: الإطار المفاهيمي	
المبحث الأول: مفهوم الطفل في مختلف العلوم	**6**
المطلب الأول: مفهوم الطفل في اللغة العربية والفقه الإسلامي	6
الفرع الأول: مفهوم الطفل في اللغة العربية	6
الفرع الثاني: مفهوم الطفل في الفقه الإسلامي	7
المطلب الثاني: مفهوم الطفل في القانون	9
الفرع الأول: مفهوم الطفل في المعاهدات الدولية	9
الفرع الثاني: مفهوم الطفل في التشريع الجزائري والقانون المقارن	10
المبحث الثاني : تعريف الحضانة وشروطها وأصحاب الحق فيها :	**13**
المطلب الأول: تعريف الحضانة	13
الفرع الأول : التعريف الفقهي للحضانة	13
المطلب الثاني: شروط ممارسة الحضانة	16
الفرع الأول : الشروط العامة في الرجال والنساء	17
الفرع الثاني : الشروط الخاصة بالنساء	19
الفرع الثالث: الشروط الخاصة بالرجال	22
المطلب الثالث: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في ظل المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري	22
الفرع الأول: الأم ومن يليها من قريباتها	23
الفرع الثاني : الأب ومن يليه من أقاربه	26
الفصل الثاني: الحماية الجنائية للطفل والجرائم المتعلقة بأحكام الحضانة	
المبحث الأول: العلة من تقرير الحماية الجنائية للطفل	**31**
المطلب الأول: المقصود بالحماية الجنائية للطفل	31
الفرع الأول: الحماية الجنائية للطفل لغة	31
الفرع الثاني: الحماية الجنائية للطفل اصطلاحا	32
المطلب الثاني: الطفل محل الحماية	34
الفرع الأول: تعريف الطفل المجني عليه	34
الفرع الثاني: تعريف الحدث المعرض للخطر المعنوي	38
المطلب الثالث: صور الحماية الجنائية للطفل	40
الفرع الأول: الحماية الجنائية للطفل على المستوى الدولي	41
الفرع الثاني: الحماية الجنائية للطفل على المستوى الإقليمي	44
الفرع الثالث: مناهج القوانين الجنائية في توفير الحماية الجنائية للطفل	46
المبحث الثاني: دعاوى الحضانة	**47**
المطلب الأول: الدعاوى المدنية	47
الفرع الأول : دعوى إسناد الحضانة	47
الفرع الثاني : دعوى تمديد الحضانة	48
الفرع الثالث : دعوى إسقاط الحضانة	49

المطلب الثاني: الجرائم المتعلقة بمخالفة أحكام الحضانة	56
الفرع الأول: جريمة الإمتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه	56
الفرع الثاني : جريمة اختطاف المحضون من حاضنه	58
الفرع الثالث: جريمة الإمتناع عن تنفيذ حكم الزيارة	59
الخاتمة	63
المراجع	66