جامعة محمد بوضياف المسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

حماية اليتيم في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص : قانون الأسرة

إعداد الطالبة :

قرقب إسمهان

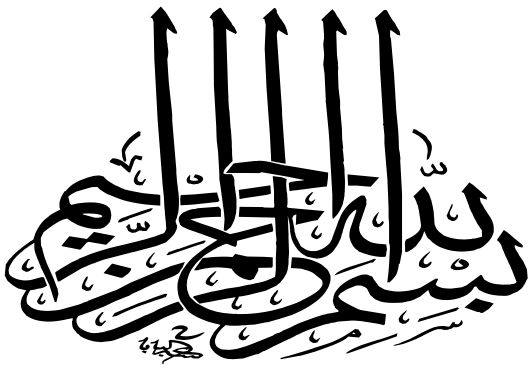
تحت إشراف:

د. رداوي مراد

اعضاء لجنة المناقشة

• د. والي عبد اللطيف	رئيسا
• د. رداوي مراد	مشرفا ومقررا
• د. مجيدي العربي	مناقشا

الموسم الجامعي :2018-2019



قال تعالى:

﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفسدَ مِنَ الْمُصْلِحِ ،وَلو شَاءَ اللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيم﴾

سورة البقرة، الآية 220.

إهداء

الى قائدي وقدوتي ومعلمي ...
رسول الله صلى الله عليه وسلم ...إيمانا وتصديقا به
إلى روح والدي الطيبة "محمد "، سائلة الله أن يتغمد برحمته ويدخله فسيح جناته

إلى من يعجز اللسان عن شكرها أمي...
أطال الله عمرها وحفظها
إلى إخوتي من تقاسمنا مر الحياة وحلوها

إلى جمعية كافل اليتيم الوطنية ببلدية برهوم ، وكل طاقمها الساهر على رعاية اليتيم بحسن، و أمانة دون استثناء حفظهم الله و أطال عمرهم بالصحة والعافية

إلى كل يتيم تجرع مرارة اليتم،

ولكل أرملة صبرت من أجل أيتامها.

إلى كل معلمي وأساتذتي الكرام

حفظهم الله ورعاهم.

إلى كل زميلاتي وزملائي في العمل.
إلى كل هؤلاء أهدي نتاج جهدي المتواضع

وأتمنى أن أكون ذخرا للعلم

لأنير دربي ودرب غيري.

اسمهان

شكر وعرفان

والشكر لله تعالى أولا ، أن أنار لنا الدرب بالعلم والمعرفة .
ووفقنا في إتمام هذا البحث

و عملا بقول النبي صلى الله عليه وسلم:

" من لا يشكر الناس، لا يشكر الله".

واعترافا بالفضل لأهله... فإني أتوجه بخالص الشكر والتقدير

إلى أستاذي الفاضل ، الدكتور رداوي مراد لتفضله بالإشراف على مذكرتي، والذي أمدني الكثير من وقته رغم انشغالاته الكثيرة، وعلى توجيهاته الدقيقة وملاحظاته القيمة العميقة. فله مني كل التقدير والاحترام وجزاه الله كل خير.

كما أتوجه بالشكر الجزيل إلى الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة على ما بذلوه من جهد في قراءة هذه المذكرة، ومناقشتها، وإثرائها بالتوجيهات الصائبة.

كما أتوجه بالشكر وعظيم الامتنان والتقدير لجمعية كافل اليتيم الوطنية ببلدية برهوم ، وأخص بالذكر إخوتي في الله

(رداوي خالد، رداوي مراد، حمداوي نصيرة)

على تقديم المساعدة أثناء مشواري الدراسي.

الشكر موصول كذلك إلى كل من ساعدني

من قريب أو بعيد في إتمام المذكرة.

ولله الفضل من قبل ومن بعد

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد بن عبد الله، وآله وصحبه أجمعين، وبعد:

فقد جاء الإسلام مبشرا الإنسان بأنه أشرف المخلوقات وأكرمها سواء ذكرا أو أنثى، فمنحه حقوق متعددة وعمل على حمايتها وصونها بحصن منيع بعدما كان في الجاهلية لا يمده بأبسط حقوقه في الحياة، فجاءت الشريعة بأهم مقاصدها حفظ الإنسان في دينه ونفسه وعرضه وماله وعقله، وراعت حال الضعفاء والعاجزين والغير قادرين في المجتمع على تسيير شؤون حياتهم، ومن بين هاته الفئات فئة اليتامى الذين أحاطتهم الشريعة الإسلامية بحماية خاصة وبالغ الأهمية، وحفظت لهم حقوقهم وضمنتها مراعاة لظروفهم النفسية الصعبة لفقد حنان وعطف الوالدين فيصابون بشيء من الذل والانكسار.

لذا تكفلت الشريعة الإسلامية باليتيم ودعت للمحافظة على حماية مصالحه، فجاءت الآيات الكثيرة الدالة على ذلك قال تعالى : ﴿ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفسد مِنَ الْمُصْلِحِ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيم ﴾ سورة البقرة ،الآية 220، وكان نبي الله محمد صلى الله عليه وسلم من أوائل الذين لمسوا آلام اليتم وأحزانه ولم تكن الصدفة في ذلك، وإنما حكمة إلهية أرادها الله بنبيه مخاطب إياه في قوله تعالى : ﴿ ألم يجدك يتيما فآوى﴾[1] ، وقد مهدت الشريعة الإسلامية لليتيم الطريق حتى يشعر أنه كسائر أفراد المجتمع، و لا يحقد على المجتمع فإن أحسن تربيته وأحسن إليه يعود على الأمة بنفع إن أحسن تربيته وكفالة والإحسان اليه ، فهذه الحقوق ثابتة في التشريع الإسلامي لا مساومة فيها لإقامة مجتمع متكافل متضامن تسوده الرحمة والألفة والتعاون فبين معالم وضوابط حماية اليتيم التي تعينه على اجتياز محنة اليتم.

وإذا علمنا مقاصد الشريعة فإنه لزاما علينا أن لا نترك اليتامى تهدر حقوقها ماديا ومعنويا وبالمقابل نجد حقوق اليتامى من بين أهم القضايا التي تطرح في العالم من خلال نصوص قانونية وندوات اجتماعيه ونشر العديد من البحوث والدراسات الجامعية، جهودا

[1]– سورة الضحى ،الآية 6

متواصلة لأجل توفير الرعاية لهم حتى يصبح هذا الطفل اليتيم من بناة الوطن، ورغم وجود ترسانة تشريعية واسعة لحماية الأيتام إلى أن الواقع الملموس يثبت عكس ذلك ألاف الأطفال يوميا يفقدون حنان وعطف الوالدين وحقوقه تهدر والقانون يسعى دون حل لمشكلة فهور مجرد شعارات ونصوص قانونية نظرية، وعليه فالحماية هي وسائل و إجراءات شرعية وقانونية متخذة لحفظ حقوق اليتيم في نفسه أو ماله ووقايته من انتهاكها ظلما وعدوانا لضمان حياة مستقرة آمنة بالدفاع عنها .

وهذا ما يبرز أهمية هذا الموضوع فاليتيم يحتاج إلى رعاية وهذا الأمر غائب ومعطل، وهذا الشيء هو الذي أدى إلى الاختلاف في كيفية الرعاية وحماية حقوقه.

ومن خلال بحثنا نبين من هو اليتيم وتبيان حقوقه في كل من الشرع والقانون وحمايتها من كل أشكال الاعتداءات مع بيان ما على الأولياء والأوصياء عليهم من واجب الحماية نحوهم.

أسباب اختيار الموضوع:

يرجع اهتمامنا بموضوع حماية اليتيم بين الشريعة والقانون الى اسباب ذاتية، واخرى موضوعية.

تتمثل الأسباب الذاتية في ارتباطي المباشر والميداني بموضوع رعاية الايتام بصفتي متطوعة في هذا المجال ، وارتياحي في مخالطة الايتام، كما جاء هذا الاختيار نابعا عن قناعة شخصية سعيا منا للاهتمام بالموضوع، وتعريف اهميته وعظمته للجميع، لان ما كتب يكاد يوصف بالنادر في القوانين الوضعية خصوصا في الجزائر رغم اهميته ومكانته في الشريعة الاسلامية.

أما الاسباب الموضوعية هو الانتشار الواسع لفئة اليتامى المتزايد يوميا بفقد الطفل والديه وانتهاكات لحقوقه المادية منها والمعنوية.

– كذلك اثراء المكتبة الجامعية بهذا الموضوع رغبة منا في افادة الدفعات القادمة، فنحن محتاجون لإجلاء كلمة للعالم برمته اهمية الشريعة الاسلامية بالنسبة للإنسانية.

– التعرف على مدى التقارب والتباعد بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية بفئة اليتامى.

– بيان الاحكام الصحيحة لرعاية وكفالة اليتيم وفق منهج القران والسنة .

– بيان طرق حل عملية لحل فراغات قانونية غامضة وذلك لمصلحة اليتيم.

الصعوبات :

من أهم الصعوبات التي اعترضت انجاز هذا البحث ندرة المراجع القانونية ومنها الكتب والبحوث العلمية الجامعية وكل مجال قانوني خاصة ما يتعلق بالولاية والوصاية والكفالة والجرائم التي يكون اليتيم طرفا فيها، فاذا وجدنا كتابا لم اجد فيه حول الموضوع البحث الا اشارات عابرة قلما تخدم الموضوع البحث .

أهمية الموضوع :

– تقدم هذه الدراسة بعض المفاهيم واليات الحماية لليتيم من الكتاب والسنة.

– تقديم التوصيات والمقترحات التي تفيد في رعاية اليتامى وفق المنهج الرباني واعطاء أرضية عمل لنصوص القوانين الوضعية.

أهداف الموضوع :

– الاهتمام بالفئة الحساسة في المجتمع وهي فئة اليتامى فبالاهتمام تسمو حقوقهم وترتقي، ويصحى المجتمع لهاته الفئة التي هي بأمس الحاجة للرعاية .

الدراسات السابقة:

أهم الدراسات السابقة التي تناولت موضوع حماية اليتيم في الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية منها واطلاعنا عليها نذكر منها:

–حقوق اليتيم في الفقه الإسلامي تسنيم "محمد جمال"أستيتي، أطروحة لنيل شهادة الماجستير في الفقه والتشريع ، جامعة النجاح الوطنية بنابلس فلسطين، كلية الدراسات العليا ،2007.

– صفية الوناس حسين، مجهول النسب بين رحمة التشريع الاسلامي والتشريع_الوضعي، المؤتمر الدولي عن الرحمة في الاسلام، كلية العلوم الاسلامية ،قسم الفقه وأصوله ،الخروبة الجزائر.

اشكالية البحث

نظرا لأهمية الموضوع وتشعبه فإن دراسته تتطلب الخوض في الإشكالية الرئيسية:

إلى أي مدى اتبعت القوانين الوضعية منهج الشريعة الإسلامية في حماية اليتيم؟

وحيث أن هذه الاشكالية تتسم بالعمق وسعة الموضوع الذي تعالجه، فقد تم تجزئتها الى جملة من الاشكالات الفرعية ، تمت صياغتها وفق التساؤلات التالية:

- من هو اليتيم بمنظور الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ?
- ماهي الحقوق التي كفلها الشرع والقانون لليتيم ?
- هل أرست الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية آليات لحماية اليتيم?.

وللإجابة على هاته التساؤلات و في ضوء ما سبق، فقد ارتأينا اعتماد المنهج المقارن، كون أن موضوع الدراسة يشمل على شقين ، شق متعلق حماية اليتيم في الشريعة الإسلامية وشق متعلق بمعالجته في القوانين الوضعية.

كما أننا اعتمدنا في الإجابة على إشكالية البحث المطروحة على الخطة التالية:

مقدمة

الفصل الأول: اليتيم وحقوقه في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية

المبحث الأول: تحديد مفهوم اليتيم وأحكامه

المبحث الثاني: حقوق اليتيم في الإسلام والقوانين الوضعية

الفصل الثاني: آليات الحماية لليتيم في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية

المبحث الأول : الحماية المدنية لليتيم

المبحث الثاني : الحماية الجنائية لليتيم

الخاتمة

الفصل الأول: اليتيم وحقوقه في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية

يشكل الاهتمام الواسع بموضوع رعاية اليتيم وحماية حقوقه من طرف الفقهاء ورجال القانون، أحد أهم القضايا التي يجب على المجتمع المسلم مراعاتها والقيام بها على أكمل وجه، كون هذا اليتيم فرد من أفراد المجتمع له حقوق يجب حفظها، حتى يترعرع وينمو في بيئة سليمة سوية من شأنها أن تحوِّل ضعفه إلى قوة وحرمانه إلى عطاء ووحدته إلى فاعلية اجتماعية.

سيكون الهدف من هذا الفصل هو محاولة وضع الإطار الموضوعي لهذه الرعاية أو الحماية المقررة لليتيم، وهذا يقتضي بالضرورة البدء بإزالة اللبس الذي قد يشوب معنى اليتيم من خلال تحديد مفهوم اليتيم وأحكامه (المبحث الأول)، ومن ثم تبيان حقوقه في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تحديد مفهوم اليتيم وأحكامه

لا يوجد مفهوم واحد لليتيم ، بل يتعدد معناه بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية في اصطلاحه وأحكامه، ولذلك رأينا أنه من الضروري أن نتناول أولا تحديد تعاريف مختلفة لليتيم (المطلب الأول)، ثم نتناول ثانيا أقسامه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف اليتيم

باتساع استعمال معنى اليتيم بين اللغة والاصطلاح أصبح له عدة معان مختلفة، لهذا سنعرض أولا التعريف اللغوي لليتيم (الفرع الأول)، ثم تعريفه الاصطلاحي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعريف اللغوي لليتيم

يقصد باليُتم (بضم الياء) حسب ما جاء في معاجم اللغة: الانفراد ، أو فقدان الأب، وفي البهائم فقدان الأم ، واليتمُ : الفردُ وكل شيء يعز نظيره ، وهو يَتيم ، ويَتِيمان : مالم يبلغ الحُلُمُ ، وجمع يتيم أيتامٌ ويتامى، ويتمه ومَيْتَمةٌ ، وامرأة مُؤْتِمٌ ونسوة مَياتِيمُ ، ويتم كفرح ، قَصّر وفَتَرَ وأعيا وأبطأ واليُتْم : الهم[1].

[1]- الفيروز ابادي، القاموس المحيط ،ط2، مؤسسة الرسالة ،بيروت ،دون سنة، ص 1172.

ويقال يَتِم الصبي بالكسر يَيْتَم يُتْما بضم الياء وفتحها مع سكون التاء فيهما ، واليتم في الناس من قبل الأب ويقال درة يتيمة[1].

وكما جاء في معجم ابن منظور : يتم الطفل، أي أفقده أباه أو أمه أو كليهما فجعله يتيما, و هو يتيم حتى يبلغ الحلم ، وقال ابن بري :اليتيم الذي يموت أبوه والعجي الذي تموت أمه , و اللّطيم الذي يموت أبواه، وبه قال المفضّل : أصل اليتم الغفلة و به يسمى اليتيم يتيما لأنه يتغافل عن بره , و منه أخذ اليتم ، وأما ما ذكر في يتم الفتاة قال أبو عبيدة: تدعى يتيمة ما لم تتزوج فإذا تزوجت زال عنها اسم اليتيم ، ولا يطلق لفظ اليتيم بعد البلوغ إلا مجازا كما كان يقال للنبي (ص) بعد بلوغه يتيم بن هاشم[2].

ونجد في معجم ألفاظ القرآن الكريم كلمة اليتيم في عدة سور قرآنية وردت مع اختلاف صياغتها في مفرد اليتيم بالسور القرآنية الآتية : سورة الأنعام(الآية 153) ، سورة الإسراء(الآية 34) ، سورة الفجر(الآية 19) ، سورة الضّحى(الآية 9) ، سورة الماعون(الآية 2) ، وكلمة يتيما جاءت في سورة الإنسان(الآية 8) ، سورة البلد(الآية15) ، سورة الضحى(الآية6)، وبصيغة المثنى يتيمين ذكرت في سورة الكهف (الآية 81) ،أما بصيغة الجمع يتامى فجاءت في سورة البقرة (الآية 218)، النساء (الآية 2)، سورة الأنفال(الآية 41) وفي سورة الحشر (الآية 7)[3].

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي لليتيم

تعددت التعريفات المتعلقة بمصطلح اليتيم، إلا أنها لا تخرج في استعمال الفقهاء في الشريعة أو دارسي القانون عن معناه اللغوي ، لكن حتما توجد اختلافات في البعض منها ولذلك يقتضي أولا تعريفه في الشريعة الإسلامية (الفقرة الأولى)، وثانيا تعريفه في القوانين الوضعية (الفقرة الثانية).

[1] – محمد أبي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، ط 4 ،دار الهدى، عين مليلة ، الجزائر، 1990، ص 468.

[2] – جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، مجلد 12، دار صادر، بيروت، 1303 هـ، ص 654-656.

[3] – محمد فؤاد عبد الباقي، المعجم المفهرس لألفاظ القران الكريم، مطبعة دار المصرية، 1364هـ، ص770.

الفقرة الأولى: تعريف اليتيم في الشريعة الإسلامية

عرف اليتيم بمعنى أنه الذي مات ابوه قبل بلوغ الحلم [1]، وقال شيخ الإسلام ابن تيمية في مجموع الفتاوى "اليتيم في الآدميين من فقد أباه لأن أباه هو الذي يهذبه و يرزقه و ينصره"[2].

وذكره ابن الأثير رحمه الله في قوله: اليتيم في الناس فقد الصبي أباه قبل البلوغ فإذا بلغ اليتيم زال عنه اسم اليتم[3] .

وفي معنى آخر يطلق لفظ اليتيم على الصغير الذي مات أبوه قبل بلوغه سواء كان ذكرا أو أنثى و لا عبرة بوفاة الأم, و يسمى يتيما ليتمه, و اليتيم هو الانفراد, لأن هذا الصغير انفرد عن كاسب و هو صغير لا يستطيع الكسب[4].

وعرف أيضا أنه الصغير الفاقد الأب من الإنسان، كل فرد يعز نظيره[5]

إن ما يلاحظ على هذه التعريفات هو أن جميعها تدور حول معنى واحد وهو أن اليتيم هو من مات أباه ولم يبلغ الحلم بعد، حيث لم يطلق الشرع وصف اليتيم على من فقد أمه.

الفقرة الثانية: تعريف اليتيم في القوانين الوضعية

بعد أن عرضنا تعريف اليتيم في الشريعة الإسلامية لابد من أن نوضحه في منظومة القوانين الوضعية، وهنا يجدر التنويه الى أنه لا يوجد تعريف واضح ودقيق لليتيم في القانون مثلما جاء في الشريعة الإسلامية ،وإنما وردت أوصاف ومفردات أخرى على غرار أنه يتيم الأب .

---

[1] - عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الاربعة ،ج 1 ،ط1 ، المكتبة العصرية ،بيروت ، 2002 ، ص 778.

[2] –.سليمان بن ابراهيم بن عبدالله اللاحم ، حقوق اليتامى كما جاء في سورة النساء ، ط1 ، دار العاصمة ، الرياض ، 2003 ، ص6.

[3] – محمد عبد العاطي بحيري ، من وصايا القران الكريم ،ج2 ، المكتبة التوفيقية ،القاهرة ، ص653.

[4] – أبي زكريا محي الدين يحي بن شرف النوري ، رياض الصالحين من كلام سيدنا المرسلين صلى الله عليه وسلم ، ج 2 ، ط1 ، دار مالك للكتاب ، باب الوادي الجزائر ، 2009 ، ص 41.

5 -محمد مجاهد طبل ابو حذيفة ابراهيم بن محمد ، آداب معاملة الحديث ،ط1، دار الصحابة ، طنطا ، 1992 ، ص7.

أولا: تعريف اليتيم في الاتفاقيــات الدوليــة

لم تنص الاتفاقيات الدولية صراحة على معنى اليتيم وركزت في نصوصها على مفرد الطفل ، غير أن بعض هذه النصوص اشارت إليه ضمنيا ونذكر منها:

– نص المادة الثانية لاتفاقية جنيف 1924 لم تعرف اليتيم، وإنما اقتصر النص صراحة على وجوب إيواء وإنقاذ اليتامى[1].

– نص المادة 20 من الفقرة الأولى باتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989[2] على أنه طفل محروم من بيئته العائلية سواء بصفة دائمة أو مؤقتة.

يتضح إذا أن الاتفاقيات الدولية رغم اهتمامها الدائم بمسألة حماية الطفل إلا أنها أهملت وأغفلت اليتيم ، وكأنها تضيق من مفرد اليتيم ، وفي نفس الوقت توسع من تعريف مصطلح الطفل، وهذا اللبس يصعب علينا تحديد معنى اليتيم بين طيات نصوص الاتفاقيات الدولية .

ثانيا: تعريف اليتيم في التشريعات العربية

سنعرج في هاته الجزئية على تعريف اليتيم في القوانين الوطنية ،وقد اختلف في مفرده لاعتبارات راجعة لقانون الدولة المطبق و نذكر من هذه القوانين:

1 – سمر خليل محمود عبد الله ، حقوق الطفل في الإسلام و الاتفاقيات الدولية دراسة مقارنة ،أطروحة لنيل درجة الماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية ، كلية الدراسات العليا، نابلس فلسطين ، 2003 ، ص 201.

2 – اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 ،أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في تشرين الثاني /نوفمبر 1989 ، ودخلت حيز التنفيذ من أيلول سبتمبر 199.

أ-القانون الجزائري :

لقد جاء التشريع الجزائري بتعريف لليتيم يختلف عن التعريف الشرعي له ، نذكر منه:

بالمادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 286/02 ذكرت بأن اليتيم هو طفل معوز[1]، وكما يستخلص من قانون 12/15 المتعلق بحماية الطفل بالمادة الثانية منه بتحديدها حالات تعرض الطفل للخطر منها فقدان الطفل لوالديه وبقائه دون سند عائلي[2].

أما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فقد تضمن الأمر رقم 05-02 بالكتاب الثاني، تحت عنوان "النيابة الشرعية" ورد بوصف آخر وهو مفرد "القاصر" من خلال المادة 87 منه: "يكون الأب وليا على اولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا"[3].

وقد تضمنت بعض الوثائق الصادرة عن وزارة التضامن تعريفا آخر ، بحيث تعتبر أن اليتيم هو من فقد أحد الأبوين سواء الأب أو الأم[4].

ب- القانون العراقي :

أورد القانون العراقي معنى اليتيم في نص المادة الثانية من الفقرة- و- من التعليمات المالية رقم 02 لسنة 1970 والتي اعتبرته بأنه القاصر فاقد الأب حتى يكتمل سن الرشد ، وبنفس السياق جاء بتوصيف آخر بقانون الضمان الاجتماعي بأنه الذي يكون من عيال المتوفي المستحق الراتب التقاعدي وليس من فقد أحدهم ، أما قانون رعاية الأحداث رقم 52 لسنة 1964 بالمادة الثامنة الفقرة الثامنة بأن : " اليتيم فاقد الأبوين أو أحدهما وليس معيل شرعي قادر على إعالته بشهادة من الجهة المختصة"، وقد أورد معنى اليتيم أيضا في

[1] - المرسوم الرئاسي رقم 02-286، مؤرخ في 7 سبتمبر 2002 ، المتضمن تحديد منحة مدرسية خاصة لصالح الأطفال المتمدرسين المحرومين، الجريدة الرسمية ، العدد 61، بتاريخ 11 سبتمبر 2002.

[2] - قانون رقم 15-12 المؤرخ في15يوليو 2015 يتعلق بحماية الطفل، الجريدة الرسمية العدد 39، بتاريخ 19 يوليو 2015.

[3] - أمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1948 والمتضمن قانون الاسرة الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 15، مؤرخة في 27 فبراير 2005.

[4] - وزارة التضامن الوطني والاسرة وقضايا المرأة ، دليل حقوق الطفل ، الجزائر، فيفري 2015 ، ص05.

بعض التقارير الخاصة والتي اعتبرت اليتيم بأنه طفل فقد أحد والديه أوكليهما يتيم الأب ويتيم الأم ويتيم الأبوين[1].

فالمشرع العراقي أفرد العديد من الأحكام القانونية لليتيم بإدماجه بوصف القاصر ومنها الأحكام القانونية في رعاية اموال اليتيم ، المراقبة والمحاسبة للأولياء والأوصياء ، إعادة أموال اليتيم ، ضم اليتيم كفالة اليتيم[2].

ج- القانون الأردني :

لم يحدد قانون الأيتام الأردني رقم 69 لسنة 1953 المعدل تعريف اليتيم وإنما ذكره في بعض أحكامه على اعتبار أنه قاصر[3].

د- القانون المغربي :

لقد جاء تعريفه بقانون رقم 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين في المادة الأولى بالفقرة الثانية منه على أنه: "يعتبر مهملا الطفل من كلا الجنسين الذي لم يبلغ سنه ثمانية عشر سنة شمسية كاملة إذا وجد في إحدى الحالات التالية ومنها إذا ولد يتيما أو عجز أبواه رعايته وليست له وسائل مشروعة للعيش"[4].

و- القانون الفلسطيني :

وضع مشروع قانون مؤسسة تنمية وإدارة أموال الأيتام بفلسطين تعريفا خاصا لليتيم غير الذي سبق من التشريعات السابقة الذكر، حيث حدد معناه بالمادة 01 منه : "اليتيم

[1] – وزارة العمل الشؤون الاجتماعية ، مكتب هيئة رعاية الطفولة ، تقرير عن واقع حماية الطفل في العراق ، إعداد سكرتارية رسم سياسة حماية الطفل في العراق ، بغداد 2011 .

[2] – القاضي سالم رضوان ، حق التعليم وكفالة اليتيم في اتفاقية حق الطفل والتشريعات العراقية النافذة، صحيفة الحوار المتمدن، العدد 2114، بتاريخ 29-11-2007، الموقع الالكتروني:
http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=116861&r=0 ، تاريخ التصفح: 08-03-2019

[3] – المرجع نفسه.

[4] – ظهير شريف رقم 1.02.172 ، صادر في فاتح ربيع آخر1423 (13 يونيو 2002) بتنفيذ القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين ، المملكة المغربية ، وزارة العدل والحريات ، مديرية التشريع

الوارث المسلم ناقص الأهلية الذي لم يتجاوز الثامنة عشرة من عمره أو فاقدوها وتشمل الغائب الذي ليس له ممثل شرعي والوارث غير معروف حياته من مماته من المسلمين"[1].

ن- **قانون الطفل المصري** :أشار قانون الطفل المصري الى اليتيم عندما عرف الرعاية الاجتماعية للفئات المحرومة المستفيد من الرعاية البديلة ومن بينهم اليتيم وهذا ما ضمنته المادة 48 من قانون الطفل رقم 02 [2].

الفرع الثالث: بيان سن اليتيم

من خلال الاطلاع على الآراء المختلفة في مسألة السن الذي تنتهي عنده صفة اليتم سواء ذكرا أو أنثى تبين لنا أن لكل منهم رأي فقهي، وهذا ما سنحاول تبيانه في الشريعة الإسلامية (الفقرة الأولى) ، وفي القوانين الوضعية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: بيان سن اليتيم في الشريعة الإسلامية

ورد في قوله تعالى : ﴿ وَابْتَلُوا اليتامى حتّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾[3] ، وسن النكاح هو بلوغ الحلم الذي يصلح فيه اليتيم للنكاح[4].

أما في السنة النبوية الشريفة فتزول صفة اليتم عن اليتيم بالبلوغ لما رُوي عن علي- رضي الله عنه -قال :حفظت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم": لا يُتْمَ بعد احتلام"[5] .

وأيضا اختلف الفقهاء في بيان السن الذي ينتهي فيه وصف اليتيم مع اتفاقهم في أمور أخرى، فيرى المالكية حسب ما ورد عن القرطبي في تفسيره بأن سن البلوغ خمسة عشر عاما لمن لم يحتلم ، و هو قول ابن وهب وعبد الملك بن الماجشون.

---

[1] – عمار توفيق أحمد بدوي ، بحث كفالات الأيتام ومقارنتها بالتبني شرعا وقانونا ، بحث مقدم الى مؤتمر حق اليتيم على المجتمع ودور المؤسسات في رعاية اليتيم، جامعة النجاح الوطنية ، كلية الشريعة والقانون، 2005/09/12 .

[2] – قانون رقم 12 لسنة 1996 ، متضمن الطفل المصري ،المعدل بالقانون 126 لسنة 2008 .

[3]– سورة النساء الآية 06.

[4] – محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، مج1 ، ط4 ،دار القرآن الكريم، بيروت ، 1981، ص 259.

[5] – رواه أبو داود ، كتاب الوصايا ،باب ما جاء حتى ينقطع اليتم، رقم الحديث (2883) ، ص 115.

وفي رواية أخرى لابن العربي بأحكام القرآن يبين البلوغ بثمان عشر سنة ، وكما قال الدردير لبلوغه بثمان عشر سنة في الغلام وسبع عشر سنة في الجارية، وهكذا اتضح بمذهب الحنفية البلوغ حتى يتم ثمانية عشر سنة للغلام.

أما الشافعية فيقولون بخمس عشر سنة في الجارية والغلام معا[1] ، وهو نفس الرأي لدى للحنابلة، فالبلوغ يكون إذا تم الغلام والجارية خمسة عشر سنة قمرية من غير تفريق عندهم بين ذكر وأنثى[2].

ويرى آخرون من جمهور العلماء أن حكم اليتيم لا ينقطع بمجرد البلوغ ولا بعلو السن بل لابد أن يظهر منه الرشد في دينه وماله، ورغم هذا الاختلاف إلا أن الأمر المتفق عليهم عندهم في سن البلوغ هي: الاحتلام و الحيض[3] .

وما ذكر في اليتيمة البكر البالغة التي مات أبوها قبل بلوغها فلزمها اسم اليتيم فدعيت به وهي بالغة مجازا، وقيل : المرأة لا يزول عنها اسم اليتيم مالم تتزوج فإن تزوجت ذهب عنها[4].

الفقرة الثانية: بيان سن اليتيم في القوانين الوضعية

سبق وأن اشرنا في فقرات سابقة الى أن نصوص الاتفاقيات الدولية لم تتضمن أي اشارة صريحة لمصطلح اليتيم ولم تفرده بأحكام خاصة، وبالتالي تسري عليه ما يسري على الاطفال من أحكام، وهنا وبالرجوع الى نص المادة الأولى من اتفاقية حقوق الطفل نجدها قد ذكرت أن الطفل هو كل إنسان لا يتجاوز الثامنة عشر ولم يبلغ سن الرشد.

---

[1] – أحمد نصر الجندي ، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي ، دار الكتب القانونية مصر ، 2006 ، ص 206.

[2] – أيمن خميس عمر حماد ، أحكام مال اليتيم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية ، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الاسلامية غزة، ، 2009 ، ص5.

[3] – أبي عبد الله يحي بن محمد بن القاسم الديلمي ، فضل كفالة اليتيم والاحسان اليه والاحكام المتعلقة به ، ط1 ، دار عبد الرحمان ، القاهرة ، دون سنة ، ص 94.

[4] – مجد الدين أبي السادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير ، النهاية في غريب الحديث والأثر ،ج5، المكتبة الاسلامية ، الرياض، دون سنة ، ص292.

ما قيل عن الاتفاقيات الدولية يقال عن التشريعات الوطنية في اغفالها لمصطلح اليتيم، وبالتالي تستخلص الاحكام المتعلقة به قياسا من تلك التي تحمل عباراتها معان قريبة لليتيم ك"القاصر" و"الصغير" و"الطفل" عند فقدان الأب أو الأم، أو كليهما.

فمن هذه التشريعات من يتبنى سن الثامنة عشر سنا للبلوغ باعتباره سن الرشد مالم تعترضه عوارض الأهلية، وهذا كما تم بيانه بمجلة الأحوال الشخصية التونسية بالفصل 157 التي نصت : "تم الصغير المولى الثمانية عشر كاملة ولم يسبق صدور بالتحجير عليه لسبب من الأسباب غير الصغير فإنه يصبح رشيدا له كامل الاهلية لمباشرة حقوق المدنية وتكون جميع تصرفاته نافذة"[1]، وكذلك مدونة الأسرة المغربية في المادة 209 ببلوغ سن الرشد ثمانية عشر سنة[2].

انطلاقا مما سبق في بيان السن ، نستنتج أن القوانين لم تختلف كثيرا عن الفقه الإسلامي ومنهم المالكية والحنفية، لكن الملاحظ غياب تحديد مدة السن الذي تنتهي به الفتاة بزوال اليتم عنها إن لم تتزوج.

في المقابل توجد تشريعات اخرى تختلف عن ما سبق ذكره في بيان السن لليتيم، ومن هاته القوانين نجد قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني الذي يتبنى في مادته 495 سن الخامسة عشر سنة[3]، وهو السن الذي يتبناه مذهب الشافعية والحنابلة.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد اتجه إلى تحديد السن في قانون الأسرة والقانون المدني، لكن ليس بمصطلح اليتيم وإنما بوصف القاصر، حيث جاء في قانون الأسرة أن مرحلة البلوغ تنتهي عند سن الرشد، الذي يرجع في تحديده الى القاعدة العامة في القانون

[1] – أمر مؤرخ في 13 أوت 1956، يتضمن مجلة الأحوال الشخصية ،الرائد الرسمي عدد 66 ، بتاريخ 17 أوت 1956.

[2] – ظهير شريف رقم 1،22،04 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 هلـ الموافق3 فبراير 2004 ، يتعلق بتنفيذ القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية.

[3] – أيمن خميس عمر حماد ، أحكام مال اليتيم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية ، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي ، الجامعة الاسلامية غزة ، كلية الشريعة والقانون ، 2009 ، ص06.

المدني[1]، حيث حددته المادة 40 بنصها : "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد تسعة عشر 19 كاملة"[2].

المطلب الثاني: أنواع اليتيم

سبق الحديث عن مفهوم اليتيم شرعا لغة واصطلاحا، وهو الذي مات أباه وما يزال دون سن البلوغ، ولكننا نجدهم ألحقوا أنواعا أخرى لأطفال سموا أيتاما حيث فقدوا آباؤهم بغير الموت، لذلك سنبين هاذين النوعين: اليتيم الحقيقي (الفرع الأول)، واليتيم الحكمي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: اليتيم الحقيقي

كما ذكر في تعريف اليتيم مسبقا في الشرع هومن مات أبوه وما يزال دون سن البلوغ، وهذا ما اتفق عليه العلماء باليتيم الحقيقي[3]، وأما بنصوص القوانين الوضعية التي لا يوجد لها مدلولا كالشريعة الإسلامية لليتيم الحقيقي فهناك من جهة الأب أو من جهة الأم أو كليهما ، مع اتفاق غالبية التشريعات الوضعية لمبدأ الشريعة الإسلامية في معنى اليتيم الحقيقي من جهة الأب.

الفرع الثاني: اليتيم الحكمي

اليتيم في المدلول اللغوي يعبر عن الحاجة والضعف والانفراد ،فهذا المدلول شكل منطلقا لبعض الباحثين لإدخال بعض الفئات المحرومة ضمن دائرة الايتام تحت مسمى "اليتيم الحكمي"[4]، ويوجد في المجتمع نماذج كثيرة من هاته الفئات وأهمها:

---

[1] – المادة 86 من قانون الأسرة :"من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني ".

[2] – قانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي سنة 2007 يعدل ويتمم الامر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني الجزائري ، الجريدة الرسمية العدد 31 ، بتاريخ 13 ماي 2007.

[3] – مريم عطا حامد قوزح ، أحكام اليتيم المالية في الفقه الإسلامي ، أطروحة لنيل درجة الماجستير في الفقه والتشريع ، جامعة النجاح الوطنية في نابلس ،كلية الدراسات العليا ،2011، ص17.

[4] – المرجع نفسه ، ص 18.

الفقرة الأولى: مجهول النسب

اللقيط هو الطفل الذي يُلقي به أحد والديه في الطريق العام، إمّا هربًا من تحمُّل مسؤولية الإنفاق عليه، وكفالته، وتربيته، أو إخفاءً لجريمة زنا كان ذلك اللقيط ثمرته [1]، وعرف بمعنى اللقيط كل طفل ضائع لا كافل له [2].

كما يطلق لفظ اللقيط أيضا على كل صغير أو مجنون منبوذ لا كافل له معلوم ، فهو بهذا غير منسوب رماه أبويه خوفا من الفضيحة أو الفقر أو مشوها، أو لكونه أنثى[3].

وعن حكم كفالة اللقيط أو مجهول النسب كما جاء أيضا في الفتوى رقم 20711 بتاريخ : 1419/12/24 هـ الصادرة عن اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء في المملكة العربية السعودية : "إن مجهولي النسب في حكم اليتيم بل هم أشد حاجة للعناية والرعاية من معروفي النسب لعدم معرفة قريب يلجئون إليه عند الضرورة، وعلى ذلك فإن من يكفل طفلا من مجهولي النسب فإنه يدخل في الأجر المترتب على كفالة اليتيم »[4] ، لعموم قوله صلى الله عليه وسلم: «أنا وكافِلُ اليَتِيمِ في الجَنَّةِ هَكَذا، وقالَ بإصْبَعَيْهِ السَّبَّابَةِ والوُسْطَى»[5].

الفقرة الثانية: أبناء المفقودين

هو الغائب الذي لا تعلم حاله أهو حي أم ميت ، وعلى هذا أنه إذا مات فلا تنتقل التركة إلى ورثته إلا بعد أن يحكم القاضي بموته وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، وقيل

---

[1] – تسنيم محمد جمال أستيتي، حقوق اليتيم في الفقه الإسلامي ، أطروحة لنيل شهادة الماجستير في الفقه والتشريع ، جامعة النجاح الوطنية بنابلس فلسطين، كلية الدراسات العليا ،2007 ، ص 17.

[2] – شرابي عبد الله محمد بن سليمان السطي، شرح مختصر الحوفي، مج 01 ، ط1 ، دار ابن حزم ، بيروت ، دون سنة، ص 474.

[3] – عطية صقر ، موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام ، تربية الأولاد في الإسلام ، ج4 ، مكتبة وهبة، القاهرة، 2006، ص353.

[4] – صفية الوناس حسين ، مجهول النسب بين رحمة التشريع الاسلامي والتشريع الوضعي ، المؤتمر الدولي عن الرحمة في الاسلام، كلية العلوم الاسلامية قسم الفقه وأصوله ،الخروبة الجزائر ، يومي 7–8 فيفري 2016.

[5]- صحيح البخاري، في الأدب، باب فضل من يعول يتيما ، رقم الحديث (6005﴾ ، 78 / 1507.

فيه أنه إذا كان مجهول الحياة فلا يرى أهو حي أم ميت ولم يعلم مقامه، وهذا يكون مفقودا له كل أحكام المفقود فيرثه ورثته.[1]

وعرف بقانون الاسرة الجزائري طبقا لنص المادة 109 منه : "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقود إلا بحكم".

الفقرة الثالثة: أبناء الأسرى ذوو الأحكام العالية

حيث يُحرم أبناؤهم من زيارتهم ومن رؤيتهم، ويُحْبسون في أماكن انفرادية، فيتربّى أبناؤهم بعيدًا عن حنانهم ورعايتهم، ويعيشون عيشة الأيتام الحقيقيين[2].

الفقرة الرابعة: أيتام الأم

وهم الذين يفقدون عطف الأم وحنانها ورعايتها، سواء بموتها حقيقة أم بطلاقها، وزواجها من رجل آخر غير والد أبنائها، وانشغالها بزواجها الجديد عن أبنائها وإهمالها لهم.

الفقرة الخامسة: الأطفال المُتَشرِّدون (أبناء الشوارع)

الذين لا مأوى لهم ولا مُعيل ولا نصير، أبناء ، وغيرهم من الأطفال المحرومين الذين حرموا من عناية الأب ورعايته وحنانه.

فهؤلاء الأطفال حرموا حرمانًا عامًا وحاجتهم إلى الرعاية والعناية شديدة جدًا بصفتهم أيتامًا فهي تعتبر في حكم اليتيم من الناحية اللغوية والشرعية والقانونية والاجتماعية والنفسية والعاطفية[3].

الفرع الثالث: الفرق بين اليتيم الحقيقي و اليتيم الحكمي

بالرغم من أن الشريعة حثت على كفالة اليتيم الحقيقي والحكمي على حد سواء، إلا أنها ميزت تمييزا واضحا في الأحكام المتعلقة به ، لذا سيتم تبيانه من خلال استعراض أوجه التشابه (الفقرة الأولى) ، وأوجه الاختلاف (الفقرة الثانية).

[1] – محمد أبو زهرة ، أحكام التركات والمواريث ، دار الفكر ، بيروت ، دون سنة، ص 220.

[2] – محمد أبو زهرة ، مرجع سابق، ص 224

[3] – تسنيم محمد جمال أستيتي، مرجع سابق، ص 13 –14.

الفقرة الأولى: أوجه التشابه بين اليتيم الحقيقي و اليتيم الحكمي

- كلاهما فاقدي عطف الأبوين مهما كان سبب اليتم.
- كلاهما حثت الشريعة الإسلامية على رعايتهما بنفس جزاء الأجر و الثواب ، وبالمقابل راعت النصوص الوضعية حمايته لكن برعاية تنقصها الوسائل الرادعة لذلك[1].

الفقرة الثانية: أوجه الاختـــلاف

- اليتيم الحقيقي معلوم النسب أما اللقيط فهو في الغالب مجهول النسب.
- اليتيم الحقيقي له قواعد ميراث واضحة محددة أما اللقيط فلا يرث كافله.
- اللقيط يعتبر أجنبيا لملتقطه ، أما اليتيم الحقيقي فهو أحد أبناء العائلة التي يتربى في كنفها.
- اليتيم الحقيقي يكون موضع رحمة و رأفة من المجتمع لكن مجهول النسب غالبا ما ينكره و يتجاهله الناس باحتقار وإهمال
- اليتيم الحقيقي تجب نفقته من ماله إن كان له مال، و إلا من كافله الذي يتولاه ،أما اللقيط إن كان معه مال فنفقته من ماله ، وإلا نفقته على من التقطه إن تعين عليه فإن لم يتعين تطوع بها الملتقط .

أما الفرق بين اليتيم الحقيقي والفئات الأخرى غير مجهول النسب فلا يوجد فرق سوى أن اليتيم الحقيقي فقد أباه بالموت وهو دون سن البلوغ أما هذه الفئات فقدت والدها لأسباب أخرى عارضة غير الموت فيثبت نسب هؤلاء الصّغار لأباءهم ، وتجب نفقتهم من أموال والدهم ، ويرثون والدهم إن وجدوا[2].

[1] – المرجع نفسه، ص 16.

[2] – تسنيم محمد جمال أستيتي، مرجع سابق ، ص 17.

المبحث الثاني: حقوق اليتيم في الإسلام والقوانين الوضعية

يتمتع الطفل اليتيم بمجموعة من الحقوق العامة المعنوية والمادية باعتباره طفل كسائر الاطفال، غير أن الشريعة الاسلامية وبعض النصوص الوضعية قد افردته بحقوق واوجبتها له بصفة خاصة باعتباره يتيما، وبناء عليه سوف نستعرض أهم الحقوق المترتبة لليتيم سواء كانت عامة باعتباره طفل كبقية الاطفال أو كانت خاصة به على وجه التحديد لصفته كيتيم، سواء في الاسلام (المطلب الأول)، أو في المواثيق الدولية (المطلب الثاني)، أو في النصوص الوضعية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: حقوق اليتيم في الإسلام

اهتمت الشريعة الإسلامية بحقوق الطفل الذي يعيش في خضم ظروف استثنائية كاليتم، وعلى غرار تمتعه بحقوق الطفل عامة كالحق في الحياة ،و البشارة بالمولود ، وفي النسب والرضاع، وكذلك حقه في اللعب ، وغيرها من الحقوق، إلا أن الإسلام قد أولى اهتماما خاصا باليتيم وخصه بحقوق تتماشى ووضعه كيتيم، يمكن تمييز هذه الحقوق الى حقوق شخصية (الفرع الأول)، وأخرى مدنية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حقوق اليتيم الشخصية

سنتطرق في هذا الفرع إلى حقوق اليتيم الشخصية في الاسلام، والتي سنركز فيها بصفة خاصة على حق الحضانة (الفقرة الأولى) ، وحق الميراث(الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: حق اليتيم في الحضانة

الحضانة–بفتح الحاء أو بكسرها– معناها لغة مصدر حضنت الصغير حضانة تحملت مؤونته وتربيته ، مأخوذة من الحضن بكسر الحاء وهو الجنب لأن الحضانة تضم الطفل إلى جنبها ، وفي الشرع حفظ الصغير والعاجز، والقيام على تربيته ومصالحه وكل ما يلزم راحته[1].

[1] – عبد الرحمن الجزيري ، مرجع سابق ، ص 521.

وفي معنى آخر هي تربية الولد لمن له حق الحضانة، أو هي تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون، وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه ، وتنظيفه وغسل ثيابه في سن معينة ونحوها ، فهي في حكم الوجوب لأنه يهلك بتركه فلذا يجب حفظه من الهلاك[1].

لذلك فقد أناط علماء الشريعة استحقاق حضانة الطفل اليتيم في بداية عمره لأمّه لأنها أقرب إنسان له وأدرى الناس باحتياجاته وأرحم بها من غيرها ، فاختلف الفقهاء فيمن أحق بحضانته.

فقد جاء في **المذهب الحنفي** أن الحضانة للأم، وهي أحق من غيرها في رعاية الولد لأنها مبينة على الشفقة على الولد وتحقيقا لمصلحة المحضون ،وبعد الأم تنتقل حضانة الطفل إلى محارم الطفل من النساء ، فإذا لم توجد حاضنته من هؤلاء أو لم تتوفر فيها شروط استحقاق الحضانة انتقلت الحضانة إلى عصبات الصغير من الرجال أو اقاربه[2].

ويرى **المالكية** أن الأم أولى بحضانة ولدها ثم إلى أم الأم ثم إلى أم الأب، وتقدم الخالة الشقيقة ثم الجدة لأب ثم أم أبو الأب وهكذا، وإذا لم يوجد فيأتي أخت المحضون ثم عمته ثم عمة أبيه ثم خالة أبيه وهكذا [3].

أما **الشافعية** فقد ذهبوا الى القول بان الحضانة تنتقل بعد الام الى الجدة ام الام ثم جدة الأم ثم الأخت الشقيقة ثم الخالة لأب ثم بنت الأخ الشقيق وإذا لم توجد من هؤلاء تنتقل إلى محارم الطفل ال من الرجال ويكون ترتيبهم حسب استحقاق الإرث ، وبرأي الحنابلة ، الحضانة أولى للام ثم بعدها جدة الأم، ثم أم الأب ثم الأخت لأبوين، ثم الأخت لأب ثم الخالة لأم، ثم الخالة للأب ثم عمة الطفل، ثم العمة لام ثم العمة لأب وهكذا ، وإذا لم يوجد يقدم محارم المحضون من الذكور [4].

---

[1] – وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج7 ، ط1 ، ط2 ، دار الفكر، دمشق، 1948–1985 ، ص 714.

[2] – ابي بكر بن مسعود الكاساني ، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج4، ط2، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1986، ص 41.

[3] – عبد الرحمن الجزيري ، مرجع سابق ، ص 521.

[4] – المرجع نفسه، ص 522–523.

ولوجوب الحضانة لمستحقيها لا بد من توفر عدة شروط ومنها : أن تكون المرأة مسلمة فالمرتدة تضر بالصبي ، ومنها أن تكون حرة فلا حق للأمة ، وكذا اتحاد الدين ليس بشرط ثبوت هذا الحق حتى ولو كانت الحاضنة كتابية والولد مسلم كانت في الحضانة كالمسلمة [1].

وتنتهي الحضانة للغلام حسب رأي المتقدمين من الفقهاء إذا كان يستطيع أن يأكل ويشرب وحده والصغيرة إذا بلغت البلوغ الطبيعي[2].

الفقرة الثانية: حق اليتيم في الميراث

اليتيم عنصر مهم في قضية الميراث فهو عاجز عن التصرف في التركة التي آلت إليه ، ويحتاج إلى وصي أمين يقوم على تنمية هذه التركة ورعايتها حتى يكبر ويصبح قادرا على إدارة تركته بنفسه .

والميراث في معناه هو تركة تتعلق بها الحقوق بعد الموت هي الأموال ، والحقوق التي تعتبر خادمة لمال معين أو تابعة له ، أو موثقة له أو معينة[3]، في ذلك قال الله تعالى :﴿ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ، نَصِيبًا مَّفْرُوضًا ﴾[4] ، وفي قوله أيضا :﴿ يوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾[5].

الفرع الثاني: حقوق اليتيم المدنية

أحاط الإسلام اليتيم بحقوق مدنية منحها له بطرق شرعية لتعزيزها فهو بحاجة له تحميه من الأخطار والأضرار التي تتربص به، ولذلك سنستوفي من هاته الحقوق حقه في الكفالة (الفقرة الأولى) ، وفي صدقة التطوع (الفقرة الثانية)، وحقه في الغنيمة والفيء (الفقرة الثالثة) .

---

[1] – ابي بكر بن مسعود الكاساني ، مرجع سابق ، ص 42.

[2] – محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة ، 1985، ص 413- 414.

[3] – محمد أبو زهرة ، أحكام التركات والمواريث ، دار الفكر العربي ، القاهرة، دون سنة ، ص42.

[4] – سورة النساء، الآية 7.

[5] – سورة النساء، الآية 11.

الفقرة الأولى: حق اليتيم في الكفالة

عرف الذهبي الكفالة بأنها القيام هي الحمالة والزعامة والضمان، وبالنسبة لليتيم هي أن تقوم مقام والده في الحمالة والزعامة في كل شيء وخاصة من جانب شئونه المالية[1].

فكفالة اليتيم رعاية خاصة سنتها الشريعة الإسلامية وحضت عليها وأوجبتها على كافل اليتيم وحفظت لليتيم ماله وكرامته ، كما حرصت الشريعة الاسلامية على حفظ حق كفالة اليتيم ورغبت في الإحسان إليه وإمداده بالعطف والرعاية والحنان، قال تعالى: ﴿فأما اليتيم فلا تقهر﴾[2].ونهى الشرع عن سوء معاملته والتحذير من إساءته أو الإساءة إليه.

فجاء في أجر من يكفل اليتيم ما ورد في صحيح البخاري عن سهل رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "وأنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا، وأشار بالسبابة والوسطى وفوج بينهما شيئا "رواه البخاري .

الفقرة الثانية: حق اليتيم في صدقة النافلة

لا خلاف بأن الصدقة التطوعية عن اليتيم الصغير من ماله لا تجوز، لأن الصدقة التطوعية لا تجب عليه وليس له فيها مصلحة بل إضرار له[3] . وقد نهى الله تعالى عن ذلك في: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حتى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ ﴾[4].

الفقرة الثالثة: حق اليتيم في الغنيمة والفيء

اعتنى الإسلام بالأطفال اليتامى وأدرجهم ضمن الفئات المستفيدة من أوال الغنائم والفيء، ووجَّه المجتمع لحمايتهم وعدم الاعتداء على حقوقهم.

والفيء هو: "المال الذي يُؤخذ من الحربيين من غير قتال، أي بطرق الصلح كالجزية والخراج" ، أمّا الغنيمة فهي: " ما أخذ من أموال أهل الحرب عُنْوَة بطرق القهر والغلبة"[5]،

---

[1] – عبدالرحمن إدريس عبدالرحمن فضل الله، حقوق الطفل في الفقه الاسلامي ، رسالة مقدمة للحصول على درجة دكتوراه ، جامعة الخرطوم ،كلية القانون ، قسم الشريعة ،2008 ، ص 562.

[2] – سورة الضحى. الآية 9.

[3] – ابي عبد الله بن محمد القاسم الديلمي، مرجع سابق ، ص 75.

[4] – سورة البقرة ، الآية 220.

[5] – تسنييم محمد جمال استيتي ، مرجع سابق، ص 85.

وفي ذلك قال عز وجل:﴿ وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى واليتامى وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾[1].

المطلب الثاني: حقوق اليتيم في المواثيق الدولية

تتعرض حقوق الطفل في الكثير من الدول إلى انتهاكات عديدة مما يتطلب البحث عن سبل وقائية لحمايتها ، وسنسلط الضوء في هذا المطلب على احدى هذه الاليات –لأهميتها– وهي اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، مع ضرورة التنويه الى أننا سنحاول اسقاط هذه الحقوق على اليتيم باعتباره طفل كون أن الاتفاقية، كما اشرنا سابقا، لم تتطرق الى اليتيم بصفة مباشرة إنما بالإشارات إليه فقط في بعض المواضع.

وقد تناولت الاتفاقية المكورة حقوق الطفل وشملتها بالحماية ضمن مجموعة من الأحكام الموضوعية (الفرع الأول)، والأحكام الإجرائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأحكام الموضوعية

نتناول فيما يلي أهم الحقوق المترتبة لليتم (كطفل) والتي ضمنتها اتفاقية حقوق الطفل، وهي حق الرعاية (الفقرة الأولى) ، والحق في المعاملة الحسنة (الفقرة الثانية)، وحق الحماية من الاستغلال الاقتصادي (الفقرة الثالثة) .

الفقرة الأولى: حق الرعاية

جاءت المادة الثالثة من الاتفاقية بالجانب الإجرائي سواء على مستوى الهيئات الاجتماعية أو القضائية أو الإدارية، فالدولة تتعهد بضمان الحماية والرعاية اللازمتين بوسائل تكفلها لمصلحة الطفل.

والجدير بالذكر أن المادة التاسعة من هذه الاتفاقية تتضمن حقا يعتبر بالغ الأهمية بالنسبة لليتيم، وهو حقه في أن يعيش في كنف أسرة طبيعية مستقرة دون فصله عن والديه مستثنية في ذلك عند وجود ضرورة الفصل يكون بأمر السلطة المختصة، فلا يجوز فصل

[1]– سورة الأنفال ،الآية 41.

الصغير عن أمه إلا في ظروف استثنائية ويجب على المجتمع والسلطات العامة تقديم عناية خاصة للأطفال المحرومين من الأسرة لضمان كفاف العيش[1].

ولهاته المصلحة كرست المادة 18 بالفقرة الأولى أولوية الاعتناء بالجانب التربوي النفسي للطفل شاملا اليتيم، مع تحميل الوالدين أو الأوصياء المسؤولية في ذلك .

ويذكر في المادة العشرون بأنها أولت اهتماما في الرعاية البديلة للطفل المحروم من بيئته العائلية بصفة مؤقتة أو دائمة، يمكن أن تشمل هذه الرعاية في جملة أمور، الحضانة أو الكفالة الواردة في القانون الإسلامي ،أو التبني أو عند الضرورة الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال، لكن ما يعاب على محتوى المادة أنها لم تذكر التفاصيل الخاصة بالحاضن والمحضون وذكر أولوية الأم في الحضانة والمدة والشروط لها كما جاء واضحا ودقيقا في الشريعة الإسلامية فالطفل اليتيم هو أحوج لهاته الرعاية .

والملاحظ في المادة 21 من ذات الاتفاقية تكريسها لحق النسب بصفة ضمنية بإقرارها لنظام التبني مراعيا في ذلك لرفض موقف الدول الإسلامية المحرمة لفكرة التبني، هذا يدفعنا إلى القول بأن المادة تعد اختراقا صارخا لأحكام الدين الإسلامي ينجر عنه فتح باب لتحقيق فوائد غير مشروعة متسترة بالأطفال كممارسة الإتجار بهم.

الفقرة الثانية: الحق في المعاملة الحسنة

أقرت المادة 19 من الاتفاقية تمكين الطفل من حقه في الحماية من العنف وسوء المعاملة والتعرض للمخاطر، ويجب أن يتمتع الطفل بالحماية من جميع صور الإساءة والقسوة والإهمال في المنزل والمدرسة والمجتمع سواء عند والديه الأصليين أو الوصي القانوني عليه، ووجوب وضع اليات توفير الحماية والمساعدة للأطفال خاصة المحرومين من الرعاية كاليتيم

[1] – وسيم حسام الدين الأحمد، حماية حقوق الطفل في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والإتفاقيات الدولية ، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1 ،بيروت، 2009 ، ص 73 .

الفقرة الثالثة: حماية اليتيم من الاستغلال الاقتصادي

أشارت المادة 32 من الاتفاقية لهذا الحق دون ذكر سن تشغيل الأطفال دون الثامنة عشر مع عدم إبراز ضرورة التوعية من الأهل والمرشدين فهناك ثغرات كبيرة في المادة دون تحديد العقوبات من يحمله على العمل أية مهنة تؤذي صحته أو تعليمه أو تعرقل نموه الجسمي أو العقلي أو الخلقي، فمعالجة الظروف الصعبة للأطفال الجانحين واليتامى واللاجئين في ظروف الاحتلال والحصار والنزاعات المسلحة فمن اللازم تحسين أوضاعهم واتخاذ التدابير التشريعية والإجراءات الاجتماعية الكفيلة بحمايتهم [1].

الفرع الثاني: الأحكام الإجرائية لاتفافية الطفل 1989

مما لاشك فيه أن الاتفاقية ولضمان الحقوق السابقة الذكر قد ألزمت نفسها بحمايتها وضمانها وتحمل مسؤولية الالتزام بها عبر اعتماد مجموعة من الاجراءات، منها ما هو وارد في الجزء الثاني من الاتفاقية (الفقرة الأولى) ، ومنها ما تضمنه الجزء الثالث من الاتفاقية (الفقرة الثانية)، بالإضافة الى تلك الواردة في البروتوكولين الملحقين (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: ضمانات تنفيذ الاتفاقية

يشمل هذا الجزء أربع مواد (من42 إلى 45)، تضمنت تعهد الدول الموقعة على نشر الاتفاقية وأحكامها والتعريف بها بين الكبار والصغار بكل الوسائل الملائمة والفعالة وتحقيق الآليات المؤدية إلى تنفيذها، ومراقبة هذا التنفيذ على المستوى الدولي والإجراءات الناظمة لذلك ضمن إشراف مباشر للأمم المتحدة ومكتب أمينها العام من خلال لجنة تسهر على ذلك.

وتتعلق المادة الرابعة والأربعون بالتقرير للدولة الموقعة على التدابير التي اتخذتها لوضع الاتفاقية موضع التنفيذ والمعوقات إن وجدت والبنود الناظمة للتعريف بإجراءات الدولة على المستوى المحلي والدولي لتنفيذ الاتفاقية.

[1] – وسيم حسام الدين الأحمد ، مرجع سابق، ص 266 .

أما المادة الخامسة والأربعون فتتعلق بمساهمة الوكالات المتخصصة ومساعدتها ومنظمة الأمم المتحدة في التمثيل و إبداء المشورة في الخطط الوطنية وذلك ضمن فقرات تفصيلية.

الفقرة الثانية: المصادقة على الاتفاقية

يشمل هذا الجزء المواد من 46 الى 54، ويتضمن التوقيع على الاتفاقية وتصديقها وحفظ نصوصها لدى الأمين العام للأمم المتحدة، والانضمام إليها وبدء تنفيذها واقتراح المشاركين لتعديل بعض بنودها والتحفظات عليها و الانسحاب منها، ويعتبر الأمين العام للأمم المتحدة مؤتمنا على هذه الاتفاقية مع الأصل والنسخ باللغات الحية ومنها اللغة العربية.

الفقرة الثالثة: إجراء البروتوكول

قامت الجمعية العامة للأمم المتحدة بإلحاق بروتوكولين اختياريين لاتفاقية حقوق الطفل في 25 أيار 2000 ، البروتوكول الأول بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء وفي المواد الإباحية ،أما البروتوكول الثاني فبتعلق بإشراك الأطفال في المنازعات المسلحة[1].

وبناء على ما سبق تحليله لمواد اتفاقية حقوق الطفل ، يمكن القول بأنه وبالرغم من الدور الأساسي لعبته هذه الاتفاقية في توفير قدر من الرعاية للطفل بما فيه الطفل اليتيم وفي الحفاظ على حقوقه ، إلا أنها في المقابل قد أفلت تفاصيل مهمة كالحضانة مثلا.

المطلب الثالث: حقوق اليتيم في النصوص الوضعية

مما لاشك فيه أن اليتيم ومن بين سائر الأطفال قد حضي بالتفاتة واعية من طرف التشريعات الوضعية بسنها مقتضيات قانونية وما يترتب عنها من آثار اتجاه الطفل ، فمن بين هاته النصوص خصصنا في دراستنا مدونة الأسرة المغربية التي أدرجت للطفل بابا خاصا ، لذلك ستناول من خلاله تبيان: أولا حقوق الطفل (الفرع الأول) ، وثانيا ضمانات تطبيقها (الفرع الثاني).

[1] – سمر خليل محمود عبد الله ، مرجع سابق ، ص 288.

الفرع الأول: حقوق الطفل بمدونة الأسرة المغربية

المشرع المغربي سن أحكاما للطفل في مختلف مواد مدونة الأسرة في الباب الثاني ، القسم الخاص ، الفرع الثاني، المادة 54 تحت عنوان الأطفال مع إحالتنا لباقي مواد المدونة في بعض التي وجب مزيدا منها في تلبيتها لليتيم، أولا النسب (الفقرة الأولى)، وثانيا الحضانة (الفقرة الثانية)، وثالثا التوجه الديني والتربية(الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: النسب

يحظى موضوع النسب بأهمية بالغة لدى الأمم كافة باعتباره ثمرة ميثاق غليظ وهو الزواج وخاصة أن الطفل اليتيم يرغب في الاستقرار والسكينة والتساكن، ولأهمية النسب للطفل أدرجه المشرع المغربي في ديباجة المدونة بالفقرة الثامنة والتاسعة.

و تحيلنا الفقرة الثالثة من المادة 54 من للمدونة إلى أحكام الكتاب الثالث منها لما ورد في المادة 150 التي تبرز أهمية النسب[1]، وبالمادة 158 من ذات المدونة حددت وسائل إثبات النسب بالفراش ونفهم أنه بالمعنى في حالة عجز الأبوين عن الإثبات فإن النسب لا يلحق بالطفل وعليه يفقد حق أصلي له .

الفقرة الثانية: الحضانة

أورد المشرع مجموعة من المقتضيات في الفقرة الثالثة من المادة 54 وأحالنا إلى أحكام في باب الحضانة من يقبلها أو وجدوا ولم تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها في المادة 173 من مدونة الأسرة وذلك طبقا للمادة 166 من نفس الباب[2]، كما جعل زواج الأم الحاضنة غير مستحق لسقوطها بشروط حددها مع توفير الحاجيات السكن وما يوفره الحاضن للمحضون من الحاجيات الضرورية المادية والمعنوية.

وحفاظا على الدفئ العائلي الذي يجب أن يقع على الطفل المحضون جعل المشرع حق زيارة المحضون تنتقل بصفة تلقائية لوالدي الحاضن في حالة وفاة أحد والدي المحضون وهذا طبقا لما قررته المادة 158 من المدونة مراعاة لمصلحة الطفل اليتيم ، فمواد بباب

[1] – المادة 150 من مدونة الأسرة المغربية : "النسب لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى الخلف"

[2] – أنظر المواد 166 ، 173 من مدونة الأسرة المغربية.

الحضانة ما يعاب عليها أنه طبقا لنص المادة 166 تنتهي الحضانة عند بلوغ سن الرشد القانوني، ثم يجعل في الفقرة الثانية حق الاختيار للمحضون الذي أتم سن الخامسة عشر أن يختار حاضنه فأين حق الفتاة اليتيمة خاصة التي لم تتزوج وحق الطفل الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني .

الفقرة الثالثة: التوجه الديني والتربية

جاءت الفقرة السادسة متماشية مع الشريعة الإسلامية لهذا الحق بتوجيه الطفل على السلوك القويم ، واجتناب العنف والوقاية من الاستغلال المضر بالطفل خاصة عند فقدان من يرعاه فيبقى عاجزا منكسرا فالمشرع المغربي اعتبره الإسلام أساسا لإسناد كفالة الطفل المهم لطالب الكفالة في المادة التاسعة من خلال القانون رقم 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين ، وتجدر الإشارة أنها تتلاءم مع ماجات به اتفاقية حقوق الطفل وهو الجانب المتعلق بحماية الطفل من الاستغلال بالمواد 32 الى غاية المادة 35منها ، ويبقى الجانب الآخر من التوجه الديني غير متوافق مه الاتفاقية باعتبار أن المغرب دولة إسلامية لذا لا تعطي الحق للأطفال في تبني دين آخر.

الفرع الثاني: ضمانات تطبيقها

سطرت مدونة الأسرة المغربية مجموعة من الإجراءات لحماية حقوق الطفل ليكون لها أثر لمصلحة الطفل، نستعرض أولا دور الدولة في هذه الحماية (الفقرة الأولى) ، ثم دور النيابة العامة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: دور الدولة

لعل أهم ضمانة لحماية هذه الحقوق على أرض الواقع وتحقيق مصلحة الطفل وفي ذلك السياق اعتبرت المادة 54 الفقرة الأخيرة منه آليات لتنفيذ ما قرر في حقوق الطفل فاعتبرت الدولة بكامل سلطاتها ومؤسساتها مسؤولة عن اتخاذ الوسائل الكفيلة بضمان حماية مصلحة الطفل.

انطلاقا من هذا الجانب الإجرائي للدولة انكبت وزارة العدل والحريات المغربي بتعاون بعض المنظمات الدولية في إطار برنامج دعم أقساط الأسرة من أجل

تطبيق مدون الأسرة إنشاء صندوق التكافل العائلي ووضع تدابير لازمة في تفعيله[1] .

مع مساهمة الدولة في وضع القانون المتعلق بكفالة الأطفال المهملين ومنهم اليتامى بإيجاد نظام للرعاية البديلة يعمل على تلبية حاجياته العاطفية والاجتماعية والمادية.

الفقرة الثانية: دور النيابة العامة

بالفقرة الأخيرة من المادة أعلاه" تسهر النيابة العامة على مراقبة تنفيذ الأحكام السالفة الذكر". حيث أن كرس المشرع المغربي الدور الإيجابي للنيابة العامة في ميدان النزاعات الأسرية بالمادة الثالثة من مدونة الأسرة المغربية: "تعتبر النيابة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذه المدونة".

ولأجل حماية فئة الأطفال تسهر النيابة على مراقبة تنفيذ الأحكام المنصوص عليها في المادة 54 من مدونة الاسرة، نجد تبريره في حرص المشرع على ضمان تطبيقها على الوجه السليم مادام أن معظمها تتمتع بحماية جنائية في القانون الجنائي، ولا تخفى على أحد الصعوبات العملية التي قد تعترض عمل النيابة العامة في السهر على تنفيذ وضمان هذه الحقوق وذلك في بعض الحالات لانعدام الوسيلة التي سوف تعتمدها في حماية مصلحة الطفل وخاصة المحروم من عائلته فالعناية والحرص أشد في حالات اليتم لعجزه عن تدبير شؤونه بنفسه.

فالدور الذي تؤديه في حماية حقوق الطفل جاء بالمادة 177 من ذات المدونة إخطار النيابة بكل الاضرار التي يتعرض لها المحضون لتقوم بواجبها الحفاظ على حقوقه، وبالمادة 179 من نفس القانون بتضمينها في قرار إسناد الحضانة بمنع السفر بالمحضون إلى خارج المغرب دون موافقة نائبه الشرعي .

والملاحظ على المشرع المغربي في باب الحضانة وفي كل مادة تعني بالطفل شاملة منه اليتيم أعطى السلطة الواسعة للنيابة العامة لمراعة مصلحة المحضون فوق كل اعتبار.

[1] – المملكة المغربية ، القضاء الأسري الواقع والآفاق ، وزارة العدل والحريات ، مديرية الشؤون المدنية ، ماي 2014.

فالنيابة العامة يجب أن تكون لها نظرة شمولية لمختلف الظروف الواقعية المرتبطة بالحالة المعروضة عليها . وعلى المحكمة أن تأخذ بعين الاعتبار عند النظر في الدعاوى المثارة حول عدم احترام أي طرق لهذه الحقوق والواجبات التطبيق الحرفي[1].

خلاصة الفصل الأول

علاوة على ما سبق من مفهوم اليتيم وأحكامه إلى جانب بيان حقوقه بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية فكلاهما حث ورغب في رعاية اليتيم، الا ان الشريعة الاسلامية لم تترك بابا في اليتيم إلا وفصلت فيه بدقة متناهية كالحضانة، ولكن بالمقابل ظهر لنا من خلال النصوص الوضعية تضييق باب اليتيم رغم السعي المتواصل منها في توسيع الاهتمام باليتيم، وجعلت صور رعاية له كالتبني كما جاء في اتفاقية حقوق الطفل وهذا يتعارض مع أحكام الشريعة الاسلامية.

وإلى جانب هاته الرعاية والحماية لليتيم توجد آليات للحماية سواء في الشريعة الإسلامية أو القوانين الوضعية هي ما سنتعرض له في الفصل الثاني من هذا البحث.

[1] – المملكة المغربية ، وزارة العدل ، منشورات جمعية النشر المعلومات القانونية والقضائية العدد 1 ، 2004 ، مطبعة فضالة ، ص 49

الفصل الثاني: آليات حماية اليتيم في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية

مما لاشك فيه أن تعرض اليتيم للإهمال، أو للتعدي على حقوقه المادية والمعنوية ممن لهم سلطة عليه سيكون له تأثير سلبي عليه، فلا يكون بذلك فردا صالحا في أسرته ومجتمعه، وذلك بسبب ضعفه وعجزه عن إدارة شؤونه بنفسه.

ولضمان الحفاظ تلك الحقوق وصيانتها فقد أحاطتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية بآليات حماية تتمثل في مجموعة من الوسائل والإجراءات المدنية والجزائية .

سنتطرق في هذا الفصل لموضوع آليات حماية اليتيم بشقيها المدني والجنائي، من خلال استعراضها في مبحثين، بحيث نستعرض في المبحث الأول اليات الحماية المدنية لليتيم، وفي المبحث الثاني اليات الحماية الجزائية لليتيم.

المبحث الأول: الحماية المدنية لليتيم

تتمثل الحماية المدنية في الحقوق التي منحت من قبل سلطة معينة لحماية اليتيم ، فشرع له نظام الولاية (المطلب الأول)، والوصاية (المطلب الثاني) ، إلى جانب نظام الكفالة (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الولاية كآلية حماية على مال اليتيم

أولت الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية عناية خاصة بمال اليتيم لما للتصرفات المالية من خطورة على أموال اليتيم، وعليه سنتطرق إلى تعريف الولاية (الفرع الأول)، ونبين حدود سلطة الولي في التصرف في اموال اليتيم (الفرع الثاني)، وأخيرا شروط الولاية وترتيب استحقاقها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الولاية

تعددت التعريفات المتعلقة بنظام الولاية بين اللغوي والاصطلاحي، ولتوضيح هذا التعدد سنتطرق أولا الى التعريف اللغوي للولاية (الفقرة الأولى) ، ثم تعريفها الاصطلاحي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التعريف اللغوي للولاية

الولي في أسماء الله الحسنى هو الناصر، وقيل المتولي لأمور العالم والخلائق، القائم بها، قال ابن الأثير: وكأن الولاية تشعر بالتدبير والقدرة والفعل ، و قال ابن السكيت: الولاية بالكسر، السلطان، والولاية النصرة، والولي تولى اليتيم الذي يلي أمره و يقوم بكفايته[1].

الفقرة الثانية: التعريف الاصطلاحي للولاية

أولا: الولاية في الشريعة الإسلامية

أورد الفقهاء عدة تعريفات للولاية نذكر منها تعريفها بمعنى القدرة على مباشرة التصرف من غير توقف على إجازة أحد ، بحيث يسمى متولي العقد "الولي"[2] ، أو بمعنى تنفيذ القول على الغير[3].

ثانيا: الولاية في القوانين الوضعية

لم يعرف قانون الأسرة الجزائري الولاية على اليتيم صراحة إلا أنه اكتفى بتنظيمها ضمن قانون الأسرة ، الكتاب الثاني تحت عنوان النيابة الشرعية، إذ نص عليها ضمن المواد من 87 الى 91.

أما بمدونة الأسرة المغربية فقد عرفته المادة 232 صراحة بأنها : "الرعاية الفعلية لشخص أو مؤسسة، يعتبر الشخص أو المؤسسة نائبا شرعيا للقاصر في شؤونه الشخصية ريثما يعين له القاضي مقدما".

كما عرفها القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين[1] في المادة 47 منه: "الولاية على المال هي حفظ مال القاصر، وكل ماله علاقة بهذا المال ، والعناية به وتنميته".

[1] – ابن منظور ، مرجع سابق ، ص 407.

[2] – وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 186.

[3] – إبن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار ، ج 4 ، دار عالم الكتب العلمية ،الرياض ، 2003، ص 154.

الفرع الثاني: شروط الولاية على مال اليتيم وبيان استحقاقها

لضمان آلية تحمي اليتيم من انتهاك أمواله لابد من توافر قيود شرعية وقانونية على الولي بعد وفاة الأب، ولتفصيل هذه القيود أو الشروط سنقوم باستعراضها في الشريعة الاسلامية، (الفقرة الأولى) ، وفي القوانين الوضعية (الفقرة الثانية)، ونبين ترتيب استحقاق الولاية على مال اليتيم (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: شروط الولاية على اليتيم في الشريعة الاسلامية

فرضت الشريعة الاسلامية مجموعة من القيود والشروط في من يتصدى لمهمة الولاية على اليتيم، تتمثل هذه الشروط في:

1. أن يكون كامل الأهلية: وذلك بالبلوغ والعقل والحرية ، وهذا قول أكثر أهل العلم منهم الثوري والشافعي، واسحاق، وابن منذر وأبو ثور[2]، فاشتراط كمال الأهلية أن يكون له الصلاحية لكسب الحق والتحمل بالالتزام وله أهلية الوجوب.

2. القدرة على الولاية: فلا يكون سفيها، مبذرا ، أو محجورا عليه[3].

3. الحرية : فلا تثبت الولاية للعبد، فمن حيث أنه لا تكون له ولاية على نفسه فعلى غيره أولى، كما أن اشتغاله بخدمة سيده يجعله غير متمكن من توفير المصلحة لغيره لعدم تفرغه، وكذلك انسلبت ولايته على غيره[4].

4. الإسلام: فلا ولاية لكافر على مسلم[5]، فالكافر ليست له ولاية أصلا، فكفره قد سلب عنه ولايته[6]، وفي ذلك قال تعالى : ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بعض ﴾[7].

---

[1] . جامعة الدول العربية الأمانة الفنية لمجلس وزراء العدل العرب ،القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين ، اعتمده المكتب التنفيذي لمجلس الوزراء العدل العرب كقانون نموذجي استرشادي بالقرار رقم 223 ، ج24 ، بتاريخ 2002/03/04م.

[2] – ابن قدامى المقدسي ، المغني، ج9 ، ط3.2.1 ، دار عالم الكتب، الرياض، 1997.1986 ، ص366.

[3] – وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 751.

[4] – محمد بن عبد العزيز النميّ ، الولاية على المال ، ط1 ، فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية ، 2012، ص 53.

[5] – عبد الوهاب خلاف ، أحكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية ، ط2 ، دار القلم، 1990م ، الكويت ص 61.

[6] – ابن عابدين ، مرجع سابق ، ص193.

[7] – سورة التوبة ، الآية 72.

5. العدالة : أي أن يكون قادرا وأمينا على التصرفات التي تدخل تحت ولايته ، فمن ائتمنه على أموال اليتامى من قاض،أو وصي، أو أمين أو حاكم فغير جائز ثبوت ولاية الولي إلا على شرط العدالة وصحة الأمانة[1]

الفقرة الثانية: شروط الولاية على اليتيم في القوانين الوضعية

ورد ذكر شروط الولي في قانون الأسرة الجزائري طبقا لنص المادة 88 الفقرة 1:"على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا لمقتضيات القانون العام ".

أما شروط الولاية بمدونة الأسرة المغربية فتضمنتها المادة 238 بنصها:" يشترط لولاية الأم على أولادها: أن تكون راشدة، عدم وجود الأب بسبب وفاة أو غياب أو فقدان للأهلية أو بغير ذلك".

الفقرة الثالثة: ترتيب استحقاق الولاية على اليتيم

أولا: في الشريعة الإسلامية

في مذهب الحنفية تثبت الولاية بعد وفاة الأب لوصي الأب ، ثم للجد (أبي الأب) ثم لوصيه ،ثم للقاضي فوصيه ، وبنفس الرأي للشافعية تثبت الولاية بعد الأب للجد ثم لوصي الباقي منهما ،ثم للقاضي أومن يعينه ،ولا تثبت ولاية المال لغير هؤلاء كالأخ والعم والأم إلا بوصاية من الأب أو القاضي وتستمر الولاية حتى يبلغ القاصر سن الرشد، إلا ان هناك قول مختلف للمالكية والحنابلة تمنح الولاية بعد الأب لوصي الأب ثم للقاضي أو من يقيمه ،ثم لجماعة المسلمين إن لم يوجد قاضي [2].

ثانيا : في القوانين الوضعية

تؤول الولاية على مال القاصر بعد وفاة الأب في قانون الاسرة الجزائري الى لأم بصريح نص المادة 87 الفقرة الأولى :"يكون الأب وليا على أولاده القصر ، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا "، وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا أيضا : "من المقرر قانونا

[1] - ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج2 ، ط26، معرفة للطباعة والنشر، بيروت ، 1982،ص12.

[2]– وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 749–750.

أنه في حالة وفاة الأب تحل محله الأم ،وفي حلة تعارض مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصة تلقائيا، أو بناء على طلب من له مصلحة ... "[1] .

أما في مدونة الأسرة المغربية وطبقا لنص المادة 238 فالولاية تكون للأم في حالة عدم وجود الأب بسبب وفاة أو غير ذلك.

وفي هذا كلا المشرعين الجزائري والمغربي انتهج بمذهب المالكية بعدم منح الولاية للجد، وطبقا للقانون منحت للام أولى بها لوفور شفقتها على ولدها اليتيم، مما يجدر بنا التساؤل هل الأم لها القدرة في تسيير أموره المالية ؟ فكل نص دون توضيح يحتاج إلى اجتهادي وبحث معمق من أهل الاختصاص في الفقه الإسلامي.

أما بقانون الولاية على المال المصري منح الولاية الأصلية للأب ثم للجد ولم يثبتها للأم جاء ذلك في المادة الأولى من قانون الولاية على المال رقم 1952/119.

وجعل المشرع التونسي في مجلة الأحوال الشخصية التونسية الولاية بعد وفاة الأب للأم من خلال الفصل 154.

إلا أن التشريع الفرنسي قد أخذ منحى آخر في ترتيبه لمن يستحق الولاية على مال القاصر حيث جعل الولاية مشتركة بين الأب والأم، فبصدور القانون 23 ديسمبر 1985 منح ممارسة السلطة الأبوية للأب والأم معا على قدم المساواة في تسيير مال القاصر دون تمييز، بعدما كان قيل تعديل المادة 1384 من التقنين المدني الفرنسي كان يضع القاصر تحت رقابة وولاية الأب وحده طالما ظل حيا ، ويعهد بالرقابة إلى الأم بعد وفاته [2].

الفرع الثالث: حدود سلطات الولي عند التصرف في مال اليتيم

في سبيل تحقيق الغاية المنشودة من إقرار نظام الولاية على مال اليتيم، قيدت الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية تصرفات الولي بأحكام شرعية وقانونية، سيتم بيانها بين تلك

[1] – المجلة القضائية ، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث ، قضية ش ، ز ضد ب ،أ الولاية بعد وفاة الأب ، عن قسم الوثائق للمحكم العليا ، طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية ، سنة 1999 ، العدد الأول 1997 ، ص 53.

[2] – نواري منصف ،الوصاية على القاصر في قانون الأسرة الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون الأحوال الشخصية ،جامعة محمد خيضر بسكرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2014-2015 ،ص 22.

الواردة في الشريعة الاسلامية (الفقرة الأولى)، وبين التي تضمنتها القوانين الوضعية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: في الشريعة الإسلامية

أولا: في الأكل من مال اليتيم : ورد عند أهل العلم في مسألة أكل الولي من مال اليتيم ، فمنهم من يرى عدم جواز الأكل من مال اليتيم إذا كان الولي غنيا، وعليه بدفع يدفع المال لليتيم بعد البلوغ[1]، لقوله تعالى: ﴿ مَن كَان غَنيا فَلْيستَعفِف ﴾[2]، في حين يرى آخرون أن الغني يجوز له الأكل من مال اليتيم، وفي أمر ثان أن يكون الولي فقيرا بقول مذهب المالكية والشافعية والحنابلة وهو قول الحنفية شرط أن يكون محتاجاً إلى المال يجوز فيأخذ من أموالهم بالمعروف[3]، كما قال الله تعالى : ﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾[4].

ثانيا: في البيع والشراء : ليس هناك مانع من بيع الولي من مال اليتيم عند الضرورة لمصلحة مشروعة ، خاصة إذا لم يجد من يقرضه الشي المطلوب، وفي ذلك قال أبو بكر الجصاص في أحكام القرآن: "إنما خص اليتيم بالذكر لأنه أحوج جواز التصرف في مال اليتيم للولي عليه من جد أو وصي أب لسائر ما يعود نفعه عليه، لأن الأحسن ما كان فيه حفظ ماله وتثميره، فجائز على ذلك أن يبيع ويشتري لليتيم بما لا ضرر على اليتيم فيه وبمثل قيمته وأقل منها مما يتغابن الناس فيه ولا يجوز أن يشتري بأكثر من القيمة بما لا يتغابن الناس وفيه ضررا على اليتيم"[5]. لقوله تعالى في سورة الانعام : ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾[6].

ثالثا: التجارة والإقراض : يجوز للولي أن يتجر في أموال اليتامى ويضارب مافيه من الغبطة قال مالك :قال عمر بن الخطاب : «اتجروا في أموال اليتامى لئلا تأكلها

---

[1] – أحمد بن علي الرازي الجصاص ، أحكام القران الكريم ،ج 2 ، مطبعة الأوقاف الإسلامية ، دون سنة، ص 62.

[2] – سورة النساء، الآية 06.

[3] – أحمد بن علي الرازي الجصاص ، مرجع سابق ، ص 65

[4] – سورة النساء ، الآية06.

[5] – ابي عبد الله يحي بن محمد بن القاسم الديلمي ، مرجع سابق، ص111.

[6] – سورة الانعام ،الآية 152.

الزكاة»[1].**أما** الإقراض يجوز لولي اليتيم أن يأكل طعام اليتيم ويكافئه عليه وهذا يدل يجيز أن يستقرض من ماله [2] .

الفقرة الثانية: في القوانين الوضعية

أولا: تصرفات البيع والاستثمار وغيرها من التصرفات: حيث ضبط المشرع الجزائري بقانون الأسرة الجزائري طبقا لنص المادة 88: " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام، وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية :

- بيع العقار ، وقسمته ،ورهنه ،واجراء المصالحة
- بيع المنقولات ذات الاهمية الخاصة
- استثمار اموال القاصر بالإقراض ،او الاقتراض او المساهمة في شركة
- ايجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات و تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد" .

ومن المستقر عليه فقها وقضاء الصادر عن م، ع ،غ، أ،ش،1986/06/30 ،ملف رقم 41470 ، م.ق 1989، عدد2 بأن الأم في الولاية لا تتصرف في حق ابنها القاصر إلا بعد الرجوع إلى العدالة، وان حماية حقوق القاصر من النظام العام لصالح الوكيل المستندة إليه الوكالة من الأم في حق ابنها القاصر[3] .

الفرع الرابع: انتهاء سلطة الولي على مال اليتيم

الفقرة الأولى: في الشريعة الإسلامية

أولا : موت الولـي : قال الشلّبي : وموت الأب أو وصيه زالت ولايتهما ورأيهما بموتهما[4].

[1] – محمد علي الصابوني، مرجع سابق ، ص 664.

[2] – أحمد بن علي الرازي الجصاص ، مرجع سابق ، ص 65.

[3] – بلحاج العربي ، قانون الأسرة وفق لإحداث التعديلات ومعلقا بقرارات المحكمة العليا ، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية ،2012 ، ص 439 – 440.

[4] – محمد بن عبد العزيز النميّ ، مرجع سابق، ص55.

ثانيا: زوال أهلية الولي : فمن زالت أهليته للولاية بردة أو جنون أوسفه أو نحو ذلك قال تعالى : ﴿وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾[1].

ثالثا: تسليم المال لليتيم : إن مرحلة تسليم أموال اليتامى من بعد البلوغ ليست إلا وضع حد نهائي لسلطة الولي، وفي ذلك في قوله تعالى : ﴿وَابْتَلُوا اليتامى حتى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾[2].

فإذا تبين للولي أن اليتيم قد بلغ الرشد حينئذ يسلمه المال بهدوء ودون تأخير، وينبغي الإشهاد عند تسليمه للمال التزاما بقوله: ﴿فإذا دفعتُم إليهم أَموالهم فأشْهدواْ عليهم وكفى بالله حَسيبا﴾[3].

الفقرة الثانية: في القوانين الوضعية

لا تختلف معظمها ما جاء به الفقه الإسلامي إلا في اليسير منها، ففي **القانون الجزائري** طبقا لنص المادة 91 من قانون الأسرة الجزائري بنصها: "تنتهي وظيفة الولي ، بعجزه، بموته، بالحجر عليه قضائيا أو قانونيا، و بإسقاط الولاية عنه" .

إضافة إلى هذه الأسباب تنقضي الولاية التي بطبيعتها مؤقتة لأن القاصر سيصير يوما كامل الأهلية وذلك حينما يبلغ سن الرشد ، إذا توافرت فيه الشروط الأخرى لكمال الأهلية فيؤذن له التصرف كليا في أمواله [4].بالإضافة أنها تنتهي الولاية بموت القاصر[5].

وتنتهي في القانون التونسي بما حددته في الفصلين 146 و 165 أن الولاية تنتهي ببلوغ القاصر سن الرشد مالم يبلغه سفيها أو مجنونا ، وحكم القاضي باستمرار الولاية عليه.

و بالمادة 70 من قانون النموذجي العربي الوحد لرعاية القاصرين بالترشيد للقاصر ،أو فقدان الولي ،أ وموته، أو سلب الولاية عنه ،أو فقدان أهليته .

---

[1]– سورة النساء الآية 141.

[2]– سورة النساء الآية 06.

[3]– سورة النّساء ،الآية 06

[4] – فضيل العيش ، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد ، مطبعة طالب ،الجزائر، 2007–2008 ، ص 85.

[5] – عزاوي نورة ، اجراءات بيع القاصر في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأسرة ، جامعة مولاي الطاهر سعيدة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2016.2015 ، ص28.

فالولاية على أموال القاصر تنتهي كلما توفرت أسباب انتهائها سواء في الشريعة الاسلامية او القوانين الوضعية ،الا ان الشريعة جاءت مفصلة أكثر في الولاية على مال اليتيم من بعض القوانين الوضعية .

المطلب الثاني: الوصاية كآلية لحماية اليتيم

تعتبر الوصاية نظاما لحماية أموال اليتيم، لذا سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الوصاية (الفرع الأول)، وشروطها مع بيان ترتيب استحقاقها (الفرع الثاني)، وأخيرا حدود سلطة التصرف للوصي (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الوصاية

سنحاول أن نعرف الوصاية من المنظور اللغوي (الفقرة الأولى)، والاصطلاحي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التعريف اللغوي للوصاية

جاء في معجم اللغة: أوصى الرجل ووصاه، عهد إليه ، وتوصية بمعنى: تواصى القوم أي أوصى بعضهم بعضا، والوصي الذي يوصي، والذي يوصى له، وسميت وصية لاتصالها بأمر الميت[1]، لقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأنثيين﴾[2].

الفقرة الثانية: التعريف الاصطلاحي للوصاية

أولا: في الشريعة الإسلامية

عرفت بانها عقد يوجب حقا يلزم بموت أو نيابة عن عاقده بعد موته [3]

وبقول الدكتور وهبة الزحيلي الوصي هو: الذي يختاره الشخص في حياته قبل موته للنظر في تدبير شؤون القصر المالية.[4]

[1] – ابن منظور ، مرجع سابق ، ص 394.

[2]– سورة النساء الآية .11

[3] – محمد بن احمد بن محمد عليش ، منهج الجليل شرح على مختصر العلامة خليل ، ج9 ،ط1 ، دار الفكر، بيروت ، ص 503.

[4] – وهبة الزحيلي، الوصاية والوقف في الفقه الاسلامي ،ط1 ، المطبعة العلمية دمشق ، 1998 ، ص115.

ثانيا: تعريفها في القوانين الوضعية

عرف قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني الوصي باعتباره من يقوم بأمور الوصاية [1].

وكذلك ورد تعريفها بقانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة 85 بمعنى أن الإيصاء إقامة الشخص غيره لينظر فيما أوصى بعد وفاته ، وبمعنى آخر بقانون الأحوال الشخصية اليمني في المادة 36 من هو الذي يوصيه المورث في تركته لتنفيذ وصاياه ورعاية قصرهم [2].

وعليه نستطيع مما سبق أن نخلص لتعريف الوصاية بأنها تصرف قانوني وشرعي لحماية القاصر الفاقد لأحد والديه أو كليهما.

الفرع الثاني: شروط الوصاية على اليتيم

هنا سنحاول أن نقتصر على أمرين هما: أولا شروط الوصاية في الشريعة الاسلامية (الفقرة الأولى)، وشروطها في القوانين الوضعية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: شروط الوصاية في الشريعة الإسلامية

تشترك الوصاية مع الولاية في الشروط المتفق عليها بين فقهاء الشريعة والمتمثلة في الإسلام ،وكمال الاهلية ، والقدرة وحسن التصرف ، والأمانة ، وقد سبق تبيان هذه الشروط وتفصيلها في سياق تحديد شروط الولاية على اليتيم .

الفقرة الثانية: شروط الوصاية في القوانين الوضعية

ومنها ما ذكر من خلال نص المادة 93 من قانون الأسرة الجزائري : "يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا بالغا، قادرا أمينا، حسن التصرف، وللقاضي عزله إذا لم تتوافر فيه الشروط المذكورة" .

---

[1]– اشرف حنضل الشاعر، احكام الوصايا في الشريعة الاسلامية ،ومدى تطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، مذكرة للحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي، الجامعة الإسلامية ، كلية الشريعة والقانون ، قسم القضاء الشرعي ، 2006 ، ص06.

[2]–عبد الله محمد سعيد ربابعة ، الوصاية في الفقه الاسلامي وقانون الأخوال الشخصية الأردني دراسة مقارنة، اطروحة لنيل الدكتوراه في الفقه وأصوله ، كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية ،2005، ص 19.

في حين تضمنت قوانين الأحوال الشخصية المصري جاء في المادة 27 بوجوب توفر الاهلية الكاملة والعدالة والكفاءة في الوصي [1].

أما بقانون الاحوال الشخصية اليمني حيث بين شروط الوصي بان يكون بالغا عاقلا امينا مقتدرا على حملها إضافة لحسن التصرف والسلوك[2].

من خلال ما سبق تبيانه نعتقد أن القوانين لم تخالف الفقه الإسلامي في الشروط العامة للوصاية والتي سبق وأن شرحناها في شروط الولاية التي قيدها الشرع والقوانين الوضعية لحماية مصلحة القاصر، إلا أنه دائما الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في ذلك لأنها قيدت الشروط بأحكام تحافظ عل القاصر من التعدي على أمواله وظلمه. فمثل المشرع الجزائري فكل نص إن لم يوجد يحيلنا لأحكام الشريعة الإسلامية مؤكدا ذلك بنص المادة 222 من قانون الأسرة.

الفرع الثالث: أنواع الوصي

تعددت انواع الوصي بتعدد الجهات في تعيينه، وسنبين ذلك من : أولا أنواع الوصي في الشريعة الاسلامية (الفقرة الأولى)، ثم أنواعه في القوانين الوضعية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: في الشريعة الإسلامية

أولا: الوصي المختار

هو من يختاره المرء نائبا عنه بعد موته ليتصرف في أمواله ويقوم على مصالح المستضعفين من ورثته غير راشدين[3] .

ثانيا : الوصي من جهة القاضي : إذا توفي الاب، ولا وصي الاب، ولاجده، أو وصيه تكون أموالهم الولاية عليها للقاضي وهذا هو الوصي المعين، وليس له أن يتصرف تصرفا

[1] – عبد الله محمد سعيد ربابعة ، مرجع سابق ، ص123.

[2] – المرجع نفسه ، ص127.

[3]– عبد الرحمان الجزيري ، مرجع سابق ، ص 764.

ضارا بالقاصر، وقد ينصب القاضي "وصيا خاصا" مؤقتا عند تعارض مصلحة القاصر مع مصلحة الوصي[1].

الفقرة الثانية: في القوانين الوضعية

أولا: الوصي المختار : منح حق اختياره في كل من تقنين الولاية على المال المصري في المادة 28 منه حق اختيار وصي فقط للأب دون الجد، ومنه بنفس الرأي تقنين الولاية على المال البحريني في المادة 23 منه أيضا، أما في قانون الأحوال الشخصية الأردني يثبت حق الإيصاء للأب وللجد بنص المادة 183[2].

وبنفس الرأي اتبع قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني المذهب الحنفي وذلك في المادة 188.[3]

ثانيا: الوصي المعين : هو الذي يعينه القاضي على القاصر في إدارة شؤونه لضعفه وعجزه، حيث جاء طبقا لنص المادة 92 من قانون الاسرة الجزائري يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية واذا تعدد الأوصياء فالقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون، لكنه تطرق إلى الوصي المعين من طرف المحكمة وسماه المقدم.

كما بينت مدونة الأسرة المغربية لما ورد في المادة 244 " إذا لم توجد أم أو وصي عينت المحكمة مقدما للمحجور، وعليها أن تختار الأصلح من العصبة فان لم يوجد فمن الأقارب الاخرين وإلا فمن غيرهم"، فصاحب الوصاية الذي تعينه المحكمة يسمى مقدما في التشريع المغربي[4].

[1] – المرجع نفسه.، ص229.

[2] – عبد الله محمد سعيد ربابعة ، مرجع سابق، ص 47.

[3] – عبد الوهاب خلاف ، مرجع سابق ، ص229 .

[4] – نواري منصف، مرجع سابق ، ص 19.

الفرع الرابع: حدود سلطة الوصي على مال اليتيم

ضمن كل من الشرع والقانون آليات لقيد تصرفات الوصي عند التصرف في مال اليتيم لذا رأينا من الضروري أن نتناول أولا قيد التصرف الوصي في مال اليتيم (الفقرة الأولى)، وثانيا حدود انتهاء سلطة الوصي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: قيد التصرف الوصي في مال اليتيم

أولا: في الشريعة الإسلامية

أ- البيع والشراء

برأي الحنفية ليس للوصي أن يبيع بشي من مال اليتيم بغبن فاحش، ويصح له البيع بالغبن اليسير وإن باع أو اشترى مال اليتيم لنفسه جاز بشرط توافر منفعة ظاهرة للصغير، وليس للوصي أن يتجر في مال اليتيم لنفسه .

وأجاز الجمهور غير الحنفية للوصي التصرف في مال الصغير بحسب المصلحة أو الحاجة يكون مثلا بيع بعضه ضرر باع الوصي العقار كله على الصغار[1].

ب-الرهن والقرض و المضاربة

فلابأس أن يرهن الوصي شيئا من مال اليتيم القاصر اذا كان في ذلك مصلحة له كأن يحتاج كسوة أو طعاما، أو غير ذلك من الضروريات.

وبقول ابن قدامى في المغني لو كان مال اليتيم رهنا فاستعادة الوصي لليتيم جاز. وان استعاده لنفسه لم يجز [2].

أما في مذهب المالكية فالوصي إذا دفع مال الموصى عليه للغير يعمل فيه قراضا مضاربة بجزء من الربح ، وللوصي ألا يدفع إذ لا يجب عليه تنمية مال اليتيم.

وفي رأي الحنفية أن الوصي لا يملك إقراض مال اليتيم، فإن أقرض ضمن، ولو أخذ الوصي المال قرضا لنفسه لا يجوز ويكون دينا عليه[1].

---

[1] – وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، 121.

[2]– ابي عبد الله يحي بن محمد بن القاسم الديلمي ، مرجع سابق ، ص108.

ثانيا: في القوانين الوضعية

أ- في قانون الأسرة الجزائري

اعتبر سلطات الوصي نفسها سلطات الولي بالقانون الاسرة الجزائري من نص المادة 95قد أحال سلطات الوصي لنصوص المواد 90.89.88 المنظمة لسلطات الولي

يجيز للوصي التصرف في أموال القاصر مع مراعاة مصالحه الخاصة، فالوصي مسؤول اتجاه القانون العام، ومسؤول على الاضرار الناجمة عن سوء تصرفه في أموال القاصر.[2]

ب- في القوانين الأخرى

حيث في هذا السياق تقوم مؤسسة تنمية أموال الأيتام في الأردن بالمحافظة على أموال اليتامى وإدارتها بما تعود النفع عليهم متوفيا أحكام الشريعة الإسلامية في ذلك، وقد أخذت قوانين الأحوال الشخصية العربية بجواز قيام الوصي برد الودائع إلا انها قيدت بإذن المحكمة التي تكون على التركة ومنها القانون الأردني ، المصري ، السوري ، المغربي ، الإماراتي [3].

وعليه بناء على ما ذكرنا في حدود تصرفات الوصي على مال اليتيم فبقدر ما جاءت الشريعة الإسلامية بآلية تشديد القيد على سلطات الوصي من أجل حماية اليتيم وعدم ترك أي فراغ شرعي يجعل الوصي يتلاعب بمال اليتيم، جاءت القوانين الوضعية بتلك القيود أيضا إلا أنها في ظل فراغات قانونية تحتاج إلى تدقيق واجتهاد قضائي .

الفقرة الثانية: حالات انتهاء الوصاية

أولا: في الشريعة الإسلامية

تنتهي مهمة الوصي لأسباب منها :

[1] – وهبة الزحيلي، مرجع سابق ، 123.

[2] – فضيل عيش ، مرجع سابق ، ص 86.

[3]– عبد الله محمد سعيد ربابعة ، مرجع سابق ، ص203.

أ- بلوغ الصبي سن الرشد الا اذا كان معتوها او مجنونا ففي هذه الحالة تستمر الوصاية عليه **قال تعالى** : ﴿وَابْتَلُوا اليتامى حتى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُم ﴾ [1].

ب-فقد الوصي أهليته.

ج- موت القاصر الموصى عليه أو موت الوصي.

د-ثبوت غيبة الوصي وفقده لاستحالة مباشرته.

هـ- استقالة الوصي او عزله[2].

ثانيا: في القوانين الوضعية

ذكر بنص المادة 96 من قانون الأسرة الجزائري ما يلي :"″تنتهي مهمة الوصي: بموت القاصر، أو زوال أهلية الوصي أو موته، ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه، بانتهاء المهام التي أقيم الوصي لأجلها، قبول عذره عن التخلي عن مهامه بعزله بناءا على طلب ممن له مصلحة إذا ثبت في تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر″.

أما في نص مدونة الاسرة المغربية بنص المادة 258 جاءت بنفس اسباب انتهاء الوصاية التي ذكرت في القانون الجزائري بالمادة أعلاه.

وجاء منها في القوانين العراقي ، اليمني ، الإماراتي حيث قيدت الوصاية بالرشد أو الحكم باستمرار الوصاية من القاضي وهذا لمصلحة اليتيم[3].

[1] - سورة النساء ، الآية 06

[2]- وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 761.

[3] - عبد الله محمد سعيد ربابعة ، مرجع سابق ، ص244.

الفقرة الثالثة: محاسبة الوصي

أولا: في الشريعة الإسلامية

إذا إتهم القاضي الوصي فله محاسبته ونقلا عن ابن نجيم في البحر الرائق ينبغي للقاض أن يحاسب أمناءه فيما في ايديهم من أموال اليتامى ليعرف الخائن فيستبدله، وكذا القوام يعتبره الشارع أمينا على مال القاصر وأن القول قوله، وإذا امتنع عن التعبير عن المحاسبة لا يجبر على البيان [1].

ثانيا: في القوانين الوضعية

حسب قانون الاسرة الجزائري فان عملية تسليم الأموال القاصر بعد انتهاء الوصي مهامه ونقل مهام الوصاية ، بتوفر أحد الأسباب السالفة الذكر التي تنتهي بسببها الوصاية طبقا للقانون الجزائري، فإنه يتعين على الوصي تسليم كل ما بحوزته من أموال وكشوف الحسابات ، والمستندات إلى القاصر في حالة بلوغه سن الرشد، أو تسليمها للنائب الشرعي، سواء كان وصيا أخر يكمل مهمة الوصي السالف، أو القيم المعين من طرف المحكمة، أما في حالة انقضاء الوصاية بسبب وفاة القاصر يسلم الوصية بحوزته لورثة الشرعيين للقاصر في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمة الوصي، بالإضافة لضرورة تقديمه نسخة من الحسابات والكشوف إلى القضاء بغرض الرقابة على سير أعمال الوصي، والوصي مسؤول عما يلحق القاصر من أضرار .

لكنه يعاب أنه أهمل بعض الآليات المهمة التي تضمن فعالية هذه الرقابة في قانون الأسرة الجزائري بمحاسبة الوصي ونظرا لهذا الفراغ القانوني المفتقد لأليات الحماية لأموال اليتيم وبرأينا نحيل ذلك إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية الجزائري من المواد 310 إلى 319 [2].

[1] – محمد بن عبد العزيز النميّ ، مرجع سابق، ص165.

[2] – قانون رقم 08-09 المؤرخ في 21 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، عدد21 ، بتاريخ 23 أبريل 2008.

أما بقانون نظام التركات وأموال الأيتام الأردني في المادة 45 منه بعد انتهاء الوصي مهامه يسلم دفاتر الحساب إلى المحكمة وعلى القاضي أن يحاسب الوصي في تمام كل سنة، وشرع ذلك في كل من القانون المصري المادة 45 والقانون الأحوال الشخصية السوري المادة 158 والعراقي في المادة 84 لمحاسبة الأوصياء وذلك كله لحماية اليتيم في أمواله من الضياع والإتلاف من الوصي ويؤكد على نزاهة الوصي [1].

إلا أن المشرع المغربي في مدونة الاسرة المغربية بالمواد من 259 الى غاية 276 تضمن رقابة صارمة على مسؤولية الوصي بتقديم الحسابات للمحكمة واجراءات مختلفة لحماية القاصر في هذا الامر[2].

المطلب الثالث: الكفالة

الكفالة مشروعة في الحكم الشرعي والقانوني فهي من الأعمال الطيبة التي تقدسها الشرائع السماوية وتقدرها المجتمعات في مختلف الأزمان، فجاءت كبديل رعاية للتبني إلا أن بعض القوانين الوضعية اعتبرته نظام أصلي للرعاية، لذا سنبين ذلك من خلال ، مفهوم الكفالة لليتيم (الفرع الأول) ، وإجراءات الكفالة (الفرع الثاني)، ثم انقضاء الكفالة واثارها (الفرع الثالث)، ونظام التبني (الفرع الرابع).

الفرع الاول: مفهوم الكفالة

اختلفت تعريفاتها باختلاف ما تتضمنه ،ولتبيان ذلك نوضح أولا تعريف الكفالة (الفقرة الأولى) ، وثانيا شروط الكفالة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعريف الكفالة

أولا: التعريف اللغوي

ورد في لسان العرب لابن منظور بمعنى كفل أي تكفلت بالشيء، معناه قد ألزمته نفسي وأزلت عنه الضيعة والذهاب، والكافل القائم بأمر اليتيم المربي له وهو الكفيل الضمين

[1] – عبد الله محمد سعيد ربابعة، مرجع سابق، ص 252 –253.

[2] – انظر لنص المواد بمدونة الاسرة المغربية من 259 إلى 276، مرجع سالف الذكر .

، أي أن اليتيم سواء كان الكافل من ذوي أرحامه والضمين له ولغيره راجع إلى الكافل[1] ،ومنه قوله تعالى :﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾[2].

ثانيا: التعريف الاصطلاحي

أ- تعريف الكفالة في الشريعة الإسلامية

عرفها الذهبي بأنها : القيام بأموره والسعي في مصالحه من إطعامه وكسوته وتنمية ماله إن كان له مال ،وإن كان لا مال له أنفق عليه وكساه ابتغاء وجه الله تعالى.[3]

وكما عرفت أيضا القيام بأمور اليتيم والسعي في جميع ما يحتاجه ، ويشمل طعامه ،كسوته ،ورعايته والإحسان اليه .[4]

ب- تعريف الكفالة في القوانين الوضعية: جاءت في تعريف بعض القوانين منها

بتعريف حسب القانون الجزائري يتطلب التطرق إلى هذه المواد الخاصة بالكفالة حتى نتوصل إلى المقصود بالكفالة لها معنيين حسب قانون الاسرة وحسب القانون المدني، حيث عرفها المشرع في قانون الاسرة الجزائري بالمادة 116 فالكفالة هي التزام على وجه التبرع بقاصر كقيام الأب بابنه من نفقة وتربية، وبنفس المعنى بالقانون المدني عرفها طبقا للمادة 644 التي تنص : "عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه".

وأيضا عرفت بمجلة الأحوال الشخصية التونسي في الفصل الثالث بأنها هي عقد الذي يقوم بمقتضاه شخص راشد يتمتع بحقوقه المدنية أو هيئة بكفالة طفل قاصر.

بالإضافة إلى تعريف برأي المشرع المغربي بمضمون بالمادة الثانية بالقانون

[1]- ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ص 3.

[2]- سورة آل عمران، الآية 37.

[3] – صبحي رشيد اليازجي ، رعاية اليتيم حضانته ،وولاية ماله في ضوء القرآن الكريم ، مجلة الجامعة للدراسات الإسلامية، العدد الأول ، 10-05-2017 ، ص137.

[4] – ابي عبد الله بن محمد القاسم الديلمي ، مرجع سابق، ص14.

رقم 01-15، بأنها إلتزام الكافل برعاية طفل مهمل بالقيام بشؤونه من تربية ونفقة وغير ذلك.

وعليه مما سبق نخلص إلى تعريف للكفالة بأنها تنفيذ التزام مادي وأدبي إتجاه الطفل اليتيم ذكرا أو أنثى من رعاية وتربية ونفقة وكسوة، وغير ذلك من الإحتياجات الضرورية في حياته.

الفقرة الثانية: شروط الكفالـــة

أولا: في الشريعة الإسلامية

الشروط الخاصة بالكفالة التي تتعلق بالأيتام ، فغالبية الفقهاء يدرجونها ضمن وشروط الحضانة العامة كما ورد في -كتاب الدكتور وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته الجزء السابع، الفصل الثالث الحضانة أو الكفالة- وأكد أيضا فقهاء الشريعة الإسلامية أن شروط الكافل هي نفسها الحاضن في جملتها فإنهم عند التفصيل التكلم في شروط الحضانة العامة هي نفسها شروط الكفالة[1] . اشترطت:

أ- البلوغ والعقل: فلا كفالة للصغير وللمجنون والمعتوه واشترط المالكية الرشد

ب-القدرة على تربية الصغير بصونه في خلقه وصحته

ج- الإسلام شرط مختلف فيه بين جمهور الفقهاء فعند الشافعية والحنابلة ضروري أما المالكية والحنفية لم يشترطوا إسلام الحاضنة خاصة[2] .

د- السن المطلوب لكفالة يتيم اختلف فيه جمهور الفقهاء والرأي الراجح في سن انتهاء سن اليتيم هو إكمال خمسة عشرة من العمر [3].

ثانيا: في القوانين الوضعية :

حسب القانون الجزائري يجب أن تتوفر في الكافل سواء كان شخصا طبيعيا

---

[1]- براء منذر كمال عبد اللطيف ومن معه ، أحكام ضم الصغير يتيم الأبوين ومجهول النسب دراسة قانونية مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية ، مجلة جامعة تكريت ، كلية الحقوق، العدد1 ، الجزء2، أيلول 2018، ص 54.

[2] - وهبة الزحيلي، مرجع سابق ، ص 728.

[3]- براء منذر كمال عبد اللطيف ومن معه ، مرجع سابق ، ص 54.

أو معنويا طبقا لنص المادة116 من ق ،أ، ج : "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي" ، والمادة 118 منه "يشترط أن يكون الكافل مسلما ،عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته ".

ويستوي أن يكون الولد المكفول معروف النسب أو مجهول النسب كاللقيط [1] و هذاما ورد بنص المادة 119 ق أ ج ، أما المشرع المغربي من خلال قراءتنا للشروط الواردة ضمن المادة 09 من القانون المتعلق بكفالة الأطفال المهملين لايختلف عن القانون الجزائري ،لكنه أضاف شرط المؤسسات المعنوية التي يجب أن تتوفر على الإمكانيات والقدرات البشرية المؤهلة للكفالة والتنشئة الإسلامية .

واشترط بقانون رعاية الأحداث العراقي تحت رقم 76 لسنة 1983 بالمادة 39 : ضم يتيم الأبوين أو مجهول النسب بخلاف الشريعة التي أجازت كفالة اليتيم مطلقا وسن الصغير هو من لم يتم التاسعة من عمره حسب نص المادة 3 من قانون رعاية الأحداث وان يكون الزوجين عراقيين بالإضافة الى العقل والقدرة [2].

الفقرة الثالثة: الإشكالات المتعلقة بكفالة اليتيم في الجزائر

من خلال هاته الفقرة حاولنا تخصيص التساؤلات التي تطرح بكثرة عند إجراء أي عقد للكفالة فبينا ذلك بقانون الأسرة الجزائري.

مما لاشك فيه أنه من خلال تتبعنا لنصوص الكفالة يتراءى لنا الكثير من التساؤلات و الإشكالات لم ينص عليها المشرع وهنا حسب إعتقادنا لن تخدم مصلحة اليتيم المحروم من العائلة ومن بينها :

-هل يجوز الشخص المعنوي طلب الكفالة?.

-هل شرط الزواج ضروري للكافل?.

-كيف هو الفارق في السن بين الكافل والمكفول?.

-هل شرط موافقة الزوجين طالبي الكفالة ان كان معا على قيد الحياة ?.

[1] – بلحاج العربي ، بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص422.

[2] – براء منذر كمال عبد اللطيف ومن معه ، مرجع سابق ، ص59.

إن هذه الاشكـالات يواجهها الكافل والقاضي يوميا فكان من الأجدر على المشرع أن يدرجها ضمن نصوص شروط الكفالة لمصلحة اليتيم الذي خصصته الشريعة بعناية خاصة لضعفه وعجزه بسبب اليتم .

الفرع الثاني: إجراءات الكفالة لليتيم

قبل أن يكون المكفول في كفالة الكافل لابد من تتبع مراحل تؤدي لضمان مصلحة اليتيم، لذلك سنبين ذلك، أولا في الشريعة الإسلامية (الفقرة الأولى) ، في القوانين الوضعية(الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: في الشريعة الإسلامية

يتولى اليتيم في الكفالة أقربهم إليه من جهة العصبة، على حسب الترتيب(بُنوَّة، أبوّة، أخوّة، عمومة)، فإنْ لم يوجد له قريب من عصبته، كفله أقرب الناس إليه من جهة رحمه، كجدِّه من أمه وخاله، فإن لم يوجد له قريب من جهة أمه أوصى بالحاكم به مَنْ يقوم بكفالته ،أو ألْحقه بدار من دور رعاية الأيتام المنتشرة في طول البلاد وعرضها[1] .

حيث يتم ضم اليتيم ليعيش في كنف الكافل و يتعاهده بالنفقة والتربية وهي أعلى درجات كفالة اليتيم[2]، فالكافل يعامل اليتيم كابن من أبنائه في التربية والحب والإحسان والانفاق عليه وغيرها .

أما الكفالة المالية تكون بالإنفاق عليه مع عدم ضمه الى أسرة الكافل وهي تتغير بتغير الزمان والمكان .كتعهد أهل الخير بدفع مبالغ من المال لكفالة اليتيم الذي يعيش في دور رعاية الايتام او يعيش مع أمه أو ترعاه جمعيات خيرية لكفالة اليتيم و نحو ذلك ، وهذه الكفالة أدنى من الأول [3]، فالذي يدفع المال إلى دور رعاية الايتام وتقدر كفالة اليتيم المالية حسب مستوى المعيشة في أي مكان وزمان في بلد اليتيم المكفول .

[1]– تسنييم محمد جمال استيتي ، حقوق الطفل في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ،ص 64.

[2]–المرجع نفسه ، ص 63.

[3]– صبحي رشيد اليازجي ، مرجع سابق، ص38.

فجاء في ما ورد في صحيح البخاري عن سهل رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا، وأشار بالسبابة والوسطى وفرج بينهما شيئا" رواه البخاري.

الفقرة الثانية: في القوانين الوضعية

أولا: في التشريع الجزائري

يخضع طلب الكفالة إلى رقابة قبل أن توافق عليه الجهة المكلفة بذلك وإلى رقابة لاحقة لقبول العقد وتتمثل حسب المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري ،في كل من الجهة القضائية، الموثق بالإضافة إلى مكاتب البعثات الدبلوماسية.

أ- أمام القاضي:

حسب المادة 32 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية يقدم طلب الكفالة إلى المحكمة المختصة والتي تفصل في قضايا شؤون الاسرة على غرار قضايا أخرى ، وهذا ما نصت عليه المادة 492 من ق. إ. م. إ "يقدم طلب الكفالة بعريضة من طالب الكفالة أمام قاضي شؤون الأسرة لمحكمة مقر موطن طالب الكفالة"،فبعد التحقيق في تطابق الشروط للكافل والمكفول والتأكد من توفرت ظروف معيشية حسنة تلائم المكفول ماديا ومعنويا المنصوص عليها **بالمادة 78** من قانون الأسرة الجزائري.

ب-أمام الموثق: خول القانون للموثق بموجب المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري بتحرير عقد الكفالة وذلك بطلب من مستفيد هذا العقد، وقبل ذلك يتأكد من توفر الشروط المطلوبة في ملف طالب الكفالة وهنا يكون العقد صحيحا وجازه للتنفيذ دون أن يخضع للمصادقة من طرف الجهة القضائية وهذا استنادا لنص المادة 39 من قانون الموثق[1].

ج-أمام مكاتب البعثات الدبلوماسية: لإبرام عقد الكفالة بالنسبة للفئة المغتربة الذين يرغبون في التكفل فيتقدم طالب كفالة الطفل إلى هذه الجهة التابعة لوزارة الخارجية التي تقوم بدورها بفتح تحقيق بتطابق الشروط والوثائق.

[1] – قانون رقم 06-02 المؤرخ في 29 فبراير سنة، 2006 يتضمن تنظيم مهنة الموثق ، الجريدة الرسمية العدد 14 ، بتاريخ 8 مارس 2006 .

ويكون عقد الكفالة صحيحا بعد تحريره أمام الجهات المختصة بمجرد تطابق إرادتي الطرفين الكافل وولي المكفول، إضافة الى خلو الإرادة من أي عيب من العيوب التي تصيبها التي تؤدي إلى جعلها باطلة سواء البطان النسبي أو المطلق 117 من ق .أ.ج ،وتكون بقالب رسمي أمام الموثق أو القاضي ، و اثبات عقد الكفالة : اثارت المحكم العليا لا يجوز اثبات الكفالة الا بعقد في الكتابة وفي القضية اعتمدوا على وثيقة الصلح في الكفالة خرق القانون م ع غ م 1988/07/13 ،ملف رقم 56336 م ق 1991 العدد4 [1] .

ثانيا: في نصوص وضعية أخرى

كفالة القاصر في القانون التونسي بمجلة الأحوال الشخصية في باب الكفالة ،بالفصل الرابع بأن عقد الكفالة يبرم لدى عدلين بين الكفيل وبين أبوي المكفول ،أو أحدها أو عند الإقتضاء الولي العمومي أومن يمثله ،ويصادق حاكم الناحية على عقد الكفالة .

أما في قانون المغربي المتعلق بخصوص كفالة الأطفال المهملين ومن بينهم الأيتام تحت عنوان المسطرة المتبعة لكفالة طفل مهملين المواد 14 الى 21 منه بتقديم طالب الكفالة طلب الى القاضي المكلف بشؤون القاصرين المختص وبناء على ذلك يقوم القاضي بجمع المعلومات عن طريق بحث على وضعية الطفل المهمل ينتهي بصدور أمرا بإسناد كفالة الطفل المهمل الى الكافل ويكون مشمولا بالنفاذ المعجل .

والقانون المصري بالمادة 48 يتكفل بالأطفال المحرومين من الرعاية الأسرية بسبب اليتم بمؤسسة الرعاية الإجتماعية الذين تقل سنهم عن ستة سنوات ولاتزيد أعمارهم عل ثمانية عشر سنة وبالمادة **49** منه الاطفال الايتام لهم الحق في الحصول عل معاش شهري من الوزارة المختصة بالضمان الإجتماعي.

أما النظام القانوني في المملكة العربية السعودية نجد أن وزارة العمل والشؤون الاجتماعية كانت قد أصدرت قرارا أنشأت بموجبه إدارة تعنى بشؤون الأيتام ومن في حكمهم وهو القرار رقم 19582 في 22 /1442/06 هـ ، وتقدم هذه الدائرة خدماتها بمراكز الخدمة الاجتماعية واللجان المحلية المتفرعة منها وسنت نظامين نظام الأسرة البديلة ونظام الأسرة

[1] – بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 423.

الصديقة ، كما أنشأ قسما خاصا برعاية الأيتام ومن في حكمهم وتسن إجراءات منها تقديم طلب كفالة طفل من رب الأسرة موجه إلى أقرب فرع من فروع وزارة الشؤون الدينية ، وأضاف المشرع السعودي شرط السن بأن لا تتجاوز الزوجة سن الخمسين عاما الذي أغفله المشرع الجزائري ، مع باقي الوثائق التي تثبت الهوية لطالبي الكفالة وشهادة طبية إلى باقي الوثائق المعمول بها، وبعد هذه الإجراءات تعنى وزارة الشؤون الاجتماعية السعودية بدراسة طلبات الكفالة وتقرر موافقتها على الضم من عدمه وبعدها يوقع عقدا بين الأطراف الكافل والوزارة [1]، بتخصيص لهم إعانة شهرية مقدارها 1000 ريال لكل طفل ومكافئة مقدارها 5000 ريال تصرف للأسرة الحاضنة عند انتهاء إقامة الطفل لديها [2].

أما في القانون العراقي عالج موضوع ضم اليتيم ومجهول النسب في قانون رعاية الأحداث رقم 76 لسنة 1983، وأعطى المهمة بمحكمة الأحداث وكلك بتقديم طلب موقع من الزوجين وإثبات القدرة الجسدية والعقلية والمالية، ولم يجز للمرأة العزباء أو الرجل الأعزب أن تتقدم بطلب الكفالة بتوفر الشروط المطلوبة وهذا خالف أحكام الشريعة الإسلامية، وأيضا اثبات الجنسية العراقية أي الاتحاد في الدين وبعد إجراء البحث يتم العقد بصدور قرار ضم الصغير للأسرة الضامة[3].

الفرع الثالث: انقضاء الكفالة وآثارها

لانقضاء الالتزام بين الكافل والمكفول لا بد من توافر أسباب لذلك، أولا في أسباب إنقضاء الكفالة (الفقرة الأولى) ، ثم ثانيا آثارها(الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: انتهاء عقد الكفالة

أولا: في الشريعة الإسلامية

تسقط كفالة الطفل والتي أدرجها الفقهاء ضمن باب الحضانة او الكفالة لأسباب منها:

أ-تسقط بالكفر عند الشافعية والحنابلة ، كما تسقط بالإتفاق بالجنون أو العته

[1] – براء منذر كمال عبد اللطيف ومن معه ، مرجع سابق ، ص67-68.

[2] – زينب هاشم أبو زيد ، التشريعات المنظمة لرعاية الأيتام بالمجتمع السعودي وبعض المجتمعات العربية ، مجلة العلوم الإنسانية عمادة البحث العلمي ، العدد3 ، 2014 ، ص282.

[3] – المرجع نفسه، ص 81.

ب–ضرر في بدن الحاضن كالجنون والجذام والبرص، وافقهم الحنابلة

ج–الفسق وقلة دينه وصونه بأن يكون غير مأمون على الولد لعدم تحقق المصلحة المقصودة من الكفالة[1].

د–بلوغ سن البلوغ للمكفول والذي اختلف فيه الفقهاء بالنسبة للذكر ، والبنت حت تتزوج وقد بينا ذلك في دراستنا عند بيان سن اليتيم، وفي حالة زواج الأم الكافلة به تسقط عنها كفالة ولدها فقد جاء في مسند أحمد عن عبد الله بن عمر وبن العاص ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى أن المرأة أحق بولدها مالم تتزوج [2].

ثانيا: في القوانين الوضعية

عقد الكفالة مؤقت يظل قائما إلى غاية تعرضه لأسباب وعوامل تجعله ينهي الآثار الناتجة والمترتبة عنه سواء الكافل أو المكفول، فقد حصر المشرع الجزائري أسباب إنقضائها في الحالتين المنصوص عليها في المادتين 124و125 من قانون الاسرة .

أ–انعدام أحد الشروط الواردة في المادة 118 من قانون الاسرة سابقا

ب–بطلب من والد الكافل معلوم النسب بعودة الولد المكفول :طبقا لنص المادة 124 من قانون الاسرة التي نصت :" أذا طلب الابوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يخير الولد في التحاق بهما إذا بلغ سن التمييز وإن لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول"،فالمشرع كان واضحا في هذا الشرط ، فسن التميز محدد في المادة 2/42 من قانون المدني ببلوغ الولد ثلاث عشر سنة كاملة 13 سنة من الكافل الا اذا فلا يجوز شرعا نزع الطفل المكفول أهمله وإساء تربيته[3].

ج–انقضاء الكفالة بوفاة الكافل أو المكفول :ذلك راجع الى ان محل العقد هو القيام بقاصر فيستحيل تنفيذه بعد الوفاة فالمشرع الجزائري لم يترك فراغا في هذا بل نص عليها بموجب

[1] – وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 731.

[2] – ابي عبد الله يحي بن محمد بن القاسم الديلمي ، مرجع سابق، ص63.

[3]–بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص423.

المادة 125 من قانون الاسرة التي تنص :"....وفي حالة الوفاة تنتقل الكفالة الى الورثة إن التزموا بذلك ...."

وبالقانون المغربي رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين بالمادة 25 منه حدد أسباب انتهاء عقد الكفالة وذلك بالبلوغ المكفول أو موته ،موت الزوجين، فقدان أهليه الكافل، أو حل المؤسسة أو المنظمة أو الجمعية الكافلة، وكذلك إلغاء الكفالة بأمر قضائي في حالة الإخلال.

الفقرة الثانية: أثارهـــا

أولا: في الشريعة الإسلامية

أ-رعاية أمور اليتيم تشمل كل احتياجاته التي يحتاجها أمثاله، ومن ذلك حسن تربيته وتعليمه التعليم المناسب لأمثاله ، سواء أكان تعليم صنعة أو حرفة يتعيش ويتكسب منها إن كان فقيرا، أو تعليمه تعليما عليا مناسبا إن كان غنيا

ب-ألا يتصرف فيما أؤتمن عليه إلا بما يوافق الشرع ولقد كان أنس بن مالك رضي الله عنه أمانة عند أبي طلحة رضي الله عنه زوج أمه وكافله ، ولأمانته وحرصه عليه وحسن تصرفه ذهب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليخدمه ويعلمه الأدب، وكان عمره عشر سنين، فخدمه وتعلم منه عشر سنين [1].

ج-تحريم إنتساب الولد المكفول إلى الكافل، لقوله تعالى :﴿ومَا جَعلَ أَدعِياءكم أبْناؤكم ذلكُم قولكَم بأفواهكم والله يقول الحقَّ وهو يهدي السّبيلَ ،أدعُوهمْ لآبائهم هو أقسَطُ عند الله فإن تعلموا ابَاؤكم فإخْوانٌكم في الدين ومِواليكُم ﴾[2].

ثانيا: في القوانين الوضعية

عقد الكفالة له أركانه وشروطه حدده القانون لكي تكون الكفالة صحيحة وتحمي اليتيم ، وتنتج أثارها القانونية في مواجهة الكافل الملزم بها ، فبمجرد ثبوت حق الكفالة للكافل فإنه يلتزم بموجبها بكل الالتزامات الناتجة عنها .

[1] – ابي عبد الله يحي بن محمد بن القاسم الديلمي، مرجع سابق، ص48– 49.

[2]- سورة الأحزاب، الآية 4، 5.

فبمقتضى الكفالة تنتقل الولاية الشرعية للكافل على نفس المكفول جميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي وذلك بالشروط في حسب المادة 121 من قانون الاسرة الجزائري وأجاز للكافل التبرع من أمواله للطفل المكفول بالوصية أو الهبة وذلك بنص المادة 123 ق أ ج ، بالإضافة أنه يحتفظ الصغير المكفول بنسبه الاصلي إن كان معلوم النسب فإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية [1].

وأشار القانون التونسي لذلك باحتفاظ المكفول بجميع حقوقه الناتجة عن نسبه وبالأخص لقبه والإرث.

أما في قانون السعودي لوزارة الشؤون الاجتماعية تقر بأنه لا يجوز كل من قام بكفالة أكثر من طفل مجهول النسب بتوحيد الإسم و أن يعرف المكفول أنه بعد بلوغ سن الرشد فإنه أجنبي عنه ويجوز لمن كفل يتيما أن يتصرف في ماله بما ينميه وما يحقق مصلحة المكفول [2].

وماجاء في التشريع المغربي بالمادة 22 من قانون 15.01 بأن الكافل يتحمل كامل الإلتزامات اتجاه المكفول ، ويبقى الكافل مسؤولا مدنيا عن أفعال المكفول.

الفرع الرابع: أحكام نظام التبني

من حيث الظاهر فإن كل من الكفالة والتبني يهدفان إلى حماية ورعاية اليتيم ماديا ومعنويا، الا أن المواقف الشرعية والقانونية قد تباينت بين التحريم والاباحة له ، سنوافي ذلك من خلال تعريف التبني (الفقرة الأولى) ، ثم موقف الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية من التبني (الفقرة الثانية).

[1] – العربي بلحاج ، مرجع سابق ، ص422.

[2] – زينب هاشم أبو زيد، مرجع سابق، ص 283.

الفقرة الأولى: تعريف التبني

أولا: التعريف اللغوي

جاء على لسان ابن منظور التبني من بني جمع مضافا إلى النفس، ويقال: تبنيته أي ادعيت بنوته، وتبناه: اتخذه ابنا وقال الزجاج: تبنى به يريد تبناه. وفي حديث أبي حذيفة: إنه تبنى سالما، أي اتخذه ابنا [1].

ثانيا: التعريف الاصطلاحي

لقد تعددت التعريفات حول هذا الموضوع من بينها:

– هو أن يدعي شخص بنوة ولد معلوم النسب او مجهول النسب مع علمه بعدم وجود اية قرابة تربطه به ،ومع ذلك يتخذه ولدا ويعطيه اسمه[2].

– وعرفة الدكتور يوسف القرضاوي :هو ذلك الذي يضم فيه الرجل طفلا إلى نفسه ، يعلم أنه ولد غيره ، ومن هذا يلحقه بنسبه وأسرته ، ويثبت له كل أحكام البنوة وآثارها ، واللقيط في معنى اليتيم فأولى من يطلق عليه ابن السبيل الذي أمر برعايته الإسلام[3].

[1]– ابن منظور، لسان العرب ، مج 14، ط2 ، دار صادر، بيروت، دون سنة ، ص91 .

[2] –شويخ رشيد، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل ،–،ط1، دار الخلدونية ، الجزائر، 2008، ص 250.

[3] –يوسف. القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، ط13 ، دار البعث، قسنطينة ، 1980 ، ص 259.

الفقرة الثانية: موقف الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية من التبني

أولا: في الشريعة الإسلامية

حرم الله تعالى التبني تحريما باتا وقطعيا ، لقوله تعالى :﴿ومَا جَعلَ أَدعِياءكم أبْناؤكم ذلكُم قولكَم بأفواهكم والله يقول الحقَّ وهو يهدي السّبيلَ ،أدعُوهمْ لآبائهم هو أقسَطُ عند الله فإن تعلموا ابَاؤكم فإخْوانُكم في الدين ومِواليكُم ﴾ .[1]

فإذا كانت الشريعة الإسلامية حرمت التبني فإنها ضمنت بديل حماية أكثر للأطفال الأيتام بكل أنواعها في رعاية الحضانة والكفالة.

ثانيا: موقف القوانين الوضعية من التبني

معظم التشريعات الوضعية لم تأخذ بنظام التبني ومنها نذكر على سبيل المثل لا سبيل الحصر.

أ–قوانين وضعية تبنت موقف الشريعة الإسلامية:

ما نصت عليه المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري: "يحرم التبني شرعا وقانونا "، ولم تبحه أيضا القوانين المغربية حسب نص المادة 149 من مدونة الاسرة المغربية فالتبني باطلا ، ولاينتج حسب المادة 167 عل انه لا يثبت النسب إلا بالزواج الشرعي

ب – قوانين وضعية خالفت موقف الشريعة الإسلامية:

حسب الفصل التاسع 16،17 ،18 ، 19 من القانون عدد27 لعام 1958 المؤرّخ في 4 مارس 1958 المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بمجلة الاحوال الشخصية التونسية التي نظمت له فصول بتبيان شروطه وآثاره بإباحته وجعلته آلية لحماية الفئات المحروم.

[1] - سورة الأحزاب، الآية 4، 5.

المبحث الثاني: الحماية الجنائية للذمة المالية

الحماية الجنائية هي ما قرره القانون من عقوبات وإجراءات جزائية لحماية حقوق الأشخاص بمنع الاعتداء عليها، وعليه سنحاول تسليط الضوء على أهم صورها، فخصصنا دراستنا على القانون الجزائري، وذلك من خلال: أولا جريمة الاستيلاء على التركة (المطلب الأول)، ثم ثانيا جريمة الإهمال المعنوي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: جريمة الاستيلاء على التركة

من بين الورثة يوجد فئة لليتامى عاجزة وضعيفة عن حماية مالها والمطالبة بحقها في الميراث الذي يستحقه، ولأجل ذلك سنوافي تبيان هذا الفعل المجرم من خلال الحماية الجنائية الموضوعية لليتيم (الفرع الأول)، وثانياالحماية الجنائية الإجرائية لليتيم(الفرع الثاني).

الفرع الأول: الحماية الجنائية الموضوعية لليتيم

إن الحماية الجنائية لليتيم لم تقتصر بوصفه مجرما بل تعداه إلى صونه بوصفه ضحية من خلال تجريم العديد من الأفعال وذلك في، أولا الركن المادي (الفقرة الأولى) ، ثم الركن المعنوي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: عناصر الركن المادي في جريمة الاستيلاء على التركة

أولا: في الشريعة الإسلامية

أ- **عنصر المال** : فالمال يراد به الذوات، أي الأعيان المادية فخرج به التعدي وهو الاستيلاء على المنافع ،كسكنى الدار ، وركوب الدابة مثلا [1]، وقيل في مسألة المنقول : اتفق الفقهاء على أن مسمى الغصب يتحقق في المال المنقول المتقوم المعصوم لصاحبه كالكتب، والدواب والسيارات، والأمتعة الشخصية، أما غصب الأراضي: وضع اليد على وجه الظلم والتعدي ويقصد بها العقار [2].

[1] – وهبة الزحيلي ، الفقه المالكي الميسر– العبادات– ، ج1 ،دار الكلم الطيب ، القاهرة ، ص734.

2 – جمعة عبدالله رباح ورش أغا ، أحكام الغصب وصوره المعاصرة في الفقه الإسلامي ، رسالة لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن ،الجامعة الاسلامية غزة ، كلية الشريعة والقانون ،قسم الفقه المقارن ،2010، ص41.

ب-عنصر القهر : وذلك لإخراج السرقة ونحوها ، إذ لا قهر فيها حال الأخذ ، وإن أعقبها القهر بعدها ، و لإخراج المأخوذ اختيارا كالمستعر والموهوب وتعديا خرج به المأخوذ قهرا بحق ، فجاء عند المالكية: اخذ مال قهرا تعديا بلا حرابة ، ومعنى الحرابة كل فعل يقصد به أخذ المال على وجع تتعذر معه الاستعانة عادة[1].

وبرأي الحنفية : أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده ، وع عرفته الشافعية بوصف أدق هو الاستيلاء على حق الغير عدوانا ، وبرأي الحنابلة هو الاستيلاء على مال بغير حق [2].

فالشريعة ضمنت تجريم الفعل ضمن الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة تؤكد حرمة المال والاستيلاء عليه من الكبائر.

ثانيا: في قانون العقوبات الجزائري

وردت جريمة الاستيلاء على التركة في أحكام قانون العقوبات الجزائري، في الفصل الثالث الجنايات والجنح ضد الأموال، من القسم الأول ،تحت عنوان السرقات وابتزاز الأموال ، وذلك من خلال المادة 363 ق .ع .ج[3].

أ- **محل الجريمة الاستيلاء:** إن عنصر الاستيلاء المادي لقيام الجريمة يتطلب توفر فعل الاستيلاء المباشر على بعض أو كل العناصر المكونة للتركة بدون حق ، ويتمثل ذلك في أن يتوفى شخص ويترك أرضا زراعية، وعددا من المحلات التجارية وأموالا نقدية مودعة في احد المصاريف، ويترك عددا من الورثة فيأتي احدهم ويستولي على المحلات التجارية ويستثمرها لحسابه الخاص دون أن يأخذ باقي الورثة أو بعض الورثة ممن يعتبرون شركاء في التركة كأن يستولي احد أفراد العائلة على أموال إخوته الأيتام ذكورا أو إناثا.

1 - وهبة الزحيلي ، الفقه المالكي الميسر- العبادات، مرجع سابق ، ص 734.

2 - جمعة عبدالله رباح ورش أغا ، مرجع سابق، ص03-04.

3 - الامر رقم 66-156 المؤرخ في 1966/06/8 المتضمن قانون العقوبات الجزائري ، الجريدة الرسمية عدد49 ، بتاريخ 1966/06/11.

ب- **صفة في الجاني** : لا تقع هذه الجريمة إلا من شريك في ميراث أو مشتركة بين شريكين سواء كانت هذه الشركة مشهرة أو غير مشهرة رسمية أو فعلية المهم يمكن إثباتها وإثبات وجودها [1].

وبالرجوع إلى أحكام المادة 180 من ق، أ،ج التي تحدد بالترتيب الحقوق الواجبة في التركة.

ج- **استخدام الغش للحصول على الأموال** : عماد الركن المادي لجريمة الاستيلاء على أموال مشتركة هو ارتكاب الجاني أفعالا تدليسية قوامها الغش الذي من شانه أن يوقع المجني عليه في غلط يؤثر عليه[2]، ويكون ذلك دون رضاه.

د-**عنصر وقوع الاستيلاء قبل القسمة:** يجب أن يقوم الجاني بفعل الاستيلاء قبل قسمة التركة لأنه إن وقعت قبل القسمة القانونية والشرعية بين الورثة وحاز كل وارث نصيبه حيازة مادية ،أو حكمية ثم جاء أحدهم واستولى على نصيب غيره من الورثة فإن هذا العنصر يكون غاب وتعطل وإنما تقوم الجريمة التي تنطبق عليها النصوص القانونية مثل السرقة أو النصب[3]، فالمادة 350 من ق.ع.ج هي المادة الواجبة التطبيق إذا تثبت أن توفر عناصر وأركان تطبيقها، أو يجب أن يتحول القاضي إلى البحث عن النص المناسب للوقائع والواجب التطبيق بشأنها[4].

الفقرة الثانية: عناصر الركن المعنوي في جريمة الاستيلاء على التركة

أولا: في الشريعة الإسلامية

لقد حرم الإسلام التعدي على أموال اليتامى، وعلى هذا الأساس حفظت الشريعة اليتيم في نفسه وماله وضمنت كامل حقوقه في مركز قانوني ممتاز لا يوجد مثيله في القوانين الوضعية فمن حيث المبدأ حرم أكل مال اليتيم فجعلته من الموبقات والمحرمات ، فبمجرد

1 - نبيل صقر ، الوسيط في شرح جرائم الأموال ، دار الهدى ، عين مليلة ، سنة 2012، ص 69.

2 - مرجع نفسه ، ص 69.

3 - لنكار محمود ، الحماية الجنائية للأسرة دراسة مقارنة ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه ،فرع القانون الجنائي ، جامعة منتوري قسنطينة ، كلية الحقوق ، 2010 ، ص 218.

4 - عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة ، دار هومة ،الجزائر،2013 ، ص 121-120.

نية الإضرار بمال اليتيم محرم فكل تصرف يلمس فيه القاضي نيه الإضرار بمال اليتيم ،أو من له مصلحة يكون محل عقوبة للفعل المجرم[1]

ثانيا: عناصر الركن المعنوي في قانون العقوبات الجزائري

أ- القصد الجنائي العام

فلا يكفي لقيام الجريمة ارتكاب عمل مادي لابد أن يصدر عن قصد الجنائي فهو الصورة الأصلية الأساسية للركن المعنوي في الجريمة ويعتبر شرطا ضروريا لكي تقوم المسؤولية الجنائية في حق الجاني وخاصة في الجرائم العمدية.

فالقصد الجنائي بصفة عامة هو علم الجاني بكافة عناصر الجريمة واتجاه إرادته إلى تحقيق هذه العناصر أو قبولها [2].

ب- القصد الجنائي الخاص

نية التملك تنتفي إذا لم تتجه إرادة المتهم إلى اعتبار المال المسروق الذي استولى عليه مملوكا له. ووجود نية التملك [3] .

لاتزال التشريعات تتابع اعتمادا على ذلك نصوص الشرع لحماية حقوق الورثة وحماية التركات.

الفرع الثاني : الحماية الجنائية الإجرائية لليتيم

سنبين هذين النوعين في فقرتين. أولا إجراءات المتابعة (الفقرة الأولى) ،و العقوبات المقررة (الفقرة الثانية).

---

[1] – عامر فيروز ، جريمة الإستيلاء على أموال التركة بين الشريعة والقانون ، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر، تخصص قانون جنائي، جامعة العربي التبسي بتبسة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، ص47.

2 – فتح الله خلاف ، جرائم السرقة ، منشاة المعارف ،الإسكندرية ، 1997 ، ص 231 .

3 – فتوح عبدالله الشاذلي ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص ،دار المطبوعات الجامعية ،كلية الحقوق الإسكندرية، 2001 ، ص473.

الفقرة الأولى: إجراءات المتابعة

أولا: في الشريعة الاسلامية

الدعوى العمومية في الإسلام يطلق عليها اسم دعوى التهمة يتولى رفعها المجني عليه أو من ينوب عنه أو وارثه من بعده ،وبناء على شكوى من طرف المتضرر كجرائم التعزير التي تعتبر اعتداء على حق العبد[1].

ثانيا: في قانون العقوبات الجزائري

أ- الوساطة الجزائيـــة:

عرفتها بنص المادة 02 من الأمر 15-12 عرفها صراحة : آلية قانونية تهدف إلى إبرام اتفاق بين الطفل الجانح وممثله الشرعي من جهة ، وبين الضحية أو ذوي حقوقها من جهة أخرى وتهدف إلى إنهاء المتابعات وجبر الضرر الذي تعرضت له الضحية ووضع حد لآثار الجريمة والمساهمة في إعادة إدماج الطفل[2].

أما في جرائم الأحداث فإن الوساطة تجوز في الجنح والمخالفات وقبل تحريك الدعوى العمومية وتستثنى من هذا الإجراء الجنايات طبقا لنص المادة 110 من القانون المتعلق بحماية الطفل.15-12 .

وحسب الأمر 15-12 المتضمن قانون الطفل بنص المادة 111 من قانون 15-12 التي تنص على مايلي : "يقوم وكيل الجمهورية بإجراء الوساطة بنفسه أو يكلف بذلك احد مساعديه أو احد ضباط الشرطة القضائية".

1 - عبد الله بن سعيد أبو داسر ، اثبات الدعوى الجنائية -دراسة مقارنة - جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية بالسعودية ، قسم السياسة الشرعية ،برنامج دكتوراه، 1433- 1443 هـ ، ص 16، ص17.

2 - قانون رقم 15- 12 مؤرخ في 15 جويلية 2015 المتعلق بحماية الطفل، ج.ر.ج.ج، العدد 39 ، بتاريخ 19 جويلية 2015.

ب-الدعوى العمومية :

هي الوسيلة القانونية التي تملكها النيابة العامة للمطالبة بتوقيع العقاب على مرتكب الجريمة أمام القضاء الجنائي، وتباشرها النيابة العامة باسم المجتمع وفقاً المادة 29 من ق.إ.ج :"تباشر النيابة العامة الدعوى العمومية باسم المجتمع وتطالب بتطبيق القانون "

وبالتالي فإن النيابة العامة تعد من أطراف الدعوى إلى جانب مرتكب الجريمة، الذي يشترط فيه أن يكون شخصا طبيعيا، وعلى قيد الحياة، وأهلا لتحمل المسؤولية.

إلا أن المشرع لم يخضعها لقيد الشكوى كبقية الجرائم المالية ولهذا يجب على النيابة العامة تحريك الدعوى العمومية كلما توفرت عناصرها[1].

الفقرة الثانية : الجزاءات المقررة

أولا : في الشريعة الاسلامية

أ – **طبيعة الجزاء**

يرد الجزاء في الشريعة الإسلامية محظورات شرعية جزر الله عنها بحد أو تعزير [2]، فالتعزير أيضا من العقوبات التي يرد نص من الشارع ببيان مقدارها ،وترك تقديرها لولي الأمر ،أو القاضي المجتهد كما كان في قضاة العصر الأول كابي موسى الاشعري[3].

الشريعة الإسلامية كما بينا قد شملت الطفل بالحماية الجزائية الكاملة كأي إنسان إزاء أي فعل جرمي يوجه ،تثبت العقوبات في بحكم من الشارع إما بالنص عليها، وإما بقياس على ما جاء به النص ،أو بالاجتهاد على ضوئها وهي بكل أقسامها لدفع الفساد وحماية الأمور الخمسة التي أجمعت الشرائع كلها على ضرورة المحافظة عليها فتختلف العقوبة حسب الاعتداء على هذه الكليات الخمس ، فقد قررت الشريعة عقوبات لحماية الدين كعقوبة الردة ، وعقوبات لحماية الأنفس كالقصاص وعقوبات لحماية الأموال ،كالسرقة وكل اعتداء

1 لنكار محمود ، مرجع سابق ، ص222.

2 – محمد أبو زهرة ، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي ، ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، د .س ، ص 7.

3 – المرجع نفسه، ص69.

على الموال، فعقوبة الاستيلاء على المال في الشريعة الاسلامية تكون عقوبة أخف من السرقة وهي التعزير وتسمى العقوبات غير مقدرة عقوبات تعزيرية.

ب – **الجرائم المعاقب عليها بالتعزير في الشريعة الاسلامية**

– حق الله في التعزير : ومن العقوبات التي يكون سببها الاعتداء على حق الله منها العقوبات التي تفرض على الرشوة واكل الربا ومن التعزير ما يفرض على مغتصبي أموال الناس وممن يقتنون الخمر ويتجرون فيها وان لم يشربوها، وبرأي المالكية : يتعلق بالغاصب حق الله تعالى : وهو أن يضرب ويسجن زجرا له ولأمثاله ، على حسب اجتهاد المحاكم .

– التعزير لحقوق العباد : وذلك كالاعتداء على الغير أو التعدي على الغير بالسلب وغيره بالضرب وكمن يغصب أموال الناس أو يغشهم وعلى عقد العقود المحرمة شرعا ،هذا كله يقتضي التعزير[1]، وحق المغصوب منه : وهو أن يرد اليه ماغصب منه ، فإن كان المغصوب قائما رده بعينه إليه ،وان كان قد فات ،رد إليه مثله أو قيمته[2] .

ثانيا : في قانون العقوبات الجزائري

اقر المشرع الجزائري عقوبتين في جريمة الاستيلاء على التركة أصلية وتكميلية كالآتي:

أ– **العقوبة الأصلية:** تنص المادة 363 من ق.ع.ج: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 3.000 دينار الشريك في الميراث أو المدعي بحق في تركة الذي يستولي بطريق الغش على مآل الإرث أو على جزء منه قبل قسمته، وتطبق العقوبة ذاتها على الشريك في الملك أو على أحد المساهمين الذي يستولي بطريق الغش على أشياء مشتركة أو على مال الشركة".

ويعاقب على الشروع في جريمة الاستيلاء على أموال التركة بنفس العقوبة المقررة لمرتكب الجريمة التامة وفق الفقرة 4 من نفس المادة التي تنص ".... ويعاقب على الشروع في الجنح المنصوص عليها في هذه المادة بالعقوبات ذاتها المقررة للجريمة".

1 – محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص 72– 73– 74.

2 – وهبة الزحيلي ، الفقه المالكي الميسر –العبادات–، المرجع السابق ص 736–737.

العقوبة التبعيــة : فالعقوبة التكميلية هي إضافية أو تبعية ، تتضمن الإنقاص من الحقوق المدنية، والسياسية، والوطنية، وبعض الحقوق الأخرى التي يقدر المشرع مدى ضرورة القضاء بها، وذلك طبقا لما ورد بنص المادة 363 من ق.ع.ج "يجوز علاوة على ذلك أن يحكم على الجاني بالحرمان من حق أو أثر من الحقوق الواردة في المادة 14 وبالمنع من الإقامة لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأثر، ويعاقب على الشروع في الجنح المنصوص عليها في هذه المادة بالعقوبات ذاتها المقررة للجريمة التامة ".

المطلب الثاني: الحماية الجنائية للرابطة الأسرية

بقدر حاجة اليتيم إلى رعاية مادية فإنه أيضا يحتاج إلى رعاية معنوية ، لذا سنتناول ذلك بدراسة الأفعال التي تمس حق الرعاية الاجتماعية من خلال جريمة الإخلال بالالتزامات العائلية ومنها المتمثلة في جريمة الإهمال المعنوي بتبيانها في، أولا الحماية الجنائية الموضوعية لليتيم (الفرع الأول) ، وثانيا الحماية الجنائية الإجرائية لليتيم(الفرع الثاني).

الفرع الأول: الحماية الموضوعية لليتيم

في هذا الفرع نعرج في دراستنا من خلال عنصرين أولا الركن المادي (الفقرة الأولى)،و ثانيا الركن المعنوي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: عناصر الركن المادي للإهمال المعنوي في الشريعة الإسلامية

أولا: في الشريعة الإسلامية

الركن المادي يثبت إذا ترتب على الفعل الأذى للناس والإفساد في المجتمع فلاعقاب في التفكير من غير أن يصحبه عمل [1].

فمن الحقوق الأساسية التي أقرتها الشريعة الإسلامية للطفل حقه في الحماية البدنية، والنفسية والعقلية، ، لذا أوجب على الوالدين رعاية الأطفال اليتامى خاصة لما يتصفون به من ضعف واحتياج لمعاونة و إرشاد الآخرين مراعاة الجانب النفسي لديه .فمن ذلك قوله تعالى :﴿ فَأَمَّا الْيَتِيمَ فَلَا تَقْهَرْ ﴾[2]، فقد نهت هذه الآية عن قهر اليتيم وذلك بتحميله ما لا

[1] – محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص 273.

[2] - سورة الضحى ،الآية 6.

يطيق من أي شيء.فمن قهر اليتيم ألا يدعى إلى الطعام ولا يطعم من الناس إذا جاءوا إلى الطعام، وكذلك تشريده عن مسكنه وداره وعدم إيوائه عند حاجته وعند السكن ، قال أبو المسعود في مسألة قهر اليتيم: (فلا تغلبه على ماله)، وقال مجاهد : (لا تحتقر، ولا تقهر أي فلا تعبس في وجهه)، فليس على الذي يكفل اليتيم أن يسئ معاملته، بل وجب إكرامه والإحسان إليه دون تحقير أو ضرر قد يصيبه في صحته أو عقله[1].

ثانيا: عناصر الركن المادي لجريمة الاهمال المعنوي في القوانين الوضعية

نص عليها المشرع الجزائري في الفصل الثاني بعنوان الجنايات والجنح ضد الأسرة والآداب العامة، القسم الخامس، تحت عنوان جرائم ترك الأسرة بنص المادة 330 الفقرة الثالثة من ق.ع. ج .

و بالرجوع إلى نص المادة الفقرة الثالثة 330من قانون العقوبات الجزائري: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 25.000 إلى 100.000 دج، أحد الوالدين الذي يعرض صحة أولاده أو واحد أو أكثر منهم، أو يعرض أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم بأن يسيء معاملتهم أو يكون مثلا سيئا لهم للاعتياد على السكر أو سوء السلوك أو بأن يهمل رعايتهم أو لا يقوم بالإشراف الضروري عليهم وذلك سواء كان قد قضي بإسقاط سلطته الأبوية عليهم أو لم يقض بإسقاطها "، ومما سبق ذكره نستخلص عناصر الركن المادي لجريمة الإهمال المعنوي للأولاد وهي ثلاث:

أ- أن يكون الجاني أحد الوالدين: من خلال نص المشرع الجزائري يتضح أنه لقيام جريمة الإهمال المعنوي يجب أن يكون طرفيها الجاني بصفة الأب أو الأم ،فالأمر مقصور على الأب والأم الشرعيين دون سواهما ، فالمشرع لم يوضح بقية الأصول أو الوصي أوالكافل فهو يعامل الكفيل معاملة الأب الشرعي .

وجاء بالنص الجديد من القانون الفرنسي في المادة 227-17 فأصبح كما يلي :" أحد الوالدين سواء كان شرعيا أو طبيعيا أو بالتبني الذي يتخلى بدون سبب شرعي عن التزاماته القانونية إلى الحد الذي يمس بشدة أمن وأخلاق وتربية طفلة القاصر يعاقب بالحبس لمدة

[1] – ابي عبد الله يحي بن محمد بن القاسم الديلمي ، مرجع سابق، ص42.

سنتين والغرامة 30.000 أورو"، إلا أن المشرع الفرنسي أيضا وأصبح يتناولها تحت عنوان تعريض القصر للخطر.[1]

ونلمس فراغ قانوني آخر فيما يتعلق بسن الأولاد وجدنا أن المشرع الجزائري قد أهمل هذه النقطة على الرغم من أهميتها القصوى، مما يجعلنا نرجع إلى القواعد العامة للقانون المدني تسعة عشر وفي الجنائي ثمانية عشر سنة، واشكالية أخرى بخصوص الأنثى حتى تتزوج يزال عنها اليتم فمن يحمي هاته الفئة بعد بلوغ سن الرشد ومنهم المعاقين وفاقدو الأهلية.

ب- وسيلة التعرض للخطر: وتتمثل في

- أفعال ذات طابع مادي:

تتمثل سواء في سوء المعاملة كضرب الولد أو تقييده إن كان صغيرا كي لا يغادر البيت، أو تركه في البيت بمفرده و الانصراف عنه ،وأيضا انعدام الرعاية الصحية كعدم عرض الولد المريض على الطبيب ، أو عدم تقديم له الدواء الذي وصفه له الطبيب أو عدم اقتناء الدواء[2].

- **أعمال ذات طابع أدبي:** متمثلة في المثل السيئ الذي يتحقق بالاعتياد عليه كالسكر ، فانحراف الآباء غالبا ما يكون سببا في إجرام الأبناء، فالقاصر يمتص كل أنماط السلوك التي يراها أمامه، خاصة من الوالدين، فيشب على الإجرام بتقليده أبويه[3] .

فماء جاء في القانون الجنائي التونسي هو أن الإهمال المشار إليه في المادة 212 مكرر تتضمن عدة صور للإهمال من بينها التخلص بالتخلي عن المحضون [4].

1 – محمود لنكار ، مرجع سابق ، ص 194.

2 – المرجع نفسه ، ص 161.

3 – عمامرة مباركة، الإهمال العائلي وعلاقته بالسلوك الإجرامي للأحداث، بحث لنيل شهادة الماستر في العلوم القانونية ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة ، كلية الحقوق ، 2011 ، ص47.

4 – منصوري المبروك ،الجرائم الماسة بالأسرة في القوانين المغاربة دراسة تحليلية نقدية ،جامعة أبو بكر لقايد تلمسان ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق 2013-2014 ، ص 248.

ج- النتيجة المترتبة عن التعرض الخطير أو الضرر الجسيم : نتائج خطيرة تمس الابن وتؤثر على صحته أو أمنه أو خلقه وهذه النتائج وحدها كافية لقيام الجريمة مع أن المشرع لم يطرح مسالة جسامة الضرر لتقدير الجزاء فيها .

الفقرة الثانية: الركن المعنوي

أولا: في الشريعة الإسلامية

القصد الجنائي هو القصد إلى الفعل مع الرضا ونتائجه كمن يتجه إلى شخص ويضربه، فهذا الفعل بتوافر القصد الجنائي فيكون القصد إلى الفعل مع القصد إلى النتيجة ، كمن يحبس شخصا في مكان ويمنع عنه الطعام والشراب حتى يموت ، فإذا هذا قصد إلى الترك الذي هو الجريمة وقصد مع ذلك إلى نتيجة الترك وهو الموت بسبب العطش أو الجوع هكذا لأن عنصر الإيذاء قد توافر وتكامل ، والإفساد يتحقق بالفعل من غير نحقق النية كانت متجه إلى نتائج الفعل ، ومن الفقهاء ومنهم المالكية استثنوا قاعدة عندما يكون فعل التأديب الوالد لولده غضبا أو تأديبا هنا وجب إثبات القصد الجنائي [1].

يعد البحث القانوني أوسع من الفقهي في مجال التنظير بصور الإهمال في الركن المعنوي ، ولما كان لصور في العلاقة النفسية بين الإرادة والنتيجة كما يشير لذلك بعض الباحثين توجب أن تكون النتيجة راجعة إلى خطأ المهمل عموما ويمكن أن الخطأ يأخذ صورة الإهمال ،فإن البحث في هذا العنصر للإهمال يمثل ما مال إليه الباحث القانوني المذكور بتقسيم الإهمال إلى كونه مع التوقع للنتيجة من قبل الجاني، أو توقيع النتيجة مع عدم اتخاذه الاحتياطات الكافلة للحيلولة دونها بشرط قدرته على الاحتياجات الكافلة للحيلولة دونها بشرط قدرته على الاحتياجات[2].

ثانيا : في قانون العقوبات الجزائري

جريمة الإهمال المعنوي للأولاد جريمة عمدية، تقتضي أن يكون مرتكب الجريمة سواء كان أبا أو أما قد تخلى إراديا عن التزاماته التربوية تجاه أولاده وتركا آثار ضارة بالطفل

[1] – محمد أبو زهرة ، مرجع سابق، ص288.

[2] – جواد أحمد البهادلي ، الإهمال وآثاره الشرعية ، دراسة بين القانون والشريعة ، جامعة الكوفة ، كلية القانون ، مجلة الكوفة ، العدد 2، ص 181،182.

وخاصة اليتيم منه، فأن يكونا واعيا وإخلال عمدي كاف بأن يرتب أثرا ضارا لهم، وهذا التقصير يدخل في نطاق القصد الجنائي العام. ولو أن المشرع كان من الأحسن نص على القصد في صياغة النص .

خاصة وأن النص الجنائي ينص بصراحة على أن الفاعل للجريمة يجب أن يتخلى عن واجباته الشرعية إلى الحد الذي يعرض صحة أو أمن أو خلق الأطفال لخطر جسيم[1] .

الفرع الثاني: الحماية الجنائية الإجرائية لليتيم

لتوفير آلية الحماية لابد من إجراءات تتبع سواء كان هو الضحية أو المتهم أولا الركن المادي (الفقرة الأولى) ،و ثانيا الركن المعنوي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: إجراءات المتابعة

أولا: في الشريعة الإسلامية

الدعوى الجنائية التي تنصرف الى الجريمة التي يقع بالاعتداء على حق خاص ، كجرائم القصاص عموما سواء على النفس أو فيما دونها ، وكذلك الجرائم التعزيرية التي فيها اعتداء على الحقوق الفردية [2].

ثانيا : في القوانين الوضعية

إن جنحة الإهمال المعنوي للأولاد لا تخضع لأي قيد، وهذا خلاف للمتابعة من أجل جنحتي ترك مقر الأسرة والتخلي عن الزوجة الحامل التي تتوقف على شكوى الطرف المضرور كما جاء نص المادة 330 ق .ع .ج[3] صريح في ذلك. فنية المشرع تتجه نحو حصر نطاق التجريم في الإهمال والإساءة الكبيرين مما يدل على نيته في استبعاد ما يعرف بحق التأديب.

1 – لنكار محمود ، مرجع سابق ، ص 196.

2 – عبد الله بن سعيد أبو داسر ، اثبات الدعوى الجنائية –دراسة مقارنة، المرجع سابق ، ص 17.

3 - قانون رقم 06-23 مؤرخ في 2006/12/20 يعدل ويتمم الامر رقم 66-156 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية العدد84 ،بتاريخ 2006/12/24

وعليه تخضع هذه الجنحة إلى القواعد العامة بحيث يجوز لوكيل الجمهورية بمجرد علمه بالوقائع مباشرة المتابعة التلقائية ضد المتهم عن طريق الاستدعاء المباشر للحضور أمام محكمة الجنح وفق نص المادة 337 مكرر[1]. وهذا موقف من شأنه أن يقرر الحماية الإجرائية الخاصة للطفل الضحية.

الفقرة الثانية: العقوبات المقررة

أولا : في الشريعة الإسلامية

من القواعد المقررة أن الشريعة الإسلامية ظاهرية لا يكتشف فيها القضاء بأمور النيات والبواعث ، ولكن يحكم فيها بما ظهر ويترك لله الباطن، فالعقوبة التعزيرية إذا وقع الاعتداء بالسب والضرب ،فبرأي الجمهور أن التعزير واجب في أصله على ولي الأمر إن تعين سببه فلا يعذر جاهل بها مادام مقيما بدار الإسلام[2].

فعقاب الله لترك اليتامى وقهرهم وجعل من يعتدي عليه وذلك بإهانته و ضربه، أو يدفعه بعنف وقسوة دون رحمة أو شفقة دون خوف من عقاب الله تعالى، حيث جعل الله عز وجل هذا الصنف الظالم لليتيم من الجاهلين المكذبين بالدين ،لقوله تعالى في ذلك الشأن : ﴿ أرءيت الذي يكذب بالدّين ، فذلك الّذي يدع اليتيمَ ﴾ [3].

ثانيا: في القوانين الوضعية

أ- العقوبات الأصلية

نصت المادة 330 ق ع ج على عقاب الفاعل بالحبس من 06 أشهر إلى سنتين، و بغرامة من 50.000 إلى 100.000دج، لأنها تشكل إهمالا للواجب الملقى على الوالدين بحماية العاجز عن حماية نفسه ،بالإضافة إلى جانب هذه الوسيلة الجنائية توجد آلية حماية مدنية بإسقاط السلطة الأبوية وذلك لمصلحة القاصر.

1 – قانون 90-24 مؤرخ في 1990/08/18يعدل ويتمم الامر 66-155 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الاجراءات الجزائية الجزائري، الجريدة الرسمية العدد36 ، بتاريخ 1990/08/22.

2 – محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص 230.

3 - سورة الماعون ، الآية 1-2.

ب- **العقوبات التكميلية :**

بالإضافة إلى العقوبات الأصلية نجد عقوبات تكميلية بحيث يجوز أيضا حرمان الجاني من الحقوق المدنية و الوطنية و العائلية طبقا للمادة 332 من ق. ع ج بالأمر رقم 66-156:" يجوز الحكم علاوة على ذلك كل من قضي عليه بإحدى الجنح المنصوص عليها في المادتين330 و331 بالحرمان من الحقوق الواردة في المادة 14 من هذا القانون من سنة على الأقل إلى 5 سنوات على الأكثر" .

وهذا ما ذهب اليه المشرع السوداني في قانون العقوبات لسنة 1974 م الذي يقضي انه : "كل من يكون مكلفا برعاية صغير لم يبلغ الخامسة عشر سنة أو يكون على ذلك الصغير سلطة ،ويسئ معاملته عمدا أو يسهل أمرا من شأنه إيلامه بغير مقتضى ،يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة أو بغرامة أو عقوبتين معا ،فإذا أنشا عن سوء المعاملة أو الإهمال ضرر جسيم بصحة الطفل فتكون العقوبة السجن مدة لا تتجاوز خمس سنوات أو الغرامة أو بالعقوبتين معا "

وما ورد في قانون الطفل المصري لعام 1996 فيقضي في المادة 98 منه : "إذا ضبط طفل في إحدى المحلات للتعرض للانحراف المنصوص عليها في البنود 01 إلى 06 من المادة 96 و 97 من هذا القانون أنذرت نيابة الأحداث متولي أمره كتابة لمراقبة حسن سيره وسلوكه في المستقبل، ويعاقب بغرامة لا تتجاوز 100 جنيه من أهمل بعد إنذاره طبقا للفقرة الاولى من المادة 98 من هذا القانون مراقبة الطفل، ويعاقب أيضا بغرامة لا تتجاوز 200 جنيه من سلم إليه الطفل وأهمل أداء احد واجباته إذ ترتب على انحراف الطفل"[1] .

[1] – رواحنة فؤاد ، جرائم الإهمال العائلي ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون جنائي ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،قسم الحقوق 2014-2015 ، ص104.

خلاصة الفصل الثاني

من خلال كل ما سبق تحليله في آليات الحماية بشقيها المدني والجنائي ،وجدنا الفرق واضح بين تدابير الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رغم أن كلا التشريعين غاية واحدة وهي فرض وسائل متعددة لحماية اليتيم .

إلا أن الاختلاف يكمن في أن الشريعة الإسلامية وضعت آليات فعلية لحماية اليتيم ويظهر ذلك جليا من الكثير في الآيات القرآنية ،والأحاديث النبوية الشريفة الناهية الرادعة ، لكن بالمقابل القوانين الوضعية والملاحظ فيها رغم السعي المتواصل لفرض آليات عملية لحماية القصر والضعفاء ومنهم فئة اليتامى إلا أنه وجود نص من غير آلية ووسيلة تطبق عقوبة التجريم ،فكان من الأجدر أن ينطلق من قاعدة أساسية ألا وهي مبدأ مصلحة اليتيم أولى اعتبارا ، ومن هنا سنتوقف عند هاته النقطة في البحث التي سنسجل فيه أهم النتائج ما توصلنا إليها.

الخاتمة

من خلال الدراسة التي قمنا بها وعلى ضوء ما تناوله البحث تحت عنوان حماية اليتيم في الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية ، هو من المواضيع الحساسة البالغة الأهمية فدراستنا قادتنا الى اكتشاف تداخلات متعددة بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية رغم أنها هدفها واحد هو حماية اليتيم مهما كان سبب يتمه وبناء قما على استخلاص بعض النتائج نلخصها فيما يلي :

قد تبين لنا من خلال هذه الدراسة أن حماية اليتيم قد حظيت باهتمام لامثيل له بدءا من الشرائع الاسلامية التي كان فيها الإسلام السباق على التشريعات الوضعية سواء الدوالي أو الوطني في التأكيد على وجوب حماية اليتيم واحترام حقوقه ،فمصطلح اليتيم ثابت في الشريعة الإسلامية خصته بعناية فائقة لضعفه وعجزه وجعلت سن اليتم للفتاة حتى تبلغ سن الرشد ،إلا أن القوانين الوضعية نادرا ما نجد مفرد اليتيم بل أدرجه في مضامين نصوص القوانين المتضمنة حقوق الطفل بصفة عامة وكل أمور الولاية والوصاية والكفالة تنتهي بسن الرشد وأغفلت الفتاة اليتيمة قبل الزواج.

وجدنا أن الشريعة كرمت اليتيم أيا كان يتمه وتكفلت بحقوقه منذ أن كان جنينا إلى ما بعد الولادة فتبين لنا أن الآيات القرآنية والسنة النبوية الشريفة وعلماء الفقه على مختلف مذاهبهم جاءت مفصلة لذلك في كل الجزئيات حتى يعيش في أسرة سليمة مستقرة إلا أنه في القوانين الوضعية بالرغم سيرها على نهج الشريعة الإسلامي في تثبيت حقوقه إلا أنها غير واضحة وغامضة جاءت مع نصوص حقوق الطفل بصفة عامة التي جاءت بها المواثيق الدولية والنصوص الوضعية .

ولأهمية اليتيم عملت الشريعة الاسلامية على بسط الحماية على شتى حقوق اليتيم ومن أبرز مظاهر الحماية رسمت المنهج الصحيح السليم للولي والوصي والكافل في كيفية التعامل مع اليتيم في نفسه من تربية وتعليم وكفالة ورعاية ،وكذلك في ماله من بيع وشراء وقرض وإجارة واستثمار، وغير ذلك من التصرفات المالية التي هي في مصلحة اليتيم حتى يبلغ سن الرشد

كل هذا ليكون بوسط أسرة يحس أنها عوضا حقيقيا لفقدان حنان والديه ويصبح فردا صالحا نافعا في المجتمع ،مع فرض آليات مشددة في محاسبة كل من يتعدى على حقوقه سواء ماديا أو معنويا فكانت النصوص الوضعية مستمدة من مصدرها ذلك إلا أنها غير واضحة فاقدة لحلقات الحماية والتشديد على سلطات الأولياء والأوصياء من حيث محاسبتهم لهذا فحياة اليتيم تكون وسط اسرة غامضة مجهولة لمستقبله ولن تحقق الأهداف السامية لرعاية اليتيم.

وقد تراءى للعيان أن الشريعة الاسلامية شملت اليتامى بكل قواعد الحنان والرأفة فما أكثر الآيات القرآنية والأحاديث النبوية التي تحض على كفالة اليتيم فهي من موجبات الجنة ،وبالمقابل حرمت نظام التبني الذي له من الخطورة على النسب الذي من حق اليتيم إلا أن بعض القوانين الوضعية لم توليه أهمية ذلك متضح بتعديها على النسب وأباحت التبني مثلما تونس وفرنسا ولو إن ميثاق اتفاقية الطفل أباحته في بعض الدول مع مراعاة الدول التي تأخذ بنظام الاسلام وهذا انتهاك صارخ للشريعة الاسلامية .

بسطت أيضا الشريعة الاسلامية حمايتها بعقوبات زجرية تعزيرية في كل من يستولي على مال اليتيم وإهماله من طرف كل وصي وكافل له وكان ذلك من خلال صور الإيذاء سواء على ذمنه المالية واستهلنا ذلك بجريمة الاستيلاء على التركة ،وصورة الإيذاء المعنوي بإهماله عالجت ذلك من العقوبات التي قررتها لكن بالمقابل سجلنا الغموض الذي ينتاب النصوص الوضعية وصعوبة تقدير القاضي خاصة في القصد الجنائي ويبقى توفير الحماية سواء المدنية أو الجنائية على مستوى الممارسة ناقص وأنه مجرد نظام قانوني جامد بالمقارنة مع التشريع الإسلامي والواقع .

وبالمقابل نجد أن الشريعة عملت على بسط آليات الحماية فنظرت إلى اليتم نظرة عدل ورحمة وإنسانية من خلال الترغيب والحث على حماية اليتيم لما لها من فوائد عظيمة .

وعليه أقول أن النصوص القانونية الوضعية رغم أنها انتهجت طريق الشريعة الإسلامية في بعض من أحكامها لكن هاته النصوص وحدها لا تكفي لحماية اليتيم وإعطائه حقه الكامل بل لا بد من وسائل أخرى توعوية ووقائية لإيجاد الحلول الفعالة والمساعدة على

بناء مجتمع سليم فكريا فهي مجرد شعارات ولا ترقى لوصف العالمية للأن هذا اليتيم يعتبر أساس الأمة وصلاحها وذلك بإتباع منهج الشريعة الإسلامية كاملا .

ولا يسعنا في ختام هذه المذكرة سوى التنويه إلى نظام التكفل باليتيم فهي من المسائل الحساسة المهمة التي حث عليها الشرع الاسلامي.

إذن نرجو أن نكون قد نجحنا في دراستنا لهذا الموضوع البالغ الأهمية ، وتمكنا من شرح الغموض و الالتباسات التي تطفوا على هذا الموضوع .

وفي الأخير وبعد التوصل إلى هذه النتائج نخلص إلى بعض **التوصيات** لعل من أهمها :

- وضع آليات عملية تسهر على التنفيذ الفعلي لحماية حقوق اليتيم وفق منهج الشريعة الإسلامية.
- وجوب لزاما وضع عقوبات جزائية أكثر صرامة تتناسب والجرم الذي يقع على نفس أو مال اليتيم .
- سن نصوص وقوانين خاصة باليتيم سواء على المستوى الدولي أو المحلي وإدراجها أكثر في نصوص قانون الأسرة ومنها الجزائري.
- إقتراح مشروع إعلان عالمي إسلامي لحقوق اليتيم وحمايتها بشكل قانوني.
- إحداث صندوق نفقة شهريا لليتيم من الدولة لرعايته بمبلغ يحفظ كرامته .
- زيادة منح الأرملة التي تعيل أبناؤها اليتامى والزيادة أيضا في منح التمدرس للأيتام والتكفل بهم في التعليم مجانيا وإلغاء كافة الرسوم أو جعلها رمزية والعلاج المجاني
- إنشاء قسم بالمحكام والمجالس القضائية خاص بمتابعة أحوال اليتيم ومراقبة ومحاسبة الأوصياء والأولياء والكافلين عليهم .
- دعم الجمعيات الخيرية الخاصة بكفالة اليتيم وإعطائها الصبغة القانونية كمؤسسة دولة.
- مساعدة الأسرة الكافلة ماديا ومعنويا لتقوم بحق الرعاية للطفل اليتيم.

- إنشاء دار تخص الأيتام معتمدة من الدولة وتخصيص إدارة خاصة باليتيم في مديريات النشاط الإجتماعي مع تدريب العاملين في مؤسسات رعاية اليتيم دورات تأهيلية وتربوية وكذلك إنشاء مؤسسات ومراكز خاصة بتربية اليتيم.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: القرآن الكريم

ثانيا: كتب الأحاديث النبوية والتفاسير

01-أبوداود، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود. كتاب الوصايا ، الجزء3، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت.

02- محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، مج1، ط1، دار ابن كثير ، دمشق،2002.

03-أبي زكريا محي الدين يحي بن شرف النوري ، رياض الصالحين من كلام سيدنا المرسلين صلى الله عليه وسلم ، الجزء 2 ، ط1 ، دار مالك للكتاب ، باب الوادي الجزائر ، 2009 .

04- محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، مج1 ، ط4 ، دار القرآن الكريم، بيروت ، سنة 1981.

ثالثا: النصوص القانونية

أ-المواثيق الدولية :

01-اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989، أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في تشرين الثاني /نوفمبر 1989، ودخلت حيز التنفيذ من أيلول سبتمبر 1990.

ب-التشريعات الوطنية:

01- أمر رقم 66-156 المؤرخ في 1966/06/8 المتضمن قانون العقوبات الجزائري ، الجريدة الرسمية ،العدد49 ، بتاريخ 1966/06/11.

02- قانون 90-24 مؤرخ في 1990/08/18يعدل ويتمم الامر 66-155 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الاجراءات الجزائية الجزائرية، الجريدة الرسمية العدد36 ، بتاريخ 199/08/22.

03- أمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1948 والمتضمن قانون الاسرة الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 15 ،مؤرخة في 27 فبراير 2005.

04-قانون رقم 06-02، المؤرخ في 21 محرم عام 1827 الموافق ل 29 فبراير سنة، 2006 يتضمن تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية ، عدد 14، بتاريخ 8 مارس 2006 ،المعدل والمتمم.

05-قانون رقم 06-23 مؤرخ في 2006/12/20 يعدل ويتمم الامر رقم 66-156 المؤرخ في 1966/06/08 1المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية العدد84 ،بتاريخ 2006/12/24

06- قانون رقم 07-05 ،المؤرخ في 13 ماي سنة 2007 ، يعدل ويتمم الامر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية، العدد 31، بتاريخ13 ماي 2007.

07-قانون رقم 08-09 المؤرخ في 14 صفر عام 1429 الموافق ل 21 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية، العدد21، 23 أبريل 2008.

08-قانون رقم 15-12 ، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية ،العدد 39، بتاريخ 19 يوليو 2015.

09- المرسوم الرئاسي رقم 02-286 مؤرخ في 29 جمادى الثانية 1423هـ والموافق 7 سبتمبر 2002 ، المتضمن تحديد منحة مدرسية خاصة لصالح الأطفال المتمدرسين المحرومين ،الجريدة الرسمية ، العدد 61، بتاريخ 11 سبتمبر 2002.

ب-التشريعات الأجنبية:

01- قانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين ، جامعة الدول العربية الأمانة الفنية لمجلس وزراء العدل العرب ، اعتمده المكتب التنفيذي لمجلس الوزراء العدل العرب كقانون نموذجي استرشادي بالقرار رقم 223 ، ج24 ، بتاريخ 2002/03/04م.

02- قانون رقم 12 لسنة 1996 ، متضمن الطفل المصري ،المعدل بالقانون 126 لسنة 2008.

03-ظهير شريف رقم 1،04،22، صادر في 12 من ذي الحجة 1424 هلـ الموافق3 فبراير 2004 ، يتعلق بتنفيذ القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية.

04-ظهير شريف رقم 1.02.172 ، صادر في فاتح ربيع آخر1423 (13 يونيو 2002) بتنفيذ القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين ، المملكة المغربية ، وزارة العدل والحريات ، مديرية التشريع

05- أمر مؤرخ في 06 محرم 1376 (13 أوت 1956)الجمهورية التونسية، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية ،الرائد الرسمي عدد 66 ، بتاريخ 17 أوت 1956.

06- مرسوم سلطاني رقم 2014/22 بإصدار قانون الطفل ، الجريدة الرسمية سلطنة عمان ، العدد 1058.

رابعا: الكتب

01-ابن قدامى المقدسي،المغني،ج9، ط2.1، دارعالم الكتب، الرياض 1998.1997.

02-سليمان بن ابراهيم بن عبدالله اللاحم ، حقوق اليتامى كما جاء في سورة النساء ، ط1 ،دار العاصمة المملكة العربية السعودية الرياض ، 2003 .

03-محمد عبد العاطي بحيري ، من وصايا القران الكريم ،ج2 ،المكتبة التوفيقية ،القاهرة .دون سنة.

04- محمد مجاهد طبل ابو حذيفة ابراهيم بن محمد ، آداب معاملة الحديث ، ط1، دار الصحابة ، طنطا ، 1992.

05- ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج2 ، ط26، معرفة للطباعة والنشر، بيروت ، 1982،ص12.

06-شرابي عبد الله محمد بن سليمان السطي ، شرح مختصر الحوفي ، مج 01 ، ط1 ، دار ابن حزم بيروت، دون سنة.

07-عبد الرحمن الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، ج4 ، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، 2002.

08 – وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج7 ، ط1 – ط2 ، دار الفكر، دمشق، 1984-1985 .

09-ابي بكر بن مسعود الكاساني ، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج4، ط1986،2 ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان .

10 – محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي ، ط2، 1985.

11-محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، القاهرة ، د.س.

12-إبن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار ، ج 4 ، دار عالم الكتب العلمية الرياض ، سنة 2003 ، ص 154.

13-محمد بن عبد العزيز النميّ ، الولاية على المال ، ط1 ، فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية ، 2012.

14-أحمد بن علي الرازي، الجصاص ، أحكام القران الكريم ،ج 2 ، مطبعة الأوقاف الإسلامية ، د.س.

15-عبد الرحمان الجزيري ، الفقه على المذاهب الاربعة ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، شركة ابناء شريف الانصاري للطباعة بيروت ، 2002 .

16-أحمد نصر الجندي ، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي ، دار الكتب القانونية مصر ، 2006 .

17-مجد الدين أبي السادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير ، النهاية في غريب الحديث والأثر، ج5 ، المكتبة الإسلامية الرياض ، دون سنة.

18-الإمام محمد أبو زهرة ، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي ،د ط ، دار الفكر العربي القاهرة .

19-محمد علي الصابوني ،المواريث في الشريعة الاسلامية في ضوء الكتاب والسنة ،د ط ،دس ، ص 202.

20-وهبة الزحيلي ، الفقه المالكي الميسر- العبادات- ، الجزء الأول، دار الكلم الطيب القاهرة ، 2010

21-فتوح عبدالله الشاذلي ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص ،دار المطبوعات الجامعية ،كلية الحقوق الإسكندرية، 2001.

22 - ياسر أحمد عمر الدمهوجي ، حقوق الطفل وأحكامه في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة - ،ط1، مكتبة الوفاء ،الإسكندرية ، 2012 .

23 - عطية صقر، موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام ، تربية الأولاد في الإسلام ، ج4 ، مكتبة وهبة ،القاهرة ،2006 .

24- ابي عبد الله بن محمد القاسم الديلمي ،فضل كفالة اليتيم والاحسان اليه والاحكام المتعلقة به ، ط1 ،دار عباد الرحمان ،القاهرة ، 2011.

45- يوسف. القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، الطبعة 13 ، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، 1980.

25- فتح الله خلاف ، جرائم السرقة ، منشاة المعارف بالإسكندرية ،سنة 1997.

26- نبيل صقر ، الوسيط في شرح جرائم الأموال ، دار الهدى ، عين مليلة ، 2012

27 - وسيم حسام الدين الأحمد ، حماية حقوق الطفل في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2009.

28- بلحاج العربي ، قانون الاسرة وفق لإحداث التعديلات ومعلقا بقرارات المحكمة العليا ،ط4،ديوان المطبوعات الجامعية 2012 .

29- فضيل العيش ، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد ، مطبعة طالب ، الجزائر، 2007-2008.

30 – شويخ رشيد، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل –دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربي–،ط1، دار الخلدونية، 2008.

خامسا: القواميس

01– محمد أبي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، ط 4 ،دار الهدى ،عين مليلة ، الجزائر ، 1990.

02– جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، مج 14، ط2، دار صادر بيروت ،دون سنة.

03– جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، مج 12، دار صادر، بيروت، 1303 هـ.

04– الفيروز ابادي ، القاموس المحيط ، مؤسسة الرسالة ، بيروت –لبنان ، ط2، دون سنة.

05– محمد فؤاد عبد الباقي، المعجم المفهرس لألفاظ القران الكريم، مطبعة دار المصرية، 1364هـ.

سادسا: المذكرات والرسائل الجامعية

01– عزاوي نورة ، اجراءات بيع القاصر في القانون الجزائري ، بحث لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص قانون الأسرة ، جامعة ملاي الطاهر سعيدة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق ، سنة 2015.2016

02– عبدالرحمن إدريس عبدالرحمن فضل الله ،حقوق الطفل في الفقه الاسلامي ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه ، جامعة الخرطوم ، كلية القانون ، قسم الشريعة ،2008.

03– رواحنة فؤاد ، جرائم الإهمال العائلي ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون جنائي ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،قسم الحقوق 2014–2015 .

04-عامر فيروز ، جريمة الاستيلاء على أموال التركة بين الشريعة والقانون ، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر ، تخصص قانون جنائي ،جامعة العربي التبسي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق.2016،2015.

05- لنكار محمود ، الحماية الجنائية للأسرة دراسة مقارنة ،جامعة منتوري قسنطينة ، كلية الحقوق ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه العلوم فرع القانون الجنائي ، 2010 .

06- اشرف حنظل الشاعر، احكام الوصايا في الشريعة الاسلامية ،ومدى تطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي، الجامعة الإسلامية ، كلية الشريعة والقانون ، قسم القضاء الشرعي ، 2006.

07- براء منذر كمال عبد اللطيف ومن معه ، أحكام ضم الصغير يتيم الأبوين ومجهول النسب دراسة قانونية مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية ، مجلة جامعة تكريت كلية الحقوق ، العدد1 ، الجزء2 ،أيلول 2018.

08- عمر بن مانع حماد الجهني ، حقوق اليتامى في الشريعة الاسلامية ، بحث للحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ،كلية الدراسات العليا ،تاريخ المناقشة 2007/05/28.

09- تسنيم "محمد جمال"أستيتي، حقوق اليتيم في الفقه الإسلامي ، أطروحة لنيل شهادة الماجستير في الفقه والتشريع ،جامعة النجاح الوطنية بنابلس فلسطين ، كلية الدراسات العليا ،2007 .

10- مريم عطا حامد قوزح ، أحكام اليتيم المالية في الفقه الإسلامي ، أطروحة لنيل درجة الماجستير في الفقه والتشريع ، جامعة النجاح الوطنية في نابلس ،كلية الدراسات العليا ،2011.

11- أيمن خميس عمر حماد ، أحكام مال اليتيم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية ، درجة الماجستير في القضاء الشرعي ، الجامعة الاسلامية غزة ، كلية الشريعة والقانون ، قسم القضاء الشرعي ، 2009.

12- سمر خليل محمود عبد الله ، حقوق الطفل في الإسلام و الاتفاقيات الدولية دراسة مقارنة ،أطروحة لنيل درجة الماجستير في الفقه والتشريع ،جامعة النجاح الوطنية ،بكلية الدراسات العليا نابلس فلسطين ، 2003 ، ص 201.

13- عمار توفيق أحمد بدوي ، بحث كفالات الأيتام ومقارنتها بالتبني شرعا وقانونا ، جامعة النجاح الوطنية ، كلية الشريعة والقانون، 2005/09/12

14- نواري منصف ،الوصاية على القاصر في قانون الأسرة الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون الأحوال الشخصية ،جامعة محمد خيضر بسكرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق ، 2014-2015 .

سابعا : المقالات والمداخلات

01-صبحي رشيد اليازجي ، رعاية اليتيم حضانته، وولاية ماله في ضوء القرآن الكريم ، مجلة الجامعة للدراسات الإسلامية ، العدد الأول ،بتاريخ 10-05-2017

02- زينب هاشم أبو زيد ، التشريعات المنظمة لرعاية الأيتام بالمجتمع السعودي وبعض المجتمعات العربية ، مجلة العلوم الإنسانية عمادة البحث العلمي ، العدد 3 ، 2014

03-جواد أحمد البهادلي ، الإهمال وآثاره الشرعية ، دراسة بين القانون والشريعة ، جامعة الكوفة ، كلية القانون ، مجلة الكوفة ، العدد 2.د،س.

04- صفية الوناس حسين ، مجهول النسب بين رحمة التشريع الاسلامي والتشريع الوضعي ، المؤتمر الدولي عن الرحمة في الاسلام ،كلية العلوم الاسلامية ،قسم الفقه وأصوله ،الخروبة الجزائر.

ثامنا: المجلات والتقارير والمنشورات

01- المجلة القضائية ، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث ، قسم الوثائق للمحكم العليا ، طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية ، سنة 1999 ، العدد الأول، 1997.

02-المملكة المغربية، وزارة العدل، منشورات جمعية النشر المعلومات القانونية والقضائية العدد 1 ، 2004 ، مطبعة فضالة.

03- المملكة المغربية ، القضاء الأسري الواقع والآفاق ، وزارة العدل والحريات ، مديرية الشؤون المدنية ، ماي 2014.

04- وزارة العمل الشؤون الاجتماعية، مكتب هيئة رعاية الطفولة، تقرير عن واقع حماية الطفل في العراق، إعداد سكرتارية رسم سياسة حماية الطفل في العراق ، بغداد 2011.

05- وزارة التضامن الوطني والاسرة وقضايا المرأة ، دليل حقوق الطفل، الجزائر، فيفري2002.

تاسعا : المواقع الإلكترونية

01- القاضي سالم رضوان ، حق التعليم وكفالة اليتيم في اتفاقية حق الطفل والتشريعات العراقية النافذة، صحيفة الحوار المتمدن، العدد 2114، بتاريخ 29-11-2007، الموقع الالكتروني:

http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=116861&r=0، تاريخ التصفح: 08-03-2019

افهرس المحتويات :

مقدمة 1
الفصل الأول: اليتيم وحقوقه في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية..... 6
المبحث الأول: تحديد مفهوم اليتيم وأحكامه 6
المطلب الأول: تعريف اليتيم 6
الفرع الأول: التعريف اللغوي لليتيم..... 6
الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي لليتيم..... 7
الفقرة الأولى: تعريف اليتيم في الشريعة الإسلامية..... 8
الفقرة الثانية: تعريف اليتيم في القوانين الوضعية 8
الفرع الثالث: بيان سن اليتيم 12
الفقرة الأولى: بيان سن اليتيم في الشريعة الإسلامية.....12
الفقرة الثانية: بيان سن اليتيم في القوانين الوضعية 13
المطلب الثاني: أقسام اليتيم 15
الفرع الأول: اليتيم الحقيقي 15
الفرع الثاني: اليتيم الحكمي.....15
الفقرة الأولى: مجهول النسب 16
الفقرة الثانية: أبناء المفقودين 16
الفقرة الثالثة: أبناء الأسرى ذوو الأحكام العالية.....17
الفقرة الرابعة: أيتام الأم.....17
الفقرة الخامسة: الأطفال المُتَشرِّدون (أبناء الشوارع).....17
الفرع الثالث: الفرق بين اليتيم الحقيقي و اليتيم الحكمي.....17
الفقرة الأولى: أوجه التشابه بين اليتيم الحقيقي و اليتيم الحكمي 18
الفقرة الثانية: أوجه الاختــلاف 18
المبحث الثاني: حقوق اليتيم في الإسلام والقوانين الوضعية.....19
المطلب الأول: حقوق اليتيم في الإسلام 19
الفرع الأول: حقوق اليتيم الشخصية 19

الفقرة الأولى: حق اليتيم في الحضانة.....19
الفقرة الثانية: حق اليتيم في الميراث 21
الفرع الثاني: حقوق اليتيم المدنية 21
الفقرة الأولى: حق اليتيم في الكفالة 22
الفقرة الثانية: حق اليتيم في صدقة النافلة 22
الفقرة الثالثة: حق اليتيم في الغنيمة والفيء.....22
المطلب الثاني: حقوق اليتيم في المواثيق الدولية 23
الفرع الأول: الأحكام الموضوعية 23
الفقرة الأولى: حق الرعاية 23
الفقرة الثانية: الحق في المعاملة الحسنة.....24
الفقرة الثالثة: حماية اليتيم من الاستغلال الاقتصادي 25
الفرع الثاني: الأحكام الإجرائية للاتفاقية.....25
الفقرة الأولى: ضمانات تنفيذ الاتفاقية.....25
الفقرة الثانية: المصادقة على الاتفاقية.....26
الفقرة الثالثة: إجراء البروتوكول 26
المطلب الثالث: حقوق اليتيم في النصوص الوضعية.....26
الفرع الأول: حقوق الطفل بمدونة الأسرة المغربية 27
الفقرة الأولى: النسب.....27
الفقرة الثانية: الحضانة 27
الفقرة الثالثة: التوجه الديني والتربية 28
الفرع الثاني: ضمانات تطبيقها 28
الفقرة الأولى: دور الدولة.....28
الفقرة الثانية: دور النيابة العامة.....29
خلاصة الفصل الأول.....30
الفصل الثاني: آليات حماية اليتيم في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية 31
المبحث الأول: الحماية المدنية لليتيم.....31

المطلب الأول: الولاية كآلية حماية على مال اليتيم.....31
الفرع الأول: تعريف الولاية 31
الفقرة الأولى: التعريف اللغوي للولاية.....32
الفقرة الثانية: التعريف الاصطلاحي للولاية.....32
الفرع الثاني: شروط الولاية على مال اليتيم وبيان استحقاقها 33
الفقرة الأولى: شروط الولاية على اليتيم في الشريعة الاسلامية 33
الفقرة الثانية: شروط الولاية على اليتيم في القوانين الوضعية.....34
الفقرة الثالثة: ترتيب استحقاق الولاية على اليتيم 34
الفرع الثالث: حدود سلطات الولي عند التصرف في مال اليتيم 35
الفقرة الأولى: في الشريعة الإسلامية.....36
الفقرة الثانية: في القوانين الوضعية 37
الفرع الرابع: انتهاء سلطة الولي على مال اليتيم.....37
الفقرة الأولى: في الشريعة الإسلامية.....37
الفقرة الثانية: في القوانين الوضعية 38
المطلب الثاني: الوصاية كآلية لحماية اليتيم 39
الفرع الأول: تعريف الوصاية.....39
الفقرة الأولى: التعريف اللغوي للوصاية 39
الفقرة الثانية: التعريف الاصطلاحي للوصاية.....39
الفرع الثاني: شروط الوصاية على اليتيم 40
الفقرة الأولى: شروط الوصاية في الشريعة الإسلامية 40
الفقرة الثانية: شروط الوصاية في القوانين الوضعية.....40
الفرع الثالث: أنواع الوصي.....41
الفقرة الأولى: في الشريعة الإسلامية.....41
الفقرة الثانية: في القوانين الوضعية 42
الفرع الرابع: حدود سلطة الوصي على مال اليتيم 43
الفقرة الأولى: قيد التصرف الوصي في مال اليتيم.....43

الفقرة الثانية: حالات انتهاء الوصاية.....44
الفقرة الثالثة: محاسبة الوصي 46
المطلب الثالث: الكفالة.....47
الفرع الاول: مفهوم الكفالة.....47
الفقرة الأولى: تعريف الكفالة.....47
الفقرة الثانية: شروط الكفالــة.....49
الفقرة الثالثة: الإشكالات المتعلقة بكفالة اليتيم في الجزائر.....50
الفرع الثاني: إجراءات الكفالة لليتيم 51
الفقرة الأولى: في الشريعة الإسلامية.....51
الفقرة الثانية: في القوانين الوضعية 52
الفرع الثالث: انقضاء الكفالة وآثارها 54
الفقرة الأولى: انتهاء عقد الكفالة.....54
الفقرة الثانية: أثارهــا 56
الفرع الرابع: أحكام نظام التبني 57
الفقرة الأولى: تعريف التبني 58
الفقرة الثانية: موقف الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية من التبني.....59
المبحث الثاني: الحماية الجنائية للذمة المالية.....60
المطلب الأول: جريمة الاستيلاء على التركة.....60
الفرع الأول: الحماية الجنائية الموضوعية لليتيم 60
الفقرة الأولى: عناصر الركن المادي في جريمة الاستيلاء على التركة.....60
الفقرة الثانية: عناصر الركن المعنوي في جريمة الاستيلاء على التركة 62
الفرع الثاني : الحماية الجنائية الإجرائية لليتيم.....63
الفقرة الأولى: إجراءات المتابعة.....64
الفقرة الثانية : الجزاءات المقررة 65
المطلب الثاني: الحماية الجنائية للرابطة الأسرية 67
الفرع الأول: الحماية الموضوعية لليتيم 67

الفقرة الأولى: عناصر الركن المادي للإهمال المعنوي في الشريعة الإسلامية.....67
الفقرة الثانية: الركن المعنوي.....70
الفرع الثاني: الحماية الجنائية الإجرائية لليتيم.....71
الفقرة الأولى: إجراءات المتابعة.....71
الفقرة الثانية: العقوبات المقررة.....72
خلاصة الفصل الثاني 74
الخاتمة.....75
قائمة المصادر والمراجع: 79

الملخص:

من أجل خطوة تجاه اليتيم تأتي هذه الدراسة لتعالج موضوعا متعلقا بحماية اليتيم في الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية.

ان حماية اليتيم حق تفرضه الفطرة، وتحفظه الغريزة لذلك كفلت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية لحمايته، غير أن الشريعة شاملة كاملة في بسط كل أنواع الحماية الواجب إحاطتها باليتيم، وأوجبت عقوبات عمن يتساهل ويقلل من شأنها، على عكس القوانين الوضعية يمكن القول بأنها لا تغطى بصفة كاملة كل مجالات الحماية لحقوقه رغم الجهود المستمرة فهي صورية وشعارات فقط، بل لابد من توفر آليات فعلية لتوفير الحماية اللازمة.

الكلمات المفتاحية: اليتيم – الشريعة الاسلامية – القوانين الوضعية – الحماية الجزائية–الحماية المدنية

***Abstract**:*

As a step towards the orphan, this study deals with a topic related to the protection of the orphan in Islamic law and the Status laws.

The protection of the orphan is a right imposed by nature, and reserved by instinct, guaranteed by Islamic law and status laws to protect it. However, the Shari'a is full comprehensive in extending all kinds of protection that must for the orphans, and penalties are imposed on those who tolerate and minimize them. Contrary to statutes, it can be said that they do not fully cover all areas of protection of his rights. Despite the ongoing efforts, it is only slogans, so there must be an effective mechanisms to provide the necessary protection.

***Keywords**: Orphan-Islamic law-status laws-penal protection-civil protection*