جامعة زيان عاشور -الجلفة-
Zian Achour University of Djelfa
كلية الحقوق والعلوم السياسية
Faculty of Law and Political Sciences

قسم الحقوق

الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقية حقوق الطفل والتشريع الجزائري

مذكرة ضمن متطلبات
نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأسرة

إعداد الطالب :
- بن عيسى بلقاسم
- تفاح عبد القادر

إشراف الأستاذ:
-د. بن مصطفى عيسى

لجنة المناقشة

-د/أ. صدارة محمد	رئيسا
-د/أ. بن مصطفى عيسى	مقررا
-د/أ. بورزق أحمد	ممتحنا

الموسم الجامعي 2021/2020

M071F/191639021585/18143903075

بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء :

أهدي ثمرة جهدي إلى من جعل الله الجنة تحت قدميها

أمي الغالية.

إلـــى الغالي الذي كان ولا يزال سندا لنا في الفرح والحزن.

أبي العزيز

----------أطال الله في عمرهما----------

إلـــى جميع الأصدقاء من بعيد أو من قريب.

إلـــى كل الذين ساهموا في انجاز هذا العمل.

إلـــى كل من علمني حرفا من معلمين و أساتذة و دكاترة

إهداء :

أهدي ثمرة جهدي **إلى من جعل الله الجنة تحت قدميها**

أمي الغالية.

إلـــى الغالي الذي كان ولا يزال سندا لنا في الفرح والحزن.

أبي العزيز

----------أطال الله في عمرهما----------

إلـــى جميع الأصدقاء من بعيد أو من قريب.

إلـــى كل الذين ساهموا في انجاز هذا العمل.

إلـــى كل من علمني حرفا من معلمين و أساتذة و دكاترة.

كلمة شكر

الحمد لله وكفى و صلاة ربي و سلامه على نبيه المصطفى وبعد:

بادئا ذي بدئ نشكر الله عز و جل لأنه بفضله ستشرق شمس هذه المذكرة لتغمر في أفق مهدنا و نورا و تشرح بما جاء في صدورنا، و إنه ليثلج صدورنا و يشرفنا أن نتقدم بجزيل شكرنا و خالص احترامنا إلى:

***أستاذنا الدكتور المشرف : " بن مصطفي حسين " الذي لم يتوارى لحظة عن مساعدتنا و توجيهنا.**

جزاكم الله خيرا

مقدمة

مقدمة

للطفل كمخلوق بشري ضعيف، حقوق إنسانية أساسية ينبغي أن تعمل هيئات المجتمع والدولة و الدولة على صيانتها و ضمان تمتع الطفل بها .

فأهم حق يثبت له، و الذي تم الإجماع عليه من طرف جميع واضعي القوانين هو أن تكون له أسرة باعتبارها الوحدة الاجتماعية الأولى التي ينشأ فيها الطفل و يتفاعل مع أعضائها، وكذا المؤثر المباشر في التكوين الحسن و النفسي للطفل، و من تم يشكل توجهاته و ملكاته في مستقبل حياته إيجابا أو سلبا[1].

فإذا ثبت للطفل هذا الحق، وقع على عاتق والديه واجب رعايته والمحافظة عليه معنويا وماديا، كما يجب عليهم المحافظة على تماسك الأسرة التي لابد من وجودها في حياة الطفل، إذ تنص المادة 56 من الدستور الجزائري:"يجازي القانون الإباء على القيام تربية أبنائهم ورعايتهم "

للتماسك والأنس والمودة والرحمة والتفاهم، الذين هم دعامة الرابطة الزوجية ليست بالأمر الهين. فقد تعصف مشاكل الحياة ببناء الأسرة و تؤدي إلى التنافر، فتنتفي الغاية الموجودة من الارتباط .

فحتى لا تصبح الحياة مستحيلة وحتى لا يهضم حق طرف على حساب آخر أباح الإسلام الطلاق مع أنه اعتبره أبغض الحلال إلى الله، و ذلك لضرورة قاهرة و إلى ظروف استثنائية ملحة، و التي تجعله دواء و علاجا للتخلص من شقاء محتم قد يمتد ليشمل أفراد الأسرة جميعها، والعناية بالأسرة والطفل من أهم ما ينبغي على واضعي القانون الاهتمام به من خلال وضع قواعد قانونية تحمي هذه الأخيرة أثناء قيام الحياة الزوجية وبعد انحلالها فيقول تعالى:"**والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات**" [2].

وأهم حماية لابد من توفيرها هي تلك المتعلقة بالطفل خصوصا بعد فك الرابطة الزوجية إذ تثور مشكلة تربية الأولاد ورعاية شؤونهم المختلفة وصيانة حقوقهم، وهذا لانعدام توحيد الأب والأم مما يؤدي إلى خلل في النمو العادي للطفل وحتى إلى انحرافه وجنوحه خاصة إذا كان عمره أقل من

[1] محمد السعيد الدقاق ، **الحماية القانونية للأطفال في إطار اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل** ،المؤتمر القومي حول مشروع اتفاقية ،حقوق الطفل ، الإسكندرية 1988، ص 9.

[2] سورة النحل ، الآية 72.

سن التمييز، فمختلف الظروف التي يعيشها الطفل بعد طلاق والديه من كراهية وصراع تبقى راسخة في ذاكرته.

1-أهمية الدراسة

إن دراسة هذا الموضوع تمكننا من الوقوف عن كثب أمام الوضع القانوني للطفل في التشريع الجزائري، باعتبار أنه حظي بحماية قانونية خاصة مراعاة لصغر سنه وضعف إدراكه.

2-أهداف الدراسة

أما الهدف من دراسة هذا الموضوع فهو الرغبة منا في الخوض في تفاصيله على اعتبار أن الطفل هو حلم المستقبل، وتسليط الضوء على حقوقه يقودنا بالضرورة إلى الكشف عن مدى تطبيقها على أرض الواقع، وتبيان مدى تبني المشرع الجزائري لمختلف المواثيق الدولية، على اعتبار أن محور الدراسة في هذا الموضوع هو الطفل الذي يعتبر الأساس لأي مجتمع، وفي اعتقادنا أنه لمعرفة أسباب انهيار البناء، لابد من البحث في الأساس بتوفير كل الشروط اللازمة لبناء أساس سليم يمكن أن يصمد من خلال البناء طويلا.

3-أسباب اختيار الموضوع :

أ. أسباب ذاتية:

في حبنا الشديد للأطفال وتعلقنا بهم، وتألمنا لواقع الطفل أما الأسباب الموضوعية تتجلى في المساهمة في دفع عجلة التحسيس بأهمية تطبيق المواثيق الدولية والإقليمية والوطنية لحماية حقوق الطفل خاصة

ب. أسباب موضوعية

تتجلى في المساهمة في دفع عجلة التحسيس بأهمية تطبيق المواثيق الدولية والإقليمية والوطنية لحماية حقوق الطفل خاصة.

4- إشكالية الدراسة:

وعليه نطرح الإشكالية التالية: ما هو واقع الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقيات حقوق الطفل وإطار التشريع الجزائري؟ وما مدى تحقيق هذه الحماية لأهدافها؟

5-**المنهج المستعمل في الدراسة :**

المنهج المستخدم في البحث هو المنهج الوصفي والتحليلي لأنه هو المناسب لهذه الدراسة من خلال تحليل مختلف النصوص القانونية ذات الصلة بدراستنا

6-تقسيم الموضوع

وبالتالي مما سبق جاءت دراستنا والمعنونة "**بالحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقية حقوق الطفل و التشريع الجزائري**"

قسمنا دراستنا إلى فصلين كالتالي:

- **الفصل الأول** جاء بعنوان **(الطفل في ظل اتفاقية حقوق الطفل و التشريع الجزائري):** تضمن نظرة على مفهوم الطفل في القانون الجزائري والاتفاقية وتقرير من حماية الطفل وحقوق الطفل على أسرته ودولته.
- **الفصل الثاني** جاء بعنوان **(الأساس القانوني للدعاوى الحضانة كحق ترتب عن تبعات الطلاق)** يشمل دعاوى إسناد الحضانة وتمديد الحضانة وإسناد الحضانة وكذلك جرائم عدم تسليم الطفل لمن له الحق فيه قانونيا و اختطاف المحضون من حاضنته .

و الخاتمة اشتملت على أهم النتائج التي توصلنا إليها.

الفصل الأول

الطفل في ظل اتفاقية حقوق الطفل والتشريع الجزائري

الطفل كائنا ضعيفا غير قادر على العناية بنفسه و الحصول على حقوقه بسبب تكوينه الخاص كان لابد من رعايته و العناية به حتى يصل إلى السن التي تمكنه من الاستغناء عن غيره والاعتماد على نفسه في كل أموره، لذا نجد أن التشريع الجزائري مثله مثل التشريعات الوضعية قد أحاط الطفل بالعناية اللازمة التي تضمن له الحصول على حقوقه كاملة لينمو النمو الصحيح وينشأ النشأة الصحيحة بوصفه عنصرا فعالا في بناء المجتمع الذي يعيش فيه.

المبحث الأول : مفهوم الطفل في القانون الجزائر والاتفاقية

إن المشرع الجزائري أعطى أهمية كبيرة للطفل و قد نص في عدة مواد على مراعاة مصلحته، إلا أنه لم يعطي تعريف لهاته المصلحة تاركا السلطة للقاضي في تقديرها، و بالتالي فهناك فراغ قانوني يدفع بالقاضي للاجتهاد باحثا عن المعايير التي يعتمد عليها لتأسيس و تسبب أحكامه، و نه أمام القاضي مرجعين: أحكام الشريعة الإسلامية و هذا طبقا لما تنص عليه المادة 222 ق أ ج:" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية." و كذا اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 بعد ما صادقت عليها الجزائر[1]

وعليه سيقسم هذا المبحث إلى مطلبين، يتطرق في الأول إلى معايير المصلحة في الشريعة الإسلامية في حين سيخصص المطلب الثاني لمعايير المصلحة من خلال اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989.

المطلب الأول: تعريف اللغوي والاصطلاحي والفقهي للطفل

الفرع الأول: تعريف اللغوي للطفل

الطفل بكسر الطاء مع تشديدها يعني الصغير من كل شيء، عينا كان أو حدث فالصغير من الناس أو الدواب طفل، و الصغير من السحاب طفل، و الليل في أوله طفل، وأصل لفظه الطفل، من الطفولة و النعومة[2] و الطفل إنسان في سن الطفولة [3].

[1] تعتبر التفافات الدولية المصادق عليها أسمى من القوانين العادية وفق ما نصت عليه المادة132 من دستور 1996:" المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسموا على القانون الوطني." ما يجعل من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل أسمى من كل النصوص الداخلية التي تتولى تنظيم شؤون الطفل.

[2] منتصر السعيد حمودة، **حماية حقوق الطفل في القانون الدولي العام والإسلامي**، دار الجامعة الجديدة 2007، ص10.

[3]–Enfant , etre humain dans l'age de l'enfance, cf.petit Robert 1, dictionnaire,édit société du nouveau littré, paris, 1978, p.641.

و هو المولود ما دام ناعما رخصا، و الولد حتى يبلغ ،قال تعالى:" ثم نخرجكم طفلا[1]"

الفرع الثاني: تعريف الفقهي للطفل

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن مرحلة الطفولة تبدأ من لحظة تكوين الجنين في رحم أمه لقوله تعالى : "و نقر في الأرحام ما نشاء إلى أجل مسمى ثم نخرجكم طفلا[2]"

كما جعلت الشريعة الإسلامية من بلوغ الحلم نهاية لمرحلة الطفولة، و ذلك مصداقا لقوله تعالى :" و إذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم، كذلك يبين الله لكم آياته، و الله عليكم حكيم ".[3]

و علامات البلوغ عند الذكور هي الاحتلام و الإحبال، أما علامات البلوغ عند الإناث فهي الحيض و الاحتلام و الحبل.

و إذا لم تظهر علامات البلوغ على الطفل، فقد أجمع الفقهاء على تحديد سن معينة كنهاية

المرحلة الطفولة، فيقدر هذا البلوغ الطبيعي ببلوغ 15 سنة عند جمهور الفقهاء للصغير و الصغيرة على السواء، و استندوا في ذلك لحديث بن عمر رضي الله عنهما أنه قال "عرضت على النبي صل ى الله عليه و سلم يوم أحدو أنا ابن أربعة عشرة فلم يجزني، و عرضت عليه يوم الخندق و أنا ابن خمسة عشرة فأجازني"[4].

و يرى أبو حنفية بلوغ الفتى ببلوغ 18 سنة و الأنثى 17 سنة .

أما ابن حزم، صاحب المذهب الظاهري فقال أن سن البلوغ للذكر و الأنثى 19 سنة .و يذهب ابن رشد، الفقيه المالكي إلى القول بأن:" البلوغ يكون بالاحتلام و السن بلا خلاف في مقداره، فأقصاه 18 سنة و أقله 15 سنة الرأي قال الإمام الشافعي[5].

ومن تم فإن سن البلوغ الذي اعتمده رسول الأمة الإسلامية هو سن 15 سنة و به تنتهي مرحلة الطفولة.

و كخلاصة لما تقدم يمكن تعريف الطفل في الفقه الإسلامي كما يلي:" الإنسان منذ لحظة صيرورته جنينا في رحم أمه حتى البلوغ، فإذا لم تظهر عليه علامات البلوغ مثل الاحتلام و

---

[1] سورة الحج ، الآية 5.

[2] سورة الحج ، الآية 5.

[3] سورة ، النور، الآية، 9.

[4] حديث صحيح رواه البخاري في صحيحه ، فتح الباري في شرح صحيح البخاري ،باب غزوة الخندق ص 435.

[5] د. حسنين المحمدي بوادي، **حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي ،2005** ص 24.

القذف و الإحبال بالنسبة للذكر، أو الحيض أو الحبل بالنسبة للأنثى يظل الإنسان طفلا حتى بلوغه سن 15عاما حسب رأي جمهور الفقهاء المسلمين"[1].

و من الملاحظ أن الفقه الإسلامي يمنح الجنين في رحم أمه العديد من الحقوق و يحيطه بسياج من الحماية، بل أنه يعطي له حقوقا تسبق إبرام عقد الزواج بين الأبوين بحيث يجب على الزوج حسن اختيار الزوجة لقوله صلى الله عليه و سلم:" تخيروا لنطفكم فإن العرق دساس".

المطلب الثاني:الشخصية القانونية للطفل

وباعتبار الطفل جنينا يخرج إلى الدنيا و جبت دراسة الشخصية القانونية للطفل قبل و بعد ميلاده، إلا أنه قبل هذا لا بد من إيضاح ما المقصود الشخصية القانونية.

الفرع الأول مفهوم الشخصية القانونية

1-تعريف الشخصية القانونية:

إن الشخصية القانونية هي القدرة على تحمل الواجبات و التمتع بالحقوق و ممارستها، فهي مفهوم قانوني لصيق بالصفة الإنسانية يتطابق مع مفهوم أهلية الوجوب[2] و لا يرتبط بوجود أهلية الأداء[3] .

لا يمكن الحديث عن شخص دون أن تكون له أهلية وجوب في حين يمكن أن يكون الشخص فاقد لأهلية أداء أو مقيدها .

2- اكتساب الشخصية القانونية:

كقاعدة عامة فإن شخصية الإنسان تبدأ بولادته حيا، و في هذا الصدد نص المشرع الجزائري في المادة 01/25 قام ج على أنه :" تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا و تنتهي بموته" [4].

و بالتالي فإن بدأ الشخصية القانونية للإنسان موقف على ما يلي :

-أن تتم ولادته بانفصاله عن أمه انفصالا تاما.

-أن يتم خروجه حيا بظهور إمارة من إمارات الحياة بالبكاء.

---

[1] منتصر سعيد حمودة ، **المرجع السابق** ، ص 19.

[2] **أهلية الوجوب:** هي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه وهي قسمان ناقصة و كاملة .

[3] **أهلية الأداء** : هي صلاحية الإنسان لأن تصدر منه أفعال يعتد بها شرعا وهي أيضا قسمان ناقصة وكاملة

[4] بن شيوخ دندوني ، **موجز المدخل إلي القانون**، نظرة العامة للفنون والنظرية العامة للحق وفي تطبيقاتها للتشريع الجزائري، منشورات ، دحلب، الجزائر ص ، 154،155.

الفرع الثاني : شخصية الجنين

كاستثناء للقاعدة العامة فإنه تثبت للجنين شخصية من نوع خاص تؤهله لاكتساب بعض الحقوق يعبر عنها بالشخصية الحكمية[1] و هذا ما نصت عليه المادة 25 في فقرتها الثانية قا م ج: " على أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا" .

فتطبيقا لهذا الاستثناء فإن قانون الأسرة الجزائري فبعد تحديده لفترة الحمل المنحصرة بين ستة أشهر كحد أدنى و عشرة أشهر كحد أقصى (المادة 42 قا أج)، فصل حقوق الجنين في المواد 173 ،128 ، 134و 178 و هي حقوقه في التركة والوصية. فمجمل هذه الحقوق هي احتمالية، إذ تتوقف على حياة الجنين بعد الولادة.

و يعتبر المولود حيا حسب ما نصت عليه المادة 134 قا أ ج إذا استهل صارخا أو بدرت منه علامة ظاهرة بالحياة.

ففي كل الأحوال لا بد من انتظار الولادة، فإذا ولد الطفل حيا فيكون له حقه في التركة أو الوصية، أما إذا ولد ميتا أو في حالة انقطاع الحمل بطريقة عادية فيعتبر كأنه لم يكن و لم يوجد أبدا هذا من الجانب المدني [2] .

فنجد أيضا من الجانب الجنائي، فإن الجنين يحضى بحماية، فمن خلال التشريع الجنائي فإن الجزائر من الدول التي تدافع عن حق الجنين في الحياة و تجعل من الإجهاض الذي الذي هو إسقاط الجنين قبل الأوان، حيث ينقطع الحمل بطريقة غير عادية، جريمة معاقب عليها بموجب قانون العقوبات ،حيث تنص المادة 304 قاع ج: " كل من أجهض امرأة حامل أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى، سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، و بغرامة مالية من 500 إلى 000.10دج، وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت تكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة".

---

[1] C f, Nadia Ait Zai, les droits de l'enfants en Algérie, alger, juin 2005, p 9.

[2] « la personnalité ou l'absence de personnalité résultant de sa vie ou de sa mort produisent leurs effets rétroactivement des sa conception et donne une solution uniforme et rationnelle aux problèmes pratiques », Nadia Ait Zai , op.cit , p.10.

و لم يقصر المشرع العقوبة على القائم بالإجهاض ، بل سلط بموجب المادة 309 قاع ج العقوبة كذلك على المرأة التي أجهضت نفسها عمدا ، أو حاولت ذلك أو وافقت على الطرق التي أرشدت إليها[1]

إلا أن الإجهاض العلاجي جائز في القانون الجزائري، إذا كان استمرار الحمل خطر محقق على الأم و هذا باعتبارها عماد الأسرة في حين أن الجنين لم يستقل بحياته بعد و هذا ما تنص عليه المادة 72 من قانون الصحة و ترقيتها[2] ":يعد الإجهاض لغرض علاجي إجراءا ضروريا لإنقاذ حياة الأم من الخطر و للحفاظ على توازنها الفيزيولوجي و العقلي المهدد بخطر بالغ، يتم الإجهاض في هيكل متخصص بعد فحص طبي يجري بمعية طبيب اختصاصي" .

و لا بد أن يتم الإجهاض العلاجي وفقا للشروط المنصوص عليها في القانون، و هذا ما نصت عليه المادة 33 من قانون أخلاقيات الطب [3] .

و في هذا الصدد تنص المادة 08 قاع ج :" لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبته ضرورة إنقاذ الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء و بعد إبلاغه السلطات الإدارية ".

و بالتالي فبإعطاء للجنين شخصية قانونية من نوع خاص، تمكنه من التمتع ببعض حقوقه المدنية وكذا حماية حقه في الحياة ، يكون المشرع الجزائري قد تأثر بالفقه الإسلامي، إلا أنه لا يعتبر الجنين طفلا.

المطلب الثالث : معايير مصلحة الطفل

إن الشريعة الإسلامية و على عكس المشرع، و مراعاة لمصالح الناس وضعت معايير تساعد القاضي و تسهل من مهمته للقضاء و الفصل بما هو أحسن وأصلح، و هذا من خلال بيان ما المقصود بالمصلحة مع تحديد ضوابطها بصفة عامة كما قد منح الإسلام الطفل عدة حقوق و هي عبارة عن مجموعة حقوق فردية و شخصية تركز على صفة حاملها بوصفه طفلا وإنسانا في حاجة إلى رعاية و عناية. فوضعت الشريعة الإسلامية للطفل أحكاما منذ أن تدب فيه الحياة، و هو ما زال في بطن أمه إلى أن يشب و يترعرع. و أثبتت الشريعة الإسلامية للطفل كأول حق

[1] العقوبة هي الحبس 06 أشهر إلى سنتين وغرامة مالية من 250 إلى 1000دج.

[2] القانون رقم85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولي 1405 الموافق 16 فبراير 1985 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم

[3] المرسوم التنفيذي رقم 92-276 الصادر في 1992/07/06 والمتضمن قانون أخلاقيات الطب .

يثبت له بعد انفصاله عن أمه النسب من والديه و بما أن الطفل في حاجة دائمة ومستمرة إلى التربية و القيام بحفظه و العناية بمصالحه، فقد أوجبت له الشريعة الإسلامية الحق في الحضانة هذا إلى جانب حقوق أخرى[1] و بما أن مجال اجتهاد فقهاء الشريعة الإسلامية مفتوحا و قابلا لنقاش أي مسألة يكون فيها مصلحة للطفل فقد صدرت فتاوى لفقهاء الشريعة المعاصرين أقرت بعض الحقوق لم تكن ثابتة للطفل من قبل بعد تأكدها لعدم معرضتها لأحكام الشريعة الإسلامية .

الفرع الأول: المصلحة وضوابطها

1- ماهية المصلحة:

أ- تعريف المصلحة:

-**لغة:** لمصلحة كالمنفعة وزنا، فهي مصدر بمعنى الصلاح، كالمنفعة بمعنى النفع، أو هي اسم الواحدة من المصالح، و قد أورد لسان العرب المعنيين إذ جاء فيه:" و المصلحة، الصلاح، و المصلحة واحدة المصالح." فكل ما كان فيه نفع سواء بالجلب و التحصيل كإستحصال الفوائد و بالدفع والاتقاء كاستبعاد المضار و الآلام ، فهو جدير بأن يسمى مصلحة.[2]

-**اصطلاحا:** " المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم و نفوسهم وعقولهم و سلهم، و أموالهم طبق ترتيب معين فيما بينها ".[3]

فالمصلحة لها تعاريف مختلفة اللفظ متقاربة المعنى و المدلول:

فقد قال الإمام الغزالي رحمه الله: " هي جلب المنفعة و دفع المضرة[4]".

أما الشيخ ابن تيمية رحمه الله فقد قال: " هو أن يرى المجتهد أن هذا الفعل يجلب منفعة راجحة."[5].

و قد أورد الشاطبي تعريفا للمصلحة بقوله: " و أعني بالمصالح ما يرجع على قيام حياة الإنسان و تمام عيشه و نيله ما تقتضيه أوصافه الشهوانية و العقلية على الإطلاق، حتى يكون منعما على الإطلاق ."[6].

---

[1] **هناك حقوق قبل الولادة وهي** :اختيار الأم الصالحة توفير الرعاية والحماية اللازمتين للجنين

[2] مداخلة الأستاذ طاهر بن سلامة،النص والمصلحة www.sakhana.com اطلع عليه يوم 2021/05/15 على ساعة 18:57.

[3] محمد سعيد رمضان البوطي، **ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية**، الدار المتحدة للطباعة والنشر، سوريا،1987،ص 27 .

[4] أبي حامد محمد بن محمد الغزالي،**المنتصفي من علم الأصول**،ج1،دار أحياء التراب العربي بيروت 1324 ص286.

[5] www.islamselect.com

[6] الشاطبي ، **الموافقات في أصول الشريعة**،ج2،المكتبة التجارية القاهرة ، ص125 .

–و أورد الطاهر بن عاشور تعريفا للمصلحة بقوله: " و يظهر لي أن نعرفها بأن وصف للفعل يحصل به الصلاح، أي النفع منه دائما أو غالبا للجمهور أو الآحاد." فقوله دائما فيه إشارة على المصلحة الخاصة المطردة، و قوله أو غلب فيه إشارة إلى المصلحة الراجحة في أغلب الأحوال، و قوله للجمهور أو الآحاد إشارة إلى أن المصلحة قسمان." [1].

–مصلحة عامة: و هي ما فيه صلاح عموم الأمة و لا الالتفات منه إلى أحوال الأفراد إلا من حيث أنهم أجزاء من مجموع الأمة، مثل طلب العلم الديني و الجهاد الذي يكون سببا في حصول قوة الأمة، مثل طلب العلم الديني و الجهاد الذي يكون سببا في حصول قوة الأمة.

–مصلحة خاصة: و هو ما فيه نفع الآحاد باعتبار صدور الأفعال من آحادهم ليحصل بإصلاحهم صلاح التمع المركب منهم، مثل حفظ المال من السرف بالحجر على السفيه مدة سفهه، ففي ذلك نفع لصاحب المال ليجده عند رشده أو يجده وارثه من بعده و حفاظ على عامة مال المسلمين.

مما أوردناه من تعريفات، فإن المصالح و المفاسد إنما تفهم أو تعرف على مقتضى ما غلب: فإذا كان الغالب جهة المصلحة، فهي المصلحة المفهومة عرفا، و لذلك كان الفعل ذو الوجهين منسوبا إلى الجهة الراجحة، فإن رجحت المصلحة فمطلوب، و يقال: إنه مصلحة، و إذا غلبت جهة المفسدة فمهروب عنه، و يقال إنه مفسدة. و هو ما عبر عنه الشاطبي بقوله: " فالمصلحة إذا كانت هي الغالبة عند مناظرتها مع المفسدة في حكم الاعتياد، فهي المقصودة شرعا، و لتحصيلها وقع الطلب على العباد... وكذلك المفسدة إذا كانت هي الغالبة بالنظر على المصلحة في حكم الاعتياد فرفعها هو المقصود شرعا ولأجله وقع النهي..." [2].

ب. خاصية المصلحة :

يمكن حصر هذه الخصائص في 3 أمور:

–**الخاصية الأولى:** أن الزمن الذي يظهر فيه أثر كل من المصلحة و المفسدة ليس محصورا في الدنيا وحدها، بل مكون من الدنيا و الآخرة معا[3]. و هذا لارتباط فعل الإنسان بالدارين معا ارتباط

[1] www.sakhana.com

[2] الشاطبي، **المرجع السابق** ص 126.

[3] محمد سعيد رمضان البوطي،**المرجع السابق**،ص 45.

السبب بالمسبب، إذ أمره الله تعالى باتخاذ الحياة الدنيا وسيلة للسعادة في الحياة الآخرة، و ذلك لقوله تعالى: " و ابتغ فيما آتاك الله الدار الآخرة " [1]

و قوله تعالى: " و من أراد الآخرة و سعى لها سعيها و هو مؤمن فأولئك كان و بناءا على هذا التلازم بين الدنيا و الآخرة، كان من أبرز صفات الشرائع سعيهم مشكور ."[2] الإلهية أنها جاءت لما فيه صلاح الناس في عاجلهم و آجلهم. أي أنها جاءت شريعة يلزم من تطبيقها حصول السعادة لهم في الدنيا و الآخرة. و لذلك لا يجوز الحكم على الفعل بأنه مصلحة بناءا على الآثار الدنيوية وحدها، و إنما بالنظر أيضا إلى الآثار الأخروية

-**الخاصية الثانية:** أن قيمة المصلحة الشرعية لا تنحصر فيما تنطوي عليه من لذة مادية، بل هي نابعة من حاجتي كل من الجسم و الروح في الإنسان [3] فالمصلحة في الشريعة الإسلامية تنظر بعدالة إلى نوازع كل من الجسد و الروح.

-**الخاصية الثالثة:** أن مصلحة الدين أساس المصالح الأخرى و مقدمة عليها، فيجب التضحية بما سواها مما قد يعارضها من المصالح الأخرى إبقاء لها و محافظة عليها . فمن المتفق حوله أن إحراز مرضا ة الله و الخلود في جنته.

ج. **أنواع المصلحة:** إن المفهوم الإسلامي يعد أوسع مفهوم للمصلحة، فالإسلام لم يقصر المصالح على تلك التي تهتم بالبدن و المادة فقط، بل أضاف إليها مصالح القلب و الروح والعقل معتبرا أن المصالح تقاس بمد وقوتها في ذاتها و مدى احتجاج الناس إليها. فالمصالح عدة أنواع:

-**المصالح الضرورية:** و هي التي لا يستغنى عنها الناس على الإطلاق و لولاها لأصبحت الحياة فوضوية مثل: الحفاظ على الدين و الأمن و الغذاء وما إلى ذلك .

-**المصالح الحاجية:** و هي التي إذا فقدت الحياة تسير و لكن بعناء شديد .

المصالح المرسلة: و هي التي لم يأت الشرع بنصوص محددة فيها، و فرضتها تطورات العصر، ولكنها مصالح تقع و الحكم فيها يأتي بمقدار أهميتها عند العلماء و أهل الخبرة و التجربة، منها بعض المصالح التي تتبناها الحكومات و فيها نفع فإنه يجب شرعا الأخذ بها[4].

---

[1] سورة القصص،الآية 77.

[2] سورة الإسراء،الآية 19 .

[3] محمد سعيد رمضان البوطي **المرجع نفسه** ص 52.

[4] www.islamtoday.net

2- مراعاة الشريعة للمصلحة:

إن الشريعة الإسلامية متضمنة لمصالح العباد آخذة بهم إلى حين ينعمون في دنياهم و يسعدون في آخرتهم ، و من أدلة هذه المراعاة ما يلي :

أ.من الكتاب :

قول الله تعالى: إن الله يأمر بالعدل و الإحسان و إيتاء ذي القربى، و ينهي عن الفحشاء و المنكر و البغي يعظكم لعلكم تذكرون".[1] فهنا الله عز و جل يأمر بالعدل والإحسان تحقيقا لمصالح الناس، و من باب المخالفة فهو ينهي عن الفحشاء و المنكر و البغي فهذا ما يعتبر مفسدة.

كذلك قوله تعالي:" يا أيها الذين آمنوا استجيبوا الله و للرسول إذا دعاكم لما يحييكم"[2].

و يفهم من هنا أنه لا تتم الحياة الكاملة للإنسان إلا إذا تمت له السعادة في شطريها الدنيوي والأخروي، و بالتالي فقد جعل الله عز و جل السعادة الأبدية للإنسان بإتباع دعوة الإسلام.

و آيات أخرى كثيرة جاءت في معرض التعليل لأحكام جزئية، مثل قوله تعالي ":يريد الله بكم اليسر، و لا يريد بكم العسر"[3].

هذا إلى جانب آيات كثيرة أخرى يثبت بمجموعها دليل الاستقراء على أن أحكام الله جارية وفق مصالح العباد، آتية لإسعادهم في معاشهم الدنيوي و ميعادهم الأخروي.

أ. من السنة :

قوله صلى الله عليه و سلم:" الخلق كله عيال الله، فأحبهم إلى الله أنفعهم لعياله"[4] فقد أوضح الرسول صلى الله عليه و سلم أن مناط قرب الإنسان من الله تعالى هو لعياله ".مدى تقديمه النفع و الخدمة لعباده، و ذلك برعاية مصالحهم و توفير ما به سعادتهم الحقيقية.

و قوله صلى الله عليه و سلم : " لا ضرر و لا ضرار" [5] و الضرر هو محاولة الإنسان إلحاق المفسدة بنفسه أو بغيره. و الضرر أن يتراشق اثنان بما فيه مفسدة لهما، و هذه قاعدة كبرى أغلق

---

[1] سورة النحل ، الآية 90

[2] سورة الأنفال ، الآية 24.

[3] ،سورة البقرة، الآية 185.

[4] أخرجه الطبراني في معجمه .

[5] أخرجه ابن ماجة .

بها رسول الله "ص " منافذ الضرر و الفساد أمام المسلمين، فلم يبق في تشريع الإسلام إذن لا كل ما فيه صلاحهم في دنياهم و آخرتهم .

ج.من القواعد الشرعية المجمع عليها:

القاعدة الأولي : انقسام المعاصي التي نهي عنها الشارع إلى صغائر و كبائر، و تفاوت الإثم المترتب عليها حسب هذا التقسيم[1].

فقد ثبت بصريح القرآن و صحيح الحديث أن الذنوب تختلف في الدرجة، فهناك ما يعظم إثمه كالسبع الموبقات التي نهى عنها الرسول صلى الله عليه و سلم، ثم تأتي بعدها السيئات و النمام ، و هذا لقوله تعالى:" إن تجتنبوا كبائر ما تنهون عنه نغفر عنكم سيئاتكم و ندخلكم مدخلا كريما"[2].

القاعدة الثانية:

ثبوت خطاب الوضع في الأحكام المتضمنة لما يسمى بالجوابر. و مثال ذلك الدية في القتل، و مهر المثل في الأنكحة الفاسدة و الوطء بالشبهة. فتثبت هذه الحكام وأشباهها بموجب خطاب الوضع سواء توفرت في المحكوم عليه شروط التكليف أم لا و الحكمة من هذا هو استدراك المصلحة المفوتة أو جبرها بمثلها.

القاعدة الثالثة:

مراعاة الشريعة لأعراف الناس بشرط أن لاتجر عليهم مفسدة و لا تهدر لهم مصلحة، سواء أكانت تلك الأعراف معدودة في المقاصد بالنسبة لتصرفاتهم أو معدودة في الوسائل والأسباب [3] .

هذا بحجة أن ما يتعارف عليه الناس يصبح جزءا من شخصيتهم و أساس حيا□م، لذا بني التشريع على أساس هذه العادات و الأعراف، حيث قال الفقهاء:" المعروف عرفا كالمشروط شرطا." و قالوا أن الشرط في العقد يكون صحيحا إذا اقتضاه العقد و أورد به الشرع أو جرى به العرف .

القاعدة الرابعة:

اختلاف شروط صحة المعاملات و صفا□ا و آثارها حسب اختلاف طرقها على تحقيق مصالح العباد فمن المعاملات ما اشترط فيها اللزوم، و منها ما اشترط فيها عدمه، و منها ما اشترط فيها التوقيت، و هذا بدرجة نفعها أو ضررها للناس فجملة هذه الأدلة و القواعد المتفق عليها تدل على

[1] محمد سعيد ، رمضان البوطي ، **المرجع السابق** ص 74.

[2] سورة النساء، الآية 31.

[3] أمحمد سعيد رمضان البوطي ، **المرجع نفسه** ، ص 76.

أن الشريعة الإسلامية قائمة في جملتها وتفصيلها على أساس رعاية مصالح الناس من حيث تحقيقها و المحافظة عليها.

3- الضوابط الشرعية للمصلحة

أ.اندراجها ضمن مقاصد الشريعة

فالمصلحة لا بد أن تقوم على حفظ مقاصد التشريع الخمسة: حفظ الدين و النفس و النسل والعقل و المال، فكل ما يفوت هذه الأصول أو بعضها فهو مفسدة.

ب.عدم معارضتها للكتاب

فإن المصلحة ليست بذالك دليل مستقل بل هي مجموع جزئيات الأدلة التفصيلية من القرآن التي تقوم على حفظ الكليات الخمس، فيستحيل عقلا أن تخالف لمصلحة مدلولها، أو تعارضه.

و قد دل على ذلك قوله تعالى:" و أن أحكم بينهم بما أنزل الله و لا تتبع أهواءهم 73واحذرهم أن يفتنونك عن بعض ما أنزل الله إليك"[1].

ج.عدم معارضتها للسنة

فالمقصود بالسنة هنا ما ثبت سنده متصلا إلى الرسول صلى الله عليه و سلم من قول أو فعل أو تقرير سواء ورد متواترا أي قطعي الثبوت أو أحاد أي ظني الثبوت.

د.عدم تفويت المصلحة لمصلحة أهم منها أو مساوية لها

و هذا الضابط معتبر عند تعارض المصالح في أيهما يقدم، و لا شك أن الذي يقدم هو الأهم والأولى في الاعتبار، وميزان الأهمية يرجع إلى ثلاثة أمور، كما ذكرها د.البوطي:

-لنظر إلى قيمتها من حيث ذاتها و درجتها في سلم المقاصد فالضروريات لا تقدم عليها الحاجيات أو التحسينات، كما لا تقدم التحسينات على الحاجيات.

- و هو من حيث مقدار شمولها، فالمصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة.

- مدى التأكد من وقوع نتائجها من عدمه.فتقدم الأكيدة على الظنية.

- هذا عن ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية بصفة عامة، إلا أنه ما يهمنا في هذا البحث هو مصلحة الطفل. لذا لا بد علينا من معالجة ضوابط مصلحة هذا الأخير بصفة خاصة و بالضبط مسألة النسب و الحضانة . فكيف نضمت الشريعة الإسلامية هاتين المسألتين، و ما هي الضوابط التي وضعتها؟ و هذا ما سيحاول الإجابة عليه من خلال الفرعين المواليين.

[1] سورة المائدة ، الآية 49.

الفرع الثاني : قواعد النسب و ضوابطه

من الحقوق العظيمة التي أقرتها الشريعة الإسلامية للطفل هو حقه في النسب. و هذا لاعتباره نعمة انعم بها الله على الإنسان لقوله عز وجل:" وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا و كان ربك قدير "[1].

وهذا الحق له أهمية كبيرة، فه و يعتبر حقا أساسيا لأنه يتفرع منه عديد من الحقوق الخاصة بالطفل مثل: حقه في الرعاية و التربية، في المال والنفقة و الميراث .و نظرا لهذه الأهمية وضعت الشريعة الإسلامية ضوابط محددة لحماية حق الطفل في ثبوت نسبه، و بنوته من أبويه نحاول حصرها فيما يلي:

1-إثبات نسب الطفل

فرقت قواعد الشريعة الإسلامية بين 3 حالات في ثبوت نسب الطفل

الحالة الأولي :

أن يكون الطفل مولودا على فراش الزوجية الصحيحة، و هو الطريق الأصلي لإثبات النسب هذا لقوله تعالى :" و الله جعل لكم من أنفسكم أزواجا و جعل لكم من أزواجكم بنين و حفدة، و رزقكم من الطيبات، أفبالباطل يؤمنون و بنعمة الله هم يكفرون"[2]. قول الرسول صلى الله عليه و سلم: " الولد للفراش و للعاهر الحجر".

الحالة الثانية :

أن يكون الطفل مولودا من زواج فاسد، و يكون الزواج فاسدا إذا تخلف أحد الشرطين اللازمين لصحته، و هما: ألا يكون بين محرمين كما إذا كانت الزوجة محرمة على الزوج، وأن يعقد بحضور شاهدين رجلين أو رجل و مرآتين . فإذا لم يتوافر هذان الشرطان أحدها أو كلاهما، و تم الدخول بالزوجة في هذا الزواج الفاسد، ثبت نسب الطفل من أبيه، على الر غم من فساده، و ما يقتضيه ذلك من التفريق بين الزوجين، و إنما يشترط لصحة النسب ألا ينكره الزوج أو ينازع فيه[3].

---

[1] ،سورة الفرقان ،الآية 54.

[2] سورة النحل، الآية 72.

[3] حسني نصارة ، **تشريعات حماية الطفولة** ، ص 321.

الحالة الثالثة:

إن يكون الطفل مولودا نتيجة وطئ عن شبهة، و ذلك بالتقاء الرجل بالمرأة اعتقادا منهما بشرعية دخولها أحدهما بالآخر ثم تبين عكس ذلك، كما إذا دخل رجل بامرأة ظنا منه زوجته، ثم تبين أن مرأة أخرى غيرها، أو يكتشف انهأ أخته من الرضاعة. و في هذه الحالة لا يثبت نسب الطفل من أبيه، إلا إذا ادعاه الأب و تمسك به.

و إن كان نسب الولد للأم يثبت بالولادة سواء كانت الولادة من زواج فاسد، أو وطء بشبهة فإن النسب من الأب يثبت بأحد الأسباب التالية :

أ.الفراش :

و يقصد به الزوجية القائمة بين الرجل و المرأة، و يشترط لكون الفراش سببا في النسب ما يلي:

-أن يكون حمل المرأة من الرجل متصورا في الواقع.

-أن يولد الطفل في مدة الحمل المقررة شرعا و أقلها ستة أشهر، أما أكثر مدة الحمل فقد تعددت الآراء فيها.

-أن لا ينفي الزوج ولده ما دامت الزوجية قائمة، فإن نفاه لاعن، و لا يثبت نسبه

ب.الإقرار:

و هو أن يقر الأب صراحة بأن الطفل ابنه، و يشترط في صحته ما يلي :

-أن يكون المقر به مجهول النسب .

-أن يكون المقر به محتمل الثبوت من نسب المقر.

-أن يصدق المقر له في إقراره.

-أن لا يكون فيه حمل النسب على الغير سواء كذبه المقر له أم صدقه، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر لا تتعداه إلى غيره.

ج.البينة :

و هي الشهادة، فإذا ادعى إنسان أبوة أو بنوة أو أخوة آخر، فأنكر له هذه الدعوى طولب المدعي بالبينة و هي شهادة رجلين، أو رجل و امرأتين .

هذا إلى جانب إثبات النسب عن طريق القيافة و التي هي معرفة شبه الإنسان بغيره عن طريق التدقيق في الملامح قصد إلحاق الشخص بأصوله و هي دليل يثبت به النسب عند جمهور الفقهاء وهم المالكية و الشافعية و الحنابلة، وخالفهم في ذلك الأحناف. و لكن الراجح في الفقه الإسلامي

هو الأخذ بها لأن القائف خبير ، و التشابه في مورفولوجية الجسد بين الأقارب و خاصة بين الفروع والأصول حقيقة لا يمكن إنكارها و قد أقرت الشريعة الإسلامية للطفل حق البحث عن نسبه من كلا أبويه و هذا عن طريق وسائل الإثبات المذكورة،إلا أنها وضعت له شروط معينة و هي:

-أن يكون مجهول النسب: فهذا متفق عليه، فإن البحث عن النسب سواء من الأم أو الأب لا يكون إلا بالنسبة للطفل مجهول النسب[1].

-شرط عدم ذكر أن الطفل من زنا لثبوت نسبه من أبيه: فلا خلاف حول حق الطفل في البحث عن نسبه من أمه سواء جاءت به من زواج أو غيره. فحين يوجد خلاف حول حق الطفل في البحث عن نسبه من أبيه :

-فيعترف فريق بهذا الحق للطفل أيا كان سبب مولده حماية له من الضياع.

-يرفض فريق آخر هذا الأمر، و يمنع الطفل المولود من زنا أن يبحث عن نسبه من أبيه.

-في حين جاء رأي ثالث بالحل الوسط، و هو أن يعترف لابن الزنا بحق الانتساب إلى أبيه بشرط أن لا يذكر أنه من زنا.

2-إنكار النسب

جعلت الشريعة الإسلامية من اللعان، الطريق الوحيد لإنكار الزوج نسبه من الطفل في حالة ما إذا كان مولودا على فراش زوجية صحيحة، فينطوي على هذا الإنكار أمام زوجته بالزنا، و في هذا الصدد قررت قواعد الشريعة الإسلامية، إتباع إجراءات اللعان، أي يلاعن كل منهما الآخر.

هو يتهمها بالزنا، و هي تتهمه بالقذف و ذلك تطبيقا لنص الآية الكريمة: "و الذين يرمون أزواجهم و لم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم، فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين، و الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، و الخامسة أن لعنة الله عليها إن كان من الصادقين".

و يذهب الفقه الإسلامي إلى أن نفي النسب لا يكون مجرد إدعاء، و إنما لا بد أن يصدر به حكم قضائي [2] ،كما أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أنه بمجرد إجراء اليمين ينتفي الولد و يلحق بأمه، واعتبروه أجنبيا عن الزوج الملاعن بالنسبة لأحكام الميراث و النفقة، لأن هذه الأحكام

[1] محمد أبو زهرة ،**الأحوال الشخصية**، دار الفكر ، القاهرة 1950، ص 396.

[2] عبد الرحمن الجزيري، **الفقه الإسلامي على المذاهب** الأربعة، دار الكتاب المصري ،مصر ،ج5،ص115.

لا تثبت بسبب متيقن[1] ، أما بالنسبة لسائر المسائل الأخرى فاعتبروا ولد اللعان في علاقته مع الملاعن بسبب متيقن .كالابن، فلا تصح الشهادة بينهما، و لو قتله لا قصاص عليه للشبهة و الحرمة بينه و بين أولاده تثبت للاحتياط [2].

كما لا يعتبر طفل الملاعنة مجهول النسب رغم أنه يلحق بأمه بعد اللعان، و لهذا لا يجوز لغير الملاعن بأن يقر به على أمل أن يكذب نفسه و ينسب الطفل إليه[3].

3-الطفل الناتج عن الزنا

فحرمت الشريعة الإسلامية الزنا وشددت العقوبة على الزاني، لقوله تبارك و تعالى:" و لا ربوا الزنا أنه كان فاحشة وساء سبيلا" و يقول عز وجل:" الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة و لا تأخذكم بهما رأفة في دين الله"[4]. و من الآثار المباشرة لهذا الإجراء تقلص و انخفاض عدد الحالات التي تطرح شبهة حول نسبها. فتعتبر الشريعة الإسلامية العلاقات الجنسية التامة بين الرجل و المرأة التي لا تستند إلى عقد زواج أو شبهة، جريمة حدية. فإذا ثبت أن الطفل ولد خارج الفراش الزوجي المشروع، فإن نسبه في الشريعة الإسلامية سيكون من أمه أما بالنسبة لأبيه فهناك اختلاف حول هذه المسألة بين فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث انقسم الفقه الإسلامي إلى رأيين، أحدهما يعترف لابن الزنا بحق الانتساب إلى أبيه و الآخر يمنع ذلك. إلا أن المجتمعات المسلمة روجت للرأي المانع و هو رأي جمهور الفقهاء، إذ أصبح وكأنه الموقف الوحيد للفقه الإسلامي .

المبحث الثاني : الحقوق الطفل حسب اتفاقية

تحتل قضايا الطفل الذي يشكل عماد المستقبل في جميع الدول أولوية ووعيا منها بأهمية ما يشكله حقوق الطفل من آثار مستقبلية، فقد صادقت أغلبية الدول على الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل التي قامت الجمعية العامة للأمم المتحدة بإدراجها ضمن قانون دولي في 1989/11/20 والتي دخلت حيز التنفيذ في 1990/09/23 من ضمنها الجزائر في 1992/12/19 وتونس في 1991/01/29 والمغرب سنة 1993. ولم يقتصر الاهتمام بحماية الأطفال على المستوى

[1] ،محمد محمود أبوزيد،**المرجع السابق**، ص293.

[2] محمدأبو زهرة ،**المرجع السابق**،ص 273.

[3] وهبة الزحيلي، الفقه **الإسلامي وأدلته**، ج7،دار الفكر، الجزائر،1986،ص 457.

[4] ،سورة الإسراء، الآية 32 .

الدولي، بل تعداه إلى المستويات الإقليمية والتي أكدت كلها على ضرورة حماية الحقوق الأساسية للطفل.

المطلب الأول: السبب من تقرير الحماية الجنائية للطفل

الطفل هو ذلك الكائن البشري الضعيف لما كان الاعتداء الواقع على حياته أو سلامة بدنه أو نفسه يشكل خطرا يهدد أمنه ونموه,كان لزاما على المجتمع ومؤسساته البحث عن الأداة أو الوسيلة التي من شانها أن تجنب الطفل أضرار هذه الجريمة ,وتسليط أقصى الجزاءات على الجاني هذا من جهة ,إضافة إلى تلكم الآليات والوسائل التي تمنح للطفل الجانح أو المعرض للخطر المعنوي بغية إنقاذه من بؤرة الجريمة .

الفرع الأول : ماهية الحماية الجنائية للطفل

تعريف الحماية و الجناية :

أ.الحماية لغة من حمى الشيء حميا وحماية ومحمية :منعه ودفع عنه [1].

ب.الجناية لغة: جنا الذنب عليه جناية: جره. والجناية الذنب والجرم وما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب أو القصاص في الدنيا والآخرة.

جني جناية : ارتكب ذنبا [2].

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

النسبة للصنف الأول فيتعلق بإقرار نصوص خاصة للعقاب على الأفعال التي تضر بالطفل، أو تعرض حياته أو سلامة جسمه أو أخلاقه للخطر، أو تشديد العقاب على بعض الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات الجزائري، أو القوانين المكملة له عندما يكون المجني عليه فيها طفلا، فهذه النصوص تحمي الطفل باعتباره مجنيا عليه في الجريمة .

أما الحماية فيتعلق بوسائل حماية الأطفال جنائيا، فيشمل المعاملة الجنائية الخاصة للطفل الجانح الذي ارتكب جريمة، أو يكون معرضا للانحراف، إذ تتجلى الحماية الجنائية الموضوعية للطفل في القواعد الموضوعية لمواجهة انحراف الأحداث، وهي ما يقع على الحدث من جزاءات

[1] أبو الفضل محمد بن مكرم بن منظور، **لسان العرب**، دار صادر، بيروت, ،ص179.

[2] أحمد مختار عمر، **معجم اللغة العربية المعاصرة**، المجلد الثاني، عالم الكتاب، القاهرة 2008 ،ص408

عند ثبوت انحرافه، وتميزها سمات أهمها التخفيف في العقوبات الصادرة في حقهم مع تغليب الطابع التهذيبي حسب مرحلة الحدث العمرية, اخذ بعين الاعتبار تحقيق المصلحة الفضلى للحدث، وكونه ضحية الظروف الاجتماعية المحيطة به
لتي كانت محفزا لدفعه لارتكاب الجريمة وتفعيلا لمبدأ اعتبار العقوبات السالبة للحرية ملاذا خيرا لا يتم اللجوء إليه ألا في الحالة القصوى [1].

هذا المنطلق ذهبت جل التشريعات الجنائية المعاصرة إلى إفراد هذه الفئة بمعاملة إجرائية خاصة عن تلك المعاملة المتبعة في شأن البالغين تختلف في مداها ونطاقها، سواء من حيث المسؤولية الجنائية بكافة جوانبها، أم من حيث القواعد الإجرائية الخاصة بملاحقتهم ومحاكمتهم[2].

الفرع الثاني الطفل محل الحماية

الحماية الجنائية للطفل بصفة فهو إما يكون جانحا أو هو المعرض للخطر المعنوي .

1-الطفل المجني عليه

الجريمة هي عبارة عن فعل غير مشروع، سواء بعمل أو امتناع عن عمل يقرر له القانون ويأتيه الشخص عن عمد أو إهمال.

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

القانون الجزائري فقد أخذ المشرع بقاعدة الادعاء المدني أمام قاضي التحقيق كمبدأ عام وشامل يطبق في جميع أنواع الجرائم، واستثناء لذلك فقد أجازه أمام المحكمة بمقتضى المادة337 مكرر من ق ا ج ج لكن بشروط محددة ومقيدة.

[1] محمد عزوزي، **الحماية الجنائية للطفل ضحية سوء المعاملة**، دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في القانون الخاص، كلية الحقوق، فاس، المغرب,2006م، ص06

[2] حاج إبراهيم عبد الرحمن، إجراءات الاستدلال والتحقيق في جرائم الأحداث- دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري 1 والمصري، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، كلية الحقوق 2008 ،ص 11.

2-الحدث أو الجاني

الحدث هو كل شخص ذكرا كان أو أنثى لم يبلغ من العمر السن المقررة لبلوغ الرشد الجنائي بحسب القانون الجاري به العمل[1] .

فيما يخص موقف التشريعات الجنائية من هذه المسألة يمكن القول :إن كانت لم تتفق في تحديد المقصود بالحدث الجانح أنها تقتصر على تحديد سن الحداثة، وتبين متى تتخذ تجاهه تدابير. حماية أو التهذيب، ومتى تطبق عليه عقوبات مخففة [2].

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

3-الحدث المعرض للخطر المعنوي:

أما الخطر الخاص فهو مجموعة من المؤثرات المادية أو المعنوية أو الصحية التي تحيط بالحدث والتي قد تؤثر فيه، فالحدث الموجود في ظروف حسنة يكون انحرافه مستبعدا كانت سببا قويا للتأثير على الحدث، مما يجعله يستجيب للقيام بفعل يدخل ضمن التحريمية الواردة في قانون العقوبات أو القوانين المكملة له[3].

الفرع الثالث الحماية الجنائية للطفل

الطفل في رسم معالم كل دولة على حدة، يمانا وا من المجتمع الدولي بأهمية الطفل والطفولة كمرحلة أولى في حياة الإنسان فقد تعالت العديد من الأصوات الداعية إلى الاهتمام بها، حيث أصبحت مشاكل الطفل معروضة في جل المحافل الدولية والمحلية، وسنتناول صور الحماية الجنائية للطفل على المستوى الدولي ثم حماية الطفل في النصوص الدولية الخاصة ثم نشير إلى دور بعض المنظمات الدولية لحماية الطفل وأخيرا الحماية الجنائية على المستوى الإقليمي.

---

[1] عاد التيالي، **دور القضاء في حماية الأحداث**، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية 1 والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس المغرب 2008 ، ص14.

[2] غيث محمد عاطف، **قاموس علم الاجتماع**، مطابع الهيئة العامة المصرية، القاهرة، 1979 ،ص122.

[3] أفروج عبد الحفيظ، السياسة الجنائية تجاه الأحداث، رسالة ماجستير كلية الحقوق، جامعة متنوري، قسنطينة،2011 ، 1 ص04.

1-الحماية الجنائية للطفل على السوي الدولي

العديد من المنظمات الدولية على وضع النصوص القانونية، سواء العامة أو المتعل حصرا بالطفل لإيجاد حماية خاصة له، بسبب عدم نضجه الجسمي والعقلي من جهة، ولكون الأطفال من شرائح المجتمع الأكثر تعرضا للقتل والتدمير والتشرد بسبب الحروب من جهة أخرى

ومن بين تلك النصوص نذكر إعلان جنيف لحقوق الطفل الصادر من عصبة الأمم سنة 1942 ، ثم الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام1948 [1]والعهدين الدوليين لعام 1966[2] إن إعلان حقوق الطفل الصادر في 20 نوفمبر، 1959 إعلان

الجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن حماية النساء والأطفال في حالات الطوارئ والمنازعات المسلحة عام 1974 ،وصولا إلى اتفاقية حقوق الطفل التي اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها 24/44 المؤرخ في 20نوفمبر 1989 وهي أهم اتفاقية في المجال وقد انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية، ودعمتها بمنظومة تشريعية.

أ – حماية الطفل في ظل النصوص الدولية:

تضمن الإعلان المكون من ديباجة وثلاثين مادة العديد من الحقوق والحريات الأساسية اللازمة للإنسان، باعتباره فردا من المجتمع ومن أهمها المساواة بين جميع الناس، وعدم التمييز، والحق في الحياة، ومنع الرق، ومنع التعذيب، والحق في محاكمة عادلة، براءة الذمة إلى ثبوت الإدانة، واحترام الحياة الخاصة، وحرية التنقل، والزواج، والتفكير، والعقيدة، وفي العمل، والعمل النقابي وغيرها من الحقوق الأخرى. إلا أن هناك بعض كان الإعلان لم يخصص ولا مادة واحدة كاملة للطفل، إلا أن الفقرات التي تحدثت بطريقة أو بأخرى عن حقوق الطفل، فالفقرة الثانية من المادة 25 أقرت للأمومة والطفولة الحق في الرعاية والمساعدة، خاصة بالنظر لوضعية الفئتين المتميزتين كما اعترفت لجميع الأطفال بحق التمتع بذات الحماية الاجتماعية دون أن يفرق الإعلان بين من ولدوا في إطار الزواج وخارجه، كما منحت المادة 01/26 من الإعلان الحق لكل شخص في التعلم، وأوجبت إلزامية التعليم الابتدائي مع حق الآباء في اختيار نوع التعليم المناسب، وهو ما يفهم منه التعليم المتعلق بالطفل .وعليه فالإعلان لا يخاطب الطفل كطفل

[1] الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن هيئة الأمم المتحدة في10 ديسمبر 1948

[2]العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية 3 ، وفق لأحكام المادةً العامة للأمم المتحدة 2200 ألف المؤرخ في 16 ديسمبر 1966 ،تاريخ بدء النفاذ 23 مارس 1976

مباشرة، بل يخاطبه كشخص بالغ و مسؤول؛ أي على اعتبار ما سيكون، كما لم يتضمن آليات عملية لحماية حقوق الإنسان عموما والطفل خصوصا [1].

ب- حماية الطفل في ظل العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية:

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

ج-حماية الطفل في ظل العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية:

احتوى العهد الذي دخل حيز النفاذ في 23 مارس 1976 الذي انضمت إليه الجزائر بموجب مرسوم رئاسي رقم 67/99 المؤرخ في 16 ماي 1989 بتحفظ، على العديد من النصوص المقررة لحماية الطفل، حيث جاء في ديباجته أن الدول الأطراف في هذا العهد إذ ترى أن الإقرار بها لجميع أعضاء الأسرة البشرية من كرامة أصيلة فيهم، ومن حقوق وفق للمبادئ المعلنة في ميثاق الأمم المتحدة أساس الحرية والعدلً متساوية وثابتة ، والسلام في العالم . وتعزيزا لحقوق الطفل وهو ما أكدته المادة 14 منه.

[1] مصطفى أحمد أبو الخير، **نصوص المواثيق والإعلانات والاتفاقيات لحقوق الإنسان**، إيتراك، 2005، ص146.

2- حماية الطفل في النصوص الدولية الخاصة:

هذه النقطة على أهم النصوص الدولية والمتعلقة أساسا في إعلان حقوق الطفل لعام 1959 واتفاقية حقوق الطفل الصادرة عام 1989.

وكون الطفل غير مكتمل النضج الجسمي والعقلي .فقد جعل المبدأ الثاني ضرورة تمتعه بحماية خاصة، وأن تكون مصلحته العليا محل اعتبار في سن القوانين، كما أقر للطفل الحق في الاسم والتمتع بالجنسية والرعاية الصحية قبل الميلاد وبعده، مع حق تلقي التعليم بل إلزامي في المرحلة الابتدائية، وأيضا إتاحة الفرصة لكل طفل في اللعب واللهو. أما المبدأ الثامن فقد أوجب أن يكون الطفل في جميع الظروف من أوائل المتمتعين بالحماية والإغاثة.

وفي هذا الإطار فإن الجمعية الدولية لقانون العقوبات والمعهد العالي الدولي للدراسات الجنائية قد نظم في سيرا كوزا مؤتمرا، نشرت أعماله في المجلة الدولية لقانون العقوبات في العددين الثالث والرابع 1979 ،وقد وضع المشاركون في هذا المؤتمر تحت نظر الأمم المتحدة مجموعة من التوصيات لتكون الأرضية لإعداد اتفاقية حقوق الطفل[1].

3-اتفاقية حقوق الطفل:

الجمعية العامة للأمم المتحدة اتفاقية حقوق الطفل في قرارها رقم 25/44 المؤرخ في نوفمبر 1989 ، وكان أساسها مبدأ عاما مؤداه الطفل أولا، وتضمنت الاتفاقية .

54مادة، وردت في ثلاثة أجزاء [2] ، تناول جزءها الأول- ولأول مرة – تحديد مفهوم الطفل، وهو كل إنسان لم يتجاوز سن 18كاملة (المادة الأولى من الاتفاقية) ، وقد أكدت هذه الأخيرة التزام كل الدول الأطراف في الاتفاقية باحترام حقوق الطفل وتعهدها بتوفير الحماية والرعاية والرفاهية،ً ثم جاء النص على مجموعة الحقوق التي يجب أن يتمتع بها الأطفال، وأهمها :الحق في الحياة وفي الحفاظ على هويته، التعليم، والتفكير، الرعاية الصحية، الضمان الاجتماعي،

[1] محمود شريف بسيوني، **حماية الطفل دون حماية حقوقه، الآفاق الجديدة للعدالة الجنائية في مجال الأحداث**، لسنة 1992 ص48.

[2] اتفاقية حقوق الطفل: هي ميثاق دولي يحدد حقوق الأطفال المدنية، السياسية، الاقتصادية، الثقافية، تراقب تنفيذ لجنة 2 حقوق الطفل التابعة للأمم المتحدة المكونة من أعضاء من مختلف دول العالم، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 20 نوفمبر 1989 .بدأ النفاذ 2 سبتمبر . 1990وفقا للمادة 49 تزامنا مع صدور قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في نوفمبر 1989 باعتماد اتفاقية حقوق الطفل. وكذا مؤتمر القمة العالمي للطفل 1990 .بدا المجلس بإصدار التقارير السنوية عن واقع الطفل العربي منذ عام 1989بهدف التعرف على أوضاع الطفولة العربية في مختلف المجالات، ومتابعة التقدم المتحقق لتنفيذ حقوق الطفل والإعلان العالمي وكذا أيضا تحديد أهم المشكلات والظواهر التي يعيشها الطفل العربي وتحليلها برؤية علمية موضوعية، بهدف تشخيص الظاهرة وتحليل أسبابها وأغراضها، واقتراح سبل علاجها والوقاية منها.

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

المطلب الثاني : حقوق الطفل الخاصة (أسرته)

تعتبر الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين والأخلاق، ومن المؤكد أن الطفل يتمتع بشخصية قانونية وأهلية وجوب وذمة مالية. إذا فهو صالح لاكتساب الحقوق التي تنقسم إلى مادية ومعنوية. فحقوق الطفل على أسرته قد تكون معنوية، وقد تكون حقوق مادية.

الفرع الأول: حقوق الطفل المعنوية على أسرته

يحتاج الطفل إلى رعاية من طرف أسرته حفاظا لنفسه وماله، لذا فلا بد من إبراز ما يكون للطفل من حقوق معنوية على أسرته من اسم ونسب (أولا) وجنسية (ثانيا) وحق في التربية (ثالثا).

1-حق الطفل في الاسم والنسب:

أ.حق الطفل في الاسم:

إن الاسم حق لصيق بالشخصية على نحو مقرر لكل إنسان، ومن ثم فالطفل حق في الاسم وهذا طبيعي [1].

يعد اختيار الاسم للطفل من أولى الحقوق التي حثت الشريعة الإسلامية على التأكيد عليها فقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم :" إن من حق الولد على الوالد أن يحسن أدبه ويحسن اسمه".[2]

والحقيقة أن القانون الأسرة الجزائري [3] لم يحدد على من تقع مسؤولية اختيار الاسم للطفل 64 منه، فالطفل ِ نما أحالنا إلى قانون الحالة المدنية وبالضبط إلى نص المادة سوآءا كان ذكرا

[1] عصام أنور سليم،**حقوق الطفل،المكتب الجامعي الحديث ،الإسكندرية** 2001 ،ص 119.

[2] خالد مصطفى فهمي، **حقوق الطفل ومعاملته الجنائية في ضوء الاتفاقيات الدولية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007،ص37.

[3] القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-15،المؤرخ في 27 فبراير 2005.

أو أنثى ينسب إلى أبيه.أي يحمل لقب الأب دون الأم وهو ما يوافق مع الشريعة الإسلامية وهذا ما تبناه قانون الأسرة من خلال نص المادة 41 .

وعليه فانه من حق الطفل أن يسمى بأسماء جزائرية إلا إذا كان أبواه غير مسلمين، إذا كان الطفل مجهول النسب فإن ضابط الحالة المدنية هو الذي يقوم بتسميته، وفي حالة ما إذا الطفل معلوم الأم ومجهول الأب مثل ولد الزنا في هذه الحالة الأم هي التي تقوم بتسميته، ويلحق بنسبها حسب نص المادة 64 من قانون الحالة المدنية والمادة 41 من قانون الأسرة. ولا يكتمل الحق في الاسم بمجرد التسمية، بل من حق هذا الطفل كما أدت الشريعة الإسلامية أن يسمى باسم حسن غير منطوي على تحقير أو مهانة لكرامة [1].

ب.حق الطفل في النسب :

يعتبر النسب حق أساسيا وأصليا لكل إنسان حيث أنه بواسطته تثبت للشخص جميع حقوقه الشخصية الأخرى.

ولقد عرف النسب بأنه القرابة الناشئة من صلة الدم بالتناسل والبنوة وهي نسبة الولد لأبيه[2] .

نهى رسول الله عليه الصلاة والسلام الآباء عن التنكر لأبنائهم كما نهى الزوجات أن ينسبن لأزواجهن من ليس منهن " أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول حين نزلت آية المتلاعنين أ يما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه وفضحه على رءوس الأولين والآخرين"[3] وهذا ما أكدته المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري [4].

1-الحق في الجنسية

موضوع الجنسية يكتسي أهمية بالغة بالنسبة للطفل، فهي العلاقة القانونية والسياسية التي تربط الطفل منذ لحظة ميلاده بدولة معينة وبناءا على اكتسابها يترتب له الحقوق والضمانات التي تكفلها الدولة للأطفال المنتمين إليها والمتمتعين بجنسيتها.

إذا كانت الجنسية تكتسي أهمية سواء بالنسبة للطفل أو الشخص البالغ، إلا أن و

[1] على فيلالي، حماية الطفل في قانون الأسرة الجزائري ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية 2001 ص47.

[2] عمر فروخ ، **الأسرة في المشرع الإسلامي**-المكتبة العلمية والعصرية، بيروت صيدا، 1951، ص98

[3] حديث شريف، صحيح مسلم، المجلد الرابع، دار المدينة للنشر. ط3.

[4] أنظر ، المادة 40 من ق ، أ،ج.

أهميتها بالنسبة للطفل تفوق أهميتها بالنسبة للشخص الراشد، لأن الطفل يحتاج إلى حماية ورعاية خاصة بسبب عدم نضجه الجسمي والعقلي، من ثم فإن تمتعه بجنسية ما يساهم إسهاما كبيرا في توفير مظاهر الحماية القانونية والاجتماعية التي يحتاجها في هذه المرحلة العمرية الحرجة.

من خلال قانون الجنسية الجزائري حسب آخر تعديل له وبالخصوص نص المادتين السادسة والسابعة منه أن منح الجنسية تكون على أساس الدم أو الإقليم وهي :

أ. منح الجنسية عن طريق الدم

منح الجنسية عن طريق الدم في تحديد جنسية الطفل بالنسبة لأحد والديه أو لهما معا وهذا ما أقره المشرع الجزائري في ذلك أن يكون مكان ولادته على التراب الوطني أو خارجه، وقد أخذ المشرع الجزائري بجنسية الأم الأب بالنسبة للولد المولود من أم جزائرية وأب مجهول.

ب. منح الجنسية عن طريق الإقليم:

يتحقق منح الجنسية الأصلية على أساس حق الإقليم بميلاد مجهول الأبوين فوق إقليم جزائري حقيقة أو تقديرا حسب نص المادة 07 من قانون الجنسية الجزائري.

2-حق الطفل في التربية

تربية الطفل من قبل الوالدين لا تعني التنشئة الجسمية والاهتمام بنموه فقط، وا هي مفهوم شامل يخص الجنس ِ فالتربية ليست كلمة بسيطة وسهلة كما يعتقد البعض، نما البشري في مختلف مواقف حياته، ومن هذه المواقف التربية التي تجري داخل الأسرة خلال الطفولة والمراهقة وقد تمتد إلى السنوات الأولى لسن الرشد[1].

الأسرة هي نواة كل مجتمع والبنية الأولى في قاعدته والتي منها يولد العنصر لبشري وفيها يقوى ويتعلم أفضل أخلاقه الاجتماعية، لكونها المدرسة الأولى لتربية الطفل تنشئته[2]. ولا تكتمل تربية الطفل إلا باتحاد جهود الوالدين معا، غير أنه يمكن أن يكون هناك نوع من التفرقة بين كلا المسؤوليتين باعتبار أن ما يمكن أن تقدمه الأم يختلف عنه عند الأب، فقد يعجز هذا الأخير عن القيام ببعض الواجبات التي خصت عنها المرأة كالإرضاع

[1] على تعوينات، ،تربية الطفل في ظل الأسرة المضطربة والأسرة السوية، مجلة رسالة الأسرة تصدر عن الوزارة المنتدبة المكلفة بالأسرة وقضايا المرأة،سنة 2006, ص24.

[2] موالفي سامية، حماية حقوق الطفل في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة 3 الجزائر، 2002 ،ص8

وهذا ما يوافق قوله صلى الله عليه وسلم " كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته والرجل راع وهو مسؤول عن رعيته والمرأة راعية في بيت زوجها وهي مسؤولة عن رعيتها"[1].

الفرع الثاني حقوق الطفل المادية على أسرته

الطفل بحاجة إلى أسرته حفظا لماله عليه إذا لم يكن له مال، ومن ثم فلا بد من إبراز ما يكون له من أفراد الأسرة من حقوق مادية ومن يلتزم بالإنفاق عليه، بل إن الطفل الصغير في حاجة إلى من تكون حاضنة له، والأصل أن الأم هي الحاضنة ولكن تنوع الفروض وتفاوتها يثير مشكلات عملية يتولى المشرع تنظيمها بحلول تراعي مصلحة الطفل الصغير. وأهم هذه الحقوق المادية حق الطفل في الإرضاع حق الطفل في النفقة ثم حق الطفل في الميراث والوصية والهبة حق الطفل في الولاية والكفالة.

1-حق الطفل في الرضاعة والحضانة

أ. حق الطفل في الرضاعة

يعرف الرضاع بأنه مص الرضيع للبن من ثدي آدمية في مدة معينة اختلف في تقديرها وهي مدة الرضاع [2]، ويثبت هذا الحق للطفل بمجرد ولادته حتى ينمو جسمه ويتغذى بالغذاء الطبيعي الذي هو لبن أمه[3]، إن الله تعالى قال بأن على الوالدات إرضاع أولادهن مدة سنتين كاملتين لمن أراد إتمام الرضاعة [4]، ويتضح ذلك من خلال قوله تعالى:"والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ،لمن أراد إن يتم الرضاعة "5، إلا أن إرضاع الأم لولدها واجب ديني إنساني من جهة أخرى، وقد إتفق فقهاء المسلمين في ذلك، وقالوا جميعا بوجوبها على الأم سواء كانت متزوجة بأب الرضيع أو مطلقة وانتهت عدتها، فإن امتنعت عن إرضاعه مع قدرتها على ذلك كانت مسؤولة أمام الله.

---

[1] رواه البخاري ومسلم والترمذي وأبو داود وأحمد.

[2] عبد العزيز عامر،**الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاء وقضاء** ، دار الفكر العربي،ط2، القاهرة،د س ن، ص 152 .

[3] زكريا البري،الإحكام **الأساسية للأسرة الإسلامية في الفقه والقانون**، معهد الدراسات الإسلامية، دار الاتحاد العربي للطباعة ، ص ، 204.

[4] سعد سالم جويلي، مفهوم **حقوق الطفل وحمايته في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام**،أكاديمية نايف للعلوم الأمنية،الرياض،2000، ص07-08.

[5] سورة البقرة الآية 233.

ب-حق الطفل في الحضانة :

الحضانة هي القيام على تربية الطفل ورعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه وتنظيفه ونومه،وقد اهتمت الشريعة الإسلامية بتربية الطفل ورعايته، ورتبت له حقوقا كثيرة للحفاظ عليه وتنشئته تنشئة صحيحة سليمة باعتباره شاب الغد ورجل المستقبل، وعليه يتوقف بناء المجتمع الراقي والمزدهر ،وهذا بقدر ما نزرع فيه من التربية السليمة، وكذلك فقد عهدت الشريعة الإسلامية بالطفل إلى يد حريصة عليه مخلصة لا تتهاون في حقوقه ألا وهما الوالدان والأقرباء المقربون عند فقدهما [1]، وقد حذا المشرع الجزائري حذو الشريعة الإسلامية فقد نص قانون الأسرة على أن فقدهما الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك [2].

2-حق الطفل في النفقة والإيواء :

الطفل يحتاج إلى من ينفق عليه كونه عاجزا ولا يستطيع العمل وجمع المال الذي يحتاجه، كما أنه يحتاج إلى مسكن يأويه ويحفظ عليه جسمه ويوفر له الراحة اللازمة.

أ- حق الطفل في النفقة:

النفقة هي توفير كل ما يحتاج إليه الطفل من الغذاء والكسوة والعلاج والسكن، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة [3]. تعتبر النفقة من أهم الحقوق التي يحتاجها الطفل، وهي أول ما يوضع في ميزان العبد، يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "أول ما يوضع في ميزان العبد نفقته على أهله "[4]. وحق النفقة من أعظم الحقوق التي يجب أن تكفل للطفل لأنه هبا تصان حياته وتوفر له الحماية والرعاية، فقد حدد قانون الأسرة الجزائري من تجب عليهم نفقة الطفل وهم:

-**الأب:** فقد نصت المادة 75 على أنه تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور النفقة تمتد إلى بلوغ الطفل سن الرشد والإناث إلى الدخول أو الزواج، وتستمر في حالة ما إذا كان الوالد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية، أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها والكسب، فقد نص القانون أن من يتحمل مسؤولية النفقة على الأولاد هو الأب وهو ما أكدته الشريعة من قبل

[1] ليلى عبد الله سعيد، "**حقوق الطفل في محيط الأسرة، دراسة مقارنة** "، مجلة الحقوق، سبتمبر 1974 ،ص230-232.

[2] المادة 62 من قانون الأسرة.

[3] المادة 78 من ق، أ، ج.

[4] رواه الطبراني.

لقوله سبحانه وتعالى:"وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف "[1]، والنفقة واجبة عليه إذا لم يكن للطفل مال ثم حدد القانون مدة استحقاق النفقة فبالنسبة للصغير تنتهي ببلوغه سن الرشد وهو 19 سنة وبالنسبة للصغيرة إلى أن يدخل هبا زوجها وفي ذلك حماية لهما، والقانون ذهب إلى أبعد من ذلك فأوجب النفقة للطفل في حالة عجزه حتى لو تعدى سن الرشد، كما يوجبها له عند اشتغاله بالدراسة وفي ذلك حماية كاملة للطفل وهذا ما يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية [2]وتفتقده القوانين الغربية والطفل يستحق النفقة إذا كان الأب ولو مع اختلاف الدين، ونفقة الأب على أطفاله تكون حسب وسعه وقدرته، ومستطيع وامتنع عن دفع النفقة فإن الدولة تجبره على ذلك [3].

-**الأم:** إذا عجز الأب عن النفقة فإن مسؤولية نفقة الأولاد تنتقل الأم إذا كان باستطاعتها، في حالة ما إذا كان الأب معوزا أو معسرا أو عاجزا وغير ذلك،و اذا كانت الأم موسرة فإن الإنفاق يقع على عاتقها كما في الفقه الإسلامي، ويدخل في هذا أيضا ما لو كان الأب غائبا أو مفقودا أو ميتا وقد أحسن المشرع الجزائري عندما أشرك الأم في مسؤولية الإنفاق على الولد حماية له، ومن باب تعاون الوالدين على ضمان رعايته ولأنهم أولى الناس بحمايته .

-**غيرهما:** لم يحدد القانون في فصل النفقة من يتولى الإنفاق على الطفل بعد عجز الوالدين أو فقدهما هل ينتقل ذلك إلى قرابته من العصبة أو إلى الدولة وكان أولى به أن يحدد ذلك تحديدا واضحا.

ب-حق الطفل في الإيواء:

الواقع أنه لا إشكال في أن حق الطفل في السكن مصون من قبل من تجب نفقته وإيواءه [4]

---

[1] سورة البقرة-الآية رقم 233.

[2] بدران أبو العينين بدران، **حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون** ، مؤسسة شباب الجامعة، مصر الإسكندرية، ص 06.

[3] كمال لدرع، "**مدى الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة الجزائري** "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية-الجزء 39, رقم 01 سنة 2001 ،ص 54.

[4] كمال لدرع، **المرجع السابق**، ص55.

وعليه فإن المشرع الجزائري أولى أهمية بالغة لهذا الحق وقام بحماية الطفل في حال فك الرابطة الزوجية وانفصال الزوجين، لأنه في حالة قيام الزوجية لا يكون هناك إشكال بشأن توفر سكن ملائم للطفل ، وإنما الإشكال يثار عندما نكون أمام حالة الطلاق.

ج- حق الطفل في الميراث والوصية والهبة:

-حق الطفل في الميراث: ان قانون الأسرة الجزائري في مسألة الميراث لم يخرج عما جاءت به الشريعة الإسلامية، لقوله تعالى:"يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين "[1] ،فهي لم تفرق بين الصغير والكبير في التركة، إذ بمجرد ولادة الشخص حيا يأخذ حقه كاملا من الميراث سواء كان ذكرا أم أنثى.

-حق الطفل في الوصية والهبة: قد عرفت المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري الوصية على أنها تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع ما الهبة فعرفتها المادة 202 من نفس القانون بأنها تمليك بلا عوض .

3-حقه في الولاية والوصاية

قانون الأسرة في نصوصه حقوق الطفل في مجال الولاية والوصاية والكفالة

أ. -**الولاية والوصاية على الطفل :**

الولاية والوصاية شرعتا على الطفل لحمايته ورعايته وليس للإضرار به أو إذائه أو التسلط عليه، فللقاضي الحق في عزل الولي أو الوصي إذا أضر كل منهما بالطفل وهو ما يتضح من خلال تحديد مهمة الولي في المادة 88 واذا كان القانون قد أثبت الولاية على نفس الطفل وما له فمن باب الحفاظ على مصلحته ورعاية شؤونه، ومن هنا ينبغي أن ينظر إلى الولاية والوصاية على أنهما حق للطفل وواجب على من يتعين لهما[2] ، ولهذا فإن وظيفة الولي طبقا للمادة 91 تنتهي بموته أو بعجزه أو بالحجر عليه أو بإسقاط الولاية عنه نتيجة الإخلال بها، ويعين القاضي من يقوم بها بعده، والولي والوصي حتى يكونا مؤهلين شرعا وقانونا لابد أن يكونا مسلمين عاقلين، بالغين قادرين على حسن التصرف ويجوز للقاضي أن يعزل كلا منهما إذا تبين له عدم توفر الشروط المذكورة في كل منهما، ولم يحدد المشرع الشروط الواجب توفرها.

[1] سورة النساء الآية 11.

[2] كمال لدرع، **المرجع السابق**، ص57

ب. حق الطفل في كفالة

لكفالة كما عرفها القانون في المادة 116 التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي، ومن اجل ضمان القانون حماية وا كان للطفل ِ المكفول فإنه اشترط أن تكون بعقد شرعي يتم أمام المحكمة أو أمام الموثق، ذا أبوان فتكون برضاهما، أما الكافل فلابد أن يكون مسلما عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته ، ويمكن أن يكون المكفول ولدا أو بنتا معلومة النسب أو مجهولة النسب [1].

أن القانون ضمن حقوق الطفل المكفول وعامله معاملة الطفل الأصلي من حيث ضمان حقوقه في النسب إذا كان معلوما وفي النفقة والإيواء والاسم والمنحة العائلية والدراسية ويحيل الكافل في مرتبة الولي قانون [2].

ومن حق المكفول إذا بلغ سن التميز التخيير بين أن يبقى مع الكافل أو يعود إلى أبويه، أما دون سن التمييز فلابد من إذن القاضي الذي يراعى في ذلك مصلحة المكفول، وتخلى الكافل عنها ِ وفي حالة وفاة الكافل فإن الكفالة طبقا للمادة 125 تنتقل إلى الورثة، ذا وكذا ورثته من بعده فللقاضي أن يسند الكفالة إلى شخص يعينه[3] .

المطلب الثالث: حقوق الطفل العامة (دولته)

يعجز الطفل عن ممارسة حقوقه بنفسه في كثير من الأحيان، أو على الأقل عاجز عن حمايتها، فالأسرة كفيلة بذلك، فان لم توجد أو وجدت ولم تقم بواجبها أو عجزت عنه، جاء دور الدولة التي يجب عليها أن تقوم لنجدة الطفل لاسيما إذا كان محروما.وعليه فان حقوق الطفل على دولته تكمن في الحق في لرعاية الصحية والحق في الظروف المعيشية المقبولة
وكذلك الحق في الرعاية الاجتماعية الحق في تعليم .

الفرع الأول : حق الطفل في الرعاية الصحية

ومن أجل تأمين وحماية حق الرعاية الصحية ونمو الطفل في صحة وسلامة تامتين، قام المشرع الجزائري بوضع مبادئ تكفل هذا الحق بالرجوع إلى دستور 1963 نجده قد جاء خاليا من النص صراحة أو ضمنيا على حق الرعاية الصحية، إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة 11 منه

[1] المادة 119 من ق، ا ،ج.

[2] كمال لدرع، **المرجع السابق**، ص 58.

[3] كمال لدرع، **المرجع السابق**، ص 59.

والتي تنص على موافقة الجمهورية الجزائرية على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 ،نجد أن هذا الإعلان قد نص على حق كل شخص في الرعاية الصحية والوقاية من المرض [1].

دستور 1976 وعلى خلاف الدستور السابق نص صراحة على حق كل مواطن في الرعاية الصحية، وأن هذا الحق مضمون ومجاني، وهو ما يعكس اهتمام الدولة بقطاع الصحة من خلال تكفلها بحماية وصيانة وتحسين مستوى صحة السكان، بالإضافة إلى ذلك فإن نشاط الصحة العمومية يساهم في رقي الإنسان ويمثل الطب المجاني قاعدة نشاط الصحة العمومية في الجزائر [2].

الفرع الثاني : حق الطفل في الظروف المعيشية اللائقة

الحق في ظروف معيشة لائقة هو حق لكل إنسان وعلى كل دولة أن تحافظ على كرامة مواطنيها وتعمل على توفير احتياجاتهم وضمان معيشتهم بكرامة، وأن تضمن لمواطنيها المسكن لضمان رفاه أفرادها كما عليها أن تضمن لهم شروط عمل جيدة.

تضمنت الدساتير الجزائرية الحق في ظروف معيشية لائقة، وضمنتها نصوصها الدستورية، فنجد دستور 1963 قد اعترف بحق كل فرد في حياة لائقة [3]، وهو ما يعكس اهتمام الدولة آنذاك رغم حداثة استقلالها بالظروف المعيشية، أما دستور 1976 أشار إلى مصطلح ظروف المعيشة بشكل صريح وخص الطفولة بقوله تكفل الدولة في نطاق القانون ظروف معيشة المواطنين الذين لم يبلغوا بعد سن العمل [4].

الحماية الدستورية لحقوق الطفل أفضت بنا إلى الوقوف على النصوص الدستورية التي تناولت حقوق الطفل بدءا من دستور 1963 إلى دستور1996 ،وعلى الرغم من قلة هذه النصوص فإنها أسست لمبادئ مهمة تضمن حقوق الطفل الجزائري أهمها التربية والتعليم والرعاية الصحية وظروف المعيشة، والملاحظ أن الدساتير الجزائرية جاءت متباينة في تنظيمها لهذه الحقوق سواء فيما تعلق بموضعها في الدستور أو حتى المصطلحات المستعملة والتي كانت تشهد تراجعا من دستور لآخر في بعض الأحيان وتنظيما وأكثر دقة في أحيان أخرى .

[1] الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، صادقت عليها الجزائر بموجب المادة 11 من دستور 1963 ،المؤرخ في 10 سبتمبر 1963.

[2] المادة 67 من دستور 1976.

[3] المادة 165 من دستور 1963.

[4] المادة 64 من دستور1976.

الفرع الثالث : حق الطفل في الرعاية الاجتماعية

الطفل بحاجة إلى رعاية اجتماعية تكفله عوضا ما حرم منه من رعاية أسرته، وتكون هذه الرعاية الاجتماعية التعويضية بديلة عن رعاية الأسرة، وهذه صورة فريدة من الرعاية الاجتماعية أو ما يسمى بالرعاية البديلة، كفلها المشرع للأطفال المحرومين من رعاية أسرهم التي ينتمون إليه

فان الرعاية الاجتماعية للأطفال قد تكون رعاية مساعدة، تقوم جنبا على جنب مع بقاء الطفل في أسرته يترعرع في كنفها، وفي هذه الرعاية الاجتماعية للطفل من خلال دور الحضانة، ولكن قد تكون الرعاية الاجتماعية تعويضية للأطفال المحرومين من رعاية أسرهم كليا أو جزئيا، وهذه هي الرعاية البديلة. وتظهر الرعاية الاجتماعية في عدة مظاهر

المساعدة المالية والحضانة.

1- المساعدات المالية :

مظاهر الرعاية الاجتماعية للطفل ما يتعلق بالمساعدات المالية التي تقدم له، حيث يجب على الدولة أن تحرص على تهيئة الظروف المادية التي تكفل تحقيق الأمن المادي للطفولة، وهذا ما أكد عليه إعلان حقوق الطفل الصادر عن الأمم المتحدة في المبدأ السادس منه الذي جاء فيه " تتولى الدولة والهيئات المتخصصة الأخرى بذل المعونة المالية التي تكفل إعانة أبناء الأسر الكبيرة العدد ".

2-الحضانة :

دار للحضانة كل مكان مناسب يخصص لرعاية الأطفال الذين لم يبلغوا سن الرابعة، وتقوم دار الحضانة برعاية هؤلاء الأطفال بعض الوقت، أو تقوم بإيوائهم إيواء كامل .

3- الأسرة البديلة :

المشرع الجزائري إلى مشروع الأسرة البديلة، وكان رائده في ذلك توفير العطف والحنان الأسري للطفل الذي حالت ظروفه دون إن ينشا في أسرته الطبيعية، فضلا عن تربيته تربية سليمة، فلم يرد إطلاقا إن ينسب الطفل إلى الأسرة البديلة، أو أن يحدث تبني الطفل، لأنه لا يجوز أن ينسب الطفل إلى غير والديه[1].

وعليه فليس مشروع الأسر البديلة نظاما التبني، ولا يترتب عليه حقوق بنوة وأبوة بين الزوجين في الأسرة البديلة والطفل الذي تكفله هذه الأسرة، وهكذا فان هذا المشروع يقترب إلى ما حث

[1] عصلم أنور سليم ، **حقوق الطفل**، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية، 2001 ص 194.

الإسلام في كفالة اليتيم، حتى أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: " أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا، وقال بإصبعيه السبابة والوسطى " [1] .

الفرع الرابع : حق الطفل في التعليم

التعليم الرسمي أو المتمدرس الذي يعد حقا لكل طفل ويضمنه له القانون مجانا أو إجباريا إلى أن ينال قدرا من التعليم حسب استطاعته العقلية واستعداده الفطري والنفسي[2] ولقد نصت المادة 53 من الدستور على أن ويجسد هذا الحق في تعميم التعليم الأساسي في كل جهات الوطن،كما تعمل الدولة وطبقا لأحكام اتفاقية حقوق الطفل في المادة 38 منها على تطوير شتى أشكال التعليم ، سواء العام أو المهني ، معا إتاحة هذه الفرص لجميع الأطفال ،وكذا اتخاذ ما يلزم لضمان حتى مساعدة المالية عند الحاجة إليه.

[1] صحيح البخاري، دار التراث العربي، المجلد الثاني، ص 52.

[2] بأديس ديابي، **آثار فك الرابطة الزوجية**، دار الهدى الجزائر,2008 ، ص51.

الفصل الثاني

الأساس القانوني للدعاوى الحضانة كحق ترتب عن تبعات الطلاق

تعتبر الحضانة من أهم الحقوق المعنوية للطفل ومن أهم مظاهر رعايته، إذ أن الطفل في بداية حياته في حاجة ماسة لمن يحفظه ويقوم على تربيته ويحميه مما يضره، لأنه في هذه المرحلة يكون ضعيفا عاجزا عن القيام بشؤونه، والوالدين هما أجدر الناس للقيام بهذه المهمة وأي تغيير في البيئة المحيطة بالطفل في السنوات الأولى من عمره تؤثر على وظائفه وقدرته النفسية، لأن هذه الفترة من عمر الطفل ذات أثر كبير في تكوين الملامح الأساسية لشخصيته وما سيكون عليه في رعايته الصحية ونموه الجسماني، وتعليمه وتثقيفه .

المبحث الأول الأثر المدني المترتب عن حق الحضانة ووسائل الحماية القضائية المخولة في شأنه

ويعتبر الأطفال ضحايا الطلاق بحكم هشاشتهم وحاجتهم المفرطة للحماية، وألن الطالق له عواقب وخيمة على المدى القريب والبعيد على مستقبل الأطفال و استقرارهم البد من حمايتهم ورعايتهم رعاية كاملة بحسب نموهم نظرا لما يخلفه الطالق من آثار سلبية، ومن أول المشاكل التي تطرح عند الطلاق ويشتد الخصام حولها بين المطلقين من هو أحق بالحضانة ، وغيرها المشاكل المتعلقة بالمحضون، غير أن اللجوء للقضاء يضع حدا لذلك برفع دعواهما أمام القاضي الذي يفصل في الدعوى بناءا على النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة مغلبا في ذلك مصلحة المحضون فصاحب دعوى الحضانة يكون إما مطالبا بالحضانة لنفسه أو تمديدها أو إسقاطها عن غيره، وبهذا تبرز الدعاوى المدنية المتعلقة بالحضانة والمتمثلة في دعوى إسناد الحضانة.

المطلب الأول: دعوى إسناد الحضانة

الحضانة من أهم الحقوق التي أقرتها القوانين الوضعية للطفل، فهو في حاجة ماسة إلى من يرعاه ويقوم بشؤونه وبكل ما يحفظ حياته ويحقق مصالحه ألن طبيعة الأطفال وظروفهم تستوجب رعايتهم رعاية كاملة بحسب نموهم وتسلسل فترات حياتهم لما بهم من العجز عن التكفل بأنفسهم والقيام بحوائجهم لذلك فهم بحاجة إلى من يرعاهم ويتولى شؤونهم.

الفرع الأول : الإجراءات لدعوى إسناد الحضانة

خصص المشرع الباب الأول من الكتاب الثاني إلى أحكام الإجراءات الخاصة ببعض الأقسام من المادة(862 إلى 022) قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ومنها قسم شؤون الأسرة الذي يعتبر من أهم أقسام المحكمة باعتباره بوابة ألهم المشاكل التي تواجه الأسرة، وقد أواله المشرع

الجزائري اهتماما خاصا بالتعديل الأخير القانون رقم(94/90) المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 60 فبراير 6994 وأفرد لقسم شؤون الأسرة أحكاما خاصة في الكتاب الثاني من المادة(862)إلى الماد(800) بـ 22 مادة وعليه سنتعرف على إجراءات التقاضي في دعاوى إسناد الحضانة .

1-شروط قبول دعوى إسناد الحضانة :

إذا أراد أي شخص أن يقيم دعوى أمام المحكمة ليطلب منها أن تفصل في نزاع قائم بينه وبين غيره حول حق يزعم أنه هو صاحبه ال يكفيه معرفة المحكمة المختصة بالفصل في موضوع طلبه وال في معرفة الطريقة التي أوجبها القانون إتباعها لرفع الدعوى، بل يجب أيضا أن تتوفر في كل من المدعي أو المدعى عليه أو في الدعوى ذاتها ومن هذه الشروط الواجب توافرها لقبول إقامة الدعوى أمام المحكمة ما نصت عليه الماد 12 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون"إذن حتى تكون الدعوى مقبولة الشكل في القانون الجديد يجب توافر شرط صفة وشرط المصلحة ومنه فإن الأهلية بمفهوم أحكام المادة 12 المذكورة ليست شرطا من شروط قبول الدعوى،و إنما هي صالحية الشخص بمباشرة الدعوى القضائية[1].

أ.شرط المصلحة : المصلحة هي مناط الدعوى، فهي الأساس في قيام الحق في الدعاوى وهي الفائدة المشروعة من رفع الدعوى فال دعوى بغير مصلحة.

فالمصلحة في دعوى إسناد الحضانة هي الحصول على حكم يضمن حماية مصلحة المحضون من جهة وحماية حق الحاضن في طلب الحضانة من جهة أخرى باعتباره حق أقره قانون الأسرة وعدم توفر شرط المصلحة يؤدي حتما إلى عدم قبول الدعوى[2].

ب.الصفة : تلك العالقة المباشرة التي تربط أطراف الدعوى مدعى كان أو مدعى عليهم بموضوع النزاع[3]ومنه فالمطالب بإسناد الحضانة يجوز له التقاضي ما لم تكن له صفة أي يجب أن يكون

[1] يوسف دالندة ،**الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.** ص 24.

[2] يوسف دالندة ،**الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد** (الدعوى القضائية) ،الطبعة الثانية،دار هومة ،الجزائر،ص66-62.

[3] سائح سنقوقة،**شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية**،الجزء الأول ،دار الهدى ،عين مليلة ،الجزائر،ص80.

من الأشخاص المذكورين في نص المادة(28) من قانون الأسرة ويجب أن تكون له مصلحة أي المطالبة بحق يعترف به القانون ويحميه إلا وهو الحضانة.

2- حالات إسناد الحضانة

اللجوء إلى دعوى إسناد الحضانة في الحالات التالية :

أ.انحلال الرابطة الزوجية

موضوع الحضانة من بين المسائل الجدية التي ينظر فيها القاضي بمناسبة دعوى طالق بإرادة منفردة من الزوج في المادة (84) من قانون الأسرة أو في حالة الطالق بالتراضي أو بطلب من الزوجة إما تطليقها حسب إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة (02) من قانون الأسرة الجزائري، أو خلعها طبقا للمادة (08) من ذات القانون، أي أنه متى تم فك الرابطة الزوجية ألحد الأسباب المذكورة سابقا يكون القاضي ملزما بالفصل في أمر حضانة الوالد وهذا ما أكدته المجلس الأعلى في قراراتها و منها، "إن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي بأن الحق في السكن يحكم به في الوقت الذي يحكم فيه بالطالق والحضانة وهو من اختصاص قاضي الطلاق حسب المادة (497) من القانون المدني [1].

الحضانة تكون دعوى تبعية تثار تبعا لدعوى الطالق بطريقة شفهية أو كتابية أثناء إجراءات المرافعات ويقع الفصل فيها مع الفصل في دعوى الطالق وبحكم واحد.

الفصل في هذه الدعوى يترتب جملة من والواجبات التي تقع على كل واحد منهما، حيث يتضمن الحكم الصادر في دعوى الطالق التصريح بالتفريق بين الزوجين بطلقة بائنة، وما فرض للزوجة المطلقة من نفقة إهمال ونفقة العدة والمسكن إن اقتضى الأمر وتعين من تسند له الحضانة تقدير أجرة السكن وتنظيم حق زيارة المحضون لمن يمنح له نفس الحق وكذلك الفصل في النزاع القائم حول المتاع بين الزوجين وهذا طبقا لحكم المادة 22من قانون الأسرة[2] كما أجاز المشرع استئناف الأحكام الصادرة في الحضانة خالفا للأحكام المتعلقة بالطلاق وبالخلع أو التطليق، وذلك ما نصت عليه المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري تكون الأحكام الصادرة.

[1] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1042/91/12 ، في الملف نقل عن: العربي بلحاج قانون الأسرة، مع تعديلات الأمر50/50" و معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة "،الطبعة الثالثة،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،ص220.

[2] الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،ص 120.

جاز المشرع استئناف الأحكام الصادرة في الحضانة خالفا للأحكام المتعلقة بالطالق وبالخلع أو التطليق، وذلك ما نصت عليه المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري" تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطالق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف.

الحكم الصادر في دعوى الطالق هو حكم قطعي، على أنه يحسم النزاع في شق من موضوعه، وهو ما يتعلق بحل الرابطة الزوجية، أي بالطالق .وأما الشق الثاني منه وهو ما ينصب على المسائل المادية من نفقة ومسكن وحضانة وحق زيارة المحضون أو المتاع فيكون الحكم فيها بما يتفرع عن إيقاع الطالق، حكما ابتدائيا قابلا للطعن[1].

ب.حالة الوفاة أو الفقدان:

الحضانة في الحالة الأولى تكون بالتبعية لدعوى الطالق، بينما في مثل هذه الحالة تكون دعوى إسناد الحضانة أصلية وذلك في حالة وفاة من أسندت له الحضانة أو فقدانه، فيكون من حق أي شخص آخر تتوفر فيه الشروط الشرعية والقانونية أن يقيم دعوى أمام المحكمة يطلب فيها إسناد الحضانة له، سواء كان هو أحد الزوجين أو غيرهما لذلك كيفما كانت قرابة طالب الحضانة بالمحضون فإنه يتعين على من يرغب في استصدار حكم له بالحضانة أن يقدم تصريحا شفهيا أو عريضة كتابية موقعة منه أو من محاميه إلى رئيس كتابة الضبط يبين فيها قرابته من المحضون ويذكر فيها عنوانه وهويته وعنوان وهوية الطرف المقابل، و يوضح فيها الأسباب والمبررات التي دفعته إلى طلب الحضانة بعد وفاة الحاضن الأول أو إسقاطها عنه، ثم يقدمها إلى رئيس مكتب الضبط مرفوقة بوصل دفع الرسوم القضائية وبكل الوثائق التي يمكن أن تساعد وتدعم طلبه.

3- التدابير الاستعجالية

لقد نصت المادة 02 مكرر من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر 96/90 لسنة 2005، على إقرار إجراءات جديدة ، حيث جاء فيها أنه يجوز للقاضي أن يفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة، الزيارة و المسكن [2].

[1] غوثي بن ملحة،**المرجع السابق**، ص110 -169.

[2] عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد**، دار هومة،الجزائر،2007، ص 100.

التدابير استعجاليه هي تلك الإجراءات والتدابير المؤقتة ،و التي تتعلق بقضايا التي تحمل البطء و التأخير في الفصل لتعلقها بحقوق شخصية إلى تقبل التنازل أو الإهمال[1].

الفرع الثاني: ضوابط إسناد الحضانة

مراعاة مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة ألنها شرعت من أجل رعايته وتربيته وذلك من خلال دور القاضي الذي يجب عليه التحقق عما إذا كان طالبها تتوفر فيه شروط استحقاقها ويحقق الأهداف المرجوة منها، ولهذا التي بد أن نتطرق إلى ضوابط إسناد الحضانة لمعرفة الشروط الواجب توفرها في الحاضن المكلف بالرعاية والاهتمام بالطفل المحضون وترتيب مستحقي الحضانة مع تبيان الآثار المادية المترتبة عن إسناد الحضانة من نفقة ومسكن والآثار المعنوية المتمثلة في زيارة المحضون التي قد تحسم أحيانا إلى باللجوء للقضاء و الفصل في القانونية القائمة كتحديد النفقة والمسكن وزمان ومكان زيارة المحضون.

1 ضوابط إسناد الحضانة

أ. شروط استحقاق الحضانة :

المشرع الجزائري في المادة62 من قانون الأسرة" الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشرط في الحاضن أن يكون أهال لذلك"حيث يتبين من هذه المادة أن المشرع لم يبين بوضوح الشروط التي يجب توفرها في الشخص الذي يمكن أن تسند له المحكمة حق الحضانة كما أنه أجملها في عبارة واحدة .وبما أن تربية الطفل ورعايته تتطلب عناية خاصة وقدرة معينة [2]فإنه يشترط في استحقاقها شروط باجتماعها يمكن الوصول إلى التربية المنشودة وتحقيق المصلحة المراد الوصول إليها، ولتحديد هذه الشروط التي لم يبينها المشرع صراحة ينبغي اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لما نصت عليه المادة 222 من قانون الأسرة التي جاء فيها "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" .

[1] حسين طاهري، **الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ، دار الخلدونية، الجزائر ،ص173.

[2] هدى عصمت محمد أمين، **الحضانة في قانون الأحوال الشخصية والاتفاقيات الدولية** ، دار الكتب القانونية، مصر، ص 109.

فالحضانة تثبت لمن كان أهال لها ذلك بتوافر شروطها، إذ يرى الفقهاء أن هناك شروط عامة البد من توافرها في الرجال والنساء حتى تثبت الأهلية للحضانة بالإضافة إلى شروط يختص بها الحاضن من الرجال أو الحاضنة من النساء.

الأهلية للحضانة تثبت للرجل كما تثبت للمرأة، وإن تقديم حضانة النساء على حضانة الرجال ألنهن بحكم الفطرة والتكوين هن الأقدر على رعاية الصغير ،وألنهن بالمحضون أشفق ولهذا نتطرق الشروط العامة في الرجال والنساء :

-**العقل:** يشرط في الحاضن أن يكون عاقلا حضانة لمجنون أو معتوه والدليل على هذين الشرطين أن كال من الصغير والمجنون والمعتوه في حاجة إلى من يحضنه ويقوم على شؤونه فمن باب أولى يحضن غيره وال يقوم على شؤونه، ولان الحضانة ولاية على نفسه فمن باب أولى لا والية له على غيره[1].

أما القضاء فهو يراعي بالدرجة الأولى مصلحة المحضونين ويعتبرها الركيزة الأساسية إسناد الحضانة وتحقيق المصلحة إنما يرتبط ارتباطا وثيقا بسالمة الحاضن عقليا ،هذا ما ظهر جليا في العديد من الأحكام والقرارات القضائية، حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى من " المقرر شرعا بأن الحكم بالحضانة يجب أن يراعى مصلحة المحضون، وكذا مراعاة شروط جدية تكون متوفرة في الشخص إلي يكلف بالحضانة ومن جملتها أن تكون الحاضنة غير مسنة وسليمة في صحتها البدنية والعقلية" [2].

-**البلوغ : لا** خالف في الفقه على اشتراط البلوغ حتى تتوافر أهلية الحضانة ،لأن الحضانة جزء من الالتزامات التي يصح أن يقوم بها مكتمل بالغ.

أما المشرع الجزائري فإنه حدد السن 10سنة ليكون الشخص أهال لممارسة الحضانة وذلك في المادة89 من القانون المدني،كما خصص نصا منفردا لأهلية الزواج في قانون الأسرة حيث نصت المادة 07 منه " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 10 سنة. وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة.

---

[1] أحمد فراج حسين،**أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق وحقوق الوالد و نفقة الأقارب**، دار الجديدة للنشر ،منشأة المعارف ، الإسكندرية ص 228.

[2] المجلس الأعلى، غرفة القانون الخاص ،قرار بتاريخ 12/22/ 1965في الجزائر نقال عن: العربي لحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 50/50، **المرجع السابق**، ص 224.

أجاز قانون الأسرة الزواج بإذن قضائي عندما التي يتمتع المقبل عليه بالسن القانوني له بعد وذلك لمصلحة أو ضرورة.وتخول المادة 480 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لقاضي شؤون الأسرة القدرة على ترشيد القاصر بأمر و التي ضمن الشروط المنصوص عليها قانون[1].

-**الأمانة** : والأمانة المقصودة صفة في الحاضن يكون أهال للحضانة،وبيئة مصاحبة لحدا أدنى من التربية السليمة للصغير ، فال يثبت حق الحضانة لمن تكن غير أمينة على تربية الصغير وتقويم أخالقه، ويشترط في الأمانة أن لا يكون الحاضن فاسقا[2].

أما بالرجوع لقانون الأسرة فإنه اشترط في الحاضن أن يكون أمينا على أخالق المحضون حيث اشترط حفظ المحضون صحة وخلقا، وهذا شرط يتعين مراعاته ألن القانون اعتبره و نص عليه في المادة 62 من قانون الأسرة، وخالف ذلك يؤدي إلى ضياع المحضون خلقا .

ما موقف القضاء الجزائري فقد تشدد في اعتبار الأمانة شرطا أساسيا في ممارسة الحضانة ويظهر جليا في العديد من قرارات المحكمة العليا، "من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون، ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثالثة لألم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة62 من قانون الأسرة الجزائري.

-**القدرة** : شرط القدرة على الحضانة فألنها والية حفظ ورعاية للمحضون وغير القادر يضيعها فيضيع المحضون، وشرط تحقق الوالية هو تحقق الحفظ فيها، وعلى ذلك لا حضانة الأعمى و أصم وأخرس ومريض [3]. أما المشرع الجزائري فاشترط في الحاضن أن يكون أهال للقيام بذلك في المادة 62 من قانون الأسرة ، ومن ثم فال تكون أهال للممارسة الحضانة كل من كانت عاجزة لكبر سنها أو مرض أو عاهة، وال يعتبر عمل المرأة سببا من أسباب سقوط الحق في ممارسة الحضانة ما لم يضر مصلحة المحضون طبقا لنص المادة 67 من قانون الأسرة. أما موقف القضاء الجزائري حول شرط القدرة فيظهر في العديد من القرارات ومنها " عمل الأم الحاضنة لا

[1] عبد الرحمن بربارة، **المرجع السابق**، ص201.

[2] رشدي شحاتة أبو زيد،شروط **ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية :مكتبة الوفاء القانونية** ، الإسكندرية 2012، ص 219.

[3] كما يشترط في الحاضن السالمة من الأمراض المعدية فال حضانة لمن به مرض معد كالجذام والبرص وما إليها ألنه يخشى انتقالها إلى المحضون .أنظر أحمد فراج حسين ص 228.

يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية [1].

المطلب الثاني: دعوى تمديد الحضانة

الحضانة بالإضافة إلى اعتبارها أثرا من آثار الطالق فإنها كذلك تعتبر مظهرا من مظاهر العناية التي توليها الشريعة الإسلامية للطفولة، وتسند مهمة القيام بها عادة إلى النساء، ، والفصل في مسألة الحضانة في هاته الحالة سيكون فصال في دعوى تبعية وينتج عن ذلك إصدار حكم قضائي بحل الرابطة الزوجية ويتضمن أيضا أهم الآثار القانونية الناتجة عن الطلاق .

الفرع الأول : الأسس الإجرائية لدعوى تمديد الحضانة

دعوى تمديد الحضانة مجموعة من الإجراءات التي يجب على المتقاضي العلم بها وإتباعها عند اللجوء للقضاء ولهذا البد من الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية

1- الاختصاص الإقليمي:

تحدد المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الاختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة تبعا لطبيعة كل نزاع

فحسب المادة 426 فأنه " تكون المحكمة مختصة إقليميا في موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر بمكان ممارسة الحضانة" ، ومنه فالمحكمة المختصة بالفصل في دعوى تمديد الحضانة هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة .

وهذا يعني أنه إذا وقع طالق بين الزوجين وحكمت المحكمة بإسناد حق حضانة الوالد إلى أمهم ضمن نفس الحكم الذي قضى بالطالق ثم انقضت مدة الحضانة المقررة قانونا فلألم الحق اللجوء للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة، وبعبارة أخرى فإن المحكمة المختصة هي المحكمة التي يوجد الطفل المحضون في نطاق اختصاصها قانونا[2].

2 شروط قبول دعوى تمديد الحضانة

شروط قبول الدعوى تتمحور حول تلك الشروط الخاصة بصلاحيتها للنظر فيها و لسماعها وهي شروط متصلة بأركانها وهم المدعي والمدعى عليه والحق في رفعها باعتباره فصالحية

[1] -المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية 2020/07/03 ، المجلة القضائية ،2004 عدد1 ص 262 .

[2] العزيز سعد، **الزواج والطالق في قانون الأسرة الجزائري**، ص 362.

الدعوى للنظر فيها أو سماعها تمهد للنظر في موضوعها ومن ثم إذا لم تتوفر شروط سماع الدعوى فإن المحكمة تتوقف عند عدم قبولها دون النظر إلى إجراءات رفعها وصحة تأسيسها .

ودعوى تمديد الحضانة كغيرها من الدعاوى يشترط لقبولها توفر شروط وهي الصفة والمصلحة، فإذا لم تتوافر هذه الشروط فإن المحكمة لا تبحث موضوع الدعوى وهو تمديد الحضانة وال تصدر فيه حكما بالتمديد أو الرفض، وإنما تحكم بعدم قبولها.

3-سلطة القاضي في تمديد الحضانة

نصت المادة 65 من قانون الأسرة على أنه" تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون"

يتقرر التمديد إلا بحكم قضائي صادر عن المحكمة المختصة بناءا عن الدعوى التي تقيمها الأم ما لم تكن متزوجة مرة ثانية بطلب إبقاء المحضون في حضانتها لوجود مصلحة المحضون في ذلك، ولهذا يجب ترك أمر سن انتهاء الحضانة أو تحديدها لتقدير القاضي ولكن دون أن تقل عن السن المحددة قانونا، ألن طبائع الأطفال تختلف كما أن أجسامهم تختلف قوة وضعفا.[1]

موضوع سلطة اختيار الأصلح للمحضون بإبقائه لدى حاضنته إذا كانت أما، ألنها أقدر على تربيته والعناية به أو ذلك بالبحث عن مدى تحقق مصلحة المحضون في تمديد مدة الحضانة من خلال ظروف القضية المعروضة والشروط المطلوبة .

الفرع الثاني الأسس الموضوعية لدعوى تمديد الحضانة

رعت الحضانة لمصلحة المحضون، فمدتها تتحدد بقدر حاجته إليها تحقيقا لمصلحته وتنتهي هذه المدة بانتفاء الحاجة إليها وذلك عند استغناء المحضون عن حاضنته، وذلك بقضاء حاجته وشؤونه بنفسه، وهذا الاستغناء أي استغناء المحضون عن حاضنته يعرف ببلوغ المحضون سنا معينة تصلح أن تكون قرينة على ذلك مع اختلاف في السن بين الذكر والأنثى .

[1] محمد مصطفى شلبي، **المرجع السابق**،ص283

1-مدة الحضانة :

2- المقصود بمدة الحضانة الفترة الزمنية ما بين بدايتها ونهايتها، وهي تبدأ منذ حاجة الطفل إليها أي من وقت والدته حيا تفق الفقهاء بأن الحضانة على الصغار تبدأ منذ الوالدة، واختلفوا في الوقت الذي تنتهي فيه حضانة النساء على الصغار حال افتراق الزوجين [1]

أ. الموقف الفقهي حول مدة الحضانة :

اتفق الفقهاء بأن الحضانة على الصغار تبدأ منذ الوالدة، واختلفوا في الوقت الذي تنتهي فيه حضانة النساء على الصغار حال افتراق الزوجين [2] وذلك على النحو التالي:

-فعند الحنفية: الحاضنة أً ما أو غيرها أحق بالغلام حتى يستغني عن خدمة النساء، ويستقل بنفسه في الأكل والشرب واللبس و الاستنجاء، وقدر زمن استقلاله بسبع سنين؛ ألنه في الغالب لقوله صلى هللا عليه وسلم" مروا أولادكم بالصلاة لسبع"، والأمر بها لا يكون إلا بعد القدرة على الطهارة، وقيل بتسع سنين [3].

-عند المالكية: ذهب المالكية أن الحضانة للصبي حتى البلوغ ، وللبنت إلى أن تنكح ويدخل بها زوجها [4]

-عند الشافعية: أن الأم أحق بالغلام إلى سن التمييز، فإذا ميز خير بين الأبوين والذكر والأنثى في ذلك سواء [5].

-عند الحنابلة: قالوا مدة الحضانة سبع سنين الذكر والأنثى، ولكن إذا بلغ الصبي سبع سنين وتفق أبواه أن يكون عند أحدهما فإنه يصح ، وإن تنازعا خير الصبي فكان مع من اختار منهما [6].

---

[1] نور الدين أبو لحية، الزواج و الطالق و حقوق ألوالد الصغار،دار الكتاب الحديث،القاهرة2009 ص 101.

[2] نور الدين أبو لحية، الزواج و الطالق و حقوق الوالد الصغار،دار الكتاب الحديث،القاهرة،6990،ص191.

[3] وهبة الزحيلى، الفـ**قه الإسلامي وأدلته،وأدلته**، 2007، ص286.

[4] نصر سلمان ، سعاد سطحي،**أحكام الطالق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع قانون الأسرة** (،دار الهدى،عين مليلة)2003ص209

[5] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان ، **لحضانة و آثارها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي**،دار الجامعة الجديدة الازاريطة 2008،ص 45.

[6] عبد الرحمن الجز يري، **الفقه على المذاهب الأربعة** ،دار الكتب العلمية ،بيروت،لبنان ،1990،ص 299

ب.موقف القانون الجزائري حول مدة الحضانة

تكون للحضانة مدة معينة تنتهي بعد بلوغها، ألن المحضون التي يبقى صغيرا غير مميز وغير مستغني عن خدمات الحاضن، وكذلك من الطبيعي أن تختلف أيضا مدة حضانة الأنثى عن مدة حضانة الذكر لتباين التكوين النفسي والعقلي والجسدي لكل واحد منهما، هذان الاعتباران بني عليهما المشرع الجزائري أساسه القانوني وخرج بقاعدة تتمثل في أن حضانة الذكر تقتضي مدتها ب19 سنوات والأنثى بسن الزواج أي 10 سنة طبقا للمادة السابعة المعدلة من قانون الأسرة .

وما يلاحظ أن ما ورد في هذه المادة هو الأقرب للمذهب المالكي الذي حدد إنهاء سن الحضانة للذكر بالبلوغ، وال شك أن في إعطاء سلطة التقدير للقاضي في تمديد سن الحضانة إلى 12سنة يتماشى مع شرط البلوغ الذي قال به المالكية، إذ أن سن البلوغ يختلف من منطقة لأخرى بسبب الحرارة والبرودة، فتكون الفترة الممتدة بين 19 و12 سنة فترة للبلوغ، وذلك بحسب تغير المناخ، أما بالنسبة للأنثى فقد حدد انتهاء سن الحضانة لها ببلوغها سن الزواج، بينما نجد المذهب المالكي لم يكتف بذلك بل اشترط أن يتم الدخول [1]

1-تمديد الحضانة

ونظرا ألن متغيرات الواقع لأن تفرض نظرة جديدة لسن الحضانة فليس مناط تمديد مدة الحضانة هو قدرته على القيام بخدمة نفسه إنما الطفل في10 العاشرة من عمره مازال في مرحلة الابتدائي، وال يتصور نزع الابن أو الابنة من حضانة الأم، ومن محيطه الدراسي و الاجتماعي ونقله إلى مجتمع آخر بدون أن يؤثر هذا تأثيرا سلبيا على استمراره في العملية التعليمية باستقرار يؤدي إلى النجاح وبدون أضرار نفسية من هذا التحول وهو في هذه السن الصغيرة[2] .

لذا أجاز المشرع للقاضي تمديد حضانة الذكر إلى 12 سنة وغايته من ذلك تقديم ما فيه الأفضل والأكمل لرعاية الصغير ودفع الضرر عنه مراعاة لمصلحته، فإذا رغب الحاضن بالاستمرار في حضانة المحضون تعين عليه التمسك بهذا الحق.

[1] نصر سلمان ، سعاد سطحي، ، **سعاد سطحي،أحكام الطالق في الشريعة الإسلامية** ،2003 ص266.

[2] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان،**المرجع السابق**، ص22

المطلب الثالث :دعوى إسقاط الحضانة

كانت تربية الطفل تتطلب عناية خاصة ومقدرة معينة شرط المشرع أن يكون الحاضن أهل للقيام بذلك لتحقيق الأهداف المرجوة منها لصالح المحضون والوصول إلى تلك التربية المنشودة ، ولذلك ينبغي من طالبها أن تتوفر فيه شروط استحقاقها وللقاضي التحقق من مدى توافر هذه الشروط من خلال الوقائع المعروضة عليه فإذا اجتمعت أسندت الحضانة لطالبها أما إذا تخلف شرط منها أسقطت الحضانة عنه ألن بفقدان واحد منها يتطرق الخلل لتربية الصغير.

الفرع الأول : الأسس الإجرائية لإسقاط الحضانة

إجراءات القانونية لإسقاط الحضانة لن يكون أمرا تلقائيا بل لابد من حكم قضائي إذا كانت تتعارض مع مصلحة المحضون

1-شروط قبول دعوى إسقاط الحضانة

يقصد بشروط قبول الدعوى هو البحث في قبول الدعوى من حيث المبدأ، إذ أنه إذا كان حق إقامة الدعوى مكفول للناس كافة إلا أن ذلك منوط بشروط معينة بمعنى أنه إذا لم تتوافر هذه الشروط فإن المحكمة تبحث موضوع الدعوى وال تصدر حكما بالرفض أو بالإجابة وإنما تحكم بعدم قبولها، ولهذا فالبحث في قبول الدعوى بحث سابق على بحث موضوعها ولذلك فإن الحكم بعدم قبول الدعوى ليس حكما في موضوع النزاع [1].

أ.شرط الصفة ما للشخص من شأن في الدعوى يجيز له التقاضي بالمخاصمة في موضوع الدعوى،والقاعدة العامة أن أصحاب الحقوق هم ذوو الصفة في المخاصمة عنها أمام القضاء[2] ، وعليه يشرط في طالب إسقاط الحضانة أن يكون ذي صفة حتى يتمكن اللجوء للقضاء والمطالبة بإسقاط الحضانة، ألن شرط الصفة مستوجب توافره لقبول وصحة الدعوى وسماعها .ويكون المدعي ذا صفة في المطالبة بإسقاط الحضانة إذا كان من مستحقي الحضانة والمذكورين في نص المادة 64 من قانون الأسرة [3].

ب. شرط المصلحة : يقصد بالمصلحة الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى إذا انتقلت تلك المصلحة لفائدة رافعها، فال تقبل دعواه والهدف المتوخى من رفع النزاع أمام العدالة والمطالبة

[1] عمارة بلغيث، ،**الوجيز في الإجراءات المدنية** ، عنابة ، 2002 ص11.

[2] يوسف دالندة ،**المرجع السابق** ، ص26.

[3] سائح سنقوقة، ،**شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية** ، عين مليلة ، الجزائر 2011، ص42.

بإسقاط الحضانة هو حماية مصلحة المحضون كلما كانت مصلحته في خطر نتيجة شرط من الشروط الواجب توافرها في الحاضن أو حلول سبب من الأسباب التي يسقط فيها حق الحضانة عن صاحبه وعليه، سيصبح من حق أي شخص تتوفر فيه الشروط الشرعية والقانونية أن يقيم دعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة ويطلب منها إصدار حكم بإسقاط حق الحضانة على من كانت قد حكمت له بها، ثم يطلب في نفس الوقت إسنادها إليه هو نفسه بعد أن يكون قد قدم للمحكمة أسباب سقوط الحضانة على غيره وشروط إسنادها إليه شخصيا حيث يجوز ألحد أن يطلب إسقاط الحضانة على الغير من أجل طلب الحكم بإسنادها إلى الغير [1].

2- سلطة القاضي في دعوى إسقاط الحضانة:

حق الحضانة لا يثبت للحاضن بصفة مؤبدة، وإنما هو أداء أوجبه القانون، فإن قام به الحاضن كما أمره القانون بذلك بقي له إلى أن يبلغ المحضون السن القانونية لنهاية الحضانة، وإن أخل بالالتزامات المتعلقة بالحضانة أو فقد شرطا من شروط أهلية الحضانة وجب إسقاطها عليه[2] وتسقط الحضانة إذا وجد مانع من استحقاقها والقانون حدد موانع وأسباب سقوط استحقاق الحضانة في عدة مواد مابين المواد 66 إلي 70 من قانون الأسرة فيتحتم على كل شخص يتمسك بإحدى المسقطات وفقا لما هو منصوص عليه قانونا أن يقدم كافة الأدلة المثبتة أن الحاضن أصبح غير أهل لذلك والمحكمة من جانبها تتريث وال تحكم بالإسقاط إلا إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك ، ونظرا لتعلقها بمصلحة المحضون فعلى كل من يدعي تحقق سبب من أسباب إسقاط الحضانة أن يثبت أمام القضاء أن الحاضن أصبح غير أهل لممارسة الحضانة .

الفرع الثاني : الأسس الموضوعية لدعوى إسقاط الحضانة

لأن تربية المحضون تتطلب رعاية وعناية خاصة ومقدرة معينة لدفع كل ما يلحق به من ضرر، وهذا ألن الحضانة شرعت لمصلحة المحضون من أجل حمايته وحفظه صحة وخلقا فإذا لم يحقق من أسندت إليه الأهداف الموجودة من الحضانة فال بد من إسقاطها عليه وإسنادها لمن هو أحق بها، و لا يتم ذلك إلى بإصدار حكم قضائي يقضي بإسقاط الحضانة متى توفر سبب من أسبابها.

[1] عبد العزيز سعد،الزواج والطالق في قانون الأسرة الجزائري ،**المرجع السابق**، ص251

[2] -العربي بلحاج،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،**المرجع السابق**، ص388.

1-أسباب سقوط الحضانة :

أ.الزواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون:

شروط استحقاق الحضانة إلا تكون الحاضنة متزوجة من أجنبي وهذا ما نصت عليه المادة 66 من قانون الأسرة بقولها" يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون" وعليه فإن كانت المرأة متزوجة بأجنبي عن الصغير أو كانت متزوجة بغير ذي رحم محرم له فال حق لها في الحضانة أما إذا كانت متزوجة بقريب محرم للصغير كعمه فال يسقط حقها فيها ، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2005/07/13،ذا كان القاضي قد أعطى الترتيب الأول الأم في حضانة أو والدها، إلا أنه نص أيضا على إسقاط هذا الحق إذا تم زواجها بغير قريب محرم[1].

ب.التنازل عن الحضانة :

استقر جمهور الفقهاء على أن للحضانة حقوق ثالثة حق المحضون وحق الحاضنة، وحق الأب وأن هذه الحقوق الثالثة إذا تعارضت قدم حق الصغير المحضون لمصلحته، ومؤدى هذا أجازوا للحاضنة التنازل عن حقها في الحضانة ما لم تعين هي وحدها للحضانة، بأن التي يوجد حاضنة غيرها أوجدت الحاضنة التالية لها ورفضت الحضانة، أو كان الأب فقيرا إلي يمكنه أن يدفع أجر حاضنة غير الأم الحاضنة.

المشرع الجزائري أقر للحضانة حق التنازل عن الحاضنة إذا لم يكن ذلك مضرا بمصلحة المحضون بشرط وجود حاضن آخر تسند له الحضانة ويكون أهال لذلك ، وهذا ما قضى به المجلس الأعلى في قراره المؤرخ في 1989/03/27 بأنه " من المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم عن حضانة أو والدها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم فإن لم يوجد فإن تنازلها التي يكون مقبولا وتعامل معاملة نقيض قصدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا أحكام الحضانة.

[1] -المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2005/07/13 جمال لسايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2،المرجع السابق، ص1462.

ب. سقوط الحضانة عن اختلال أحد شروطها:

يسقط حق استحقاق الحاضنة للحضانة إذا اختلت شروط الحضانة، وهذه الشروط حددتها المادة 62 من القانون الأسرة[1] ، كما يسقط أيضا بواجبات الحضانة المنصوص عليها في المادة 62 من القانون الأسرة سواء تعلقت بأهلية الحاضن أم اتصلت بالالتزامات المتعلقة بالحضانة أي التربية والرعاية الصحية والخلقية وللمحكمة في هذه الحالة أن تأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون وهذا حسب المادة 67 فقرتين 01 و 03 من نفس الأمر [2].

وقد ذهب المجلس الأعلى في هذا الخصوص بتاريخ 1984/07/09، بأنه" من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي لما كان ثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون بنائها ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الوالد لها وهي على هذا الحال حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية"[3].

ت. سقوط الحضانة عند الإقامة في بلد أجنبي

إذا أراد الشخص الذي صدر حكم الحضانة لصالحه أن يستوطن في بلد أجنبي خارج الوطن الجزائري فإن حقه في الحضانة إلى يسقط إذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون تتطلب أن يبقى مع حاضنته حيث أنه في مثل هذه الحال يجوز للقاضي إثبات حق الحضانة للحاضن ولو خرج به إلى بلد أجنبي وهذا هو معنى ما نصت عليه المادة 69 من قانون الأسرة أما إذا أنتقل الحاضن بالمحضون من بلد إلى بلد داخل الوطن من شماله إلى جنوبه أو بالعكس فال مجال للحديث عن السقوط[4].

وفي قرار آخر مؤرخ في 1995/11/21 بقولها" إن إقامة الأم بالخارج سبب من أسباب سقوط الحضانة عنها وإسنادها للأب لأنه يتعذر على الأب الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج وكذا حق الزيارة وذلك لبعد المسافة[5].

---

[1] أحمد نصر الجندي،شرح قانون الأسرة الجزائري، **المرجع السابق** ص 156.

2 سليمان ولد خسال، **الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري** ،**الطبعة الثانية** ، الأصالة والنشر ،الجزائر 2012 ، ص187.

-[3]المجلس الأعلى للقضاء،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1984/08/07،

[4] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، **المرجع السابق**، ص 186.

[5] لمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1995/11/21.

2-عودة الحضانة إلي مستحقيها

نصت المادة 71 من قانون الأسرة على أن " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري" ويتضح من هذه المادة أنه إذا سقط حق الحضانة بالنسبة للحاضن ليست من الأسباب القانونية، كأن يكون غير قادر على رعايته وحمايته وضمان العناية به صحيا وخلقيا فإن حق الحضانة سيعود إليه إذا توافر لديه السبب الذي كان ينقصه وأثبت ذلك للمحكمة أما إذا كان سبب سقوط الحضانة ناتجا عن تصرف الحاضن بناءا على رغبته واختياره فإن حق لحضانة وفقا لنص المادة 71 من قانون الأسرة سوف لن يعود إليه أبدا بعد سقوطه[1] بمعنى أن القانون يقصد عودة الحضانة إذا زال المانع الإجباري الذي دخل إرادة الحاضنة فيه، أما الذي لإرادتها دخل فيه إذا زال المانع لا تعود الحضانة بزواله[2]

المبحث الثاني: الأثر الجزائي المترتب عن حق الحضانة ووسائل الحماية القضائية المخولة في شأنه

تكريسا و تدعيما لمبدأ حماية مصلحة المحضون ، نص قانون العقوبات الجزائري على مجموعة من الجرائم تتعلق بمخالفة أحكام الحضانة و اشتملت على مؤيدات لضمان احترام هذه الأحكام،و تعد أداة فعالة و وسيلة لضمان المحافظة على مصداقيتها و تنفيذها، وهي في نفس الوقت الأداة و منه سنتناول هذا الموضوع بالكلام عن جريمة عدم تسليم الطفل إلى حاضنه، جريمة خطف الطفل المحضون من حاضنته، و جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم .

المطلب الأول: عدم تسليم الطفل قضي في شأنه حضانته بحكم قضائي

و هي الصورة المنصوص و المعاقب عليها بموجب المادة 328 قاع ج التي تنص على أن يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة و بغرامة من 500 إلى 5.000 دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به ."...و تقوم هذه الجريمة بتوافر شروط أولية و ركن مادي و ركن معنوي".

1 العربي بلحاج ،**الوجيز في شرح انون الأسرة الجزائري**،الزواج والطلاق : ،ص 390.

[2] أحمد نصر الجندي،شرح قانون الأسرة الجزائري، **المرجع السابق**، ص158.

الفرع الأول : الشروط الأولية

1-**المحضون القاصر:** فمادام الأمر يتعلق بالحضانة فالمرجع يكون لقانون الأسرة لتحديد مفهوم القاصر استنادا إلى انقضاء الحضانة و بالتحديد إلى نص المادة 65 قا أ ج، ومنه فإن القاصر الذي يقصده المشرع هنا هو من بلغ سن السادسة عشر للذكور والتاسعة عشر للإناث

2-**حكم قضائي:** قيام هذه الجريمة يجب أن يكون هناك حكم سابق صادر عن القضاء، و يتضمن إسناد حق الحضانة إلى من يطالب بتسليم الطفل إليه، و قد يكون حكما مؤقتا أو نهائيا، و لكن يجب أن يكون نافذا كما هو الشأن بالنسبة للأوامر القضائية المشمولة بالنفاذ المعجل و هكذا قضت المحكمة العليا بعدم قيام الجريمة لكون الحكم القاضي بإسناد حضانة الولدين لأمهما غير مشمول بالنفاذ المعجل و غير نهائي كونه محل استئناف[1].

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

كما يجب أن يكون هذا الحكم صادرا عن القضاء الوطني، أما إذا كان صادرا عن جهة ما من جهات القضاء الأجنبي، فلا يجوز الاستناد إليه إلا إذا كان مصادقا عليه و ممهورا بالصيغة التنفيذية وفقا للمادة 325 من قانون الإجراءات المدنية، و هذا ما جاء به قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد في مادته 605 ب أو وفقا للاتفاقيات الدولية الثنائية أو الجماعي.

الفرع الثاني :عناصر الجريمة

أول ركن يشترطه القانون لقيام الجريمة هو عنصر الامتناع ذاته، و هو إن كان يعتبر موقفا سلبيا من الممتنع، إلا أنه مع ذلك يكون أهم عناصر هذه الجريمة، و لولاه لما أمكن قيام هذه الجريمة، أو متابعة المتهم و لا معاقبته بشأن، و الامتناع يتم إثباته بواسطة المحضر بعد إتباع إجراءات التنفيذ . إضافة إلى ذلك يجب أن يثبت أن الطفل المطلوب تسليمه موجود فعلا و حقيقة تحت سلطة المتهم الممتنع.

كما تقتضي هذه الجريمة توافر الركن المعنوي، و الذي هو توافر القصد الجنائي المتمثل في علم الجاني بالحكم القضائي و نيته في معارضة تنفيذ هذا ا الحكم، و تطرح هذه المسألة عدة إشكالات، فكثيرا ما يتمسك من يمتنع عن تسليم الطفل بعدم قدرته على التغلب على عناد الطفل و إصراره على عدم مرافقة من يطلبه. و قد استقر القضاء الفرنسي على رفض هذه الحجة، و

[1] قرار المحكمة العليا، الغرفة الجزائية 1996/06/16 ، ملف رقم 132607

قضي بأن مقاومة القاصر أو نفوره من الشخص الذي له الحق في المطالبة به لا يشكلان فعل بررا و لا عذرا قانونيا[1].

و بالمقابل لا تقوم الجريمة إذا لم يتوفر الركن المعنوي لدى المتهم، فمثلا إذا لم يقم الشخص الذي صدر الحكم ضده بتسليم طفل تنفيذا لحكم بإسناد الحضانة مستندا في ذلك على ترخيص من المحكمة لمدة معينة، فلا تقوم الجريمة خلال كل هذه الفترة المسموح بها، و قد أكدت المحكمة العليا ذلك عندما قالت أنه:" متى كان مؤدى نص المادة 328 قاع ج هو أنه :" يعاقب بالحبس و الغرامة الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بموجب حكم، إلى من له الحق في المطالبة، ومن تم فإن أب القاصر الذي تحصل بطلب منه على أمر رئيس المحكمة يسمح له بمقتضاه أن يحتفظ بابنه لمدة 15 يوم لا يعد مرتكبا لهذه الجريمة، و أن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون"[2].

المطلب الثاني:جريمة اختطاف المحضون من حاضنته

إن هذه الجريمة لها علاقة بالجريمة السابقة، لما لهما من اشتراك في الموضوع و في الهدف، و لما لهما من اشتراك في الخضوع إلى عقوبة موحدة، إذ أضافت المادة328 السابقة الذكر:"... و كذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى و لو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف ". بالإضافة إلى أن الهدف الأساسي لكل منهما هو حماية مصلحة المحضون و الحاضن.

الفرع الأول: العنصر المادي للاختطاف

إن العنصر المادي لجريمة اختطاف المحضون من حاضنه عنصر أساسي، يتمثل في عدة صور أو عدة حالات، و كل حالة منها تكفي وحدها لقيام العنصر المادي، وهذه الحالات هي :

- اختطاف المحضون ممن أسندت إليه مهمة حضانته.
- اختطاف في الأماكن التي يكون الحاضن قد وضعه فيها مثل المدرسة، ودار الحضانة و ما شابها

[1] أحسن بوسقيعة **المرجع السابق**، ص 176.

[2] القرار المحكمة العليا ، الغرفة الجزائية ، 1986 ، ص36 .

- و أيضا تكليف الغير بحمل المحضون وخطفه أو إبعاده عن المكان الموجود به لسبب من الأسباب.

و لا يتم توافر هذا العنصر إلا بتحقيق النتيجة و هي اختطاف المحضون فعلا سواء مباشرة أو بواسطة الغير.

و إذا كان الاختطاف قد وقع بواسطة شخص أو عدة أشخاص لصالح شخص معين هو الأب مثلا أو الأم، فإن الشخص الذي وقع الاختطاف لفائدته و بناءا على طلبه يعتبر فاعل أصلي، و أن الشخص الذي قام بالخطف و الإبعاد و نفذ ما طلب منه يكون شريكا في الجريمة.

الفرع الثاني : توفير الحكم القضائي

سبقت الإشارة إلى هذا العنصر كعنصر من عناصر تكوين الجريمة السابقة، و لا بد من توفره أيضا في هذه الجريمة، و ذلك لأن الشخص المخطوف منه الطفل لا يستطيع أن يزعم بأن هذا الطفل له حق حضانته و حق المطالبة باسترداده ممن خطفه منه إذا لم يستند في طلبه إلى أساس قانوني يدعمه حكم قضائي قابل للتنفيذ

فإن القانون يعاقب على مجرد فعل الخطف للمحضون ممن وكلت إليه حضانته، دون أن يعير أي اهتمام للغرض أو الهدف من الاختطاف و لا للوسائل التي تتم بواسطتها عملية الاختطاف أو الإبعاد، و تبقى النية هنا مفترضة و مستخلصة من تجاوز المتهم لحكم الحضانة و تحديه له.

الخاتمة

الخاتمة

مستقبل الأسرة والمجتمع الجزائري مرتبط بضمان حقوق الطفل والسهر على حمايتها بداية من الأسرة التي تمثل اللبنة الأولى لنشوء هذا المخلوق الضعيف.

ونظرا للضغوطات والمسؤوليات المتسعة الملقاة على عاتق الأسرة الحديثة فقد أدت إلى خلل في وظائفها الاجتماعية والأوضاع المزرية. فخرج الأطفال إلى الشوارع بحثا عن العمل وتسرب العديد من المدارس وجنوح البعض الأخر، واستغلال الأطفال في أنشطة غير مقبولة اجتماعيا ولا أخلاقيا.

ومع انضمام الجزائر إلى اتفاقية حقوق الطفل و إدراجها ضمن التشريعات الوطنية للبلاد إلا حرصا منها على سلامة الطفل وتوفير الحماية و الأزمة له وضمانة حقوقه، والتي كرستها في قوانينها الداخلية بدءا من قانون الأسرة الذي يكفل هذه الحقوق وصولا إلى قانون العقوبات الذي يوقع العقاب والجزاء على كل من تسوله نفسه إلحاق الأذى بفئة الطفولة.

كن الجانب القانوني وحده لا يكفي للحد من وقف الضرر الذي يلحق بالأطفال يوميا. بل لابد من تضافر جهود الدولة والجمعيات المعنية بحماية الطفل وحقوقه والأسرة مع الأخذ بعين الاعتبار الجوانب الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تؤثر على سلوك وتدفع به إلى الجنوح والغوص في عالم الإجرام.

حماية الطفل خاصة على مستوى العائلة نفسها ثم المحيط الذي يلعب فيه ثم المسجد والمدرسة وتكثيف الرقابة على كل وسائل الإعلام والاتصال بمختلف أنواعها خاصة شبكة التواصل الاجتماعي التي أصبحت في الآونة الأخيرة وسيلة لارتكاب الجرائم التي تمس بالطفل .

وانضمام الجزائر إلى اتفاقية حقوق الطفل، والتوقيع عليها في 23 ديسمبر 1992، وإدراجها ضمن التشريعات الوطنية للبلاد، إلا حرصا منها على سلامة الطفل وتوفير الحماية اللازمة له وضمانة حقوقه، والتي كرستها في قوانينها الداخلية، بدءا من قانون الأسرة الذي يكفل هذه الحقوق وصولا إلى قانون العقوبات الذي يوقع العقاب والجزاء على كل من تسول له نفسه إلحاق الأذى بفئة الطفولة.

وبالتالي فإن الحماية القانونية للطفل وإن حظيت باهتمام قانوني، إلا أنها لم تحقق الحماية المتوخاة منها على أرض الواقع، ولم تصل إلى المستوى الذي نطمح إليه،

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

القران الكريم ورش

الأحاديث النبوية

الكتب باللغة العربية:

1) منتصر السعيد حمودة" حماية حقوق الطفل في القانون الدولي العام والإسلامي" دار الجامعة الجديدة 2007.
2) حسنين المحمدي بوادي" حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي" سنة 2005 .
3) ابن شيوخ دندوني "موجز المدخل إلي القانون" نظرة العامة للفنون والنظرية العامة للحق وفي تطبيقاتها للتشريع الجزائري، منشورات ، دحلب،الجزائر 1992.
4) محمد سعيد رمضان البوطي" ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية" الدار المتحدة للطباعة والنشر سوريا،1987.
5) أبي حامد محمد بن محمد الغزالي"المنتصفي من علم الأصول" دار إحياء التراب العربي بيروت 1984.
6) الشاطبي" الموافقات في أصول الشريعة" المكتبة التجارية القاهرة 2003.
7) حسني نصارة ، تشريعات حماية الطفولة.
8) محمد ابو زهرة " الأحوال الشخصية" دار الفكر ، القاهرة 1950.
9) وهبة الزحيلي،الفقه الإسلامي وأدلته، ،دار الفكر، الجزائر،1986.
10) أحمد مختار عمر" معجم اللغة العربية المعاصرة" ، عالم الكتاب، القاهرة 2008 .
11) غيث محمد عاطف"قاموس علم الاجتماع" مطابع الهيئة العامة المصرية، القاهرة، 1979.
12) مصطفى أحمد أبو الخير"نصوص المواثيق والإعلانات والاتفاقيات لحقوق الإنسان" إيتراك، 2005،
13) محمود شريف بسيوني" حماية الطفل دون حماية حقوقه الآفاق الجديدة للعدالة الجنائية في مجال الأحداث" لسنة 1992
14) عصام أنور سليم "حقوق الطفل،المكتب الجامعي الحديث" الإسكندرية 2001.

15) خالد مصطفى فهمي" حقوق الطفل ومعاملته الجنائية في ضوء الاتفاقيات الدولية" دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2007.

16) عمر فروخ "الأسر في المشرع الإسلامي–لمكتبة العلمية والعصرية" بيروت صيدا، 1951.

17) عبد العزيز عامر،الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاء وقضاء،دار الفكر العربي ،القاهرة 2002.

18) زكريا البري،الإحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الفقه والقانون، معهد الدراسات الإسلامية.

19) سعد سالم جويلي" مفهوم حقوق الطفل وحمايته في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام" أكاديمية نايف للعلوم الأمنية الرياض سنة 2000.

20) بدران أبو العينين بدران" حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون" مؤسسة شباب الجامعة، مصر، الإسكندرية سنة 2002.

21)بدران أبو العينين بدران" حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون"مؤسسة شباب الجامعة، مصر الإسكندرية، سنة 2000.

22) كمال لدرع "مدى الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة الجزائري " المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية سنة 2001.

23) عصلم أنور سليم " حقوق الطفل، المكتب الجامعي الحديث " الإسكندرية، سنة 2001.

24) بأديس ديابي" آثار فك الرابطة الزوجية" دار الهدى الجزائر,2008.

25) يوسف دالندة ،الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (الدعوى القضائية) الجزائر،1998.

26) سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية،الجزء الأول ،دار الهدى ،عين مليلة ،الجزائر2002.

27) عبد العزيز سعد"قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد" الجزائر،2007.

28) حسين طاهري"الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري" دار الخلدونية، الجزائر 2001.

29) هدى عصمت محمد أمين، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية والاتفاقيات الدولية)دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر.

30) أحمد فراج حسين،أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق وحقوق الوالد و نفقة الأقارب،دار الجديدة للنشر،منشأة المعارف ، الإسكندرية

31) رشدي شحاتة أبو زيد "شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية " مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية 2012.

32) نور الدين أبو لحية" الزواج و الطالق و حقوق الوالد الصغار"دار الكتاب الحديث،القاهرة،1996.

33) نصر سلمان ، سعاد سطحي،أحكام الطالق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع قانون الأسرة سنة 2003.

34) عبد المطلب عبد الرزاق حمدان " لحضانة و آثارها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي" دار الجامعة الجديدة الازاريطة .سنة 2008.

35) عبد الرحمن الجز يري" الفقه على المذاهب الأربعة" دار الكتب العلمية ،بيروت،لبنان ،1990.

36) سليمان ولد خسال" الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري" الأصالة والنشر ،الجزائر 2012 .

37) العربي بلحاج" الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري" الزواج والطلاق سنة 2004.

ثانيا مصادر أجنبية:

1) Enfant , etre humain dans l’age de l’enfance, cf.petit Robert 1, dictionnaire,édit société du nouveau littré, paris, 1978.

2) C f, Nadia Ait Zai, les droits de l’enfants en Algérie, alger, juin 2005.

3) « la personnalité ou l’absence de personnalité résultant de sa vie ou de sa mort produisent leurs effets rétroactivement des sa conception et donne une solution uniforme et rationnelle aux problèmes pratiques », Nadia Ait Zai , op.cit

ثالثا :رسائل التخرج

1) محمد عزوزي" الحماية الجنائية للطفل ضحية سوء المعاملة" دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في القانون الخاص، كلية الحقوق، فاس، المغرب,2006م

2) حاج إبراهيم عبد الرحمن" إجراءات الاستدلال والتحقيق في جرائم الأحداث– دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمصري"، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، كلية الحقوق 2008 .

3) أفروخ عبد الحفيظ" السياسة الجنائية تجاه الأحداث" رسالة ماجستير كلية الحقوق، جامعة متنوري، قسنطينة،2011 .

4) موالفي سامية " حماية حقوق الطفل في التشريع الجزائري" مذكرة ماجستير، فرع القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة 3 الجزائر، 2002.

رابعا : المجلات

1) المحكمة العليا "غرفة الأحوال الشخصية: 2020/07/03 ، المجلة القضائية ،2004 عدد1.

2) على تعوينات " تربية الطفل في ظل الأسرة المضطربة والأسرة السوية" مجلة رسالة الأسرة تصدر عن الوزارة المنتدبة المكلفة بالأسرة وقضايا المرأة,سنة 2006.

3)عبد الله سعيد "حقوق الطفل في محيط الأسرة، دراسة مقارنة " مجلة الحقوق، سبتمبر 1974 .

4) على فيلالي، حماية الطفل في قانون الأسرة الجزائري ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية 2001

خامسا المواقع الكترونية:

1) www.sakhana.com

2) www.sakhana.com

سادسا : القوانين والمواثيق

1) القانون رقم85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولي 1405 الموافق 16 فبراير 1985 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم .

2) المرسوم التنفيذي رقم 92-276 الصادر في 1992/07/06 والمتضمن قانون أخلاقيات الطب.

3) إعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن هيئة الأمم المتحدة في10 ديسمبر 1948.

4) العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية 3 ، وفق لأحكام المادةً العامة للأمم المتحدة 2200 ألف المؤرخ في 16 ديسمبر 1966 ،تاريخ بدء النفاذ 23 مارس 1976 .

5) القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري،المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02ج،ر15،المؤرخ في 27 فبراير 2005.

6) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان"صادقت عليها الجزائر" بموجب المادة 11 من دستور 1963 ،المؤرخ في 10 سبتمبر 1963.

7) المادة 38 من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 .

8) المجلس الأعلى،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1042/91/12 ،في الملف 00829 قال عن: العربي بلحاج قانون الأسرة،مع تعديلات الأمر50/50" و معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة "،الطبعة الثالثة،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر .

9) المجلس الأعلى للقضاء،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1984/08/07.

سابعا اتفاقيات :

1) 35 تعتبر التفافات الدولية المصادق عليها أسمى من القوانين العادية وفق ما نص تعليمة المادة132 من دستور 1996:" المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية،حسب

الشروط المنصوص عليها في الدستور تسموا على القانون الوطني."مما يجعل من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل أسمى من كل النصوص الداخلية التي تتولى تنظيم شؤون الطفل.

2) اتفاقية حقوق الطفل: هي ميثاق دولي يحدد حقوق الأطفال المدنية، السياسية، الاقتصادية، الثقافية، تراقب تنفيذ لجنة 2 حقوق الطفل التابعة للأمم المتحدة المكونة من أعضاء من مختلف دول العالم، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 20 نوفمبر 1989 .بدأ النفاذ 2 سبتمبر 1990 .وفقا للمادة 49 تزامنا مع صدور قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في نوفمبر 1989 باعتماد اتفاقية حقوق الطفل. وكذا مؤتمر القمة العالمي للطفل 1990 .بدا المجلس بإصدار التقارير السنوية عن واقع الطفل العربي منذ عام 1989بهدف التعرف على أوضاع الطفولة العربية في مختلف المجالات، ومتابعة التقدم المتحقق لتنفيذ حقوق الطفل والإعلان العالمي وكذا أيضا تحديد أهم المشكلات والظواهر التي يعيشها الطفل العربي وتحليلها برؤية علمية موضوعية، بهدف تشخيص الظاهرة وتحليل أسبابها وأغراضها، واقتراح سبل علاجها والوقاية منها.

ثامنا المجلات :

1) المحكمة العليا "غرفة الأحوال الشخصية: 2020/07/03 ، المجلة القضائية ،2004 عدد1.
2) على تعوينات " تربية الطفل في ظل الأسرة المضطربة والأسرة السوية" مجلة رسالة الأسرة تصدر عن الوزارة المنتدبة المكلفة بالأسرة وقضايا المرأة،,سنة 2006.
3) عبد الله سعيد "حقوق الطفل في محيط الأسرة، دراسة مقارنة " مجلة الحقوق، ،سبتمبر 1974 .
4) على فيلالي، حماية الطفل في قانون الأسرة الجزائري ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية 2001.

قائمة

المحتويات

قائمة المحتويات

المقدمة

الفصل الأول : الطفل في ظل اتفاقية حقوق الطفل والتشريع الجزائري	
المبحث الأول : مفهوم الطفل في القانون الجزائر والاتفاقية	05
المطلب الأول : تعريف اللغوي والاصطلاحي والفقهي للطفل	05
الفرع الأول: تعريف اللغوي للطفل	05
الفرع الثاني: تعريف الفقهي للطفل	06
المطلب الثاني : الشخصية القانونية للطفل	07
الفرع الأول : مفهوم الشخصية القانونية	07
الفرع الثاني: شخصية الجنين	08
المطلب الثالث: معايير مصلحة الطفل	09

الفرع الأول : مصلحة و ضوابطها	10
الفرع الثاني : قواعد النسب	16
المبحث الثاني: الحقوق الطفل حسب اتفاقية	19
المطلب الأول: السبب من تقرير الحماية الجنائية للطفل	20
الفرع الأول ماهية الحماية الجنائية للطفل	20
الفرع الثاني :الطفل محل حماية	21
الفرع الثالث:الحماية الجنائية للطفل	22
المطلب الثاني: حقوق الطفل الخاصة (أسرته)	26
الفرع الأول :حقوق المعنوية على آسرته	26
الفرع الثاني : حقوق الطفل المادية على آسرته	29
المطلب الثالث : حقوق الطفل العامة(دولته)	33
الفرع الأول : حق الطفل في الرعاية	33
الفرع الثاني :حق الطفل في ظروف معيشية لائقة	34
الفرع الثالث : حق الطفل في رعاية الاجتماعية	35
الفصل الثاني الأساس القانوني للدعاوى الحضانة كحق ترتب عن تبعات الطلاق	
المبحث الأول : الأثر المدني المترتب عن حق الحضانة ووسائل الحماية القضائية المخولة في شأنه	38
المطلب الأول : دعوى إسناد الحضانة	38
الفرع الأول : الإجراءات لدعوى إسناد الحضانة	38
الفرع الثاني: ضوابط إسناد الحضانة	43
المطلب الثاني: دعوى تمديد الحضانة	45
الفرع الأول: الأسس الإجرائية لدعوى تمديد الحضانة	45
الفرع الثاني : الأسس الموضوعية لدعوى تمديد الحضانة	46

المطلب الثالث: دعوى إسقاط الحضانة	49
الفرع الأول : الأسس الإجرائية لإسقاط الحضانة	49
الفرع الثاني : الأسس الموضوعية كدعوي إسقاط الحضانة	50
المبحث الثاني الأثر الجزائي.....	53
المطلب الأول: عدم تسليم الطفل قضى في شأنه حضانته بحكم قضائي	53
الفرع الأول : شروط أولية	54
الفرع الثاني :عناصر الجريمة	54
المطلب الثاني: جريمة اختطاف المحضون من حاضنته	55
الفرع الأول :العنصر المادي للاختطاف	55
الفرع الثاني : توفير الحكم القضائي	56
الخاتمة	57
قائمة المصادر والمراجع	59
قائمة المحتويات	66