جـامعـة أبو بكر بلقايد – تلمسان
كليــة الحقــوق والعلوم السياسية

النظـام القانونــي للقاصـر
في التشريعات الصحية الجزائرية

مذكرة ماجستير

تخصص القانون الطبي

من تقديم الطالب:
محمد بشيـر

تحت إشراف الأستاذ:
د. دلال يزيــد

أعضاء لجنة المناقشة:

الأستاذ بن عصمان جمال	أستاذ محاضر "أ"	جامعة تلمسان	رئيسا
الأستاذ دلال يزيـد	أستاذ محاضر "أ"	جامعة تلمسان	مشرفا ومقررا
الأستاذ حوالف عبد الصمد	أستاذ محاضر "أ"	جامعة تلمسان	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2018 – 2019

يقول المولى تبارك وتعالى في محكم تنزيله: أعوذ بالله السميع العليم من الشيطان الرجيم

﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾.

البقرة/ الآية 233

يقول النبي صلى الله عليه وسلم :

(لكل داء دواء فإذا أصيب دواء الداء برأ بإذن الله عز وجل).

رواه مسلم

قال بن القيم رحمه الله :

(طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها، فقطع سلعة من رجل أو صبي أو مجنون بغير إذنه، أو إذن وليه، أو حتى صبيا بغير إذن وليه فتلف، فقال أصحابنا: يضمن).

زاد المعاد

شكر وعرفان

أحمد الله العليم قبل كل شيء بأن وفقني لإتمام هذا العمل العلمي وإخراجه في صورته النهائية التي لا أدعي لها الكمال فالكمال لله وحده، وأدعوه جلَّ وعلا أن يجعلني من الذين قال فيهم :" وَقَلِيلٌ مِنْ عِبَادِيَ الشَّكُورُ" الآية 13 من سورة سبا.

كما يسعدني ان أتقدم بخالص شكري وتقديري إلى فضيلة الدكتور "دلال يزيد" الذي قبل الإشراف على هذا العمل وكان لي خير معين خلال أطوار إعداده، ولم يبخل علي بتوجيهاته القيمة وجهوده الدؤوبة لبلوغ مرام هذه الدراسة.

ولا يفوتني أن أَفِيَ ذا الفضل فضله وأتوجه إليه بأسمى عبارات التقدير والإحترام إلى فضيلة الدكتور " بوعزة"، وتحية إجلال وإكبار للدكتور "حوالف" رئيس القسم الخاص. وأسمى عبارات التقدير والإحترام إلى الأستاذ الدكتور "بن صغير مراد".

والشكر موصول إلى أعضاء لجنة المناقشة ولي عظيم الشرف للمثول بين أيديهم وتقييمهم لهذا العمل قصد إفادتي بعيوبه ونقائصه، فرحم الله امرءا أهدى إلي عيوبي.

ولا يفوتني أن أتوجه بجزيل الشكر والعرفان إلى فضيلة الدكتور بن سهلة الذي وجدناه سندا وعونا في الفترات الصعبة التي مرت بها دفعتنا وفرج عنا كربة بمعية الأساتذة الآخرين فالله نسأل أن يفرج عنهم كرب يوم القيامة.

كما أتقدم بعظيم الإمتنان والعرفان إلى كل أساتذتي الأجلاء بكلية الحقوق (جامعة تلمسان) الذين اناروا لي الدرب لتحقيق المراد، ومن بعدهم كل الذين أسهموا بشكل كبير أو بقسط يسير في إثراء هذه الدراسة بالمعلومات القيمة والنصائح البناءة المثمرة.

بشير محمد

إهـداء

إلى الوجهين الناضرين حبا طاعةً وإجلالا وتقديرا والدَايْ الكريمين، " رب ارحمهما كما ربياني صغيرا"

إلى إخوتي وكل أفراد عائلتي.

إلى الأخلاء والأصدقاء والزملاء

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي

بشيـــر محمـــد

قائمة لأهم المختصرات

أولا : باللغة العربية

ج.	جزء
د.م.ج.	ديوان المطبوعات الجامعية
د.ت.ن.	دون تاريخ النشر
ط.	طبعة
م.	مادة
م.ت.	مرسوم تنفيذي
س.	سنة
ع.	عدد
ف.	فقرة
ص.	صفحة
ق.أ.	قانون الأسرة
ق.إ.م.إ.	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
ق.إ.ج أو ق.إ.ج.ج.	قانون الإجراءات الجزائية
ق.م. أو ق.م.ج.	القانون المدني
ق.ع. أو ق.ع.ج	قانون العقوبات
ق.ح.ط.	قانون حماية الطفل
م.ع.	المحكمة العليا
م.أ.ط.	مدونة أخلاقيات الطب
غ.أ.ش.	غرفة الأحوال الشخصية
م.م.د	مجلة مجلس الدولة
م.م.ع.	مجلة المحكمة العليا
ق.ع.ع.	قانون علاقات العمل
غ.م.	الغرفة المدنية
ق.ح.ص.ت.	قانون حماية الصحة وترقيتها (رقم 85-05)
ق.ص.ع.	قانون الصحة العمومية (رقم 76-79)
ق.ص.	قانون الصحة (رقم 18-11)

ثانيا : باللغة الفرنسية

Art.	Article
Ed.	Edition
J.O.R.A.F.	Journal officiel de la république française
J.O.R.A.D.P.	Journal officiel de la république algérienne démocratique et populaire
Ibid.	La même référence
N°	Numéro
Op.cit.	Ouvrage cité
P.	Page
T.	Tome
L.G.D.G	librairie générale de droit et de jurisprudence

مقدمـــــــة

أضحت حماية القاصر من الموضوعات التي تؤرق فكر الباحثين وخاصة منهم رجال القانون لا سيما إذا تعلق الأمر بصحته، إذ يقع على عاتق الولي أن يقوم برعاية شؤون القاصر من تربية وتعليم وأكل وملبس وتطبيب، هذا الأخير الذي يتحمل جانب منه الطبيب حيث اتسع نطاق مسؤوليته إذا كان المرض يتعلق بقاصر حيث أنه لم يحظ بعناية لائقة في الشرائع القديمة، مع كون الضعف أبرز سمة تلازمه تستوجب حماية مزدوجة لكونه قاصرا من جهة، ومن جهة أخرى باعتباره طرفا ضعيفا في العقود الطبية ذلك أنه يجهل أصول مهنة الطب"Profane".

ومع تطور المجتمعات وخاصة في صدر الإسلام حظي القاصر بعناية فائقة واهتمام بالغ منذ مرحلة الحمل المستكن إلى الميلاد مرورا بفترة المراهقة إلى غاية بلوغه سن الرشد، حيث تم تكريس حقوق الطفل سواء الشخصية أوالمالية على أكمل وجه بما يضمن حمايته من أي اعتداء، وتجد هذه الحماية مصدرها في الكتاب والسنة، فمن الكتاب قوله تعالى:" وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكُوا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَافًا خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ وَلْيَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا"[1] وقوله أيضا:"وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ"[2]، وأما من السنة فقوله عليه الصلاة والسلام:"اتقوا الله وأعدلوا بين أولادكم"[3].

كما تشترط غالبية التشريعات ضرورة توافر أهلية المريض وإذنه ورضائه وهذا حتى يستطيع الطبيب مباشرة علاجه خاصة إذا تعلق الأمر بالقاصر، وفي حال عدم إمكان المريض التعبير عن إرادته ينصرف عنصر الرضا إلى أقربائه[4]، وقد اهتمت التشريعات الصحية الجزائرية بالقاصر اهتماما بالغا ويتجلى ذلك ضمن أحكامها كالقانون 85-05 المؤرخ في 1985/02/16 المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها[5] وكذا مدونة أخلاقيات الطب الصادرة بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 1992/07/06، كما يظهر اهتمام المشرع الجزائري بالقاصر في المجال الطبي من خلال أخذ موافقة واولديه أو ممثله الشرعي إذا تعلق الأمر بالعمل الطبي الذي يخضع له القاصر، ويثور الإشكال على هذا النحو حول النطاق المخول للطبيب لمباشرة التدخل الطبي دون الحصول على رضاء الولي الشرعي للقاصر أو حتى القاصر في حد ذاته؟

---

[1] سورة النساء: الآيتين 9 و 10.

[2] سورة الأنعام: الآية 151.

[3] رواه الشيخان.

[4] بن صغير مراد: مقال تحت عنوان الوجه التعاقدي في العلاقات الطبية، مجلة الدراسات القانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، ع 4، 2007، ص290.

[5] تم تعديل هذا القانون بموجب القانون 90/ 17 الصادر في 1990/07/31 والقانون 07/06 المؤرخ في 2006/07/15 وكذا القانون 13/08 الصادر بتاريخ 2008/07/20.

أما إذا تعلق الأمر بمسألة نقل وزرع الأعضاء البشرية فإن المشرع الجزائري لم يحدد سنا معينة تحكم أهلية المتنازل وكذا أهلية المتلقي في قانون حماية الصحة كما هو عليه الشأن في القانون المدني وكذا قانون الأسرة والقانون التجاري، ومن هذا المنطلق يطرح التساؤل عن السن اللازمة لكل من المتبرع والمستقبل للإعتداد برضاه بخصوص مسألة نقل وزرع الأعضاء، على خلاف بعض التشريعات التي حددته ضمن النصوص المتعلقة بالصحة كالتشريع اللبناني في قانون زراعة الأعضاء[1].

وقد حظر المشرع بموجب المادة 1/163 من القانون 05/85 المتضمن حماية الصحة وترقيتها القيام بانتزاع الأعضاء من القصر ومن في حكمهم، من مجنون ومعتوه وسفيه وذي غفلة، هذه الفئة التي عبر عنها بالأشخاص الراشدين المحرومين من قدرة التمييز، وهذا يقودنا إلى القول بأن الأهلية تعتبر كشرط ضابط للقيام بانتزاع الأعضاء البشرية وكذا التبرع بها على اعتبار أنها من النظام العام وفقا لمقتضيات المادة 45 من القانون المدني الجزائري[2]، وهنا تثور مسألة الولاية على القاصر ومدى قدرة الولي على موافقته باتخاذ هذا الإجراء.

والمقصود بالأهلية هو صلاحية الشخص لأن يكتسب الحقوق ويتحمل الإلتزامات وكذا قدرته على إبرام التصرفات القانونية التي تكسبه الحقوق أو تحمله الإلتزامات بوجه مشروع[3]، وتبعا لهذا هناك نوعان من الأهلية، يتعلق النوع الأول بأهلية الوجوب وتعني تمتع الشخص بالحقوق والإلتزامات ولو لم يباشرها بنفسه، أما النوع الثاني فيختص بأهلية الأداء التي تُكتسَب في زمن لاحق ويمارس الشخص بموجبها الحقوق والإلتزامات بنفسه[4]، وأهلية الأداء هي التي تعنينا في مقام هذه الدراسة ومناطها التمييز والإدراك وحرية الإرادة[5]، وتقسم أهلية الأداء بدورها إلى ثلاثة أقسام أهلية أداء معدومة وذلك لانعدام التمييز لدى الشخص، وأهلية أداء ناقصة وهي حالة القاصر المميز، وهناك أهلية أداء كاملة وتثبت لمن بلغ سن الرشد وهو 19 سنة كاملة وفقا لنص المادة 40 من ق.م.ج.[6].

وتختلف أهلية القاصر في المجال الصحي عن تلك المقررة في المبائ العامة أو حتى في قوانين أخرى كمسألة إعفائه من سن الرشد لإبرام عقد الزواج الواردة أحكامها ضمن قانون الأسرة أو مسألة ترشيده من أجل مزاولة

---

[1] مروك نصر الدين: نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، ج1، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2003، ص173 وما بعدها.

[2] وهو الحكم الذي نصت عليه المادة 45 من ق.م. التي تفيد بأنه لا يمكن لأي شخص أن يتنازل عن أهليته ولا أن يغير في أحكامها.

[3] محمد سعيد جعفور: مدخل الى العلوم القانونية، الجزء 02، دار الهومة للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 2011، ص466، 507 –بتصرف–.

[4] شوقي بناسي: نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، ط1، 2010، ص 322.

[5] إسحاق إبراهيم منصور: نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط9، 2007، ص228.

[6] محمد سعيد جعفور: تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، س 2010، ص5.

الأعمال التجارية وكل هذا وفق شروط حددها القانون بدقة، ضف إلى ذلك أن القاصر يعتد برضاه في بعض التشريعات، فما قرره التشريع الجزائري غير ذلك المقرر في التشريع الفرنسي، وما أقرته التشريعات الوضعية مخالف بشكل واضح لما هو وارد في كتب الفقه الإسلامي، فاحترام إرادة المريض بخصوص حالته الصحية أصبحت مسألة غاية في الأهمية ينبغي التمعن في أحكامها خاصة في حالة الإستعجال أو إذا تعلق الأمر بعمل طبي ينطوي على عنصر الخطر كذلك المتعلق بنقل وزرع الأعضاء البشرية.

وتبدأ الشخصية القانونية للإنسان بتمام ولادته حيا، وقد أقر القانون بهذه القاعدة وهو حكم مصدره الشريعة الإسلامية، حيث أن النظام الجاهلي لم يعترف بالحق في الحياة كما قال تعالى " وَإِذَا الْمَوْءُودَةُ[1] سُئِلَتْ بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ "[2]، كما أن الصبي لم يكن يورث في الجاهلية مع أن حاجته للمال كانت أشد، وبمجيء الشريعة الإسلامية أصبح حق الصغير مصانا سواء حقه في الحياة حيث عني القرآن والسنة النبوية الشريفة ببيان المراحل التي يمر بها الجنين إلى غاية ميلاده، حيث تثبت له الحقوق المترتبة طيلة هذه الأطوار، فيوقف للحمل من التركة إذا كان يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، أما إذا كان يحجبهم حجب حرمان فإن التركة لا تقسم إلى أن يوضع الحمل، ويثبت له بعد الميلاد حقوق كثيرة من رضاع ونفقة وتعليم وغيرها، وهذا كله فيه دليل على اهتمام ديننا الحنيف بالقاصر وحمايته وكفالة حقه في الرعاية بجميع أنواعها ودرء الضرر عنه.

وغني عن البيان أن التشريعات الدولية كان لها دور فعال في إثراء التشريعات الداخلية بالأحكام المتعلقة بالقاصر، هذا الأخير الذي تطورت الأحكام إزاءه حتى يعيش في كنف الرعاية الصحية سواء في سلامة بدنه وذلك بالوقاية من الأمراض أو من حيث تقديم الخدمات الطبية بشكل يتوافق مع سنه وضمان حقه في مسألة الضمان الإجتماعي وهذا في زمن الحرب والسلم، ولم تغفل هذه التشريعات عن حقوق الطفل المعوق بصرف النظر عن طبيعة إعاقته فيسرت له جميع الخدمات خاصة تلك المتعلقة بالرعاية الصحية وضرورة الحصول عليها مجانا وإعادة تأهيله لتحقيق اندماجه في المجتمع، كما دعت الإتفاقيات الدولية إلى القضاء على استغلال الطفل بجميع أشكاله وإساءة معاملته لأن هذا يشكل خطرا على صحته.

إن دراسة وضع الطفل الصحي على الصعيد الدولي سواء من خلال الإعلانات أو الإتفاقيات أو المواثيق الدولية تفيد في معرفة مدى مسايرة المشرع الجزائري للتشريعات الدولية وخاصة تلك التي صادقت عليها الجزائر،

[1] معنى الموءودة ما يدفنه الجهلاء في الجاهلية من بناتهم وهن أحياء خشية الفقر. انظر القرآن الكريم برواية ورش لقراءة نافع وبهامشه تفسير كلمات القرآن من تيسير الكريم الرحمن، عبد الرحمن بن ناصر السعدي ، ط1، بيت القرآن للطباعة والنشر، حمص، سورية، 2012، ص 469.

[2] سورة التكوير : الآيتين 8 و 9.

كذلك الشأن بالنسبة إلى مضمون أحكام القوانين الداخلية كقانون الأسرة وقانون العمل والقانون التجاري، وإشكالية تطابق أحكام القاصر في قانون الصحى مع تلك الواردة في هذه القوانين خاصة القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، أما بخصوص البحث عن أحكام القاصر في التشريعات المقارنة كالتشريعات اللاتينية والتشريعات الأنجلوسكسونية فالغرض منه الإستفادة من المزايا التي يتمتع بها القاصر في ظل هذه القوانين واستحداث قواعد تسد الفراغات التي تعتري تشريعاتنا الصحية كوجوب احترام إرادة القاصر المريض والإعتداد بموافقته بشأن الأعمال الطبية ومن ثم تقرير الحماية المتوخاة.

وتماشيا مع هذه التطورات ازداد حرص المشرع في قانون الصحة الجديد[1] على العناية بالقاصر، حيث أقر جملة من الأحكام تتعلق بحماية الطفل عن طريق اتخاذ كل التدابير الطبية والنفسية والإجتماعية والتربوية والإدارية، وتمارس حقوق القصر من قبل الأولياء أو الممثلين القانونيين لهم، كما عني المشرع بموجب هذا القانون بتحسين وضع الأم بواسطة التشخيص ما قبل الولادة وترقية الرضاعة الطبيعية، وشدد المشرع في قانون الصحة الجديد بشأن الجزاءات المتعلقة بالطفل كتلك الخاصة ببيع التبغ والمشروبات الكحولية للقصر، أو العقوبات المتعلقة بنزع الأعضاء والأنسجة والخلايا من القصر، إن كل هذه الأحكام وغيرها كفيلة بتحسين وضع القصر وإقرار حقهم المكرس دستوريا.

أما بخصوص المرحلة التي يمر بها الصبي غير المميز فتمتد ما بين فترة ولادته إلى غاية بلوغه سن التمييز ولا يتمتع في هذا الطور بأهلية أداء كاملة ولا ناقصة لأنه فاقد الإدراك، وتبعا لهذا تبقى أهلية الأداء لديه منعدمة مما يتعذر معه إبرام التصرفات القانونية وفقا لأحكام المادة 2/42 من ق.م. التي تنص على أن الشخص الذي لم يبلغ ثلاث عشرة سنة يعتبر غير مميز[2]، بينما قدر فقهاء الشريعة الاسلامية سن التمييز بسبع سنوات[3]، كما ورد تعريف الطفل غير المميز في المادة 943 من مجلة الأحكام العدلية التي تقضي بأن الصغير غير المميز هو الشخص الذي لا يفهم البيع والشراء أي أن البيع يسلب الملك والشراء يقوم بجلبه، ولا يمكنه التمييز بين الفاحش واليسير[4].

---

[1] القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 يتعلق بالصحة، جريدة رسمية، العدد 46، بتاريخ 2018/07/29.

[2] تم تعديل هذه المادة بموجب القانون 05-10 الصادر في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني.

[3] مصطفى أحمد الزرقاء: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج2 ، مطبعة طربين، دمشق، الجمهورية العربية السورية، ط10، س1968، ص 830.

[4] ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار: ج 9، دار عالم الكتاب، الرياض ، المملكة العربية السعودية، س2003، ص254. عبد الرحمن الجزري: كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار الفكر، د.ب.ن.، د.ت.ن.، ، ج.2، ص160.

وأما الصبي المميز فهو من كانت سنه ما بين 13 سنة وهو سن التمييز حسب المادة 42 من ق.م. وتمتد إلى سن الرشد المدني المحدد بتسع عشرة سنة كاملة وفقا للمادة المادة 40 من ق.م.، وبهذا تأخذ تصرفات الصبي المميز ثلاثة أضرب، فيكون حكمها الصحة إذا كانت نافعة له نفعا محضا، وتأخذ حكم البطلان المطلق إذا كانت ضارة به ضررا محضا، ويختلف حكمها في التشريع الجزائري من قانون إلى آخر إذا كانت هذه التصرفات دائرة بين النفع والضرر، فيكون حكمها البطلان النسبي وفقا لأحكام القانون المدني كالمسائل المتعلقة بالبيع، أما في قانون الأسرة فتكون هذه التصرفات موقوفة على إجازة الولي عملا بأحكام المادة 83 من قانون الأسرة[1] حيث استعمل المشرع في هذا القانون مصطلحي النفاذ وعدم النفاذ، وهذا مخالف لما ورد في القانون المصري الذي وحد في حكم هذه التصرفات بالنسبة للقانون المدني وقانون الأحوال الشخصية وأعطاها حكم القابلية للإبطال.

وبناء على ما سبق نطرح الإشكالية التالية: **هل القواعد الواردة في النصوص المتفرقة للتشريع الصحي الجزائري بوضعها الحالي كافية لتقرير الحماية القانونية للقاصر أم أنه يتعين استحداث نصوص جديدة ضمن منظومة صحية موحدة ومنسجمة وفق المعطيات العلمية المكتسبة يتمتع في كنفها المريض القاصر بقدر من الرعاية؟** كإشكالية عامة تتفرع منها عدة تساؤلات، ما هو مفهوم القاصر وما حكم تصرفاته؟ وهل يعتد برضاه بشأن الأعمال الطبية في مواجهة سلطة الولي الشرعي أو دراية الطبيب بأصول مهنته ؟ هل ساير المشرع الجزائري القوانين الدولية الراهنة بخصوص الرعاية الصحية للقاصر؟

للإجابة على هذه الإشكالية اخترنا اتباع المنهج التحليلي لمضمون النصوص القانونية مستندين في ذلك إلى جمع آراء الفقهاء واعتماد أسلوب القياس بغية الخروج بأهم النتائج المتعلقة بموضوع البحث، وكذا استعمال المنهج الوصفي وذلك ببيان صور المسؤولية الملقاة على كاهل الطبيب وإعطاء الوصف القانوني الدقيق لكل حالة على حده، أما عن المنهج المقارن فكان استعماله في حالات معينة عن طريق موازنة النصوص القانونية في التشريع الجزائري مع تلك الواردة في التشريع المصري أو الفرنسي أو أي تشريع آخر يفيد في الوصول إلى مقترحات لإثراء المنظومة الصحية الجزائرية، دون أن نغفل عن نصيب الشريعة الإسلامية التي تتسم بالثراء والغنية، وهذا كله لإبراز نقاط الضعف والقوة الواردة في صياغة النصوص القانونية.

[1] تفيد في هذا القبيل المادة 83 من ق.أ. بأن الشخص الذي بلغ سن التمييز (13سنة) ولم يبلغ سن الرشد كما هو مقرر في المادة 43 من ق.م. تعتبر التصرفات التي يجريها نافذة إذا كانت نافعة له، و يكون حكمها البطلان إذا كانت ضارة به، كما تعتبر موقوفة على إجازة النائب القانوني إذا كانت دائرة بين النفع و الضرر، ويرفع الأمر إلى القضاء في حال النزاع.

وتبعا لما سلف بيانه نسعى من خلال هذا البحث المعنون بـ:"النظام القانوني للقاصر في التشريعات الصحية الجزائرية" للتوصل إلى مجموعة من الأهداف العلمية أهمها جمع المسائل المرتبطة بهذا الموضوع والواردة ضمن قوانين متفرقة في بحث موحد، وبيان أحكام هذه المسائل في القانون الوضعي وكذا الفقه المقارن.

كما يكتسي هذا الموضوع أهمية بالغة ذلك أنه لم تعالجه الدراسات القانونية السابقة بكيفية متخصصة حسب ما وصل إلى علمي، حيث أن الدراسة تنصب على القاصر والأحكام المرتبطة به في المجال القانوني الصحي ومدى عناية التشريعات بهذه الفئة الضعيفة في المجتمع، كما أن هذه الأحكام متفرقة نصوصها في القوانين الجزائرية وتبعا لهذا يتعين توحيد الدراسة بشأنها.

على أن هذه الأهمية دفعتني لاختيار هذا الموضوع هذا من جهة، ومن أخرى فإن العقبات التي تحول دون بلوغ مرام هذه الدراسة زادتني إصرارا على بذل جهد أكثر لكسر هذه الحواجز وتذليل الصعوبات، هذه الأخيرة المتمثلة في ندرة البحوث المتخصصة والمتعلقة بالنظام القانوني للقصر في التشريعات الصحية الجزائرية، ضف إلى هذا قلة قرارات المحكمة العليا الحديثة في هذا الخصوص، كما أن أحكام هذا الموضوع تتسم بالتشعب في كتب الشريعة والقانون، حيث أنه ليس من السهل استقاؤها من الأصل، ولم يزدني هذا إلا إصرار على العمل أكثر لتحقيق أهداف هذا البحث.

﴿الفصل الأول﴾

الإطار المفاهيمي للقاصر

ومركزه القانوني في التشريع الجزائري

يقصد بالقاصر الشخص الذي قصر إدراكه عن فهم الأشياء على حقيقتها لانعدام التمييز لديه إذ لا يمكنه التمييز بين ما ينفعه وما يضره، ويطلق عليه في هذا الطور الصبي غير المميز، ثم ينمو في مرحلة لاحقة وتزداد قدرته على التمييز بين الأشياء ويعرف النفع من الضرر ويسميه الفقهاء[1] في هذه المرحلة الصبي المميز، فكلتا المرحلتين لا يكون فهم الخطاب لديه كاملا إما يعتريه النقص أو الإنعدام.

وتبعا لهذا يختلف حكم تصرفات القاصر عن تلك المتعلقة بالشخص البالغ الذي اكتمل التمييز لديه وأصبح يدرك حقيقة الأشياء، وهكذا يمكنه إبرام التصرفات القانونية التي يكتسب بموجبها الحقوق ويتحمل الإلتزامات، وقد اختلف الفقهاء سواء في مجال الشريعة أو القانون بشأن المراحل التي يمر بها الإنسان سواء من حيث بدايتها أو نهايتها وهذا يؤثر حتما على الأحكام المرتبطة بالقاصر، لذا حدد كل تشريع سنا معينة تميز كل مرحلة عن الأخرى، فما هو موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة؟ وهل أن تحديده لهذه السن كان غاية في الدقة أم أنه يجانب الصواب؟.

ثم إن مسألة القِصر يمكن علاجها بوسائل قررها القانون لتغطية الضعف الذي يعتري هذه الفئة الضعيفة كتقرير الولاية على القاصر أو ترشيده أو الترخيص المسبق المتعلق ببعض التصرفات التي يجريها الولي لمصلحة القاصر أو الحلول التي يصادق عليها مجلس العائلة-مع غياب نص ينظم تشكيله ومهامه في التشريع الجزائري- والتي من شأنها حماية القاصر وتوفير الرعاية له، وقد كرس الدستور هذه الحماية واستفاد الفقهاء ومن ثَمَّ المشرعين من فكرة القِصَر في أحكام القانون الإداري ضمن موضوع الوصاية الإدارية.

كما أن فكرة المسؤولية الجنائية للأحداث تطورت من قانون إلى آخر وتغيرت ملامحها عبر مراحل تمخض عنها تعديلات ومستجدات من حيث الأحكام، حتى أن القاصر من الناحية الإجرائية حظي باستحداث أحكام جديدة كفيلة بتقرير حماية أوفر وذلك بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]، كذلك الشأن في قانون الأسرة من خلال التعديل بمقتضى القانون رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، أما في مجال قانون العمل فقد كانت حماية القاصر مزدوجة، حماية مناطها القصر وحماية أخرى باعتباره طرفا ضعيفا في عقد العمل.

وسيأتي بيان كل هذه المسائل من خلال مبحثين، نعالج في المبحث الأول النظرية العامة للقاصر في الشريعة والقانون، ثم نتطرق في المبحث الثاني إلى المركز القانوني للقاصر في التشريع الجزائري.

---

[1] شوقي بناسي: مرجع سابق، ص 335. محمد سعيد جعفور: مرجع سابق، ص 539. إسحاق ابراهيم منصور: مرجع سابق، ص 228.

[2] القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، جريدة رسمية العدد 21، الصادرة بتاريخ في 2008/04/23، ص 3.

المبحث الأول : النظرية العامة للقاصر في الشريعة والقانون

غني عن البيان أن الأصوليين قد تناولوا أحكام الأهلية بالتفصيل وبحثوا في كل ما يتعلق بالقاصر من أحكام حيث توسعوا في مفهومه ليشمل الصبي مميزا كان أو غير مميز ومن في حكمهما كالمجنون والمعتوه والسفيه وذي الغفلة، كما يطلق مصطلح القاصر في مفهوم القانون الوضعي على الصبي المميز وغير المميز، وسوف نفصل في أحكامه على اعتبار أنه ورد ضمن عنوان هذه المذكرة بل هو حجر الزاوية في هذا البحث، وتبعا لهذا نعالج مفهوم القاصر شرعا وقانونا من خلال المطلبين التاليين.

المطلب الأول : مفهوم القاصر في الفقه الإسلامي

ظاهر من مطلح القِصَر أنه وصف يعتري الشخص فيجعل الملكات الذهنية لديه قاصرة على التمييز بين النفع والضرر، وبهذا المفهوم إما أن يكون عديم أهلية الأداء كالصبي غير المميز ومن في حكمه من مجنون ومعتوه، وإما أن يكون ناقصها كالصبي المميز ومن في حكمه من سفيه وذي غفلة، وبناء على ما سبق نبين المقصود بالقاصر عند فقهاء الشريعة الإسلامية ثم عند فقهاء القانون الوضعي.

الفرع الأول : المقصود بالقاصر عند فقهاء الشريعة

لقد عني الإسلام بالقاصر عناية فائقة ذلك أن الضعف أبرز سمة تميزه نظرا لقصر إدراكه عن فهم كنه الأشياء، فهو عاجز عن تقدير الأشياء بميزانها والعلة في ذلك أنه لم يكتمل نضجه مما يفقده التمييز بين النفع والضرر، وسوف نحاول في هذا المقام تحديد معنى القاصر وبيان المراحل التي يمر بها إلى أن يبلغ رشده.

أولا: تعريف القاصر

نعرف القاصر لغة ثم اصطلاحا على النحو التالي:

1- التعريف اللغوي للقاصر

لفظ القاصر مشتق من القصَر بكسر القاف، والمقصود به الكف والعجز، لذا يقال قصر عن الأمر قصورا أي عجز عنه ولم يقدر عليه وأقصر عن الأمر بمعنى كف عنه[1]، نقول قصر عن الصلاة إذا تركها عاجزا ولم يقدر على أدائها، ومعنى القصر الحبس، ونحوه مقصور أي محبوس ومنه قوله تعالى: "حُورٌ مَقْصُورَاتٌ فِي الْخِيَامِ"[2].

[1] ابن منظور: لسان العرب، دار صادر، بيروت، د.ت.ن. ،ج5، ص 364.

[2] سورة الرحمن: الآية 72 .

والصغير لغة هو الصبي، مشتق من الصِغَر والفعل صغر صغرا أي قل حجمه أو سنه فهو صغير والجمع صغار، ويجمع أيضا صغائر وتعني الذنوب، وضده الكِبَر، أما في الإصطلاح فالصغر هو صفة تلازم الإنسان منذ الميلاد إلى أن يبلغ الحلم[1].

2- التعريف الاصطلاحي للقاصر

يعرف القاصر اصطلاحا بأنه الشخص الذي لم تكتمل أهلية الأداء لديه[2]، ويدخل ضمن هذا المفهوم من كان فاقداً لها أو ناقصها أي الصبي غير المميز وكذا الصبي المميز[3]، وهكذا فإن مصطلح القاصر يشمل الجنين والصغير مميزا أو غير مميز وكذا المجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة.

وبناء على ما سبق نبحث في مرحلتي عدم التمييز والتمييز بالنسبة للصبي وما يتصل بهما من أحكام في الشريعة الإسلامية، والأصل أن القاصر هو الصغير منذ ولادته إلى غاية بلوغه ثم صار يشمل في منطق الشرع الأطفال والمجانين والمتخلفين عقليا[4].

ثانيا: أطوار القِصَر في الفقه الإسلامي

نميز بين مرحلتي عدم التمييز و التمييز ونفصل فيهما كما يلي:

1- مرحلة عدم التمييز

يبدأ الإنسان حياته جنينا وهو ما يطلق عليه فقهاء الشريعة بالحمل المستكن، ثم يخرج إلى الوجود لا تمييز لديه ولا إدراك وهو ما اصطلح عليه الفقهاء بالصبي[5] غير المميز، وبديهي أن طور عدم التمييز يبدأ بولادة الإنسان حيا إلا أن الخلاف يثور بين الفقهاء بشأن الوقت الذي يمكن أن ينتهي فيه هذا الطور، حيث برز في هذا الخصوص اتجاهان:

---

[1] محمود عبد الرحمن عبد المنعم: معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج2، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، د.ت.ن.، ص70.

[2] Selon l'article 388 du code civ. français le mineur est défini comme suit : « le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis».

[3] وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، دار الفكر، دمشق، الجمهورية العربية السورية، س 1989، ص 746.

[4] محمد الزحيلي: استثمار أموال القصر في العصر الحاضر، مقال بمجلة كلية الشريعة والدراسات الاسلامية، جامعة قطر، سنة 2007، ص 293(مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، ع25، س 2007، جامعة قطر).

[5] وهناك مصطلحات أخرى تطلق على القاصر كالطفل قال تعالى:" ثُمَّ يُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ ثُمَّ لِتَكُونُوا شُيُوخًا وَمِنْكُمْ مَنْ يُتَوَفَّى مِنْ قَبْلُ وَلِتَبْلُغُوا أَجَلًا مُسَمًّى وَلَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ "، والغلام قال تعالى:" فَبَشَّرْنَاهُ بِغُلَامٍ حَلِيمٍ" الآية من سورة الصافات. ومصطلح الفتى قال جل وعلا:" قَالُوا سَمِعْنَا فَتًى يَذْكُرُهُمْ يُقَالُ لَهُ إِبْرَاهِيمُ" الآية 60 من سورة الأنبياء"، أيضا مصطلح الصغير قال عز وجل:" وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا" الآية 24 من سورة الإسراء، كذلك يطلق لفظ القاصر على الولد:" وَقَالَ الَّذِي اشْتَرَاهُ مِنْ مِصْرَ لِامْرَأَتِهِ أَكْرِمِي مَثْوَاهُ عَسَى أَنْ يَنْفَعَنَا أَوْ نَتَّخِذَهُ وَلَدًا" الآية 21 من سورة يوسف".

يرى المالكية والشافعية أن التمييز لا يرتبط بسن معينة لاختلاف المواهب بين البشر وحسب استعداد الشخص، وتبعا لهذا لا يوجد معيار محدد يضبط مسألة التمييز، ويُرَد على هذا بأن الأشخاص الموهوبين قلة بين الناس ولا يمكن القياس على النادر ولا بناء الحكم عليه[1].

ويذهب الحنفية والحنابلة إلى أن مرحلة عدم التمييز هي الفترة التي يتعذر على الإنسان فيها التمييز بين النفع والضرر[2] ولا يمكنه فهم الخطاب[3]، وتبعا لهذا تبدأ هذه المرحلة من ميلاد الإنسان إلى أن يبلغ السابعة من عمره، واستدلوا على ذلك بقوله النبي صلى الله عليه وسلم:" مروا صبيانكم بالصلاة سبعا واضربوهم عليها عشرا وفرقوا بينهم في المضاجع"[4].

ويذهب رأي آخر[5] إلى القول بأن البلوغ يتقرر للشخص ما دون عشر سنين، كما ورد في المغني بأنه من قذف وهو دون هذه السن فلا يترتب عليه حد لعدم اكتمال التمييز لديه إذ هو شرط لإقامة الحد على من قذف، فإذا قذف الصبي أو المجنون امرأته، فلا حد عليهما ولا لعان، لا في الحال ولا في البلوغ، والعلة في ذلك سقوط التكليف عنهما، للحديث المتقدم، غير أنهما يعزران للتأديب إن كان لهما تمييز[6].

وفي حالة توقيع الطلاق من قبل القاصر الذي لم يبلغ هذه السن فلا يترتب على المطلقة عدة ويصبح الطلاق بائنا في الحال كما تحل لغيره لأن الرجوع بعد الطلاق مناطه العدة، وأما أمره عليه الصلاة والسلام بضرب من بلغ عشر سنين ففيه دليل على البلوغ في هذه السن وما دونها لا يكون الشخص بالغا، ودليل هذا الحكم هو أن زواج عمرو بن العاص رضي الله عنه كان في سن العاشرة وأنجب عبد الله وكان الفارق بين سِنَيْهِما أحد عشر عاما أي عشر سنين ويضاف إليها المدة المقررة للحمل[7].

---

[1] جمال مهدي محمود الأكشة: مسؤولية الآباء المدنية عن الأبناء القصر، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 121.

[2] ولهذا لا يمكن للقاصر في هذه المرحلة مباشرة التصرفات القانونية حتى أدت إلى اغتنائه وإلا كان مصيرها عدم النفاذ وذلك لانعدام التمييز لديه إذ قد تكون ضارة به كقبوله تبرعا ماليا، ولهذا الغرض كان تدخل الولي جد ضروري لينوب عنه في إبرام العقود وقبول التبرعات وينصرف أثرها إلى القاصر.

[3] أحمد علي جرادات: الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد، دار الثقافة، عمان، الأردن، س 2012، ص50.

[4] رواه أبو داود . وبناء على هذا الحديث فالصبي الذي لا يفهم الخطاب لا يمكن أن يؤمر بالعبادة نظرا لحداثة سنه، لذا كان التمييز لديه ببلوغ سبع سنوات وفقا للحديث المتقدم.

[5] عبد الرحمن بن عبد الله النجدي: رسالة في أحكام الصبي المميز في النكاح، مخطوط فقهي على المذهب الحنبلي حققه مجاهد محمود إسماعيل الهيتي وفراس مجيد ، كلية العلوم الإسلامية، الرمادي، جامعة الأنبار، العراق، ص 88 وما بعدها.

[6] عبد الرحمن الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، ج5، دار الفكر، د.ب.ن.، د.ت.ن.، ص 224.

[7] عبد الرحمن بن عبد الله النجدي: المرجع السابق، ص 89.

2- مرحلة التمييز

قررنا فيما سبق أن أن مرحلة عدم التمييز ثار بشأن نهايتها خلاف، مما يستتبع معه أن يثور الخلاف ذاته بشأن بداية مرحلة التمييز، وعلى نفس النحو الذي سقناه سلفا وبالأدلة ذاتها التي عرضناها في مرحلة عدم التمييز فلا حاجة لإعادة سردها. ويعرف الصبي المميز عند الجمهور بأنه الذي يفهم الخطاب ويرد الجواب وليس لهذا ارتباط بسن بل يكون وفقا لمدارك الأشخاص وأفهامهم[1]، أما في المذهب الحنفي فالصبي المميز عندهم هو من يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له[2]، تتفق هذه المذاهب على عدم وجود ضابط للتمييز حيث أنه يتفاوت بين الأشخاص، وعليه يتحدد البلوغ إما بالسن أو ظهور أمارات طبيعية، وقد حدد الفقهاء نهاية مرحلة التمييز بسن البلوغ الذي اختلف بشأنه، فذهبوا إلى أن البلوغ يتحدد بخمسة ضوابط منها ثلاثة يشترك فيها الجنسان الرجل والمرأة وتتمثل أساسا في السن والإنبات والإنزال وضابطان يقتصران على المرأة وهما الحيض والحمل[3].

أ. السن كضابط لتحديد البلوغ

أما عن مسألة السن فهي التي يتحدد من خلالها بلوغ الشخص ولو لم تظهر عليه علامات البلوغ من إنبات أو احتلام أو حمل أو حيض، وقد برز في هذا الخصوص أربع تيارات:

الإتجاه الأول: وهو قول الجمهور، يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن السن بالنسبة للذكر أو الأنثى تقدر بخمس عشرة سنة[4]، واستدلوا على هذا بما روي عن عبد الله بن عمر-رضي الله عنهما-أنه عرضه رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد للقتال وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يجزه، وعرضه يوم الخندق وهو ابن خمس عشرة سنة فأجازه، وهذا يدل على أن سن البلوغ خمس عشرة سنة، وهو الغالب عند الجنسين، وجرت العادة أن الاحتلام لا يتعدى هذه السن كأصل عام يرد عليه استثناء وهو أن يصاب الإنسان بعلة[5].

---

[1] أبو زكرياء محي الدين بن شرف النووي: كتاب المجموع شرح المهذب الشيرازي، ج 7، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، مصر، س1982، ص 29 - محمد بن علي الشوكاني: الفتح الرباني من فتاوى الإمام الشوكاني، ج 1، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، اليمن، د.ت.ن.، ص 2503 - أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي: التنبيه في فقه الإمام الشافعي، شركة الأرقم بن أبي الأرقم، ط1، 1997، بيروت، لبنان، ص 119، الطاهر عامر: التسهيل لمعاني مختصر خليل ، ج 7، الشركة الجزائرية اللبنانية – دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1 ، 2009، ص143.

[2] ابن عابدين: مرجع سابق، ص202.

[3] جمال مهدي محمود الأكشة: مرجع سابق، ص 140.

[4] عبد الرحمن الجزيري: المرجع السابق، ج 2، ص350- 352.

[5] أبو الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير: تفسير القرآن العظيم، ج1، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2002، ص681.

غير أن هذا منتقد لعدم إجازة الرسول صلى الله عليه وسلم له، على أساس أنه لا يقدر على القتال ولكن كم من صغير أقوى من بالغ، وهو الحكم نفسه المقرر لمن كان بالغا وهو نحيف، وتبعا لهذا لا تكون العبرة بتحديد السن وإنما بالقدرة على القتال، كما يحتمل أن الصحابي ربما كان في حالة احتلام عندما لم يجزه النبي صلى الله عليه وعلى آله سلم وهو في سن الرابعة عشرة، ويَرَدُّ على هذا الإنتقاد بالزيادة التي جاءت في رواية لابن حجر (ولم يرني بلغت) وهذا يدل على أنه كان للإجازة ارتباط بالبلوغ[1].

الإتجاه الثاني: وهو قول المالكية، يرى أصحاب هذا المذهب أن القول بتقرير سن واحدة بالنسبة للذكر والأنثى وهو ثماني عشرة سنة[2]، وحجتهم في ذلك أن الذكر لا يرجو احتلاما بعد هذه السن وتبعا لهذا من غير المعقول أن ندع الفتى دون تكليف وننتظر الحلم.

الإتجاه الثالث: وهو رواية وردت عن أبي حنيفة، يميز أصحاب هذا القول بين الجنسين فيقررون ثماني عشرة سنة للفتى وسبع عشرة سنة للفتاة، يتفق هذا الإتجاه مع الرأي الثاني في أن سن البلوغ المقررة للذكر هي ثماني عشرة سنة ويختلف معهم في تحديد سن البلوغ بالنسبة للفتاة، ودليلهم في ذلك أن الفتاة تسبق الذكر في البلوغ، إذ الغالب أن أمارة الحيض تصاحبها في سن مبكرة أما بالنسبة للذكر فإنه يتأخر احتلامه، وتبعا لهذا يتفق أصحاب هذا الرأي مع قول أبي حنيفة[3].

الإتجاه الرابع: وهو المعتمد عند الظاهرية، ومذهبهم في هذه المسألة هو أن الفتى يصبح بالغا إذا بلغ تسع عشرة سنة[4]، ودليلهم في ذلك أنه ينتاب الكبار حرج عندما يحضر مجلسهم الفتى الذي لم يبلغ هذه السن، أما إذا بلغ التاسعة عشرة من عمره فإن يكون متزن العقل سليم التفكير لأنه بلغ أشده وإن لم تلازمه أمارات البلوغ[5].

---

[1] جمال مهدى محمود الأكشة: مرجع سابق، ص149.

[2] صالح عبد السميع الآبي الأزهري: جواهر الإكليل، ج2، المكتبة الثقافية، بيروت، لبنان، د.ت.ن.، ص 97.

[3] أحمد علي جرادات: مرجع سابق، ص 48.

[4] وهي السن التي تعتمدها مختلف التشريعات الحديثة، وقد أخذ بها المشرع الجزائري في القانون المدني وكذا قانون الأسرة المعدل سنة 2005، على أنه اعتمد سن الثمانية عشر عاما في المجال الجنائي استنادا إلى المادة 2 من القانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل، هذا الأخير الذي ألغى المادة 442 من ق.إ.ج. التي كانت تقرر نفس الحكم، فهو على هذا النحو لا يتجه إلى توحيد السن في المجالين المدني والجنائي، ويظهر هذا من خلال المستجدات والتعديلات الأخيرة التي أجراها على القوانين.

[5] أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي: المحلى بالآثار، دار الكتب العلمية، ط3 ، ج 1، بيروت لبنان، س 2003، ص103.

ب. العلامات الطبيعية كمعيار للبلوغ

هناك أمارات متفق عليها وجاء الدليل بشأنها في الكتاب والسنة وتتمثل في الاحتلام بالنسبة للفتى والحيض والحمل بالنسبة للفتاة، فبظهور إحدى هذه العلامات يصبح الإنسان مكلفا[1] ولا عبرة بصغر سنه، وتنعقد مسؤوليته بالنسبة للتصرفات التي يجريها مع الغير.

وقد اختلف الفقهاء بشأن أمارات طبيعية أخرى يتحدد بها البلوغ وهي إنبات الشعر، وهذا مذهب الجمهور لحديث النبي صلى الله عليه وسلم لما حَكَّم سعد بن معاذ في بني قريظة عندما نقضوا العهد فحَكَم سعد بقتل رجالهم وسبي نسائهم وذراريهم فقال عطية القرضي :" عرضنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم قريظة، فكان من أنبت قتل ولم ينبت خلى سبيله، فكنت في من لم ينبت فخلى سبيلي"[2]، وهذا يدل على أن الإنبات يعتبر ضابطا لتحديد البلوغ ذلك أن نبات العانة يصاحبه الاحتلام بخلاف نبات شعر جميع البدن كاللحية وشعر الإبط فإنه قد يتقدم عن البلوغ أو يتأخر عنه كثيرا.

نخلص مما سبق أن القاصر يمر بمرحلتين الأولى يكون فيها غير مميز ثم يصبح مميزا بعد فترة لاحقة إلى أن تبدو عليه علامات البلوغ فيصبح بالغا، وإن لم تظهر عليه هذه الأمارات فتظل صفة القِصَر تلازمه حتى يبلغ سنا معينة، ولا يزول عنه وصف القاصر حتى يبلغ راشدا[3]، و معيار الرشد حسن التصرف في المال وإدارته.

الفرع الثاني : أنواع القصر في الفقه الإسلامي

إضافة إلى القاصر الذي بينا مفهومه وحكمه فيما سبق والذي يتحدد بضابط السن أي ما يعرف بالصغير أو الصبي وسع الأصوليون من دائرة القِصَر لتشمل المجنون والمعتوه والسفيه وذا الغفلة.

أولا: فاقدي الأهلية

يطلق عليهم أيضا معدومي الأهلية وهم غير المميز ومن في حكمه من مجنون ومعتوه، ويفرق الفقه بين هذين الأخيرين، ونتناول مفهومهما كالآتي:

---

[1] معنى مكلفا أي ملزما بالحكم التكليفي، وهو ما كان مضمونه طلب فعل من المكلف أو كفه عنه أو تخييره بين الأمرين، ومثال الأول قوله تعالى:"وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً" الآية 4 من سورة النساء، ومثال الثاني قوله عز وجل:" وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا" الآية من سورة النساء، ومثال الثالث قوله جل وعلا:" لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَأْكُلُوا جَمِيعًا أَوْ أَشْتَاتًا" الآية 61 من سورة النور. انظر وهبة الزحيلي: الوسيط في أصول الفقه الإسلامي، المطبعة العلمية، دمشق، الجمهورية العربية السورية ط 2، 1978/ 1979، ص41.

[2] أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير: مرجع سابق، ص 681.

[3] الرشد خلاف الغي ومعناه الإستقامة على طريق الحق مع التشبث به، وفعله رشد أي اهتدى. القاموس المحيط، مرجع سابق، ص 282.

1- المجنون

المجنون لغة من الجنون ومنه جَنَّ الشيء أي ستره قال تعالى:" فَلَمَّا جَنَّ عَلَيْهِ اللَّيْلُ رَأَى كَوْكَبًا قَالَ هَذَا رَبِّي"[1]، ونقول جُنَّ الرجلُ جُنوناً بمعنى ستر عقله، ولهذا سمي الجني بهذا الإسم لأنه يختفي عن الأبصار، والمجنون هو فاسد العقل ويجمع مجانين، أو هو من لم تستقم أفعاله ولا كلامه[2].

وأما اصطلاحا فعرفه فقهاء الشريعة الإسلامية بأنه من لا يفهم الخطاب[3] ولا يحسن الجواب وإن ميز بين الفرس والإنسان، ويتعارض الجنون مع أهلية الأداء لأن مناطها الإدراك والتمييز[4]، والجنون هو اختلال العقل أو زواله بحيث يمنع جريان الأقوال وكذا الأفعال على نهج العقل إلا نادرا[5]. ويرى جمهور الفقهاء خلافا للحنابلة أن الجنون قسمان، يطلق على الأول الجنون المطبق وصورته أن يكون مستمرا لا تتخلله الإفاقة، ويسمى النوع الثاني بالجنون المتقطع وهو الذي تتخلله الإفاقة كالأمراض النفسية التي تصيب المريض من الخيالات الفاسدة التي تؤثر على أفعاله فيعتد بتصرفاته وقت إفاقته[6].

2- المعتوه

من الناحية اللغوية المعتوه مشتق من العته ويعني نقصان العقل من غير جنون[7] فهو لا يصل إلى درجته، وأما اصطلاحا فيعرف بأنه آفة توجب اضطراب العقل حيث يختلط الكلام على صاحبه فيشبه كلام العقلاء تارة وكلام المجانين تارة أخرى، فالشخص المعتوه يصيبه خلل في العقل يجعله مختلط الكلام فلا يعي ما يقول لعدم كمال إدراكه وتمييزه فهو في الغالب يخطئ في تدبير أموره.

ويظهر الفرق بين المجنون والمعتوه في أن الجنون تلازمه حالة هيجان بخلاف العته الذي يعتبر جنونا هادئا[8]، ويفرق بعض المؤلفين بين قسمين من العته قسم لا إدراك فيه ولا تمييز ويكون حكمه تماما كالجنون، وقسم آخر

---

[1] سورة الأنعام : الآية رقم 76.

[2] ابن منظور: مرجع سابق، ج 2 ، ص. 222.

[3] المقصود بالخطاب هو خطاب الله عز وجل على إطلاقه سواء الوارد في القرآن الكريم أو بطريق النبي صلى الله عليه وسلم أو بطريق الإجماع أو القياس أو بواسطة الصحابي أو بالأدلة الشرعية الأخرى. انظر وهبة الزحيلي: مرجع سابق، ص36-37.

[4] إسحاق إبراهيم منصور: مرجع سابق، ص.228.

[5] ابن منظور: مرجع سابق، ج 1، ص. 542.

[6] محمد سراج: أصول الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، مصر، 1998، ص. 88.

[7] ابن منظور: نفس المرجع، ج 2 ، ص 473.

[8] علي فيلالي: نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011، ص 220.

يكون معه الإدراك والتمييز إلا أنه لا يرقى غالبا إلى درجة الرشد ويكون حكمه كالصبي المميز[1]، في حين أن الدكتور وهبة الزحيلي يعتبر العته قسما واحدا[2]. والملاحظ أن أغلبية التشريعات التي تأست بالشريعة الإسلامية لم تحذو حذوها واعتبرت المعتوه في حكم الصبي المميز كالتشريع العراقي والتشريع الأردني[3].

ثانيا: ناقصي الأهلية

يفرق الفقهاء بالنظر إلى نقص أهلية الشخص بين حالتي السفه والغفلة، ونتطرق إليهما في ما يلي:

1- السفيه

السفيه من السفه وهو ضد الرشد[4]، ونعني بالسفه أيضا ضعف في العقل مناطه الخفة والطيش[5]، ويجمع سفهاء، قال جل وعلا:" قَالُوا أَنُؤْمِنُ كَمَا آَمَنَ السُّفَهَاءُ أَلَا إِنَّهُمْ هُمُ السُّفَهَاءُ وَلَكِنْ لَا يَعْلَمُونَ"[6]، بمعنى الجهلة[7]، ويقصد به خفة العقل إذا نُسِب إلى النسوة والصبيان قال عز وجل:" وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ"[8]، أما من الناحية الإصطلاحية فهو تبذير المال والإسراف فيه، ويعرف عند جمهور الفقهاء بأنه تنْمية المال وعدم تبذيره، أما في المذهب الشافعي فيعرف بأنه تبذير في المال والدين على حد سواء[9].

ويعرفه فقهاء القانون بأنه حالة تعتري الشخص تجعله ينفق ماله بدون تدبير، والسفيه هو الذي ينفق ماله على خلاف مقتضى العقل والشرع فيقوم بتبذيره دون ضابط من المنطق، وتصاحب حالة السفه خفة في العقل وتبعا لهذا لا يدفع له مال[10] وهو ما نستشفه بمفهوم المخالفة في قوله تعالى:" فَإِنْ آَنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ"، وبخلاف حالة الجنون يكون السفيه كامل العقل غير أنه فاسد التدبير خاضع لهواه يعمل على تبذير ماله من غير تبصر في العواقب[11].

---

[1] عبد الكريم زيدان: الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، س2002، ص 104.

[2] وهبة الزحيلي: مرجع سابق، ص 178.

[3] شوقي بناسي: مرجع سابق، ص 349.

[4] محمود عبد الرحمن عبد المنعم: مرجع سابق، ج 2 ، ص 275.

[5] محمد سعيد جعفور: مرجع سابق، ص535.

[6] سورة البقرة: الآية 13.

[7] بوي المالكي: حاشية العلامة الصاوي على تفسير الجلالين، ج1، دار الفكر د.ب.ن.، د.ت.ن. 1977، ص 11.

[8] سورة النساء: الآية 05.

[9] محمود عبد الرحمن عبد المنعم: مرجع سابق، ج 2، ص 275.

[10] بلقاسم شتوان، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، طبعة 2014، ص68.

[11] علي فيلالي: مرجع سابق، ص 224.

2- ذو الغفلة

لغة من الفعل غفل يغفل غفولا أي ترك الأمر عمدا أو غير متعمد وأغفله تركه عن عمد، وأغفل الغير عن الأمر بمعنى جعله يغفل، وفي هذا المعنى جاء قوله عز وجل:" وَدَخَلَ الْمَدِينَةَ عَلَى حِينِ غَفْلَةٍ مِنْ أَهْلِهَا "[1]، والغفلة وصف مذموم كقاعدة عامة يرد عليها استثناء في قول المولى تبارك وتعالى:" إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لعِنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ"[2]، الغفلة في هذه الآية صفة محمودة والمقصود غير آبهات لما يقذف به الحساد المفترون من الآثام.

وأما اصطلاحا فالمقصود بالغفلة وقوع الإنسان في غبن وعلة ذلك طيبة قلبه وسلامة نيته وغالبا ما يخطئ في تصرفاته، وذو الغفلة هو الشخص الذي لا ينقاد إلى أسباب الربح كغيره فينخدع بسهولة بسبب سذاجته وسلامة قلبه.

ووجه الإختلاف بين حالتي السفه و الغفلة هو أن السفه في الغالب يصاحبه الإدراك بالنتائج التي سوف تنجم عن تدبيره الفاسد، فالسفيه ينفق ماله بدون ضابط من العقل والحكمة، في حين أن تصرف ذي الغفلة يكون بحسن النية فهو لا يُقَدّر أسباب الربح والخسارة[3]، فالسفيه يكون كامل الإدراك ويعود سوء التصرف لديه إلى سوء الاختيار[4]، على خلاف ذي الغفلة فإن الإدراك لديه ضعيف ومرد هذا سوء التصرف بسبب ضعف العقل والإدراك[5].

المطلب الثاني: مفهوم القِصَر والأحكام المرتبطة به في القانون الوضعي

عالجنا مفهوم القاصر في الفقه الإسلامي وقلنا أن فقهاء الشريعة الإسلامية عرفوه بأنه من قصرت ملكاته الذهنية على التمييز بين ما ينفعه وما يضره، وهكذا دخل ضمن هذا المقصود كل من الصغير المميز وغير المميز والمجنون والمعتوه والسفيه وذي الغفلة، أما في القانون الوضعي فقد أطلق لفظ القاصر على من لم يبلغ سنا معينة، وحدد كل تشريع هذه السن وفقا لاستعدادات الشخص مع تدخل بعض العوامل الإجتماعية والبيئية وغيرها.

---

[1] سورة القصص: الآية 15.

[2] سورة النور: الآية 23.

[3] محمد سعيد جعفور: مرجع سابق، ص 55.

[4] ولهذا فإن دفع المال يشترط فيه الرشد أي صلاح عقل الشخص وقدرته على حفظ ماله، كما أن فساد اختياره يؤدي حتما إلى الحد من حريته في مباشرة التصرفات القانونية، وقبل أن يبلغ الصبي يدفع إليه المال تدريجيا اختبارا له حتى إذا أنس منه الولي أو الوصي رشدا دفع إليه المال كله ولا حاجة لإجازة تصرفاته.

[5] وهبة الزحيلي: مرجع سابق، ص 192.

فالتشريع الجزائري مثلا يعتبر الإنسان قاصرا من تاريخ ميلاده إلى غاية بلوغه سن الرشد وهو 19 سنة من القانون المدني[1]، 414كاملة طبقا لما تنص عليه المادة 40 من ق.م، ويقابلها في التشريع الفرنسي المادة والمادة 44 من القانون المدني المصري التي قررته بإحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة، وكذا مدونة الأسرة المغربية[2] في آخر تعديل لها بتاريخ 25 يناير 2016[3] ضمن نص المادة 19 التي قررت سن الرشد بثماني عشرة سنة بالنسبة للذكر والأنثى على حد سواء، ونفس الحكم تضمنته المادة 209 من نفس القانون التي حددت سن الرشد بثماني عشرة سنة كاملة واعتبرت التقويم بالسنة الشمسية، والحكم ذاته في القانون الأردني حيث حددته المادة 43 من القانون المدني بثماني عشرة سنة شمسية كاملة.

إلا أنه يتعين في كل الأحوال أن يعرف المشرع القاصر كما هو معمول به في التشريع الفرنسي حيث عرفه في المادة 338 من القانون المدني الفرنسي بأنه الشخص من كلا الجنسين الذي لم يبلغ الثماني عشرة سنة كاملة، وهكذا إذا تم تعريف القاصر على هذا النحو فلا حاجة إلى الحديث عن مسألة التأنيث أو التذكير بالنسبة لهذا المصطلح وما يترتب عليها من غموض في النصوص القانونية خاصة التعديل الأخير الذي مس قانون العقوبات بمقتضى القانون 14-01 الصادر بتاريخ 8 جوان 2014.

فقد نص المشرع في م 2/336 من قانون العقوبات على أنه إذا وقع الإغتصاب على قاصر لم يكمل الثماني عشرة سنة فتكون العقوبة السجن المؤقت من 10 إلى 20 سنة، فمصطلح قاصر في هذه الفقرة كان قبل التعديل قاصرة فلماذا التغيير ؟ ألا ينطبق هذا الحكم على القاصر الذكر؟ ، وإلا فإن مصطلح القاصر يشمل الجنسين كما هو عليه الشأن في التشريع الفرنسي، لذا كان ضبط التعريف بشأن المصطلحات يزيل اللبس على النصوص القانونية التي يعتريها الغموض. كما سوّت القوانين الوضعية في الحكم بين الأشخاص البالغين فاقدي الأهلية وناقصيها وحكم القاصر حيث تنص المادة الأولى من القانون النموذجي العربي لرعاية القاصرين على أنه تنطبق أحكام هذا القانون على القاصر وعرفه بأنه الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد المقرر قانونا، وذكر أن تحديد سن الرشد القانوني يكون خاضعا إلى القانون الدولة الذي يحكم جنسية القاصر، ويعتبر في حكم القاصر كلا من الجنين والمجنون والمعتوه وذي الغفلة والسفيه وكذا المفقود والغائب والمحجور عليه قانونا.

---

[1] Art. 414 du code civ. français - La majorité est fixée à 18 ans accomplis, à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance.

[2] نجد في مدونة الأسرة المغربية اعتماد المشرع على عدة مصطلحات بدلا عن الصبي ومثال ذلك الفتى أو الفتاة دون سن الأهلية الوارد في نص المادة 20 من مدونة الأسرة، وكذا مصطلح القاصر في المادة ذاتها، أيضا الطفل في المادة 54 متأسيا بالاتفاقيات الدولية، واعتماد مصطلح الأولاد في المادة 198.

[3] القانون 03-70 المتضمن مدونة الأسرة، ج.ر.، ع. 5184 الصادرة بتاريخ 2004/02/05، ص 418.

الفرع الأول : مفهوم القاصر ومن في حكمه في عرف القانون

لقد ميز القانون الوضعي بين القصر وهم الصغار الذين لم يبلغوا سن الرشد وبَيَّنَ من هم في حكمهم أي المجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة إضافة إلى الجنين والغائب، نتناول تعريف القاصر ثم نعرض الحالات التي تأخذ حكم القاصر في القانون الوضعي.

أولا : المقصود بالقاصر في القوانين الوضعية

لم تعرف جل التشريعات القاصر تعريفا جامعا مانعا وإنما اكتفت بضابط السن للدلالة عليه، وسنوضح المقصود بالقاصر في القانون الوضعي وبيان نوعيه.

1- محاولة المشرعين لتعريف القاصر

تستند فكرة القصر في القانون الوضعي إلى معيار السن كضابط يلجأ إليه المشرعون، وبهذا يختلف تحديد هذه السن باختلاف الزمان والمكان، ولم تعمد غالبية التشريعات إلى تعريف القاصر وإنما اقتصرت على تحديد سن القِصر، غير أن المادة الأولى من القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين عرفت القاصر بأنه الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد المحدد قانونا، وفي الحقيقة هذا لا يعتبر هذا تعريفا وإنما تحديد للقصر بالنظر إلى معيار السن، ويتم تقرير سن الرشد حسب قانون الدولة التي تحكم جنسية الشخص القاصر.

ونفس التعريف اعتمده المشرع الفرنسي الذي عرف القاصر في المادة 388 من القانون المدني بأنه ذلك الشخص من كلا الجنسين الذي لم يبلغ ثماني عشرة سنة كاملة، والملاحظ على هذا التعريف أنه دقق في أن الشخص القاصر يضم الذكر والأنثى على حد سواء، وهذا بطبيعة الحال بجنب الخلاف في اعتماد المشرع الجزائري تارة لمصطلح القاصر بالتذكير ويقصد به الذكر والأنثى على حد سواء وتارة أخرى يستعمل لفظ القاصرة للدلالة على الأنثى فقط.

ومهما يكن فإن التعريف بالمصطلحات من اختصاص الفقه وليس التشريع، كما اعتمد المشرعون في سنهم للقوانين استعمال ألفاظ أخرى بدل القاصر كالصغير والصبي والولد والطفل والحدث، وفي كل الأحوال تشترك هذه المصطلحات في عدم تمتع هؤلاء بأهلية الأداء أي عدم بلوغهم سن الرشد القانوني المحدد وفق كل تشريع، وفي كل تشريع حسب كل قانون[1].

[1] كما هو الشأن في التشريع الجزائري إذ نجد القانون المدني يحدده بتسع عشرة سنة حسب المادة 40 منه، ونجد قانون حماية الطفل(المجال الجنائي) يحدده بثماني عشرة سنة بعد إلغاء م 442 من ق.إ.ج.ج. بمقتضى القانون 12/15 المؤرخ في 2015/07/15 المتعلق بحماية الطفل.

2- مرحلتا القِصَر في التشريع الجزائري

اعتبرت المادة 42 من ق.م.ج. في فقرتها الثانية المعدلة بمقتضى القانون 05-10 الصادر بتاريخ 2005/06/20 الشخص الذي لم يبلغ 13 سنة غير مميز، وبمفهوم المخالفة أن من بلغ هذه السن يعتبر مميزا، وبهذا فإن الصبي غير المميز الذي تمتد المرحلة التي يمر بها منذ سن الميلاد إلى ما قبل بلوغ ثلاث عشرة سنة يكون عديم الأهلية ولا يمكنه مباشرة أي تصرف قانوني حتى ولو كان بمحض النفع وإلا كان مصيره البطلان المطلق ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها[1]. وأما الطور الثاني الذي يمر به الصبي فهو مرحلة التمييز وتمتد من بلوغ سن ثلاث عشرة سنة إلى ما قبل بلوغ سن الرشد القانون المحدد بتسع عشرة سنة، والأصل في تصرفاته الصحة، إلا أنها تبقى مهددة بالزوال إذا كانت مترددة بين النفع والضرر فيتقرر لها البطلان النسبي[2]، أما إذا كانت نافعة له فيكون حكمها الصحة، ويتقرر لها البطلان المطلق إذا كان من شأنها أن تضر بمصالحه، لذا وجب على الولي أن يقوم بتدبير شؤونه الشخصية والمالية ويدرأ عنه الضرر وينوب عنه في إبرام التصرفات القانونية التي تكسبه الحقوق وتحمله الإلتزامات.

والملاحظ أن سن التمييز يخضع للقواعد العامة الواردة في القانون المدني، لذا يتعين الرجوع إليها عندما نكون بصدد الأحكام الواردة ضمن قوانين خاصة كتلك المقررة في القانون التجاري أو قانون العمل، ويلتبس الأمر حينما نجد أن المشرع الجزائري قد سوّى في الحكم بين المجنون والمعتوه والسفيه، أي بين ناقصي الأهلية وفاقديها وذلك في المادة 85 من ق.أ. التي تنص على أن تصرفات هؤلاء غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه، ولم يذكر المشرع حالة الغفلة في قانون الأسرة كما سنعرفه لا حقا في الأحكام الخاصة بالتصرفات الصادرة عن ناقصي الأهلية وفاقديها[3].

كما أنه بإمكان القاصر المميز التدخل في الإجراءات التي تعنيه وله أن يدلي بالموافقة عليها، على أنه يجب على القاضي السماع إلى أقوال القاصر وله حق الرفض إذا رأى بأن ما يطلبه لا يستجيب لمصلحته، ولا يمكن بأي

---

[1] تنص المادة 102 من القانون المدني على أنه إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة، وتضيف نفس المادة في فقرتها الثانية أن دعوى البطلان تسقط إذا انقضت خمس عشرة سنة منذ إبرام العقد، ويقابل هذا النص المادة 141 من القانون المدني المصري.

[2] تنص المادة 101 معدلة من القانون المدني على أنه يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات على أنه يبدأ سريان هذا الأجل في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب..." وقد خفض المشرع هذه المدة بعدما كانت مقررة قبل تعديل 2005 بعشر سنوات وهذا بهدف استقرار المعاملات.

[3] بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص102 وما يليها.

حال من الأحوال أن يكون القاصر تبعا لهذا السماع من أطراف الدعوى، ويمكن للقاصر أن يدلي بأقواله بصفة انفرادية أو بمعية محام ينوب عنه في مباشرة إجراءات الدعوى، أو بالإمكان اصطحاب شخص آخر من اختياره، وعند تعارض مصلحة هذا الشخص مع مصلحة القاصر يجوز للقاضي أن يعين شخصا آخر بدله، وهي أحكام مستحدثة في قانون نالغجراءات المدنية والإدارية سواء في مجال الولاية على نفس القاصر ضمن المواد 453 وما بعدها، أو في نطاق الولاية على مال القاصر في المواد 464 وما يليها من نفس القانون.

ثانيا: امتداد أحكام القِصَر إلى حالات أخرى

نصت المادة الأولى من القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية االقاصرين على أنه يعتبر في حكم القاصر الجنين والمجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه، وكذلك المفقود والغائب والمحجور عليه قانونا، وسوف نفصل في كل حالة على حدة.

1- الحمل المستكن

وحسب نفس المادة فإن الجنين يعتبر في حكم القاصر، ونعني بالحمل المستكن الجنين في بطن أمه، وقد برز فيما يتعلق بالأحكام التي تخص الجنين ثلاثة مذاهب، يرى المذهب الأول بأن مناط أهلية الجنين هو الإنسانية أي وجوب معاملته كإنسان فيكتسب الحقوق التي يمنحها القانون للبشر، وسندهم في ذلك أن نتاج الحمل البشري يثبت من وقت الحمل وقتله يعني إزهاق روحه وتثبت الجريمة تامة بعناصرها، أما الإتجاه الثاني فيذهب إلى القول بأن مناط أهلية الجنين هو الحياة فتثبت له الشخصية القانونية عند ولادته ويحضى بتدخلات لحمايته، ودليلهم في ذلك أن الجنين ما هو إلا مجموعة من الخلايا لا تدب فيها الحياة، ويعترف التيار الثالث بالشخصية القانونية للجنين ابتداء من الحركة، وحجتهم في ذلك أن الأجنة نوعان متحركة وغير متحركة وهي فكرة دينية مسيحية[1].

فمن خلال أقوال أصحاب التيارات الثلاث والنظر في حججهم يتضح أن المبدأ هو عدم اعتبار الجنين شخصا ما لم يولد، والاستثناء ثبوت شخصية تقديرية للجنين معلقة على شرط واقف وهو ولادته حيا، إلا أن الولادة ليست دائما الشرط الأساسي لثبوت الشخصية القانونية فقد تسبق هذه الشخصية الولادة ما دام أن الجنين تثبت له الحقوق باعتباره من أشخاص الحق، وتبعا لهذا فإن الجنين تثبت له حقوق بشرط ولادته حيا وليس أن يكون قابلا للحياة وهذا لكونه كائن بشري[2].

[1] انظر التفصيل في مقال لداودي ابراهيم: الشخصية القانونية للحمل المستكن، مجلة الراشدية، جامعة معسكر، ص117 وما بعدها.

[2] داودي ابراهيم: المرجع نفسه.

وقد أقرت الشريعة الإسلامية للجنين بعض الحقوق دون الإلتزامات إذا كان حملا في بطن أمه كثبوت النسب له وتقرير حق الميراث والوصية له وإن توفى الموصي قبل ميلاده، وهي حقوق لا يحتاج سببها لقبول، على خلاف الهبة التي يحتاج سببها إلى قبول وهكذا لا تتقرر للجنين، وتثبت له هذه الحقوق إذا ولد حيا من تاريخ وفاة المورث لا من تاريخ ميلاده.

وأما إذا ولد الجنين ميتا فهنا فصل فقهاء الشريعة الإسلامية في المسألة، فإن كان انفصاله بغير جناية على أمه فإنه لا يرث ولا يورث اتفاقا وإن انفصل بسبب الجناية على أمه فيثبت له الميراث ويورث عند الأحناف على خلاف الشافعية والحنابلة ومالك فإنه لا يرث ولا يورث عندهم، وذهب رأي آخر[1] إلى القول بأن الجنين حال انفصاله ميتا بجناية على أمه لا يرث ولا يورث بل تثبت لأمه الغرة وتختص بها لأن الجناية وقعت على جزء منها، وأما إذا انفصل الجنين حيا دون جناية أو اعتداء فإنه يرث من غيره ويورث،[2] لما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:"إذا استهل المولود ورث"[3].

وأما بخصوص موقف المشرع الجزائري فإنه اعترف للجنين بصلاحية التمتع بالحقوق التي قررها له القانون وعلق هذا الاعتراف على شرط ألا وهو ثبوت ولادته حيا، ذلك أن للجنين شخصية ناقصة وفقا لنص المادة 25 من ق.م. التي تقضي بأن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته، على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يقررها له القانون بشرط أن يولد حيا، كما يعتبر في حكم القاصر معدومي الأهلية من مجنون ومعتوه وناقصيها من سفيه وذي غفلة، ونعالج أحكام هؤلاء على النحو التالي:

2- معدومي الأهلية

نشير أولا إلى أن قانون الأسرة يوجب أن يصدر حكم بالحجر على المجنون والمعتوه من المحكمة، في حين أن الشريعة الإسلامية لها موقف آخر وهو اعتبارهما محجورين لذاتهما[4]، ويفرق الفقهاء بين المجنون والمعتوه:

أ- المجنون

يعرف فقهاء القانون الوضعي المجنون بأنه الشخص المصاب بحالة مرضية فيصبح فاقدا القدرة على التمييز والإدراك بشأن الأعمال النافعة من الضارة وبين الصالح والطالح، وهو اضطراب يصيب العقل وينفضي إلى اختلال

[1] الليث بن سعد وربيعة بن عبد الرحمن.

[2] السيد سابق: فقه السنة، ج3، دار الفكر،ط3، بيروت، لبنان، 1981، ص 405.

[3] أبو داود سليمان بن الأشعب الأزدي السجستاني: سنن أبي داود، ج4، دار الرسالة العالمية، طبعة خاصة، دمشق، سوريا، 2009، برقم 2920. ص 545

[4] شوقي بناسي: مرجع سابق، ص 350.

توازنه[1]، ويقصد به أيضا بأنه اختلال في العقل يمنع جريان أقوال وأفعال صاحبه على نهج العقل إلا نادرا[2]، وقد أغفل المشرع الجزائري تعريف الجنون تاركا ذلك للفقه.

ولم يفرق بين حالتي الجنون المطبق وكذا الجنون المتقطع في القواعد العامة، بيد أن المشرع الجزائري ميز بين الجنون الطبق والجنون المتقطع في القانون 91-10 الصادر بتاريخ 27 فبراير1991 المتعلق بالأوقاف المتمم والمعدل ضمن مقتضيات المادة 31 التي تقضي بعدم صحة الوقف الذي يجريه المجنون والمعتوه على اعتبار أن الوقف من بين التصرفات التي تتوقف على أهلية الإدارة، وأما من أصابه جنون متقطع فإن تصرفه يعتد به وقت إفاقته وكان في تمام عقله مع اشتراط ثبوت الإفاقة بأحد الطرق القانونية.

وبخلاف أيضا التشريعات الأخرى التي فرقت بين حالتي الجنون كالتشريع التونسي في الفصل 160 من قانون الأحوال الشخصية الذي عرف المجنون بأنه الشخص الذي فقد عقله سواء أكان جنونه مطبقاً يستغرق جميع أوقاته أم منقطعاً تعتريه فترات يثوب إليه عقله فيها. والمشروع العربي الموحد لرعاية القاصرين حيث تفيد المادة الثانية منه بأن المجنون هو فاقد العقل بصورة مطبقة أو متقطعة.

كما فرض المشرع واجب الرقابة على المجنون في المادة 134 من ق.م.ج. وجعل المسؤولية على عاتق متولي الرقابة بفعل ما يلحقه المريض بالغير من ضرر ناتج عن حالته العقلية، وكرس هذا المبدأ القضاء الجزائري في قرار صادر عن المحكمة العليا تحت رقم 52862 الصادر بتاريخ 1988/07/16، قضية(مدير مستشفى س) ضد (فريق ب)، ومضمون هذا القرار كما يلي:

"من المقرر قانونا أن متولي الرقابة مسؤول عن الأضرار التي يلحقها للغير الأشخاص الموضوعون تحت رقابته، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير صحيح.

ولما كان الثابت– في قضية الحال – أن المجلس القضائي حمل المستشفى مسؤولية وفاة الضحية نتيجة اعتداء وقع عليها من أحد المرضى المصابين عقليا واعتبر ذلك إخلالا بواجب الرقابة الملقى على عاتقها– مما

[1] محمد سعيد جعفور : مدخل الى العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 528.

[2] شوقي بناسي: مرجع سابق، ص 348.

يشكل خطأ مرفقيا– يستوجب التعويض طبقا للمادة 134 من القانون المدني، وبقضائه كما فعل طبق القانون تطبيقا سليما، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[1].

ومن هنا تتقرر مسؤولية متولي الرقابة على أساس الخطأ المفترض[2]، وهو نفس الحكم المقرر للقاصر الذي لم تتحدد سنه في التشريع الجزائري بخصوص مسألة الخضوع للرقابة بخلاف التشريع المصري[3]، وبهذا فإن الحكم الوارد في المادة يعم كل الأشخاص الذين لم يبلغوا سن الرشد المدني أي 19 سنة كاملة[4]. تنص المادة 134 المعدلة من القانون المدني على ما يلي:"كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار. ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لابد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية".

وقد يحدث وأن تجتمع مسؤوليتين في مواجهة القاصر إحداهما شخصية من حيث طبيعتها والأخرى ناشئة عن فعل الغير فأيهما أصلح للمضرور في استيفاء حقه؟ إجابة على هذا التساؤل يمكن ترجيح الإدعاء أمام القضاء على أساس المسؤولية عن فعل الغير فيثبت خطأ المسؤول ذلك أن القاصر في أغلب الأحوال يكون معسرا[5].

ب– المعتوه

يعرف فقهاء القانون العته بأنه حالة تصيب عقل الانسان فتجعله غير قادر على التمييز رغم أنه لا يفقد عقله تماما كالمجنون، ولم يولي المشرع الجزائري أي اعتبار لهذا الفرق وجعل حكم تصرفات المجنون والمعتوه كالصبي غير المميز ويتم الحجر عليهما بحكم من المحكمة طبقا للقانون، ويرفع الحجر طبقا لنظرية توازي الأشكال بقرار من المحكمة إذا ما زالت حالة العته أو الجنون[6].

---

[1] للإشارة فإن عنوان القسم الثاني التابع للفصل الثالث المدرج ضمن الباب الأول من الكتاب الثاني قد عدل بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 2005/06/20 حيث كان قبل التعديل " المسؤولية عن عمل الغير" وأصبح بعد التعديل " المسؤولية عن فعل الغير"، ولعل السبب في ذلك أن العمل مصطلح واسع يشمل الفعل والقول على حد سواء، وأن القول حينما يضر بالغير يكون الجزاء مقرر في المجال الجنائي كجريمة السب أو القذف.

[2] السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 2، د.ت.ن.، د.ب.ن.، ص852.

[3] تنص المادة 2/173 من القانون المدني المصري على ما يأتي:" ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة أو بلغها في كنف القائم على تربيته. وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو المشرف في الحرفة، مادام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف. وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج" .

[4] خليل أحمد قدادة: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 1، د.م.ج.، ط 4، الجزائر، 2010، ص270.

[5] بوكزازة أحمد: المسؤولية المدني للقاصر –دراسة مقارنة–، كلية الحقوق، ةجامعة قسنطينة 1، السنة الجامعية 2013-2014، ص166.

[6] نبيل إبراهيم سعد: مدخل إلى القانون ، منشاة المعارف الكبرى، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 169.

ويعرف أيضا بأنه آفة توجب اضطراب العقل فيلتبس كلام صاحبه فيشبه أحيانا كلام العقلاء وأحيانا أخرى كلام المجانين[1]، والفرق جلي وواضح بين المعتوه والمجنون حيث أن العته لاتصاحبه حالة هيجان بخلاف الجنون أي أن حالة العته، هذا الأخير الذي هو عبارة عن جنون هادئ. كما عرف القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين المعتوه بأنه من الشخص الذي يتسم بقلة الفهم واختلاط الكلام وسوء التدبير.

3- ناقصي الأهلية

يميز الفقهاء بين السفيه وذي الغفلة :

أ- السفيه

يعرف فقهاء القانون السفيه بأنه الشخص الذي ينفق ماله بغير ضابط من العقل والشرع[2]، فحالة السفه تصيب الشخص وتدفعه إلى إنفاق المال بدون تدبير فيعمل على تبذيره بغير ضابط من المنطق أو العقل[3]، فالسفيه كامل العقل بخلاف المجنون إلا أنه فاسد التدبير يغلبه هواه فيعمل على تبذير المال بغير تبصر في النتائج[4]، وعرفت المادة 2 من القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين السفيه بأنه الشخص المبذر الذي يقوم بصرف ماله على غير مقتضى العقل[5].

ب- ذو الغفلة

هو الشخص الذي يقع في غبن بسهولة والسبب في ذلك سلامة وطيب قلبه وغالبا ما يخطئ في تصرفه، فهو الذي لا يمكنه الاهتداء إلى سبب الربح أو الخسارة، كما قررت محكمة النقض المصرية بأن الغفلة هي ضعف بعض ملكات الشخص الضابطة في نفسه وهي واردة على حسن التقدير والإدارة ، وينشأ عن قيامها أن يغبن الشخص في معاملاته إزاء الغير.

---

[1] علي فيلالي: مرجع سابق، ص220.

[2] محمد سعيد جعفور: مرجع سابق، ص51.

[3] السفه والغفلة من العوارض التي تصيب الشخص في تدبير وتقدير الأمور ولكنها لا تؤدي به إلى اختلال العقل من الناحية الطبيعية، وتبعا لهذا يصبح ناقص الأهلية فهذان العارضان ينقصان من الملكات النفسية للشخص، فالسفيه كامل الأهلية فهو يبرم عقودا إلا أنه يسيء التقدير لغلبة الهوى عليه وبهذا يضيع الحقوق، وحكم السفيه وذي الغفلة في التشريع المصري هو نفس الحكم الوارد في القانون المدني الجزائري وهو حكم الصبي المميز بمقتضى المادة 46 من القانون المدني المصري التي تقابلها المادة 43 من القانون المدني الجزائري. انظر أحمد نصر الجندي: شرح قانون الأسرة الجزائري ، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، س 2009، ص188.

[4] علي فيلالي: مرجع سابق، ص224.

[5] الملاحظ أن المشروع العربي يعمد إلى تعريف المصطلحات بخلاف التشريعات العربية التي تترك مثل هذه المهمة لرجال الفقه كالتشريع الجزائري والتشريع المصري.

والفرق بين حالتي السفه و الغفلة بيِّن ذلك أن الشخص السفيه وقت تصرفه في الأموال يكون غالبا مدركا للنتائج المحتملة والمترتبة عن التدبير الفاسد الصادر عنه، فلا ضابط في إنفاق المال لديه لغياب العقل والحكمة في ذلك، وأما حالة الغفلة فالتصرف فيها تصاحبه السذاجة فيكون حسن نية، فهو لا يفرق بين الربح والخسارة أثناء تعامله في الصفقة[1]. وقد عرفت المادة 2 من القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين ذا الغفلة بأنه من يغبن في معاملاته المالية لسهولة خداعه.

4- الغائب

عرفت المادة 110 من ق.أ. الغائب بأنه الشخص الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود، وقد عرفت المادة 109 من ذات القانون المفقود بأنه الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته، ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم وهو ما استقر عليه القضاء الجزائري[2].

وقد تناول المشرع المصري مسألة الغيبة في المادة 74 من قانون الولاية المصري لسنة 1952 وما بعدها والتي يستشف من خلالها التعريف التالي: الغائب هو الشخص كامل الأهلية الذي لا يعرف مكانه ولا حياته أو وفاته وانقضت مدة سنة أو أكثر على غيبته، أو كان له موطن معلوم خارج بلده واستحال عليه تولي شؤونه بنفسه أو الإشراف على من ينيبه في تسييرها[3].

أما من الجانب الإجرائي فإنه يقوم أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة باستصدار حكم يقضي بإثبات حالة الفقد، كما يعتبر الشخص المفقود حيا ولا يمكن أن تقسم أمواله ولا يورث إلا إذا صدر الحكم بموته، وبإمكان زوجة المفقود أن تطلب التطليق استنادا إلى المادة 5/53 من ق.أ.، كما راعى المشرع أحوال الغائب أو المفقود في مسألة الميراث والوصية حيث نصت المادة 133 من ق.أ. على أن الوارث إذا كان مفقودا ولم يحكم بموته فإنه يعتبر حيا.

---

[1] محمد سعيد جعفور: مرجع سابق، ص55.

[2] قرار م.ع: ، غ.أ.ش.، ملف تحت رقم 118621 بتاريخ 1995/05/02، ع2، ص101، ومضمونه كالآتي:"من المقرر قانونا أن الشخص الغائب يعتبر مفقودا بعد صدور حكم قضائي يشهد بذلك، ومن ثم يمكن إصدار حكم ثاني يقضي بموته بعد انقضاء آجال البحث عنه.
ولما ثبت – في قضية الحال – أن قضاة الموضوع حكموا بالفقدان والموت في آن واحد، فإن ذلك يجعل من الإجراءات المتبعة باطلة، مما يستوجب إبطال قرارهم".

[3] كمال حمدي: الولاية على المال، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، س2003، ص218.

وبعد صدور الحكم بموت المفقود وقد رجحت حالة هلاكه كما هو الشأن في الحروب وهذا بعد مضي أربع سنوات من فقده وبعد إجراء التحريات اللازمة أجاز القانون للقاضي أن يحكم بموته، وأما إذا رجحت سلامة الشخص المفقود كمن أسندت له القيام بمهمة عمل أو سافر من أجل مزاولة دراسته ببلد أجنبي ولم يظهر عليه خبر فللقاضي السلطة التقديرية بعد مضي أربع سنوات في تقرير موته، ويعتبر تاريخ صدور الحكم بالوفاة هو تاريخ الفقد.

ويعتبر الحكم القضائي الصادر بشأن الفقد منشئ ويمكن تبعا لهذا تقسيم أمواله، كما يمكن لزوجته أن تعتد عدة المتوفى عنها زوجها أي مدة أربعة أشهر وعشرا حسب ما نصت عليه المادة 59 من ق.أ.، ويستحق الإرث وفقا للمادة 115 من ذات القانون بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي، كما قررت نفس القانون أنه لا مجال لتوريث المفقود ولا يمكن تقسيم أمواله إلا بعد صدور حكم بموته وفي حالة رجوعه أو ظهوره يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها.

بقي أن نشير إلى مسألة غاية في الأهمية وهي أن المشرع لم يعالج عودة زوجة المفقود إلى عصمته بعد ظهوره، ففي هذه الحالة ترجع زوجته إليه ما لم يتزوج بها آخر غير عالم بحياة الزوج الأول، فإن كان كذلك فهي للثاني ما لم يكن عقده في عدة وفاة الأول، ومن باب تعميم الفائدة يقول صاحب المغني في المفقود الذي لا يغلب هلاكه"لا يقسم ماله ولا تتزوج امرأته حتى يتيقن موته، أو يمضي عليه مدة لا يعيش في فمثلها، وذلك مردود إلى اجتهاد الحاكم، وهذا قول الشافعي رضي الله عنه ومحمد بن الحسن وهو المشهور عن مالك وأبي حنيفة وأبي يوسف، لأن الأصل حياته والتقدير لا يصار إليه بتوقيف، ولا توقيف هنا، فوجب التوقف"[1].

ثالثا: حكم التصرفات الصادرة عن ناقصي الأهلية وفاقديها

نتناول هذا الفرع في نقطتين تتعلق الأولى بحكم التصرفات التي تصدر عن معدومي الأهلية من مجنون ومعتوه، وأما النقطة الثانية فنعالج فيها حكم التصرفات التي يبرمها ناقصي الأهلية من سفيه وذي غفلة، وسواء كان ذلك قبل الحجر أو بعده.

1- حكم التصرفات الصادرة في حالة الجنون والعته

تنص المادة 107 من قانون الأسرة على ما يلي:"تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها "، من استقراء نص هذه المادة نلاحظ أن المشرع قد ميز بين

[1] السيد سابق: مرجع سابق، ج3، ص452-453.

التصرفات الصادرة قبل الحكم على الشخص بالحجر وما بين تلك التي تصدر بعد الحكم بالحجر[1]، كما نصت أيضا المادة 101 من نفس القانون على ما يأتي:"من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه"، فوفقا لهذا النص تعتبر تصرفات المحجور عليه باطلة

غير أن المادة 85 من قانون الأسرة أخذت بحكم عدم النفاذ إزاء تصرفات المحجور عليه سواء المجنون أو المعتوه أو السفيه موافقة الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية التي حذت حذوه، وقرر القانون المدني البطلان النسبي إزاء التصرفات الصادرة عن السفيه باعتباره ناقص الأهلية ونفس الحكم مقرر بالنسبة لذي الغفلة الذي لا وجود له في المادتين 85 و101 من قانون الأسرة بل لم تتضمنه أحكام هذا القانون إطلاقا.

وأملنا كبير في أن يزيل المشرع الجزائري التعارض الوارد في أحكام الأهلية من خلال التعديلات اللاحقة سواء في القانون المدني أو قانون الأسرة، فيقرر حكم البطلان النسبي أو وقف النفاذ إزاء التصرفات الصادرة عن السفيه وذي الغفلة مع فرض تدارك المشرع بالنص على هذا الأخير ضمن نصوص قانون الأسرة، وهذا حسب التوجه الذي يبتغي المشرع أن يحذوه في التعديلات اللاحقة، ولو أننا نستشف من استقراء المادة 43 من القانون المدني المعدلة بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 أن المشرع يميل إلى فكرة البطلان النسبي، ففي كلتا الحالتين سواء تقرير حكم البطلان النسبي أو وقف نفاذ التصرف الغاية واحدة وهي انسجام الأحكام بين القانون المدني وقانون الأسرة فيما يتعلق بأحكام الأهلية.

أ- حكم التصرفات المبرمة قبل الحجر

القاعدة العامة هي أن جميع التصرفات التي يبرمها المجنون والمعتوه يكون حكمها الصحة بالرغم من انعدام التمييز لديهما بغية تحقيق الاستقرار المعاملات، وهذا إذا كانت حالتي الجنون والعته غير شائعتين وقت التعاقد، وإذا كانتا شائعتين أثناء التعاقد أو كان الطرف الآخر على علم بها حال تعاقده مع المجنون أو المعتوه فإن مصير التصرفات التي يبرمانها البطلان المطلق، حيث يجوز لكل من له مصلحة التمسك به كما تقضي به الجهة القضائية من تلقاء نفسها اعتمادا على فكرة النظام العام.

ب- حكم التصرفات المبرمة بعد الحجر

يتقرر طلب الحجر من قبل أحد أقارب فاقدي الأهلية أو من أي شخص له مصلحة أو حتى من النيابة العامة، وبعد توقيع الحجر تأخذ تصرفات المجنون والمعتوه حكم البطلان المطلق، إذا اعتمدنا على فكرة البطلان

[1] ورد في قرار للمحكمة العليا صادر بتاريخ 1982/11/24، ملف تحت رقم 27711، م.ق.، ع 1، س1983، ص 133 ما مفاده أن الحجر على الشخص السفيه لا يثبت إلا بحكم يتم تعليقه بمكاتب التوثيق عبر كامل التراب الوطني ويتم نشره في جريدة يومية بعد أن يصير نهائيا.

النسبي كفكرة يمكن أن يعتنقها المشرع الجزائري للتوحيد في الحكم بين القانون المدني وكذا قانون الأسرة وذلك ما نستشفه من مقتضيات المادة 43 من ق.م. المعدلة بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 2005/06/20.

2- حكم التصرفات الصادرة في حالة السفه والغفلة

تنص المادة 43 من ق.م. المعدلة[1] على ما يأتي :" كل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون"، وقد غير المشرع مصطلح "معتوها" بـ"ذي غفلة" بمقتضى القانون السابق ذكره(05-10) وهو تعديل صائب حتى يتسق مع الحكم الوارد في المادة 42 من ق.م..

ما يمكن استخلاصه من هذه المادة هو أن المشرع وحد في الحكم بين تصرفات القاصر المميز وكذا السفيه وذي الغفلة من حيث الأثر، إلا أن الأحكام تتعارض فيما بينها خاصة وأن المشرع قد استعمل أسلوب الإحالة من القانون المدني إلى قانون الأسرة، فالمادة 79 من ق.م.ج. تحيلنا إلى أحكام قانون الأسرة حين تنص على أنه تسري على القصر والمحجور عليهم وغيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المقررة في قانون الأسرة، إلا أن المادة 85 من ق.أ. تقضي بأن تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه يكون حكمها وقف النفاذ إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه، وما يستخلص من هذه المادة أنها لم تتطرق إلى حكم ذي الغفلة.

كما اعتبر المشرع الجزائري حكم السفيه كحكم المجنون والمعتوه وقرر حكم مفاده أن التصرف في حقهم موقوف على النفاذ[2]، وهذا على خلاف ما يقرره المشرع في القانون المدني حيث يعتبر تصرف المجنون والمعتوه باطلا بطلانا مطلقا وهذا ما ورد في النسخة الفرنسية لقانون الأسرة الجزائري وتحديدا نص المادة 85 من ق.أ. حيث كانت العبارة (sont nuls) وتترجم بـ" باطلة"، لذا يتعين على المشرع استدراك الخطأ وتوحيد الحكم إما اعتمادا على فكرة وقف نفاذ التصرف كما بينا سلفا في كلا القانونين وهذا يوافق أحكام الفقه الإسلامي ومن ثم يكتسي هذا الحكم طابعا وقائيا، أو باعتباره باطلا بطلانا نسبيا في كلا القانونين وهنا يكون له طابع علاجي، وظاهر من القولين أن الأول هو الصائب ذلك أن الوقاية خير من العلاج. وكأصل عام يكون حكم التصرفات الصادرة عن السفيه وذي الغفلة الصحة ذلك أن أهليتهما كاملة والاستثناء الذي يرد على هذا الأصل هو بطلان التصرف أو قابليته للإبطال أو وقفه على النفاذ حسب الحالة إذا صدر هذا التصرف بعد توقيع الحكم بالحجر أو قبله.

[1] تم تعديل المادة 43 من ق.م. بمقتضى القانون 05-10 الصادر بتاريخ 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني.

[2] تجدر الإشارة إلى أن عبارة "غير نافذ" المعتمدة في الفقه الإسلامي الحكمة منها الإعتداد بالتصرفات الصادرة عن المجنون أثناء إفاقته حيث ميز فقهاء الشريعة بين ضربين من الجنون يتعلق النوع الأول بالجنون المطبق ويأخذ التصرف المبرم في هذه الصورة حكم البطلان المطلق وأما النوع الثاني المتمثل في الجنون المتقطع فيكون التصرف موقوف على النفاذ ولم يعتمد المشرع الجزائري هذا التقسيم ضمن نصوص القانون المدني أو في قانون الأسرة.

أ- حكم التصرفات المبرمة قبل توقيع الحجر

لا فرق في التشريع الجزائري بين التصرفات التي يبرمها السفيه وذو الغفلة، وقرر المشرع لجميع التصرفات الصادرة عنهما حكم الصحة وذلك قبل صدور الحكم بتوقيع الحجر كأصل عام، إلا إذا كانت حالتي السفه والغفلة شائعتين أثناء التعاقد وهذا ما يمكن استقراؤه من أحكام المادة 107 من ق.أ.

ب-حكم التصرفات المبرمة بعد توقيع الحجر

تأخذ تصرفات السفيه وذي الغفلة نفس حكم التصرفات الصادرة عن القاصر المميز فتكون صحيحة إذا كانت نافعة لهما نفعا محضا، وتكون باطلة بطلانا مطلقا إذا كانت ضارة بهما ضررا محضا، وتكون هذه التصرفات في الحالة الأخيرة باطلة بطلانا نسبيا إذا كانت دائرة بين النفع والضرر[1]، ويجب أن يكون الحجر بصدور حكم قضائي بناء على طلب يقدمه أحد الأقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة، ويسوغ للقاضي الاستعانة بأهل الخبرة لإثبات أسباب الحجر، وله في سبيل ذلك أن يعين مقدما للقيام بشؤون المحجور عليه، وللمحكمة أيضا أن تعين لمن يراد التحجير عليه مساعدا يعاونه في التصرفات التي يجريها لمصلحته إذا كانت مصلحة المحجور عليه تتطلب ذلك.

الفرع الثاني: الولاية على القصر في التشريع الجزائري

لقد تعددت التعريفات الخاصة بالولاية غير أنها ترمي إلى نفس الغاية التي حدد معالمها المشرع، فهي تهدف إلى حماية القاصر وتدبير شؤونه الشخصية والمالية، كما قرر المشرع الحجر على من أصاب أهليته عارض من عوارض الأهلية، فيمنع من التصرف في حقوقه المالية، وسوف نعرض لهذه الأحكام بشيء من التفصيل.

أولا: النيابة الشرعية على القصر ومن في حكمهم

لا يمكن للقاصر أو من كان في حكمه أن يبرم التصرفات القانونية وينوب عنه في ذلك نائب قانوني، وبهذا المعنى يقصد بالنيابة قيام شخص مقام الغير بإذنه في مباشرة التصرفات القانونية لتنصرف آثارها إلى هذا الغير[2]، أما النيابة القانونية فهي التي تجد مصدرها في القانون كولاية الأب على أولاده القصر، وأما النيابة القضائية فهي التي يفوض فيها القضاء شخصا التصرف لمصلحة القاصر نيابة عنه، وأما بالنسبة للنيابة التعاقدية فيكون مصدرها العقد الذي يربط طرفيه وتسمى أيضا النيابة الإتفاقية، وهناك أنواع أخرى من النيابة لايتسع المقام لذكرها ونكتفي بما هو

[1] أحمد نصر الجندي: مرجع سابق، ص170.

[2] بلقاسم شتوان: مرجع سابق، ص16.

قاصر على مصلحة الصبي، وإذا طرأ على الشخص عارض من عوارض الأهلية فأعدمها أو أنقص منها فإنه يحتاج إلى نائب قانوني ليقوم مقامه في إبرام التصرفات القانونية، ويعين القيم على الشخص المراد القوامة عليه في حال عدم وجود ولي أو وصي يرْعى شؤونه ويكون ذلك في نفس الحكم القاضي بالحجر وفقا لمقتضيات م 104 من قانون الأسرة.

ويذهب المشرع الفرنسي في المادة 389-3 من القانون المدني إلى أن هذه الولاية ليست على إطلاقها فيقضي بأن المدير يكون النائب القانوني للقاصر في جميع المسائل المدنية ما عدا تلك التي يرخص القانون فيها للقاصر بأن يتصرف بنفسه، وفي حال تعارض مصالحه مع مصالح القاصر يقوم هذا الأخير بطلب تعيين مدير خاص أمام القاضي. ويقوم القاضي بهذا التعيين بناء على طلب النيابة العامة أو بطلب من القاصر أو بصفة تلقائية وذلك في حالة عدم عناية المدير القانوني بالقصر، مع العلم أن الإدارة القانونية حسب المادة 389 من القانون المدني الفرنسي يمارسها الوالدان بالإشتراك كأصل عام، واستثناء من ذلك يمارسها أحدهما اعمادا على السلطة الوالدية، وتوضع الإدارة القانونية تحت رقابة القاضي عند وفاة أحد الوالدين أو سقوط السلطة الوالدية عنه ونفس الحكم مقرر عندما تمارس هذه السلطة من جانب واحد.

1- الولاية على القصر

تجد أحكام الولاية في قانون الأسرة الجزائري مصدرها في الشريعة الإسلامية، حيث إذا أغفل المشرع النص على حكم معين أحال المسألة المراد معرفة حكمها إلى الشريعة الإسلامية وهذا بموجب المادة 222 من قانون الأسرة[1]، ذلك أن أحكام الشريعة الإسلامية تتميز بالغنية والثراء وكذا المثالية فلا مجال لإهدار الحقوق فيها ويكون التعامل فيها يعمه الإستقرار، كما أن الولاية شرعت لتغطية الضعف الذي يعتري الصغير فيكون بحاجة إلى من يرعى مصالحه لقِصر ملكاته العقلية على مقاومة العقبات التي تقف عائقا أمامه، وإن كل ما اشترطه المشرع من ضوابط لتقرير نظام الولاية غايته حفظ القاصر نفسا ومالا وتلبية حاجاته حتى ينشأ على دين أسلافه ويسهم في بناء مجتمع صالح، نعالج موضوع الولاية من خلال تعريفها ثم بيان أقسامها.

[1] تفيد المادة 222 من قانون الأسرة بأنه في حالة عدم ورود نص بخصوص المسألة المراد معرفة حكمها في هذا القانون وجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا الحكم الأخير يتسع نطاقه ليشمل جميع المذاهب الإسلامية، لهذا كان يتعين التخصيص والنص بصريح العبارة على الراجح في الفقه المالكي، وهو ما جرى به العمل في القوانين العربية مثل التشريع الأردني حيث نجد ضمن نصوص قانون الأحوال الشخصية أن الولي في عقد النكاح هو العاصب بنفسه وفق الترتيب الوارد في القول الراجح لمذهب أبي حنيفة. أيضا نجد في مدونة الأسرة المغربية النص على أنه يتعين الرجوع إلى المذهب المالكي في حالة عدم وجود نص يحكم الواقعة وكذا الاجتهادات التي تتضمن تكريس القيم الإسلامية سواء في مسألة العدل أو المساواة أو المعاشرة بالمعروف، ولو أننا نستشف من خلال كتابات الفقهاء أن المادة 222 من ق.أ. تحيل إلى أحكام الفقه المالكي إلا أنه يتعين النص صراحة على ذلك.

أ- المقصود بالولاية

الولاية بفتح الواو وكسرها، تكون بمعنى النصرة وكذا النسب في حالة الفتح وتكون بمعنى السلطان في حالة الكسر، وهي مشتقة من الولْي بسكون اللام ومعناه القرب[1]، والفعل ولي نقول ولي الرجل إذا قام بشؤونه، ووليَ الشيء إذا استأثر به وملكه، والولي هو اسم الله ومعناه الذي يتولى أمور الخلق، ووَلِي المرأة هو الذي يعقد زواجها.

أما المقصود بالولاية اصطلاحا فهي (القدرة على إنشاء العقد نافذا)[2]، وهذا تعريف منتقد لأنه لا يتضمن مدلول النسب بخصوص الولاية[3]، كما عرفها الأحناف بأنها (تنفيذ القول على الغير سواء رضي أو لم يرض)[4]، وهذا أيضا إذا التزمنا بحرفية النص فإن النص لم تضمن الأفعال بل اقتصر على الأقوال، فإذا قلنا بأن الولاية هي سلطة فيكون هذا بالنظر إلى الولي، وإذا قلنا بأنها حق فيكون هذا بالنظر إلى المولى عليه، لذا يمكن القول بأنها مزية يعترف بها القانون سلطةً لشخص ذي أهلية كاملة للقيام بالأمور الشخصية وكذا المالية في حقه وحق وغيره، وبهذا تضمن هذا التعريف أنواع الولاية أي الولاية على النفس والولاية على المال، حيث تم مراعاة الأمور الشخصية والمالية، وكذا الولاية القاصر والولاية المتعدية ذلك أن الولاية كانت في حقه وحق الغير[5]، وأيضا شمل التعريف الولاية العامة والولاية الخاصة لأن لفظ (شخص) جاء على إطلاقه فهو يعم الشخص الطبيعي والشخص المعنوي على حد سواء، كما تضمن التعريف شروط الولي من بلوغ وعقل(كامل الأهلية)، وبهذا المعنى نعرف الولاية على القاصر بأنها إشراف شخص كامل الأهلية على شؤون القاصر الشخصية والمالية[6].

ب- أنواع الولاية

الولاية نوعان ولاية عامة وخاصة [7] ونقصد بالأولى أنها سلطة يمكن بمقتضاها إلزام الغير وجبره على الأداء

---

[1] أحمد محمد علي داوود: الأحوال الشخصية: دار الثقافة ، عمان، الأردن، ط1، س 2009، ص296. بن منظور، مرجع سابق ج 15، ص405. مصطفى أحمد الزرقاء، مرجع سابق، ص 817.

[2] محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي، د.ب.ن.، د.ت.ن.، ص 17.

[3] فإبرام العقود يمس الجانب المالي للشخص وفقا لهذا التعريف إلا أنه لا يوضح علاقة هذا الشخص بذلك الذي يجيز نفاذها، وبهذا لا يحمل هذا التعريف مدلول النسب أي قرابة الولي بالمولى عليه.

[4] عبد الرحمن الجزيري: مرجع سابق، ج4، دار الفكر، د.ب.ن.، د.ت.ن.، ص 28- 29 .

[5] ورد مصطلح الغير عاما في هذا التعريف ذلك أن الولاية في مفهومها الواسع مرادفة في معناها للنيابة الشرعية حيث أن ثبوتها يكون على الغائب أو المفقود وغيرهم من ناقصي الأهلية وفاقديها.(انظر قانون الولاية على المال المصري).

[6] أحمد علي جرادات: مرجع سابق ، ص14.

[7] السيد سابق، مرجع سابق، ص111.

دون إذن منه، وتثبت للسلطان الذي يتولى أمور المجتمع وله توكيل من يشاء لاتساع سلطاته[1]، والنوع الثاني وهو الولاية الخاصة التي تثبت على الأشخاص في حد ذاتهم مجردين من الصفة وهي مقدمة على الولاية العامة لأن القاعدة تقضي بأن القاضي ولي من لا ولي له، فلا يمكنه تزويج القاصر إذا كان وليه موجودا[2]، وهذا المبدأ وارد في التشريع الجزائري[3].

وتقسم الولاية الخاصة إلى ولاية قاصرة وأخرى متعدية[4]، وتثبت الولاية القاصرة للشخص الذي تكون أهليته كاملة ولا يتعدى أثرها من له حق التمتع بها في نفسه وماله، ويكون حكم التصرفات التي يبرمها الصحة والنفاذ[5]، وتعرف أيضا بأنها قدرة الشخص شرعاً على إنشاء الّتصرف الصحيح الّنافذ على نفسه وبالتالي فإن أثر هذه الولاية لا يتعدى من له حق التمتع بها[6]، وأما النوع الثاني وهو الولاية االمتعدية وتتقرر للأشخاص على غيرهم بسبب حالة عارضة جعلها الشرع علة لثبوتها[7]، ولا تثبت إلا لمن كانت له ولاية على نفسه وهذا من باب أولى.

وتقسّم الولاية المتعدية[8] إلى ولاية أصلية وأخرى نيابية، وتثبت الولاية الأصلية بصفة تلقائية على الصبي وسببها الأبوة كالولاية المقررة للأب أو الجد، ومصدرها القانون فلا يصح للولي بأي حال من الأحوال أن يستمد هذه الولاية من الغير لأن الصغر أمر عارض، والقسم الثاني وهو الولاية النيابية التي تستمد من الغير عن طريق النيابة كما هو مقرر بالنسبة للوصي حيث تجد الولاية مصدرها ممن قام بتعيين الوصي.

كما يقسم فقهاء القانون الولاية المتعدية استنادا إلى معيار من تثبت عليه الولاية إلى نوعين[9]، يتعلق الأول بالولاية على النفس وتعني قيام الولي بالشؤون الشخصية للمولى عليه من تعليم وتربية وتطبيب وغيرها من

---

[1] محمد محي الدين عبد الحميد: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، س2003، ص 87.

[2] حسن حسن منصور: الموسوعة القضائية في مسائل الأحوال الشخصية، ج2، الولاية على النفس، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، س1997، ص12.

[3] تنص المادة 2/11 من ق.أ. على ما يلي:"دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له". وقد عدلت هذه المادة بموجب القانون 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 والملاحظ أن المشرع استعمل حرف العطف الفاء الذي يفيد الترتيب والتعقيب، على خلاف الفقرة الأولى التي استعمل فيه حرف العطف أو الذي يفيد الاختيار.

[4] أحمد نصر الجندي: التعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، س2004، ص9.

[5] وهذا لكون الشخص كامل الأهلية حيث أنها لا تتوافر في شخص ناقص الأهلية أو فاقدها لأنه لا يمكنه إبرام التصرفات القانونية لمصلحته بل يحتاج إلى من ينوب عنه قانونا كالولي أو الوصي أو القيم.

[6] الأكحل بن حواء: نظرية الولاية في الزواج، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1982، ص16.

[7] أحمد نصر الجندي: شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، 174.

[8] أحمد نصر الجندي: الولاية على المال، مرجع سابق، ص10.

[9] حسن حسن منصور: مرجع سابق، ص11.

الإلتزامات[1]، والقسم الثاني يتعلق بالولاية على المال وهي التي يقع على عاتق الولي تدبير شؤون المولى عليه المتعلقة بالمال وذلك بأن يحفظها ويعمل على استثمارها لفائدة الشخص الخاضع للولاية[2].

والولاية على النفس بالمعنى السالف الذكر تنقسم إلى ولاية الحفظ وإلى ولاية النكاح، ونعني بولاية الحفظ أن يلتزم الولي على النفس بالمحافظة على الصبي في نفسه وكذا له أن يطالب أمام القضاء بحقوقه ويدافع عنها، وله أيضا حق تأديبه وذلك لتهذيب سلوكه دون أن يجحف بحقه في استعمال هذه الصلاحية حتى لا يشكّل تأديبه للصبي عنفا وتبعا لهذا تترتب مسؤوليته الجنائية، وهنا يتعين معرفة هل يجوز للولي استعمال حق تأديب القاصر لتقويم سلوكه أم أن هذا الفعل محظور خوفا من المساس بسلامته البدنية؟

لقد أجازت القوانين العربية مثل هذا الفعل وفرضت قيودا تأسيا بالشريعة الإسلامية كالمادة 60 من قانون العقوبات المصري التي تقضي بأن أحكام قانون العقوبات لا تسري على الأفعال التي ترتكب بحسن نية وإعمالا لحق قررته الشريعة الإسلامية، وكذا المشرع الجزائري الذي قرر في المادة 39 من ق.ع.ج. التي تقضي بأنه لا تعتبر جريمة في حالة ما إذا أذن القانون بالفعل أو أمر به[3]، وما خرج عن هذه الحدود فهو فعل مجرم ذلك أنه يمس بالسلامة الجسدية للقاصر.

ويتعين هنا معرفة حكم الشريعة الإسلامية في هذه المسألة أي حق تأديب الصبي، وتقودنا الإجابة على هذا التساؤل إلى قوله عليه الصلاة والسلام:" مروا صبيانكم بالصلاة سبعا واضربوهم عليها عشرا وفرقوا بينهم في المضاجع"[4]، فيعمل الولي على تقديم النصح للصبي فإن لم يمتثل يلجأ بعدها إلى الضرب شريطة ألا يكون مبرح، ويذهب المالكية والحنفية إلى أن الأب إذا ضرب ولده تأديبا وكذلك الشأن بالنسبة للمعلم إذا ضرب الصبي للتعليم وكان نتيجة الضرب هي الوفاة فهنا لا يضمن الأب والمعلم لأن القصد هو التأديب والتهذيب[5].

وأما الحنفية والشافعية فقالوا أن الأب إذا ضرب ابنه وترتب على ذلك الوفاة فالواجب دفع الدية في ماله ولا يمكنه أن يرث منها، ونفس الحكم مقرر للمعلم عند التعليم أو صاحب الحرفة عند التدريب فإذا ترتب عن

---

[1] من المعلوم أن الطفل حين يولد يكون بحاجة إلى من يعوله حتى ينشأ في ظل الرعاية اللائقة التي تؤثر تأثيرا حسنا في نموه ويصبح تبعا لهذا فردا صالحا يسعى لبناء المجتمع، فيوفر له الولي الغذاء والفراش واللباس وإذا كان مريضا يحضر له الطبيب فهنا الحماية التي يقوم بها الولي حماية داخل المنزل وخارجه وتعني القاصر في شخصه لا في ذمته المالية.

[2] الأكحل بن حواء: مرجع سابق، ص16.

[3] بن عودة حسكر مراد: مقال بعنوان المسؤولية الجزائية عن ممارسة حق التأديب داخل الأسرة، مجلة محكمة صادرة عن جامعة أبو بكر بلقايد، منشورات ابن خلدون، تلمسان، الجزائر، ع9، 2011، ص 11.

[4] سبق تخريجه.

[5] عبد الرحمن الجزيري: مرجع سابق، ج5، ص 292.

الضرب الوفاة وجب الضمان احتياطا حتى لا يحتاط في الضرب فقد لا ينجر عنه مصلحة فيصبح ضرب الأب لابنه كالأجنبي عنه[1].

وأما التشريعات الغربية فنجدها تعترف بالحق في تأديب القاصر ذلك أنه منبثق عن السلطة الوالدية، وبالنسبة لمداه فهو خاضع إلى العرف حيث أقر القضاء الفرنسي بالحق في التأديب باعتباره رخصة عرفية، ويشترط القانون الانجليزي أن يكون التأديب كحق للوالدين في حدود المعقول، وإذا كان سلوك الأب منحرفا إلى حد التهتك بحيث يشكل خطرا جسيما على الطفل فإن هذا الحق ينصرف في الغالب إلى الأم [2].

وأما ولاية النكاح فتخول للشخص الكامل الأهلية الحق في إبرام عقد نكاح له أو للغير، وللولاية في النكاح قسمان يتعلق الأول بولاية الإجبار والنوع الثاني بولاية الإختيار[3]، ويقصد بولاية الإجبار استبداد الولي بإنكاح غيره دون أخذ موافقته فيقوم مثلا بدفع أو قبول المهر وله إنشاء الصيغة بدل المولى عليه، وهي بهذا الشكل تثبت على الصبي والمجنون، وهذا النوع من الولاية لا يعترف به المشرع الجزائري، وأما بخصوص ولاية الاختيار وتسمى أيضا بولاية المشاركة فهي التي تثبت للفتاة الراشدة العاقلة ومناطها الأخذ بعبارة المرأة لإبرام عقد نكاحها، ولها أن تستقل به ولو لم يرض وليها.

وقد شدد القانون في الحرص على حفظ أموال القاصر ورتب المسؤولية على الولي في حال التقصير في أداء الإلتزامات الملقاة على عاتقه إزاءها، لذا وجب عليه أن يأخذ إذنا من القاضي بخصوص بيع العقار أو القيام بإجراءات أخرى بشأنه كالقسمة أو الرهن أو إجراء المصالحة، ونفس الحكم مقرر بالنسبة لبيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة، والإذن مطلوب أيضا إذا تعلق الأمر باستثمار أموال القاصر بالإقراض أو الإقتراض أو المساهمة في شركة، كما يقع على عاتق الولي أن يستأذن القاضي إذا أراد أن يؤجر عقارا القاصر لمدة تفوق ثلاث سنوات أو تمتد لأزيد من سنة بعد بلوغه سن الرشد[4].

وعند إذن القاضي بالإجراءات السالفة الذكر وجب عليه أن يراعي حالة الضرورة وكذا مصلحة القاصر في ذلك، وأن يجري بيع العقار وفقا للإجراءات المقررة قانونا، وقد استحدث المشرع في هذا الخصوص المواد 783 إلى 785 من ق.إ.م.إ حيث يتم بيع العقارات و/أو الحقوق العينية العقارية المرخص ببيعها عن طريق المزايدة لناقص

[1] عبد الرحمن الجزيري: نفس المرجع، ص398.

[2] بن عودة حسكر مراد: نفس المرجع، ص 14 وما يليها.

[3] الأكحل بن حواء: مرجع سابق، ص 19 (بتصرف).

[4] أحمد نصر الجندي: شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 176.

الأهلية استنادا إلى قائمة شروط البيع يقوم بإعدادها المحضر القضائي وتودع بأمانة ضبط المحكمة وهذا بناء على طلب من الولي أو الوصي أو المقدم أو إذا قام بإعدادها وكيل التفليسة[1].

كما تتضمن قائمة شروط البيع الإذن الصادر بالبيع وكذا تحديد العقار و/أو الحقوق العينية العقارية بصفة دقيقة لاسيما الموقع الخاص بالعقار وحدوده وكذا نوعه ومشتملاته إضافة إلى مساحته ورقم القطعة الأرضية واسمها عند الإقتضاء، وبيان الحالة التي يوجد عليها العقار من حيث كونه مشاعا أو مفرزا ، كما يمكن إدراج بيانات أخرى تفيد في تعيين هذا العقار، وأما إذا كان العقار عبارة عن بناية فيتعين بيان رقمها والأجزاء المكونة للعقار، يضاف إلى هذه البيانات التصريح بشروط البيع والتمن الأساسي، وعند الضرورة يتم تجزئة العقار إلى أجزاء حيث يحدد الثمن الأساسي لكل جزء، كما يتعين بيان السندات الخاصة بملكية العقار[2].

تصحب قائمة شروط بيع العقار بمستندات نصت عليها المادة 784 من ق.إ.م.إ. وتتمثل في مستخرج الضريبة العقارية ومستخرج من عقد الملكية مرفقا بالإذن بالبيع عند الإقتضاء إضافة إلى الشهادة العقارية، وعند استيفاء كل هذه الإجراءات يقوم المحضر القضائي بالتبليغ الرسمي للدائنين أصحاب التأمينات العينية وكذا إخطار النيابة العامة، ولهم في المقابل الحق في الإعتراض على قائمة شروط البيع بناء على طلب إلغائها عند الإقتضاء، أما عن إجراءات البيع بالمزاد العلني فقد نصت عليها المواد 747 إلى 765 من ق.إ.م.إ..

تجدر الإشارة إلى أنه إذا تعارضت مصلحة الولي مع مصلحة المولى عليه القاصر يقوم القاضي بتعيين متصرف خاص بصفة تلقائية أو بناء على طلب من له مصلحة، وهو الحكم الذي قررته المادة 90 من ق.أ.، كما تبين المادة 91 من ذات القانون أن وظيفة الولي تنقضي بموته أو عجزه أو بالحجر عليه أو بإسقاط الولاية عنه، ونص المادة قاصر في ذكر حالات انقضاء الولاية حيث أوردت المادة 96 من ق.أ. حالات أخرى بشأن انتهاء الوصاية لم ترد في نص المادة 91 من نفس القانون وتنتهي بتوافرها الولاية كحالة موت القاصر أو بلوغ هذا الأخير سن الرشد إلى غير ذلك.

2- الوصاية على القصر

الوصاية بفتح الواو وكسرها، وسميت كذلك لارتباطها بأمور المتوفى[3]، كما يقصد بها اللين والرفق لما ورد في حديث النبي صلى الله عليه وسلم"استوصوا بالنساء خيرا"، ويكون معناها الفريضة كما قال جل وعلا:"وَصِيَّةً

[1] سائح سنقوقة: قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،ج1، دار الهدى، الجزائر، س 2011، ص1007.

[2] فريجة حسين: المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، د.م.ج.، الجزائر، س 2013، ص324.

[3] بن منظور: مرجع سابق، ج12، ص394.

مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ"[1]، ومعناها هنا فريضة من الله، أما الوصاية في الإصطلاح فالمقصود بها تعهد شخص إلى آخر ناقص الأهلية أو فاقدها بتدبير شؤونه الشخصية والمالية، وعليه فإن الوصي هو الشخص الذي يعينه الولي لينوب عنه في القيام بأمور المولى عليه أثناء غيابه، قضت في هذا القبيل المادة 92 من ق.أ. بأنه يجوز للأب أن يعين وصيا لولده القاصر في حالة عدم وجود أم تتولى شؤونه أو أو حال ثبوت أنها غير مؤهلة لذلك بالطرق القانونية، وعندما يتعدد الأوصياء يختار القاضي الأصلح منهم[2].

أ- التمييز بين الوصاية والولاية

تتفق الولاية مع الوصاية في أنهما سلطة يتم منحها للغير كامل الأهلية على شخص ناقص الأهلية أو فاقدها، وهما تختلفان من عدة أو جه ذلك أن الولاية مصدرها القانون ولا دخل للمحكمة في تثبيتها أما الوصاية فتقوم بتدخل من المحكمة حيث يثبت القاضي الوصي إذا كان مختارا، وللوصي أن يرفض الوصاية حال عرضها عليه في حين أن الولاية لا يجوز للولي رفضها بأي حال من الأحوال، كما أن هناك إمكانية لعزل الوصي ولا سبيل لذلك بالنسبة للولي إلا لسبب قوي، ثم إن الولاية مقررة للوالدين أو الجد الصحيح دون غيرهم أما الوصاية فتثبت لمن توفرت فيه الشروط القانونية المقررة للوصي، ونصت على شروط الوصاية المادة ة 93 من ق.أ. وهي الإسلام والعقل والبلوغ القدرة والأمانة وكذا حسن التصرف[3]، كما يمكن للقاضي عزل الوصي إذا لم تتوافر فيه هذه الشروط، وقررت المادة 95 من نفس القانون أن سلطات الوصي هي ذاتها السلطات المقررة للولي.

ب- انقضاء الوصاية

ويتعين على الوصي عند انتهاء المهام التي عين من أجلها أن يسلم الأموال التي في عهدته، كما يقوم بتقديم حساب عنها ضمن مستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي بلغ سن الرشد أو تم ترشيده من قبل المحكمة وفقا للشروط المقررة قانونا، وهذا خلال أجل لا يجاوز الشهرين من تاريخ انتهاء الوصاية، كما يقع على عاتق الوصي أن يقدم صورة عن الحساب بعد انتهاء عملية الجرد إلى المحكمة، وعند وفاة الوصي أو حال فقده يجب على ورثته أن يسلموا مال القاصر عن طريق القضاء إلى من يتم استخلافه[4]، وترتب المادة 98 من قانون الأسرة المسؤولية على الوصي إذا ألحق ضررا بأموال القاصر إذ يتعين عليه أن يكون حريصا بشأنها.

---

[1] سورة النساء: الآية 12.

[2] الغوثي بن ملحة: قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، د.م.ج.، بن عكنون، الجزائر، ط2، س 2008، ص 203.

[3] الغوثي بن ملحة: نفس المرجع، ص 204.

[4] أحمد نصر الجندي: شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 171.

3- القوامة

القوامة بكسر القاف وفتحها، وهي مصدر للفعل قام يقوم قياما، والقيِّم وهو القائم على أمور الغير، وقيم المرأة هو بعلها لأنه يعولها، وقام على الشيء استبد النظر فيه وقام بحفظه[1]. وأما من الناحية الإصطلاحية فالقوامة نيابة قانونية يقوم بموجبها القيم بتولي مال المحجور عليه[2] لإصابته بعارض من عوارض الأهلية.

ونجد الفقه الإسلامي يستعمل لفظ القوامة على خلاف القانون الوضعي الذي يستعمل تارة مصطلح القوامة وتارة أخرى مصطلح التقديم، وبعض القوانين الأخرى تستعمل المصطلحين كالتشريع الجزائري كما هو منصوص عليه في المادة 44 من ق.م[3] التي تفيد بأنه يخضع فاقد الأهلية وكذا ناقصها حسب الأحوال للأحكام المقررة لأنظمة الولاية، الوصاية أو القوامة وفق الشروط وطبقا للقواعد الواردة في القانون، كما تقضي المادة 99 من قانون الأسرة بأن المقدم هو الشخص المعين من قبل المحكمة إذا لم يكن له ولي أو وصي على فاقدي الأهلية أو ناقصيها، وهذا إذا قدم طلب من أحد أقاربه أو ممن كانت له مصلحة أو حتى من النيابة العامة.

والولاية الشرعية وتسمى أيضا الطبيعية هي تلك التي تكون ثابتة للأب وكذا الجد الصحيح وفقا للتشريع المصري، وبالنسبة للتشريع الجزائري هي الولاية التي تكون ثابتة للأب وعقب وفاته تقوم الأم مقامه قانونا طبقا للمادة 87 من ق.أ، أما بالنسبة للولاية الصادرة عن القاضي فتسمى قوامة أو وصاية تبعا للسبب الذي فرضها، فإذا تعلق السبب بصغر السن أي كون من ثبتت الولاية في حقه قاصرا كانت وصاية، وأما إذا تعلق السبب بعوارض الأهلية كأن أصبح الشخص مجنونا أو معتوها أو سفيها أو ذا غفلة فيطلق عليها قوامة-أو تقديم-، ويسمى الشخص الذي يلي أمر هؤلاء مقدما أو قيما.

غير أن المشرع الجزائري كان له موقف آخر حيث نصت المادة 99 من ق.أ. على أن المقدم هو الشخص الذي تعينه المحكمة إذا لم يكن لفاقدي الأهلية أو ناقصيها ولي أو عند عدم وجود الوصي بناء على طلب من أحد الأقارب أو ممن كانت له مصلحة أو حتى من النيابة العامة، وبهذا المعنى تثبت القوامة لمن أصيب بأحد عوارض الأهلية كما تثبت أيضا للقاصر، وهو نفس الحكم المقرر في المادة 1/469 من ق.إ.م.إ. التي تفيد بأن القاضي

[1] بن منظور: المرجع نفسه، ص502.

[2] عرفت المادة الثانية من القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين المحجور عليه بأنه الشخص الذي من التصرف في ماله بسبب الحكم عليه بعقوبة جنائية طيلة فترة تنفيذ العقوبة التي حكم عليه بها أو الشخص الذي تقضي المحكمة بالحجر عليه.

[3] يقابل هذا النص في التشريع المغربي المادة 211 من مدونة الأسرة.

يعين مقدما من أحد أقارب القاصر وفقا للأحكام الواردة في قانون الأسرة، وعند عدم إمكان ذلك فيتم تعيين شخص آخر من اختياره

. وقد نص المشرع الجزائري على الصغر في قانون الأسرة ضمن الأحكام العامة للنيابة الشرعية إلا أنه لم يدرجه ضمن أحكام الحجر، ولعل السبب في ذلك يرجع لكون القاصر يخضع لأحكام الولاية أما الحجر فهو مقرر لمن بلغ سن الرشد وأصيب بعارض من عوارض الأهلية فأنقص منها أو أعدمها[1]، على خلاف ما ذهب إليه المشرع المغربي [2] والمشرع التونسي[3].

أ- ثبوت القوامة

تثبت القوامة على من طرأ على أهليته عارض من عوارضها فأعدمها أو أنقص منها كالمجنون والمعتوه وكذا السفيه وذي الغفلة وهذا إذا لم يكن له ولي يرعى مصالحه أو في حال عدم وجود وصي، ويتم تعيين المقدم بناء على طلب من الأشخاص المبينين في المادة 99 من ق.أ.، أما عن الشخص الذي تثبت له القوامة فقد بينت هذه المادة أنه يتم تعيين القيم بناء على طلب من أحد الأقارب أو ممن كانت له مصلحة أو حتى من النيابة العامة.

وقد بين التشريع المصري درجة القريب الذي تثبت له القوامة في المادة 68 من قانون الولاية على المال التي تقضي بأن القوامة تثبت للإبن الذي بلغ سن الرشد ثم يليه الأب ثم بعده الجد وفي الأخير الشخص الذي تقوم المحكمة بتعينه[4]، وترتيب الأشخاص الذين تثبت لهم القوامة في التشريع المصري لا يقبل التقديم ولا التأخير وذلك لاستعمال الحرف (ثم) الذي يفيد الترتيب والتراخي.

وتبعا لهذا يفرض على القاضي أن يتقيد بالترتيب المعتمد في قانون الولاية على المال وفي حال التساوي في الدرجة يتم اختيار الأصلح من بينهم، وهذا القيد يتم إعماله عند تعيين المقدم لذا لا يمكن أن يعزل من تقوم المحكمة بتعيينه إذا ظهر صاحب الحق في التعيين وفقا للترتيب السابق لاحقا[5].

---

[1] شتوان بلقاسم: مرجع سابق، ص 93.

[2] انظر المواد 212 وما يليها من مدونة الأسرة المغربية تحت عنوان أسباب الحجر وذكر بينها الصغر، على أن القاصر يمكنه طلب الترشيد إذا بلغ سن السادسة عشرة من عمره وفقا للمادة 218 من ذات المدونة كما يمكن لوليه أيضا طلب ترشيده إذا أنس منه رشدا، غير أن هذا الترشيد يكسبه الأهلية القانونية في إدارة أمواله والتصرف فيها، وبالنسبة للحقوق غير المالية فإنها تخضع للنصوص القانونية المنظمة لها.

[3] ينص الفصل 153 (المعدل بالقانون رقم 74 الصادر بتاريخ 12 جويلية 1993) على أنه يعتبر محجورا بسبب الصغر من لم يبلغ سن الرشد ويقررها التشريع التونسي بعشرين سنة كاملة، وزواج القاصر يرشده إذا تجاوز السابعة عشرة سنة، فيما يتعلق بحالته الشخصية ومعاملاته المدنية والتجارية.

[4] أحمد نصر الجندي: التعليق على الولاية على المال، مرجع سابق، ص 198.

[5] أحمد نصر الجندي: مرجع سابق، ص198.

ب–الشروط الواجب توافرها في القيم

أشارت المادة 100 من ق.أ. بأن شروط القيم هي ذاتها شروط الوصي حيث جاء في مضمونها أن المقدم يقوم مقام الوصي وتنطبق عليه الأحكام ذاتها، وتبعا لهذا الحكم فإن شروط الوصي وفقا للمادة 93 من ق.أ. الإسلام، البلوغ، العقل، القدرة، الأمانة وحسن التصرف وبإمكان القاضي أن يعزله إذا لم تتحقق هذه الشروط، ومهمة المقدم إدارة أأموال المحجور عليه باعتباره نائبا عنه قانونا، لذا لا يمكنه أن يتعدى الحدود التي رسمها القانون كأن يباشر التصرفات القانونية.

ثانيا : الحجر كوسيلة قانونية لمواجهة عوارض الأهلية

نعرف الحجر ونبين أنواعه ثم نتناول الآثار التي تترتب عليه وطرق انتهائه.

1- تعريف الحجر وبيان أقسامه

الحجر لغة المنع ويكون بفتح الحاء وكسرها، وسمي العقل بالحجر لأنه يمنع الإنسان من إتيان القبيح[1]، قال عز وجل:" هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِذِي حِجْر[2]" [3]، ومن الناحية الإصطلاحية يقصد بالحجر منع الشخص من التصرف في المال بسبب الصغر أو الجنون أو السفه[4] ويعرف أيضا بأنه صفة حكيمة يعترف بها الشرع يتعين بمقتضاها منع موصوفها من نفاذ تصرفه فيما زاد على قوته[5].

وتكمن أهمية الحجر في حفظ مال المحجور عليه من التلف والضياع كالقيام بمنع المعتوه من إبرام عقد فتصبح ذمته المالية مهددة، كما يتعين منع السفيه من إنفاق أمواله في مساعدة الفقراء بشكل يهدد مصالحه المالية، ويكون منعه من صرفها إلى دور القمار واللهو من باب أولى[6].

و أحكام الحجر واردة في قانون الأسرة ضمن الفصل الخامس المعنون بالحجر، الوارد في الكتاب الثاني تحت عنوان النيابة الشرعية، ونصت عليه المواد 101 إلى غاية 108، والحجر دلالة على عدم اكتمال الأهلية وهذا ما قضت به المادة 86 من ق.أ. التي تفيد بأن الشخص الذي بلغ سن الرشد ولم يتم الحجر عليه يكون كامل الأهلية طبقا لمقتضيات المادة 40 من ق.م..كما نصت المادة 101 من نفس القانون على أن الشخص البالغ سن الرشد

[1] عبد الرحمن الجزيري: مرجع سابق، ج2، دار الفكر ، د.م.ن.، د.ت.ن.، ص346.

[2] أي بمعنى لذي غفله انظر تفسير السعدي، مرجع سابق، ص475.

[3] سورة الفجر: الآية 5.

[4] السيد سابق: مرجع سابق، ج2، ص 405. أبو بكر جابر الجزائري: منهاج المسلم، د.د.ن، د.ب.ن، س1981، ص416.

[5] عبد الرحمن الجزيري: الفقه، مرجع سابق، ص 347 .

[6] محمد سعيد جعفور: مرجع سابق، ص 562.

وهو في حالة جنون أو عته أو سفه يتعين الحجر عليه، وإذا لم يكن له ولي أو وصي يجب على القاضي أن يقوم بتعيين مقدم في ذات الحكم من أجل رعاية مصالحه وتدبير شؤونه وهو مضمون المادة 104 من ذات القانون.

وبإمكان القاضي حسب المادة 103 من ق.أ. الإستعانة بالخبرة الطبية حتى يتمكن من إثبات الأسباب التي أدت إلى الحجر، ويتم الحجر إذا طلبه أحد أقارب من يراد التحجير عليه أو ممن كانت له مصلحة وبإمكان النيابة العامة تقديم هذا الطلب طبقا لنص المادة 102 ق.أ.، وللمحكمة أن تعين له مساعدا إذا قدرت مصلحة لذلك عملا بأحكام المادة 105 من ذات القانون، ويكون الحكم القاضي بالحجر حسب المادة 106 من ق.أ. قابلا لجميع طرق الطعن كما يتعين نشره لإعلام الغير.

ويعد صغر السن سببا للحجر أي كون الشخص قاصرا أو إذا طرأ على الشخص عارض من عوارض الأهلية[1]، وسبب الصغر صرحت به المواد من 81 غلى غاية 84 من قانون الأسرة إلا أن المشرع لم يذكره ضمن أحكام الحجر، ولعل السبب في ذلك راجع إلى أن الصغير يخضع لأحكام الولاية، ويتقرر الحجر للشخص البالغ الذي طرأ على أهليته عارض من عوارضها، وهناك أسباب أخرى كمرض الموت حيث يحجر على المريض مرض الموت وهو مضمون المادة 408 من ق.م.، وكذا حالة الإفلاس حيث نصت المادة 799 من ق.إ.م.إ. على أنه لا يترتب على إفلاس المدين المحجور عليه وقف إجراءات التوزيع ولو حدد التوقف عن الدفع بتاريخ سابق على الشروع في التوزيع.

2- أقسام الحجر

يقسم فقهاء الشريعة الإسلامية الحجر إلى قسمين وهذا وفقا لمعيار المصلحة، يتعلق النوع الأول بالحجر لمصلحة المحجور عليهم وذلك للحفاظ على أموال من كان الحجر مقرر لمصلحته كالسفيه والمجنون، فلا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتجاوز مصلحة الحجر المحجور عليه، أما النوع الثاني فهو حجر لمصلحة الغير كالحجر على المريض مرض الموت الذي يتحقق به حماية الورثة أو الحجر على المدين المفلس حماية للدائن[2].

أما فقهاء القانون الوضعي فقد قسموا الحجر إلى نوعين استنادا إلى مصدره، فإذا كان مصدره القضاء أي أنه صادر عن المحكمة بموجب حكم قضائي فيسمى حجر قضائي، وإذا كان مصدره القانون فهو حجر قانوني، كالحجر المقرر في المادة 9 من قانون العقوبات المعدل بموجب القانون 06-23 المؤرخ في 2006/12/20 والوارد تحت عنوان العقوبات التكميلية التي تأمر بها المحكمة حال الحكم بعقوبة جنائية، والحجر القانوني حسب المادة 9

[1] بلقاسم شتوان: مرجع سابق، ص 93.

[2] بلقاسم شتوان: نفس المرجع، ص 88.

مكرر من ق.ع. المدرجة بنفس القانون يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية، وتتم إدارة أموال المحجور عليه حجرا قانونيا وفقا للإجراءات المقررة لحالة الحجر القضائي.

3- رفع الحجر

قرر نظام الحجر لحماية البالغين ناقصي الأهلية وفاقديها من التصرفات القانونية التي يبرمونها مع الغير ويترتب عليها الإجحاف بحقهم، مع العلم أن الحجر لا يتقرر للقاصر في التشريع الجزائري وإنما اقتصر المشرع الجزائري على نظام الولاية بالنسبة له، بخلاف الشريعة الإسلامية ومن حذا حذوها من التشريعات العربية التي أقرت الحجر للصغير، ويتقرر فك الحجر إذا زال موجبه وهو الصغر وذلك إذا بلغ بلوغ الفتى سن الرشد إلا إذا أصابه عارض من عوارض الأهلية فيستمر الحجر إلى غاية صلاحه[1]، والسؤال الذي يطرح في هذا القبيل هل أن تقرير رفع الحجر يكون بمقتضى حكم؟ اختلفت المذاهب الإسلامية في حكم هذه المسألة حيث ذهب الحنفية إلى أن الحجر غير جائز على الشخص الحر العاقل وإن كان سفيها ما لم يثبت رشده بعد البلوغ ففي هذه الحال لا يسلم إليه المال حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة وإذا قام بالتصرف في ماله بعد سن البلوغ وقبل هذه السن فإن هذا التصرف نافذ في حقه لأنه غير محجور عليه[2].

وقرر الشافعية بأن الحجر يثبت وينفك بلا قاض وبهذا ينفك الحجر بالأب والجد أما إذا بلغ الصبي سفيها فإن الحجر يبقى عليه ولكن يختلف سببه من الصغر إلى السفه، وذهب المالكية إلى أن الحجر ينفك عن الصبي بمجرد بلوغه حتى وإن لم يفكه الأب، أما الحنابلة فذهبوا إلى أن الحجر لا يثبت إلا بحكم الحاكم وفي مقابل ذلك لا ينفك الحجر أيضا إلا بحكم[3].

المبحث الثاني : المركز القانوني للقاصر في التشريع الجزائري

تختلف الأحكام المتعلقة بالقاصر من قانون إلى آخر نظرا لخصوصية كل قانون، غير أنها تسعى جميعها في الأخير لتحقيق نفس الغاية وهي توفير أكثر حماية للقاصر، فمسألة الترخيص للقاصر بإجراء بعض التصرفات تعتمد على ضوابط محددة اعتمدها المشرع منها تحديد السن، هذه الأخيرة التي تختلف من قانون لآخر كالترخيص للقاصر بمزاولة التجارة فنص القانون التجاري الجزائري على 18 سنة مع توافر شروط أخرى.

[1] أبو بكر جابر الجزائري: منهاج المسلم، س 1981، ص 416، عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ج2، ص352- 354.
[2] عبد الرحمن الجزيري: المرجع نفسه، ج2، ص368.
[3] نفس المرجع، 353-354.

وأما في قانون الأسرة وبالنسبة لمسألة الإعفاء من شرط السن فقد تغيرت أحكامها عبر مراحل زمنية، ونظرا لخصوصية عقد العمل ولاعتبارات اجتماعية واقتصادية فإنه أيضا انفرد بأحكام خاصة منها أن المشرع حدد سن التوظيف بست عشرة سنة، وفي كل الأحوال أنه متى كان فراغ في هذه القوانين بشأن أحكام القاصر فإنه يتعين حتما الرجوع إلى الشريعة العامة أي أحكام القانون المدني، نعالج في هذا المبحث المركز القانوني للقاصر في التشريع الجزائري ضمن مطلبين، نتناول في الأول مركز القاصر في فروع القانون الخاص ثم نتطرق في الثاني إلى مركزه القانوني في فروع القانون العام.

المطلب الأول: الحماية المقررة للقصر ضمن قواعد القانون الخاص

تجدر الإشارة إلى أن هناك معايير متعددة للتمييز بين القانون العام والقانون الخاص،كمعيار درجة إلزام وقوة القاعدة القانونية أو وجود الدولة كطرف أو معيار الإعتبار المالي أو معيار الغاية أو معيار السلطة العامة أو معيار أطراف العلاقة مع عامل السيادة، على أن هذا الأخير هو المعيار الراجح الذي اعتمده الفقه حيث أن القانون العام يحكم العلاقات التي تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان بمعنى أنها تستأثر بامتيازات السلطة العامة.

فالقانون الخاص يحكم علاقات الأفراد فيما بينهم أو وجود الدولة كطرف في العلاقة باعتبارها شخصا عاديا أي مجردة من السيادة والسلطان، وتظهر أهمية هذه التفرقة من عدة جوانب سواء من حيث الغاية أو من حيث الجهة القضائية صاحبة الإختصاص حال وجود نزاع، ويتضمن القانون الخاص عدة فروع ندرس المركز القانوني للقاصر فيها كالقانون المدني وقانون الأسرة والقانون التجاري وقانون العمل وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، ونتطرق إليها ضمن الفرعين التاليين.

الفرع الأول : أحكام القاصر في المواد المدنية موضوعيا وإجرائيا

سوف نتطرق في هذا الفرع إلى المركز القانوني للقاصر في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، حيث أن القاصر من حيث الأصل لا يمكنه إبرام التصرفات القانونية نظرا لقصور عقله عن التمييز بين الربح والخسارة في الصفقة، واستثناء يمكنه ذلك إذا كان مميزا، ويتغير الحكم بحسب الحالة إذ تصح تصرفاته إذا كانت نافعة له نفعا محضا ويكون حكمها البطلان إذا كانت ضارة به ضررا محضا وتكون هذه التصرفات قابلة للإبطال إذا كانت دائرة بين النفع والضرر.

نجد أنه من الأهمية بما كان معرفة أحكام أهلية القاصر للرجوع إليها عند دراستنا لمسألة الإعتداد برضا القاصر في الأعمال الطبية سواء ذات الطابع العلاجي أو تلك التي تتطلب تدخلا جراحيا والتي سوف نتطرق لها لاحقا، إن مثل هذا لضعف أورد له المشرع حلا لتغطيته يتمثل أساسا في التمثيل القانوني عن طريق الولاية، فالولي الشرعي للقاصر له حدود رسمها القانون إذ أن رعاية مصالح القاصر هي الضابط لصحة تصرفات الولي.

ونظرا لأهمية الولاية على القاصر استحدث المشرع الجزائري أحكاما خاصة بها من الناحية الإجرائية سواء تعلق الأمر بالولاية على النفس أو المال وذلك بموجب القانون 09/08 الصادر بتاريخ 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد 453 إلى 480، وهذا كله ليخرج الأحكام الواردة في القانون المدني وقانون الأسرة من الوضع النظري الثابت إلى حيز الممارسة الفعلية والتطبيق.

أولا : تعديل أحكام الأهلية في القانون المدني

إن حالة القِصَر هي ما كان الشخص فيها دون سن الرشد المقرر بتسع عشرة سنة ميلادية بمقتضى المادة 40 من ق.م.، فهي تشمل مرحلة عدم التمييز وكذا التمييز على حد سواء.

1- تقييم سن التمييز في التشريع الجزائري بالنظر إلى أحكام الفقه الإسلامي ومن حذا حذوه

يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن فترة عدم التمييز تبدأ منذ ميلاد الشخص إلى غاية بلوغه السابعة من عمره، ويكون في هذه الطور تمييزه منعدما وتبعا لهذا تنعدم لديه أهلية الأداء، وهنا تأخذ تصرفاته حكم البطلان المطلق ويجوز لكل من له مصلحة أن يتمسك به، وتقضي المحكمة بهذا البطلان من تلقاء نفسها، ولا يمكن تصحيح هذه التصرفات بالاجازة اللاحقة من قبل القاصر نفسه بعد رشده أو من طرف من ينوب عنه قانونا، حتى ولو كانت هذه التصرفات نافعة له نفعا محضا وتم اغتناؤه بعد مباشرتها، أو تلك التي تضر به ضررا محضا كأن يقبل تبرعا ماليا، كذلك تبطل التصرفات المترددة بين النفع والضرر كالمسائل المتعلقة بالبيع.

كما حدد الفقهاء سن التمييز بالنظر إلى غالبية الناس حيث أن الحكم يقرر بالغالب، وتبعا لهذا إذا لم يبلغ الفتى سبع سنوات مع أنه أصبح قادرا على تمييز الأمور فإنه يعد من الناحية القانونية عديم التمييز، وهذا لضمان أكبر قدر له من الحماية جراء ما قد يترتب عن التصرفات التي يبرمها مع الغير، غير أن سن التمييز في االتشريع الجزائري هي 13 سنة وفقا للفقرة الثانية من المادة 42 من ق.م. التي تنص على أنه لا يعتبر مميز من لم يبلغ 13 سنة، وهذا بعد تعديل هذه المادة[1] بحيث كان مقررا في النص القديم بست عشرة سنة، وبالرغم من أن

[1] بمقتضى القانون 05-10 المؤرخ في 20 /06/ 2005.

المشرع خفض هذه السن إلا أنه لا يزال بعيدا عن الراجح حيث قررته الشريعة الإسلامية ومن حذا حذوها كالتشريع المصري بسبع سنوات[1].

وتمتد فترة التمييز في التشريع المصري من بلوغ الشخص سبع سنوات إلى غاية بلوغه سن الرشد المحددة بإحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة، أما المشرع الجزائري فقرر في أحكام القانون المدني بأن مرحلة التمييز تبدأ من سن 13 سنة إلى غايةما قبل سن الرشد المقررة بتسع عشرة سنة طبقا للمادة 40 من ق.م.، وهكذا يتمتع الشخص في هذه المرحلة بأهلية أداء ناقصة، وعند إبرامه التصرفات القانونية نميز بين ثلاثة أحكام بحيث يكون حكمها الصحة متى كانت نافعة له نفعا محضا، ويكون حكمها البطلان المطلق متى كانت ضارة به ضررا محضا، كما تأخذ حكم القابلية للإيطال متى كانت مترددة بين النفع والضرر، وإذا بلغ القاصر سن الرشد وأجاز التصرف فيترتب على ذلك زوال التمسك بالبطلان وينطبق نفس الحكم متى أجازه النائب القانوني عنه.

وبالنسبة للشريعة الإسلامية فإنها اشترطت في العاقد أن يكون مميزا إذ لا ينعقد بيع الصبي غير المميز ومن في حكمه، أما الصبي المميز ومن في حكمه كالمعتوه والسفيه [2] فإن بيعه ينعقد ولكن لا ينفذ إلا بإذن من الولي، فإن أجازه هذا الأخير صح تصرف الصبي، إلا أن الحنابلة يرون أن بيع الصبي يجوز ولم يأذنه الولي إذا كان المبيع ذو يسرة أما إذا كثر فلا ينعقد البيع لما روي أن أبا الدرداء اشترى عصفورا من صبي وأرسله، وذهب الشافعية إلى أن بيع الصبيان سواء كانوا مميزين أو غير مميزين ومن في حكمهم كالمجنون والأعمى والعبد يقع باطلا، وإذا انعقد البيع فإنه يرد لهم ثمن المبيع، هذا الأخير الذي لا يسألون عنه إذا ماضيعوه ويخسر الصفقة من تعاقد معهم، وبيع الصبي عندهم لا ينعقد حتى ولو أذن له الولي[3].

2- تقرير مسؤولية الصبي المميز عن فعله الشخصي

تقضي المادة 125 من القانون المدني المعدلة بموجب القانون 05-10 بأنه لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزا، وتبعا لهذا يعد ناقص الأهلية في نظر القانون مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه للغير ذلك أن الخطأ كان نتيجة الإدراك، هذا الأخير الذي مناطه التمييز الذي أصبح في ظل تعديل القانون المدني سنة 2005 أساسا للمسؤولية الناشئة عن الفعل الضار.

[1] تنص المادة 2/45 من القانون المدني المصري على أن كل من لم يبلغ سن السابعة يعتبر فاقد التمييز.

[2] يعتبر المعتوه في نظر الشرع في حكم الصبي المميز على خلاف ما ذهبت إليه جل القوانين الوضعية إذ جعلت حكمه كالصبي المميز.

[3] عبد الرحمن الجزري: المرجع السابق، ج2، ص160.

غير أنه يذهب البعض إلى أن المادة 125 من ق.م. تتعلق بأهلية الوجوب لا بأهلية الأداء مادام أن أهلية الوجوب يتمتع فيها الشخص بالحقوق ويتحمل الواجبات، والإلتزام الوارد في هذه المادة فرضه القانون وليس وليس إرادة الشخص[1]، ومعلوم أن القانون لا يجحف بحق الأفراد بل أنه إذا قرر حكما فهو يرمي إلى حمايتهم وخاصة إذا تعلق الأمر بشخص قاصر.

ثانيا: إجراءات حماية القاصر وفقا للقانون 09/08

كما أقر المشرع نظام الولاية لحماية القاصر وأورد أحكامه في قانون الأسرة وبالضبط المواد 81 وكذا المادة 87 إلى غاية المادة 91، أما بالنسبة لإجراءات التقاضي في قضايا الولاية فقد نظم أحكامها القانون رقم 09/08 الصادر بتاريخ في 25 فبراير2008 الذي يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقسم هذه الإجراءات إلى قسمين، يتعلق الأول بالولاية على نفس القاصر وذلك في المواد 453 إلى غاية 463 من ق.إ.م.إ.، ويتعلق القسم الآخر من الإجراءات بالولاية على مال القاصر ونظمته المواد 464 إلى 480 من ذات القانون.

فقرر المشرع الإجراءات التي يتعين اتباعها منذ أن تودع عريضة بأمانة ضبط المحكمة إلى غاية البت في الدعوى مبينا الدور الإيجابي الذي خوله القانون للقاضي في سير الدعوى، كما حرص المشرع على أن تتم هذه الإجراءات في آجال معقولة، وتمارس حقوق الولاية بواسطة دعوى استعجالية في شكل عريضة يتم إيداعها بالمحكمة التي يتواجد في دائرة اختصاصها مقر ممارسة الولاية القاصر سواء على نفسه أو ماله.

كما استحدث هذا القانون الإجراءات الخاصة بتعيين الوصي والمقدم وحدد الجزاء في حال التقصير الذي يرتكبانه في حق القاصر، وهناك منازعات تحدُث في شأن الولاية على مال القاصر بيَّنَ المشرع إجراءاتها بدقة، دون أن يغفل عن مسألة الترخيص الخاص بالولي حال قيامه ببعض التصرفات المحددة بنص القانون وكذا الإجراءات الخاصة بترشيد[2] القصر وذلك بموجب أمر ولائي يصدره قاضي شؤون الأسرة، وكل هذا يعد حماية للقاصر وحتى لا تتعطل مصالحه، وكانت الغاية من استحداث المشرع لهذه الإجراءات إخراج الأحكام الموضوعية الواردة في قانون الأسرة من الوضع النظري إلى حيز التطبيق.

[1] شوقي بناسي: مرجع سابق، ص 328.

[2] Il est à noter que dans la législation française le mineur émancipé ne jouissait que d'une demi-capacité sous un régime de curatelle, mais depuis l'apparition des lois des 14/12/1964 et 05/07/1974 l'émancipation prenait un détour vers l'intérêt du mineur émancipé est entièrement avoir la capacité de conclure seul tous les actes juridiques néanmoins du contrat du mariage.voir Suzanne DALLIGNY: Essai sur les principes d'un droit civil socialiste, L.G.D.J, Paris, France, 1976, p.123.

1- تقرير إجراءات الإستعجال للطلب المتعلق بإنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت

تقضي المادة 453 من ق.إ.م.إ. بأن طلب إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو السحب المؤقت لها يتم عن طريق دعوى استعجالية تحكمها القواعد العامة[1] نظرا لما تتسم به أحكام الولاية على القاصر من أهمية بالغة، إذ لابد من تدبير شؤون القاصر الشخصية والتي تتضمن تعليمه وتطبيبه وتزويجه، ونستشف من مضمون المادة 87 من ق.أ أن الوالدين يمارسان السلطة الأبوية على نفس القاصر، فتقرر هذه المادة أنها تكون للأب ثم بعد وفاته تحل الأم بدله بموجب القانون، وعندما يغيب الأب أو يحصل مانع له تحل الأم بدله في الحالات المستعجلة.

تقضي المادة 458 من ق.إ.م.إ. بأن طلب إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت يتم رفعه وفقا للقواعد المقررة لرفع الدعوى الإستعجالية، وما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه أهمل تسلسل الإجراءات ذلك أن المادة 457 من ذات القانون تنص على أنه ينظر في الإستئناف ويفصل فيه بغرفة المشورة، وكان من الأجدر أن يكون هذا الإجراء لاحقا لسابقه الوارد في المادة 458 من ق.إ.م.إ. ، والبت في الطلبات بغرفة المشورة الحكمة منه حماية القاصر والحفاظ على سمعة العائلة، وسماع ممثل النيابة العامة ومحامي الأطراف وجوبي وذلك للإدلاء بملاحظاتهم عند الحاجة، والسؤال الذي يتبادر الأذهان هو أنه لماذا لم يحدد المشرع في هذه المادة الجهة القضائية التي توجد بها غرفة المشورة هل هي جهة الدرجة الأولى أم جهة الدرجة الثانية؟ على أنه يمكن التعرف على هذا عن طريق إعمال القياس بمضمون المادة 457 من نفس القانون التي صرحت بغرفة المشورة بمناسبة النظر في طلب الإستئناف أي أمام المجلس القضائي، ومن هنا يمكن القول أن غرفة المشورة المنصوص عليهافي المادة 458 هي تلك التابعة للمحكمة.

2- تشابه إجراءات الولاية في ق.إ.م.إ. لتلك التي تحكم السلطة الأبوية في التشريع الفرنسي

نشير إلى أن المشرع الجزائري لم يورد تعريفا للسلطة الأبوية على خلاف المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 371-1 مدني الذي عرفها بأنها مجموع الحقوق وكذا الواجبات الرامية إلى تحقيق مصلحة الطفل، وهي مقررة لوالديه إلى أن يبلغ سن الرشد أو حتى يتم ترشيده وكل هذا لحمايته صحة وأخلاقا، وكذا ضمانا لحسن تربيته ورعايته في احترام صادر عن شخصه، وعلى الوالدين إشراك الطفل في جملة القرارات التي تخصه وفقا لتدرج سنه ودرجة نضجه.

[1] بوضياف عادل: الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج1، كليك للنشر، الجزائر، ط1 ، س 2012 ، ص 454.

كما ينبغي على كل من الأب والأم حسب القانون المدني الفرنسي[1] أن يسعى كل منهما إلى تربية الطفل وحفظه قدر الإمكان وذلك بالنظر إلى الموارد المتاحة لكل منهما ووفق ما يحتاجه الطفل، على أنه لا يجوز للطفل أن يغادر المنزل الخاص بالعائلة حتى يأذن له الوالدان، كما أنه لا يمكن أن تمارس السلطة الأبوية حسب التشريع الفرنسي من قبل الشخص الذي يتعذر عليه التعبير عن إرادته نظرا لفقد أهليته أو نقصانها أو حال غيابه أو لغيرها من الأسباب[2]، وكذلك الشأن عندما يتوفى أحد الوالدين أو يتم حرمانه من ممارسة تلك السلطة فبإمكان الآخر أن يستأثر بها منفردا[3].

الملاحظ من خلال تعديل قانون الأسرة بمقتضى القانون 05-02 أنه تم إلغاء المادة 39 منه والتي كانت تقضي بأنه يتعين على الزوجة أن تطيع زوجها باعتباره رئيسا للعائلة، وبنفس القانون عدلت المادة 36 من ق.أ. وصرحت بمبدأ آخر بدل رئاسة الأب للعائلة ألا وهو مبدأ التشاور مع أن المادة 87 من ق.أ. لا زالت تحتفظ في فقرتها الأولى بمبدأ سلطة الأب على العائلة وبعد وفاته تمنح هذه السلطة للأم قانونا.

ولا يفهم مما سبق سوى توجه المشرع الجزائري نحو الإقرار بمبدأ مشاركة الوالدين للقيام بشؤون القاصر، ولابد أن يزال مثل هذا التعارض بين النصوص القانونية حتى يتجلى موقف المشرع في هذه المسألة بما يحفظ القاصر ويجعله ينشأ نشأة صالحة وفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية الغراء التي تتسم بالغنيّة والتنوع في الأحكام.

لقد تم اعتماد ترجمتين لمصطلح - autorité parentale- فتارة ترد في بعض المؤلفات (السلطة الوالدية) ككتاب القانون المدني الفرنسي بالعربية، الطبعة الخاصة بدالوز[4]، وتارة أخرى تترجم بالسلطة الأبوية كما هو مقرر في التشريع الجزائري، ولعل السبب في ذلك راجع إلى تساوي كل من الأب والأم في ممارسة هذه السلطة على الأبناء في التشريع الفرنسي فأطلق عليها مصطلح السلطة الوالدية ليشملهما معا[5]، غير أن المشرع الجزائري وغيره من

---

[1] **Art. 372-2** du code civ. français : A l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant.

[2] **Art. 373** du code civ. français : Est privé de l'exercice de l'autorité parentale le père ou la mère qui est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause.

[3] **Art. 373-1** du code civ. français : Si l'un des père et mère décède ou se trouve privé de l'exercice de l'autorité parentale, l'autre exerce seul cette autorité.

[4] القانون المدني الفرنسي، دالوز(.D)، بيروت، لبنان، س 2012، ص522، المادة.389 وما يليها.

[5] La règle générale en droit médicale est que tout acte relative à la santé du mineur doit être autorisé conjointement par le père et la mère sauf le cas d'urgence, ce qui engendre un handicap particulier à l'exercice en collaboration de l'autorité parentale et quand il s'agit des acte usuels relatifs à la personne du mineur selon l'article 372-2 du code civ. français, on peut décrit l'acte usuel comme n acte courant, habituel, et quotidien, dont la conception médicale ne considère que les actes qui ne posent pas de questions morales et n'apparaissent pas dangereux par la personne du mineur ou pour ses liberté. Voir Laurence Gareil**:** L'exercice de l'autorité parentale, L.G.D.J, Paris, France, 2004, p.75.

التشريعات العربية اعتمد مصطلح السلطة الأبوية فغلب بهذا الأب على الأم، وهذا يوافق حتما الشريعة الإسلامية ومنه قوله تعالى "**ولِأَبَوَيْهِ** لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ"[1].

كما ورد أيضا مصطلح الوالدين في القرآن وذلك في قوله عز وجل " وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا "[2]، فتغليب الأبوة في التسمية أو ذكر الوالدية ليشمل الأب أو الأم على حد سواء لا يؤثر على قيمة المرأة والمكانة التي خصتها بها الشريعة الإسلامية. فعندما وصى الله تبارك وتعالى الإنسان بالإحسان إلى والديه خص الأم بذكر عنائها وهي تحمله في بطنها فقال جل وعلا :" وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ "[3].

وفي نفس مضمون الآية السابقة جاء الحديث الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه حيث قدم رجل إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام وسأله عن أحق الناس بحسن صحابته، فأجابه رسول الله بقوله أمك، ثم كرر الرجل نفس السؤال، فقال عليه الصلاة والسلام أمك، وسأله للمرة الثالثة، فأكد له رسول الله صلى الله عليه وسلم القول بأنها أمك، وعندما سأله الرجل للمرة الأخيرة در عليه رسول الله بأنه أبوك[4]. ومثل هذا الخلاف نجده حتى في التشريع الفرنسي[5].

لقد نص المشرع الجزائري على السلطة الأبوية في قانون العقوبات بينما أغفل النص عليها في القوانين الأخرى، على خلاف توجه التشريع الفرنسي الذي تناولها ضمن نصوص القانون المدني وكذا قانون الإجراءات المدنية، وبالتمعن في نصوص القانون 06-23 الصادر بتاريخ 20 ديسمبر 2006 المعدل والمتمم لقانون العقوبات نلاحظ أن المشرع الجزائري استبعد النص على السلطة الأبوية واستبدلها بمصطلح الولاية وهذا حتى تتسق مع نصوص القوانين الأخرى، وهو ما يظهر في نص المادة 19 من قانون العقوبات التي استبعدت من ضمن تدابير الأمن سقوط حقوق السلطة الأبوية بعضها أو كلها ووردت بعد تعديل 2006 في المادة 9مكرر1 المضافة بمقتضى ذات القانون وغَيَّرَ مصطلح السلطة الأبوية بمصطلح الولاية.

---

[1] سورة النساء: الآية رقم 11.

[2] سورة العنكبوت: الآية رقم 8.

[3] سورة لقمان:الآية رقم 14.

[4] رواه الشيخان.

[5] En effet, il y a quatre générations de lois en matière de l'autorité parentale, la première concerne les années 70 qui ont mis fin à la puissance parentale et mettre en place l'égalité entre les parents, lors des années 80 des nouvelles dispositions ont traité le modèle de séparations et mettre en place graduellement du modèle de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans les familles désunis, puis les années 90 où les textes juridiques ont supprimé la distinction entre les enfants légitimes et les enfants naturels , et à la fin des années 90 au début des années 2000 les lois ont entrepris de reconstruire l'autorité parentale à partir de l'enfant. Voir Daniel GADBIN**:** Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen, BRUYLANT,Bruxelles, Belgique,2004, P. 177.

كما نجد مواد أخرى ملغاة كانت تنص على السلطة الأبوية كالمادة 24 إلا ما أغفله المشرع ولم يعدله كما هو منصوص عليه في المادة 328 من قانون العقوبات والمادة 330 من نفس القانون بالرغم من أن المشرع قد عدلها ولم يقم باستبدال مصطلح السلطة الأبوية بمصطلح الولاية، ولعل المشرع سها عنها كما كان عليه الشأن في العقوبات التبعية التي ألغاها بمقتضى القانون 06-23 ومع ذلك استعمل الإحالة إليها في المواد 37، 166، 87 مكرر9 رغم أن هذه الأخيرة مضافة بذات القانون الذي ألغى بموجبه العقوبات التبعية.

إن أحكام الولاية الواردة في التشريع الفرنسي سواء الموضوعية منها أو الإجرائية تختلف عن تلك المنصوص عليها في التشريع الجزائري، ذلك أن لفظ الولاية المنصوص عليه في قانون الأسرة الجزائري تم ترجمته في النسخة الفرنسية بـ"tutelle"، غير أن هذا الأخير يقصد به الوصاية إذا أمعنا النظر في صياغة المواد 390 وما بعدها من القانون المدني الفرنسي حيث كانت تقضي بأنه تفتتح الولاية إذا توفى الوالدان أو إذا تم حرمانهما من ممارسة حقوق السلطة الأبوية، وهذه الفكرة تحمل معنى الوصاية، أما التعريف المتقدم سابقا والمتعلق بالسلطة الوالدية في المادة 371-1 من القانون المدني الفرنسي فيقارب مفهوم الولاية، لذا لا يمكن أن نوازن بين أحكام الولاية في القانونين الجزائري والفرنسي نظرا للاختلاف في المصدر حيث تجد الولاية مصدرها في التشريع الجزائري في الفقه الإسلامي.

كما أنه ليس لأحد أن يتنازل أو يتخلى عن السلطة الوالدية وفقا لنص المادة 376 من القانون المدني الفرنسي إلا بحكم صادر عن الجهات القضائية، وترفع الطلبات الخاصة بالسحب الجزئي أو الكلي أمام المحكمة الإبتدائية التي يوجد بدائرة اختصاصها مكان إقامة الوالد[1].

ويتعين أن يبلغ القاضي بواسطة عريضة مع إعفاء الأطراف من تمثيلهم بمحامي، وبإمكانهم أن يوجهوا هذه العريضة إلى وكيل الجمهورية ليتم إحالتها من قبل هذا الأخير إلى القاضي المختص، أما عن الطلب الذي مفاده السحب الجزئي أو الكلي للسلطة الأبوية والمقدم من طرف النيابة العامة أو ذلك الذي تم رفعه من قبل أحد أفراد العائلة أو بواسطة وصي القاصر فإن العريضة تبلغ عن طريق كتابة ضبط المحكمة إلى الأب الذي رفعت الدعوى ضده، ويقوم القاضي بإجراء التحقيق. وأما بخصوص المساعدة التربوية التي تخص عدة قاصرين والتي يجب البت فيها على وجه السرعة فإنه يرسل الملف إلى القاضي للفصل فيه.

[1] تنص المادة 1202 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على أن الطلبات المتعلقة بتفويض السلطة الأبوية ترفع أمام قاضي شؤون الأسرة بدائرة اختصاص المحكمة التي يوجد بها مكان إقامة القصر.

ويتلقى وكيل الجمهورية المعلومات الخاصة بعائلة القاصر ومن ثم سلوك الأب والأم، وبإمكان القاضي إذا تعلق الطلب بتفويض السلطة الأبوية أو المحكمة في حالة الطلب الخاص بالسحب الجزئي أو الكلي أن يامر بالتدابير المؤقتة المتعلقة بممارسة السلطة الأبوية، ويقوم القاضي بعدها إلى سماع الوالدين والوصي وممثل المصلحة التي تتكفل بالطفل أو كل شخص يرى القاضي في سماعه فائدة.

وبعد إجراء التحقيق في القضية يتم البت فيها بغرفة المشورة وبحضور النيابة العامة، ويتم الطلب الخاص باسترداد الحقوق التي تم سحبها أو تفويضها بواسطة عريضة تقدم إلى القاضي أو المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها محل إقامة الشخص الذي يتكفل بممارسة هذه الحقوق والذي يبلغ بواسطة كتابة ضبط المحكمة، والقواعد المقررة للطلبات المتعلقة بتفويض السلطة الوالدية هي التي تحكم هذا الطلب.

الفرع الثاني : الترخيص للقاصر بمباشرة التصرفات القانونية في قوانين خاصة

إن الأحكام المتعلقة بالقاصر تختلف من قانون إلى آخر، فنجد في قانون الأسرة أن الترخيص الذي يمكن أن يستفيد منه القاصر لإبرام عقد الزواج يخضع لأحكام غير تلك الواردة القانون التجاري لأن مزاولة الأعمال التجارية تدرج ضمن نظام الولاية على المال في حين أن الزواج عقد محاط بهالة من القدسية وتطبق عليه أحكام الولاية على النفس، أما بالنسبة لقانون العمل ونظرا للخصوصية التي يتسم بها بالنظر إلى بقية العقود الأخرى وبالنظر إلى عوامل اجتماعية واقتصادية[1] فقد خصه المشرع بأحكام غاية في الصرامة سواء من حيث السن المحددة للتوظيف أو الأماكن التي يحظر على الهيئة المستخدمة تشغيل القصر فيها وكذا الجزاءات المقررة لها.

أولا : الإذن بتزويج القصر في ضوء تعديل قانون الأسرة

لقد حددت الفقرة الأولى من المادة السابعة الواردة في قانون الأسرة المعدل بمقتضى القانون رقم 05-02 الصادر بتاريخ 2005/02/27 سن الرشد ونصت على أن اكتمال أهلية الجنسين سواء الفتى أو الفتاة بالنسبة للزواج يكون ببلوغ 19 سنة كاملة، وبإمكان القاضي الترخيص بالزواج دون هذه السن مع مراعاة المصلحة أو الضرورة ومتى تبينت قدرة العاقدين على الزواج، كما أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي بخصوص الآثار التي يرتبها عقد الزواج سواء الحقوق أو الالتزامات.

[1] أحمية سليمان: التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، ج 2، د.م.ج.، ط 2، بن عكنون، الجزائر، 2002، ص 38.

ولم يعطِ المشرع الجزائري أهمية للفحص الطبي المتعلق بإبرام عقد القران قبل صدور القانون 05-02 لسنة 2005، ونظرا لما يحققه هذا الإجراء من مصلحة راجحة المتمثلة في طابعه الوقائي بخصوص صحة الإنسان قبل إبرام عقد الزواج[1] وسعيا من الدولة لإقرار الرعاية الصحية للمواطن تم النص على الشهادة الطبية في تعديل قانون الأسرة لسنة 2005، وأكده المرسوم 06-154 الصادر بتاريخ 2006/05/11 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق المادة 7 مكرر.

1- تغير الأحكام بشأن الإعفاء من شرط السن لإبرام عقد الزواج في التشريع الجزائري

لقد وحد المشرع الجزائري سن الرشد المتعلق بالزواج بالنسبة للفتى والفتاة فقرره بتسع عشرة سنة كاملة لكلا الجنسين وذلك بموجب القانون 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، كما أن هذا السن ينسجم مع أحكام القانون المدني وبالضبط المادة 40 منه التي قررته بتسع عشرة أيضا وحسنا فعل المشرع، وقد كانت هذه السن مقررة في القانون 84-11 الصادر بتاريخ 1984/06/09 المتعلق بقانون الأسرة (ج.ر. ع24) بإحدى وعشرين سنة بالنسبة للفتى و وثماني عشرة سنة بالنسبة للفتاة قبل التعديل، أما القانون رقم 224/63 الصادر في 29 يونيو 1963 فقرر أهلية الزواج ببلوغ 18 سنة للفتى و16 سنة للفتاة[2]، وبالنسبة للأمر 274/59 المؤرخ في 1959/02/04 كان يقضي بأن أهلية الزواج تكتمل ببلوغ 18 سنة بالنسبة للفتى و15 سنة بالنسبة للفتاة[3].

وما يعاب على المشرع في المادة السابعة من قانون الأسرة أنه جمع بين الضرورة والمصلحة مع العلم أن هذه الأخيرة أعم من الضرورة ذلك أنه متى توافرت حالة الضرورة فالمصلحة قائمة ولا عكس وتبعا لهذا يمكن استبعاد النص على الضرورة ويدخل هذا في السلطة التقديرية للقاضي، وأما بشأن قدرة الطرفين على الزواج فإنها لاتدخل في اختصاص القاضي ويكون محلها الخبرة القضائية فيتعين على الخبير الطبيب أن يكشف عنها ويقرر مدى قدرة الفتى والفتاة إبرام عقد الزواج مع العلم أن الخبرة ليست ملزمة للقاضي إذ يمكنه استبعادها مع التسبيب(م. 2/144 من ق.إ.م.إ.)، ويكتسب القاصر الذي أبرم عقد الزواج أهلية التقاضي بخصوص الآثار التي تنجر عنه.

---

[1] علاق عبد القادر: الفحص الطبي للمقبلين على الزواج-دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد: تلمسان، السنة الجامعية 2012-2013، ص 236.

[2] Art. 1er de la loi 63/224 du 29/06/1963 fixant l'âge minimum du mariage : « L'homme avant 18 ans révolus, la femme avant 16 ans révolus, ne peut contracter mariage. J.O.R.D.P., N° 14, 02/07/163, p. 678 ».

[3] Art. 5 de l'ordonnance 59/274 du 4 février 1959 : L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage ; toutefois le président du tribunal de grande instance peut, pour des motifs graves, accorder une dispense d'âge. J.O.R.F, 11/02/1959, p.1860.

وتبعا لهذا تقضي القاعدة العامة بأن القاصر ليس أهلا للتقاضي وهكذا يمثله نائب قانوني ليدافع عن مصالحه، والإستثناء الوارد على هذه القاعدة هو أن للقاصر أهلية التقاضي وفقا للمادة السابعة في فقرتها الثانية من قانون الأسرة بعد تعديله سنة 2005 وذلك فيما يترتب على عقد الزواج من حقوق والتزامات، وتقضي المادة 22 من مدونة الأسرة المغربية أنه بإمكان المحكمة أن تطلب من أحد الزوجين أو النائب الشرعي لهما تحديد تكاليف الزواج المالية بالنسبة للزوج والطريقة المتطلبة لأدائها.

كما أن المشرع الجزائري لم يحدد السن الدنيا التي لا ينبغي النزول عنها إذا كنا بصدد الترخيص بإبرام عقد الزواج، ومنح السلطة التقديرية للقاضي بخصوص الإذن، كما هو عليه الشأن في التشريع السوري الذي يقضي ضمن نصوصه أن المراهق إذا ادعى البلوغ بعد تمام الخامس عشرة سنة أو المراهقة إذا أتمت ثلاث عشرة سنة وطالبا بالزواج يأذن القاضي بإبرامه متى تبين له صدق ادعائهما ومدى قدرة تحملهما المتعلقة بالبدن، ومن هنا يتعين وضع نص يحدد سنا دنيا لا يجوز الترخيص دونها بالزواج مهما كانت الضرورة أو المصلحة[1].

كما أن المشرع لم يرتب ضمن أحكام قانون الأسرة جزاء على مخالفة سن الزواج كما كان عليه الشأن في القانون رقم 224/63 الصادر في 29 يونيو 1963 [2]، حيث كانت تقضي المادة الثالثة منه ببطلان هذا الزواج بطلانا نسبيا ولو كان بموافقة الزوجين وبإذن من ولي القاصر ذلك أنه من النظام العام، وتبعا لهذا يجوز للزوجين ولكل ذي مصلحة أن يطعن فيه وكذلك الشأن بالنسبة للنيابة العامة، أما بعد الدخول فيتقرر البطلان النسبي وينحصر الطعن فقط في الزوجين[3].

نشير إلى أن المادة 20 من مدونة الأسرة المغربية ذكرت شرط المصلحة ولم تصرح بشرط الضرورة التي ذكرت بدلا منها الأسباب التي تبرر الزواج، كما أن هذه المادة لم يرد ضمنها شرط قدرة الطرفين على الزواج مثلما هو عليه الحال في التشريع الجزائري وبالضبط المادة 7 من ق. بل صرح بإجراء الخبرة الطبية وكذا إجراء القيام ببحث اجتماعي، ويكون المقرر الصادر إستجابة للطلب القاضي بالترخيص بزواج القصر لا يقبل الطعن بأي طريق.

2- المفاضلة بين رضاء القاصر وموافقة وليه على إبرام عقد نكاحه

السؤال الذي يمكن طرحه هو: ماذا لو تم قبول إبرام عقد الزواج من قبل الفتاة وقد صدر الرفض من طرف الولي ؟ جوابا على هذا التساؤل نقول أنه لا يتم إبرام عقد الزواج ذلك أن الولي يعتبر شرط فيه وفقا للمادتين 09

[1] تشوار جيلالي: الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، د.م.ج.، بن عكنون، الجزائر، 2001، ص 54-55.
[2] ج.ر. ، رقم 47، 1963، ص 681.
[3] تشوار جيلالي: نفس المرجع، ص 55-56.

مكرر والمادة 11 من الأمر05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، وإذا منع الولي من في ولايته من إبرام عقد الزواج وهي ترغب فيه دون أن يبرر هذا المنع فقد تعسف في حقها.

والقاعدة الواردة في الفقه الإسلامي تقضي بأن الظلم يزال، وهكذا تنتقل الولاية من الولي إلى القاضي وهو قول الحنفية عملا بقول النبي صلى الله عليه وسلم م:"والقاضي ولي من لا ولي له". كما أنه قد يجبر الولي من في ولايته على الزواج دون أي اعتبار لرضاها، ويعبر فقهاء الشريعة عن هذه الحالة بالإفتيات على المرأة أي الإعتداء عليها من قبل الولي المجبر الذي يزوجها دون إذن منها مدعيا أنها وافقت على ذلك أو وكلته عقد نكاحها، ويترتب على هذا فساد العقد ما لم تجزه المولى عليها صراحة[1].

نذكر أن حكم الولي أصبح غامضا بعد صدور القانون 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، حيث أنه قبل صدوره كانت المادة 9 من ق.أ. تعتبره ركنا في حين أن المادة 33 من نفس القانون نستشف منها بأنه شرط في عقد الزواج[2]، وبصدور تعديل 2005 حسم المشرع المسألة ونص على أنه شرط بموجب المادة 9 مكرر وهو الراجح عند جمهور الفقهاء، ولم يأخذ المشرع بولاية الإجبار وإنما أخذ بولاية الاختيار حيث يتم إشراك الولي في اختيار الزوج من قبل المولى عليها[3] وهو الحكم ذاته إذا تعلقت المسألة بقاصرة، وما يؤخذ على الترتيب الوارد في قانون الأسرة أن المشرع جعل شروط الزواج التي نصت عليها المادة 9 مكرر ضمن العنوان المخصص لأركان الزواج علما بأنه لم يبق إلا الرضا كركن لإبرام عقد الزواج[4]. وقد أورد المشرع المغربي في المادة 23 من مدونة الأسرة حكما يتعلق بزواج الشخص المعاق ذهنيا سواء كان ذكرا أو أنثى وهذا بعد إجراء الخبرة الطبية وإيداع تقرير في هذا الخصوص، وهذا حتى يأذن قاضي الأسرة بتزويجه وهو حكم لم ينص عليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة، كما يمكن للقاضي إطلاع الطرف الآخر على هذا التقرير ويبينه في المحضر، ويجب أن يكون الطرف الآخر بالغا سن الرشد كما يتعين رضاه صراحة ضمن تعهد رسمي بقبول الزواج مع الشخص المصاب بإعاقة.

---

[1] عبد القادر داودي: مرجع سابق، ص121.

[2] législateur algérien prenant à son compte la doctrine Malékite et ce aux dispositions relatives au mineur en matière du statut familial, il a cité que la jeune fille ne saurait contracter mariage sans l'autorisation de son wali donc elle est soumise à une sorte de tutelle perpétuelle, par contre aux dispositions du fiqh hanéfite . Voir TCHOUAR Djilali : réflexions sur les questions épineuses du code algérien de la famille dont la page 68 de cet ouvrage, OPU Benaknoun, Alger, 2004, p. 66-68.

[3] Il n'est pas bizarre de remarquer l'accroissement du chiffre des mariages clandestins ce qui produits des effets néfastes. Voir TCHOUAR Djilali : Ibid, p.74.

[4] ويفرق الأصوليون بين الشرط والركن فيعتبرون الأول بأنه ما توقف الشيء على وجوده إذ لا يلزم من وجوده وجود لكن يلزم من عدمه عدم وهو خارج عن ماهية ذلك الشيء، أما الركن فهو ما لزم من وجوده وجود ومن عدمه عدم وهو من ماهية ذلك الشيء، انظر في هذا القبيل رابح بن غريب: المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية، دار العلوم ، عنابة ، الجزائر، 2007، ص64.

أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة 148 من القانون المدني الفرنسي على أن القاصر لا يمكنه إبرام عقد الزواج دون رضا الأب والأم، وتضيف المادة 149 من نفس القانون أنه في حال التعارض بينهما يؤخذ برضا القاصر نفسه، أما المادة 150 من ذات القانون فتفيد بأنه في حالة وفاة أحدهما أو لم يتمكن القاصر من التعبير عن إرادته يكون رضا الآخر منهما كافيا، أما إذا كان الوالدان كلاهما متوفيين أو تعذر عليهما التعبير عن إرادتهما فيتم تعويضهما بجديه وجدتيه وفي حالة التعارض فيما بينهم يرجح الرضا.وحسب المادة 156 من القانون المدني الفرنسي لا يقوم ضابط الحالة المدنية بمباشرة إجراءات عقد الزواج المتعلق بالقصر إلا إذا تم دعم رضاهم برضا الوالدين أو الأجداد في حالة وفاة الوالدين وكذا بموافقة مجلس العائلة، وهذا تحت طائلة توقيع عقوبة لا تتعدى غرامة 4.5 €(م 192 من القانون المدني الفرنسي)، أما في حالة عدم وجود الأب والأم وكذا الأجداد من الجهتين فهنا لا يمكن إبرام عقد الزواج دون أخذ موافقة مجلس العائلة.

وجدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يخصص أحكاما خاصة بولد المتلاعنين[1]، وبهذا يتعين الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بمقتضى المادة 222 من ق.أ. حيث ذكر فقهاء الشريعة أن ولد المتلاعنين ينسب إلى أمه فيرثها وترثه ولا يجوز رمي المرأة بارتكاب فاحشة الزنا بالرجل الذي قام زوجها باتهامها به وإلا طبق في حقه حد القذف لأن الأصل عدم وقوع المحظور، كما لا يصح رمي ولد الملاعنين بأنه ولد زنا وإلا يتم جلده ثمانين جلدة[2].

وقد أدرج المشرع الجزائري نظام الكفالة (الفصل السابع) ضمن أحكام النيابة الشرعية (الكتاب الثاني)، ونشير إلى مسألة هامة بخصوص النفقة على الطفل المكفول بعد الطلاق يتحملها الشخص الكافل المذكور في عقد الكفالة وليس الزوج المطلق، كما أن المحكمة لا تأخذ بالإتفاق الحاصل بين الطرفين على إسناد كفالة المكفول للمطلقة وإنفاق المطلق، وقد أكدت هذا المبدأ المحكمة العليا ضمن قراراتها[3].

[1] اللعان لغة الإبعاد، ويقال لعنه الله بمعنى أبعده من رحمته، وأما اصطلاحا فهو أن يرمي الرجل زوجته بالزنى كأن يقول رأيتها تزني أو ينكر حملها منه ويرفع الأمر إلى الحاكم ويطالب الزوج بالبينة ويؤتى بأربعة شهود بوقوع الزنى فإن لم تقم البينة على ذلك لاعن الحاكم بينهما بحيث يشهد الزوج أربع شهادات أن الحمل ليس منه مع التلفظ باللعنة عليه إن كان من الكاذبين، فإن اعترفت الزوجة بالزنى أقيم عليها الحد وإلا تشهد هي أربع شهادات أن الحمل منه مع التلفظ بغضب الله عليها إن كان من الصادقين، ثم يقوم الحكم بالتفريق بينهما ولا يجتمعان أبدا. أبو بكر جابر الجزائري: مرجع سابق، ص 456.

[2] عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ج5، ص115.

[3] م.ع. ، غ.أ.ش. ، ع1، 2014، ملف رقم 0813942 قرار بتاريخ 2013/06/13 قضية (ب.ز) ضد (ح.ق) بحضور النيابة العامة وقد قضت بما يلي:" ومتى تبين في قضية الحال أن المحكمة قد عاينت أن البنت التي اتفق الطرفان على إسناد حضانتها للطاعنة والإنفاق عليها من قبل المطعون ضده، أن تلك البنت مكفولة من قبل الطاعنة ورتبت على ذلك رفض اتفاقهما بخصوص النفقة، وبالتالي لم يحكم بأكثر أو بأقل مما طلب منها وطبقت نص المادة 431 من .إ.م.إ.، وعليه فإن هذا الوجه غير مؤسس ويتعين رفضه ويرفض الطعن".

ثانيا: الترخيص للقصر بمزاولة التجارة طبقا لأحكام القانون التجاري

لم يحدد المشرع الجزائري في القانون التجاري السن القانونية التي تسمح للأشخاص بممارسة التجارة ومن هنا ينبغي أن نرجع إلى القواعد العامة في أحكام القانون المدني لمعالجة الفراغ التشريعي، ونرجع في هذه المسألة إلى المادة 40 من ق.م. التي نصت على إلزامية بلوغ الشخص 19 سنة كاملة سواء تعلقت هذه السن بالأشخاص الجزائريين أو الأجانب وسواء كان الشخص قاصرا في قانون بلده أو لم يكن كذلك فإن هذه المادة واجبة التطبيق.

1- الشروط الواجب توافرها لمزاولة القاصر للأعمال التجارية في التشريع الجزائري

تقضي المادة الخامسة من ق.ت. بأنه لا يسوغ للقاصر الذي تم ترشيده مهما كان جنسه والذي يبلغ من العمر 18 سنة كاملة إذا أراد أن يزاول التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية كما أنه لا يعتبر راشدا في نظر القانون بالنسبة إلى التعهدات التي يقوم بإبرامها في إطار الأعمال التجارية إلا بتوافر جملة من الشروط:

- أن يبلغ القاصر ثماني عشرة سنة كاملة.
- أن يتحصل على إذن من الوالدين، وإلا على قرار من مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة إذا كان أبوه متوفيا أو في حالة غيبته أو تم إذا إسقاط سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو عند انعدام الأب أو الأم.
- أن يقيد الإذن في السجل التجاري.

إن فرض المشرع لهذه الشروط من شأنه أن يوفر أكثر حماية للقاصر عند مزاولته للأعمال التجارية، ويثور الإشكال بشأن الإذن الخاص بالقاصر لمباشرة التجارة هل يكون مطلقا أم مقيدا ؟

جعلت المادة الخامسة من القانون التجاري الإذن مطلقا من دون قيد، إلا أن المادة السادسة من نفس القانون قد استثنت من هذا المبدأ مسألة الالتزامات أو الرهون المترتبة عن تجارة القاصر الذي رخص له بممارسة التجارة طبقا للمادة الخامسة من القانون التجاري وقضت بعدم جواز ذلك، وبناء على هذا قيد المشرع الإذن ليحمي أموال القاصر ويحفظها من الضياع.

ويكون للقاضي السلطة التقديرية لتقييد الإذن وتحديد المبلغ الذي بإمكان القاصر الإتجار به، وفي حال التصرف السيء من قبل القاصر المرخص له في أمواله يتم سلب الإذن منه بعد أن يتم سماع أقواله استنادا إلى طلب أصحاب الشأن، كما يمكن للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها[1]. وغني عن البيان أن القاصر يصبح

[1] عمارة عمور: الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري ، دار المعرفة، الجزائر، 2009، ص 92.

كامل الأهلية فيما رخص له فيه ويكتسب صفة التاجر بشأنه، وتبعا لهذا يتحمل التزامات التاجر التي ترتب كل آثارها القانونية، كما يسوغ شهر إفلاسه إذا توقف عن أداء الديون، ويكون حكم الأعمال التجارية البطلان النسبي لمصلحة القاصر التاجر إذا خرج عن حدود الإذن.

2- الأحكام المرتبطة بممارسة القاصر للأعمال التجارية في التشريع المصري

يقابل المادة الخامسة من القانون التجاري الجزائري المادة 57 من قانون الولاية على المال[1] في التشريع المصري والتي تفيد بأنه لا يجوز للقاصر المشمول بالولاية أو بالوصاية أن يقوم بالأعمال التجارية إلا إذا بلغ من عمره ثماني عشرة سنة وأذنت له في ذلك المحكمة سواء كان الإذن مطلقا أو مقيدا، وحكم المادة يخصص ما ورد بالمادة الرابعة من القانون التجاري المصري فيما يختص بالمصريين فقط دون الأجانب، الذين تسري في حقهم الفقرة الثانية من نفس المادة من القانون التجاري التي مضمونها أنه من بلغ الثماني عشرة سنة كاملة وكان قانون الأحوال الشخصية في بلده يقضي بأنه في حالة قصر، فلا يجوز له أن القيام بالأعمال التجارية إلا وفقا للشروط المقررة في ذلك البلد، أما إذا كان قانون بلده يقضي بأنه راشد فلا يمكنه القيام بالمتاجرة حتى تأذن له المحكمة الابتدائية.

يكتسب القاصر صفة التاجر إذا قام بالأعمال التجارية وكان مرخص له في ذلك ويجوز بهذا شهر إفلاسه، ولا يمس هذا الأخير إلا الأموال التي رخص له بمباشرتها، وما خرج عما ورد في الإذن فلا يكون أهلا له ويبقى قاصرا من الناحية القانونية، وعند مباشرة القاصر الذي تم ترشيده أعمالا تجارية دون أن تأذن له المحكمة فتكون تصرفاته قابلة للإبطال ويجوز للقاصر دون غيره أن يتمسك بهذا البطلان حتى ولو لم يصب بغبن ناتج عن العمل الذي زاوله، وينظر القاضي المدني في طلب الإبطال لأنه هو صاحب الاختصاص وليس القاضي التجاري ذلك أن القاصر الذي لم يؤذن له لم يكتسب صفة التاجر[2].

ويضيف قانون المرافعات المصري في المادة 1006 حكما مضمونه أن المحكمة قد تقابل إذن القاصر الذي بلغ الثماني عشرة سنة برفض الإتجار، وعندها لا يقبل الطلب الذي مضمونه إعادة الإذن للقاصر بالمتاجرة إلا بعد مضي سنة من تاريخ قرار الرفض النهائي[3].

---

[1] المرسوم رقم 119 الصادر بتاريخ 1952.

[2] كمال حمدي: مرجع سابق، ص144.

[3] ولا نجد مثل هذا الحكم في التشريع الجزائري ذلك أنه بعد سنة يصبح القاصر راشدا ببلوغه سن تسع عشرة سنة على خلاف القانون المصري الذي يحدد سن الرشد كما سبق بيانه بإحدى وعشرين سنة كاملة، انظر عمرو عيسى الفقي، الولاية على المال، المكتب الفني للموسوعات القانونية، بور سعيد، مصر، 1998، ص30.

وإذا زاول القاصر عملا تجاريا في سن الثماني عشرة سنة بغير إذن من وليه مصادق عليه من المحكمة فإنه لا يكتسب صفة التاجر، وبالتالي لا يجوز شهر إفلاسه وتعتبر تصرفاته قابلة للإبطال لمصلحته، وإذا تمسك القاصر ببطلانها وجب عليه رد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد حتى لا يتم إثراؤه على حساب الطرف الآخر المتعامل معه.

ثالثا: حماية العامل القاصر وفقا للتشريعات الداخلية ومدى التزامها بالصكوك الدولية

يتطلب إبرام عقد العمل شروطا هامة يجب توافرها وفي مقدمتها كمال أهلية المتعاقد وكذا خلو الرضا من العيوب التي تجعل التصرف باطلا، إضافة إلى مشروعية السبب والمحل، وأن يكونا ممكنين طبقا لما هو منصوص عليه في قانون علاقات العمل.

وعرفنا الأهلية بأنها صلاحية الإنسان لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات وكذا قدرته على إنشائها وفقا للقانون، وتبعا لهذا التعريف يمكن تقسيم الأهلية إلى أهلية وجوب(أو أهلية التمتع) وكذا أهلية أداء، ونشير إلى أن أهلية الأداء هي التي يتعين أن تتوافر في طرفي علاقة العمل أي رب العمل والعامل وبهذا يتعين أن يكون رب العمل كامل الأهلية، ذلك أن مركزه القانوني في العلاقة يتميز بالقوة، ومن هنا سنركز على بيان المركز القانوني للعامل باعتباره طرفا ضعيفا في علاقة العمل، ويتعين توافر أهلية أداء كاملة لديه حيث تحدد في التشريع الجزائري بتسعة عشر عام كاملة طبقا للمادة 40 من ق.م..

1- السن القانونية لتشغيل القصر وحقوقهم المنبثقة عن عقد العمل في التشريع الجزائري

نظرا لما يتسم به عقد العمل عن باقي العقود الأخرى ولظروف اقتصادية واجتماعية فرضها الواقع العملي[1] فقد قرر المشرع تحديد سن التوظيف بستة عشر عاما وفقا لمضمون المادة الخامسة عشر من القانون 90-11 الصادر بتاريخ 21 /04/ 1990 المتضمن علاقات العمل والتي تفيد بأنه لا يجوز في أي حال من الأحوال أن يكون العمر الأدنى للتوظيف أقل من 16 سنة[2] عدا الحالات التي تدخل في إطار عقود التمهين[3] والتي تعد وفقا

[1] أحمية سليمان: مرجع سابق، ص.38.

[2] يمكن للهيئة المستخدمة على سبيل الاستثناء الخروج عن هذا المبدأ مثل ما ورد في المادة 33 من الاتفاقية الجماعية لشركة سوناطراك التي تقرره بثماني عشرة سنة كاملة إلا حالة العقود التي تتعلق بالتمهين، ومثال ذلك أيضا النظام الداخلي للشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية في نص المادة 19 منه والتي تحدد السن الدنيا بست عشرة سنة، إلا أنه في الأماكن الخطيرة في العمل والتي تضر بصحة العمال فإنه لا يقل السن الدنيا عن تسع عشرة سنة.

[3] وقد سلك المشرع العربي هذا المنحى حين قرر في الفقرة الأولى من المادة 35 من القانون العربي النموذجي الموحد لرعاية القاصرين على أنه يتعين على الدولة أن تضع معايير خاصة بعدم تشغيل القصر ما عدا من أجل التعليم الخاص بالحرف أو التأهيل المهني.

للتشريع والتنظيم المعمول بهما[1]. وتبعا لهذا فقد ساير المشرع الجزائري أغلب التشريعات المقارنة، غير أن المادة 2 من الاتفاقية الدولية التي صدرت عن منظمة العمل الدولية تحت رقم 138 بتاريخ 1973 والخاصة بالسن الدنيا للعمل قررت بأن السن الدنيا للعمل هو 15 سنة[2] مع جواز تنزيله إلى 14 سنة بالنسبة للدول التي تعاني من التخلف الاقتصادي.

وما دام أن السن المقررة في عقد العمل هي أقل من سن الرشد المحدد في القانون المدني فنكون بصدد نقصان أهلية الأداء، وتبعا لهذا فإن هذا يؤثر حتما على التصرفات التي يجريها القاصر وقت إبرام العقد، ومن هذا المنطلق كانت الفقرة 2 من المادة 15 من قانون علاقات العمل تتسم بالصرامة من حيث الحكم، وقد نصت على عدم جواز توظيف القاصر إلا إذا رخص له وصيه الشرعي، وتضيف المادة 28 من نفس القانون أنه يحظر تشغيل العمال ذكورا كانوا أو إناثا والذين تقل سنهم عن 19 سنة كاملة في الأعمال الليلية، كما أنه يمكن ذلك عندما يمنح مفتش العمل المختص إقليميا رخصة وإذا بررت ذلك طبيعة نشاط العمل وكذا خصوصيات منصب العمل.

أما فيما يتعلق بمشاركة القاصر العامل في عملية الانتخاب الخاصة بممثلي العمال في إطار الهيئة المستخدمة فيثور الإشكال حول مدى إمكانية القصر سواء في الترشح أو الانتخاب بصفتهم ممثلين للعمال، ما يمكن ملاحظته هو أن القانون 90-14 الخاص بكيفيات ممارسة الحق النقابي أغفل تحديد السن القانونية التي يتعين توافرها في الأعضاء المؤسسين للمنظمة النقابية واكتفى بنصه (أن يكونوا راشدين)، وبهذا لا يمكن للقاصر ممارسة حق الانتخاب قبل أن يبلغ 21 سنة في يوم الاقتراع وهي ذات السن التي يشترطها المشرع حتى يترشح للانتخابات المتعلقة بتأسيس المنظمة النقابية للعمال[3] وليس سن الرشد المحددة في القانون المدني أي تسع عشرة سنة كاملة لأن الخاص مقيد للعام.

أما فيما يتعلق بتسجيل العمال القصر ضمن القوائم الانتخابية من طرف المستخدم فقد تم تحديد سن انتخاب ممثلي العمال بالنسبة للجنة المشاركة بما يفوق ست عشرة سنة وهو ما نصت عليه المادة 11 من المرسوم

[1] يجيز المشرع في مجال علاقات العمل قبول ترشح الأشخاص البالغين من العمر خمس عشرة سنة للتمهين عملا بأحكام المادة 12 من القانون رقم 81-07 الصادر بتاريخ 27 /06/ 1981 المتعلق بعقد التمهين، وإذا أمعنا النظر بخصوص المادة الرابعة من ذات القانون نجدها تحدد فترة التمهين من سنة كحد أدنى إلى ثلاث سنوات كحد أقصى.

[2] وهو نفس الحكم الذي أخذ به المشرع العربي متأسيا بهذه الاتفاقية حيث قضى في المادة 36 من القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين على أنه لا يمكن تشغيل القصر ما دون سن 15 سنة.

[3] تفيد المادة 44 من القانون رقم 90-14 الخاص بكيفيات ممارسة الحق النقابي بأنه يتعين على المندوب النقابي أو ممثل العمال أن يكون بالغا من العمر21 سنة كاملة في يوم الإنتخاب، وهو ذات الحكم المقرر في القانون 90-11 المتضمن علاقات العمل.

التنفيذي رقم 90-289 الصادر بتاريخ 29 /09/ 1990 المتضمن كيفيات تنظيم انتخابات مندوبي المستخدمين والمعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 97-248 الصادر بتاريخ 1997/05/08.

وسن الانتخاب هذه تختلف عما قررته الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل والتي تم اعتمادها من قبل الأمم المتحدة في 20 /11/ 1989 وتمت المصادقة عليها في الجزائر في 16 /04/ 1993، وعرفت الطفل بأنه كل من لم يبلغ ثماني عشرة سنة، وهو التعريف الذي تم اعتماده من طرف المشرع الجزائري بمقتضى القانون 15-12 الصادر بتاريخ 2015/07/15 المتعلق بحماية الطفل وبالضبط في المادة 2 منه، لهذا يتعين مراجعة السن المقررة للانتخاب وفقا لمصلحة العمال[1].

كما يتضح أن هناك ازدواجية الحماية بالنسبة للعامل القاصر وذلك لكونه عاملا من جهة، ومن جهة أخرى لكونه قاصرا، فالحق في العمل مكرس دستوريا لكافة المواطنين بموجب المادة 1/55 من الدستور بما فيهم الأشخاص القاصرين، إلا أنهم ملزمون بالخضوع لفحص طبي يتوج بشهادة طبية وهذا لإثبات قدرته على العمل من الناحية الصحية[2]، فإن تبين للطبيب أن طبيعة النشاط لا تتلاءم مع ما هو وارد في البطاقة التقنية المبينة للأخطار المتعلقة بكل مهنة فإن القرار الذي يصدره يكون بالرفض لممارسة المترشح لهذه المهنة[3].

ويتأكد مفتش العمل وجوبا من أن الأنشطة التي يقوم بها القصر تتناسب مع القدرات البدنية الخاصة بهم، ويراعى في كل هذا الأحكام الخاصة بالوقاية الصحية وأمن العمل طبقا للمادة الثانية من القانون رقم 90-03 المتعلق بمفتشية العمل وكذلك الفقرة الأولى من المادة 24 من م.ت. 91-44 المتضمن القانون الأساسي الخاص المطبق على مفتشي العمل، ويوجه المفتش ملاحظاته للمستخدم ضمن سجل يخصصه رب العمل لهذا الغرض متى لاحظ تقصيرا بحق القصر، وبإمكانه أيضا توجيه إنذار لرب العمل وإمهاله مدة ليصحح الأخطاء المسجلة عليه وإلا أحيل الأمر إلى المحكمة، وإذا لم تمتثل الهيئة المستخدمة يحرر محضر من طرف مفتش العمل ويرسله إلى الجهة القضائية المختصة لتبت فيه، على أن الحكم الصادر عنها يكون قابلا للتنفيذ رغم المعارضة أو الاستئناف[4].

---

[1] بن عزوز بن صابر: مداخلة تحت عنوان مشاركة العمال القصر في انتخاب ممثلي العمال داخل الهيئة المستخدمة، بتاريخ 29 /11/ 2011.

[2] تقضي المادة 17 من القانون 88-07 الصادر بتاريخ 26 /01/ 1988 الخاص بالوقاية الصحية و الأمن و طب العمل بأنه يتعين خضوع العمال والمتهنين للفحوصات الطبية الخاصة في مجال التوظيف، أيضا يجب الخضوع للفحوصات الدورية الخاصة باستئناف العمل.

[3] وهو مضمون المرسوم التنفيذي رقم 93-120 الصادر بتاريخ 1993/05/15 المتعلق بتنظيم طب العمل وبالضبط المادة 13 منه والقرار الوزاري المشترك الصادر بتاريخ 16 أكتوبر 2001 الذي يحدد محتوى الوثائق المحررة إجباريا من طرف طبيب العمل وكيفية إعدادها ومسكها.

[4] مكي خالدية: مقال تحت عنوان الحماية الصحية للعامل القاصر في القانون الجزائري، دفاتر حقوق الطفل ، ع 4، 2013، ص69 - 70.

2- مدى إلتزام المشرع الجزائري بالتشريعات الدولية بشأن القصر العاملين

شددت الاتفاقيات الدولية[1] المنع فيما يتعلق بالعمل أثناء الليل بالنسبة للقصر الذين يشتغلون في الصناعة مثل الاتفاقية رقم 90 لعام 1948 التي لا تجيز تشغيل الأطفال الذين تقل سنهم عن الثماني عشرة سنة[2] أو الذين تم تشغيلهم ليلا إلا إذا رخصت السلطة المختصة بذلك وتوافرت حالة الضرورة وكذا بلوغ الحدث ستة عشر عاما ودون ثماني عشرة سنة.

أما عن موقف المشرع الجزائري فإنه يتضح من خلال المادة 3/15 من قانون علاقات العمل والتي لا تجيز استخدام العمال القصر في الأشغال ذات الطبيعة الخطرة أو تلك التي لا يوجد فيها نظافة أو من شأنها أن تضر بصحتهم، ونصت المادة 135 من نفس القانون على الجزاء الذي يترتب عند الإخلال بأحكام التشريع المعمول به ويتمثل في البطلان مع انعدام الأثر عدا مسألة الأجر مقابل العمل الذي تم تأديته، وقرر المشرع في هذا الخصوص عقوبة مالية من 1000 إلى غاية 2000 دينار جزائري على كل من يوظف عاملا قاصرا دون أن يبلغ السن القانونية ويستثنى من ذلك عقد التمهين المعد وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما، ويتقرر الحكم عليه بعقوبة الحبس من 15 يوما إلى غاية شهرين مع الغرامة التي تضعف قيمتها عند العود.

ولحماية القصر العاملين لابد من وضع آليات غاية في النجاعة وكذا حصر الأعمال الخطيرة وفقا لما حددته لجنة حقوق الطفل ذلك أن منظمة العمل الدولية أبدت ملاحظات للجزائر، وهذا ما نصت عليه اتفاقية منظمة العمل الدولية تحت رقم 138 لعام 1973 وكذا الاتفاقية رقم 182 لعام 1999، هاتان الاتفاقيتان المصادق عليهما من قبل الجزائر بتاريخ 15 يونيو 2012، ومن هنا يتعين على الدولة أن تعمل جاهدة على منع تشغيل الطفل قبل أن يبلغ السن المقررة لنهاية التعليم المتوسطي وذلك لحمايته من التشغيل في الأعمال التي تمس أخلاقياته وتضر بصحته[3]، ولدرء الاعتداء عليه أو استغلاله جسديا حفاظا على كرامته[4].

---

[1] On cite à titre d'exemple la déclaration de Genève concernant les droits de l'enfant en 1924, ainisi que la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 qui contient 02 articles relatives à la protection de l'enfant,. La déclaration des droit de l'enfant en date du 29 /11/ 1959 adoptée par l'assemblée générale de l'O.N.U., les cahiers LADREN: Université d'Oran, Faculté de droit, 2008, N1, p157.

[2] تقضي المادة 35 من القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين بأنه يتعين على الدولة أن تضع قواعد وضوابط عدم تشغيل القصر عدا تلك المتعلقة بتعليم الحرف أو المتعلقة بالتأهيل المهني.

[3] تنص المادة 37 من القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين على ما يأتي:" لا يجوز تشغيل القاصر فى الأعمال الخطرة التى قد تعرضه إلى أضرار جسدية أو نفسية أو غيرها".

[4] العربي بختي: حقوق الطفل في الشريعة والاتفاقيات الدولية، مرجع سابق، ص 109.

المطلب الثاني : الحماية المقررة للقصر ضمن قواعد القانون العام

يقصد بالقانون العام مجموعة القواعد القانونية التي تحكم نشاط الدولة باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان، ونعالج في هذا المطلب المركز القانوني للقاصر في فروع القانون العام حيث كرس الدستور الحقوق والحريات العامة للأفراد وفي مقدمتها تلك المتعلقة بالطفل، هذا الأخير الذي ينعم في ظلها بحماية لائقة، وقد استفاد القانون الإداري من فكرة الوصاية المدنية وكرسها في أحكامه، كما عدل المشرع في الأحكام المتعلقة بالحدث بموجب القانون 14-01 الصادر بتاريخ 04 فبراير 2014 المعدل والمتمم لقانون العقوبات وغير في أحكام المسؤولية وفقا لمعيار السن. وقد ألغى القانون رقم 15-12 المؤرخ 15 /07/ 2015 المتعلق بحماية الطفل الأحكام المتعلقة بالأحداث الواردة في قانون الإجراءات الجزائية واستحدث أحكاما جديدة كتلك المتعلقة بالقاصر ما دون عشر سنوات حيث لا يكون القاصر محلا للمتابعة الجزائية وهذا يتسق مع ما استحدثه قانون العقوبات، نعالج كل هذه النقاط في الفرعين التاليين.

الفرع الأول : تكريس حقوق القاصر دستوريا ودور الأحكام المتعلقة به في التنظيم الإداري

يقصد بالقانون الدستوري مجموعة القواعد القانونية التي تنظم شكل الدولة والهيئات العامة وعلاقتها فيما بينها، وعلاقتها أيضا بالمحكومين، كما يعنى بحقوق وحريات الأفراد، وقد نصت الدساتير المتعاقبة على مبدأ المساواة بين الأفراد دون أن تخصص نصا للقصر سوى التعديل الأخير لسنة 2016 الذي سوف نبين نصيب الطفل من مضمونه.

ويقصد بالقانون الإداري مجموعة القواعد القانونية التي تحكم نشاط السلطة التنفيذية كما ينظم حقوق الأفراد اتجاهها، غير أن موضوع القاصر في المجال الإداري لا نتناوله من جانب حقه في مواجهة الإدارة باعتباره فردا من المجتمع، وإنما نتطرق إلى مسألة غاية في الأهمية تتعلق بمدى استفادة القانون الإداري من فكرة الوصاية المدنية والخلافات الفقهية التي ثارت بشأن هذه المسألة.

أولا: حماية حقوق الطفل في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016

إن وضع الطفل يختلف حاليا عما كان عليه قبل صدور التعديل الدستوري لعام 2016، ويتأكد هذا من خلال النصوص التي تضمنها والتي خصته بحماية متميزة لم يحظ بها من قبل، وسوف نوضح هذه المسألة في هاتين النقطتين.

1- إغفال الدساتير الجزائرية للنص على حقوق الطفل

لم يتضمن دستور[1] 1996 وكذا التعديل اللاحق به سنة 2002[2] ثم تعديل 2008 [3] نصا خاصا بشأن الطفل، وإنما أشار ضمن نصوصه إلى أن كل المواطنين سواسية أمام القانون[4]، ولا يمكن أن يُتذرّع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي، وهكذا يدرج الطفل ضمن المواطنين ويعامل بنفس المعاملة دون أن يكون إجحاف بحقه، أو ما ورد في نص المادة 62 من دستور 1989[5].

كما أن مختلف القوانين الجزائرية أقرت حماية لحقوق الطفل ضمن نصوصها إلا أن هذا لا يكفي ما لم تنبثق هذه النصوص عن مبدأ عام من ضمن المبادئ الدستورية وبنص صريح، لأن الأحكام التي نستشف منها هذه الحقوق ضمنيا لا تكرس حماية واضحة ولائقة للقاصر، لذا منح المؤسس الدستوري بموجب القانون 16-01 المتضمن التعديل الدستوري عناية خاصة وذلك بالنص عليه صراحة.

2- تكريس الحقوق المرتبطة بالطفل في نصوص دستور 2016

أفصح القانون 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري[6] عن حقوق الطفل صراحة وذلك في المادة 72 منه والتي قضت بأن الأسرة تحظى بحماية كل من الدولة والمجتمع، كما تحمي هي بدورها وكذا المجتمع والدولة الحقوق المتعلقة بالطفل، إضافة إلى أنه يقع على عاتق الدولة كفالة الأطفال الذين تم التخلي عنهم أو الأطفال مجهولي النسب. وتحقيقا لهذه الأهداف فإن القانون يقمع العنف الممارس على الأطفال، كما تسهل الدولة الاستفادة من تلك الحقوق التي تم الاعتراف بها لجميع لتلك الفئات الضعيفة ذات الاحتياجات الخاصة، وهذا بغرض إدماجها في الحياة الاجتماعية، ومددت هذه الحماية لتشمل الأشخاص المسنّين.

---

[1] ج. ر.، ع76 المؤرخة في 08 /12/ 1996.

[2] بمقتضى القانون 02- 03 الصادر بتاريخ 10 /04/ 2002، ج ر ، ع 25، المؤرخة في 14 /04/ 2002.

[3] بموجب القانون 08- 19 الصادر بتاريخ في 15 /11/ 2008، ج ر، ع 63 المؤرخة في 16 /11/ 2008.

[4] Les anciennes constitutions ont introduit le multipartisme et ont permis la création des associations de défense des droits des catégories sociales les plus défavorisées et parmi eux les enfants abandonnés. Voir le guide de l'Unicef ; Enfant algérien, ORIENT PUBLISHING, Amman, Jordanie, 1993, p. 32.

[5] L'article 62 de la constitution de 1989 –qui correspond à l'article 65 de la contitution de 1996 modifiée en 2002 et 2008 et l'article 79 de la loi 16-01 du 06/03/2016 le dernier amendement de la constitution - n'a pas manqué de souligner que la loi sanctionne le devoir des parents dans l'éducation et la protection de leurs enfants. D'après ce texte la tuteur est tenu de veiller sur la personne de son pupille. Voir Ghaouti BENMELHA : Le droit algérien de la famille, OPU, Alger, Algérie, Ed., 1993, p. 363.-avec actualisation des dates-.

[6] ج. ر.، ع 14 المؤرخة في 07 /03/ 2016، ص 13.

وقد حظي الطفل باهتمام كبير في التشريعات الأخيرة كالقانون 15-12 المؤرخ في 15 يوليو 2015 المتعلق بحقوق الطفل إلى أن أصبح حقه مكرس دستوريا، فيقع على عاتق الأسرة والمجتمع وكذا الدولة التزاما بحماية الطفل والدفاع عن حقوقه، وكل اعتداء عليها يعاقب عليه القانون، كما كان الحرص بالغا فيما يتعلق بمسألة الأطفال المتخلى عنهم وكذا مجهولي النسب.

وتبعا لما سبق بيانه صدر من قبل المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 1992/01/13 المتعلق باستلحاق المكفول بالكافل عن طريق الاسم إذ تنص المادة الأولى منه في فقرتها الثانية على ما يلي:"كما يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة ولدا قاصرا مجهول النسب من الأب، أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائدته، وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي، وعندما تكون أم الولد القاصر معلومة وعلى قيد الحياة، فينبغي أن ترفق موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب".

تجب الإشارة إلى أن المشرع قد كرس الحماية الجزائية للطفل بموجب قانون حماية الطفل، كما نص على الحماية الصحية وكرسها ضمن أحكام دستور 2016 في المادة 60 في فقرتها السادسة التي تنص على إجبارية الفحص الطبي بالنسبة للقصر عند انقضاء أجل التوقيف للنظر، ومثل هذا الحكم تناولته العديد من القوانين الجزائرية كتلك التي تعنى بالقاصر في الوسط التربوي أو الخاصة بممارسة التربية البدنية والرياضية.

ثانيا: استفادة القانون الإداري من فكرة االوصاية المدنية

استعمل مصطلح الوصاية لأول مرة في فرنسا كون الأشخاص اللامركزية كانت في مركز مماثل للقاصر ذلك أن مصطلح الوصاية منشأه مدني[1]، ومرجع هذه الفكرة يعود أساسا إلى حماية المصالح المالية للبلديات وذلك بإشراف الملوك عليها، وبرز في هذا الخصوص اتجاهان متعارضان حيث ينكر الإتجاه الأول صحة تسمية الوصاية الإدارية ويؤيد الإتجاه الثاني هذه التسمية.

1- الإتجاه الرافض لتسمية الوصاية الإدارية

يرى أصحاب هذا الإتجاه أن تسمية الوصاية الإدارية لا تصح ذلك أن هذه التسمية قياس مع الفارق، فالوصاية المدنية من حيث طبيعتها قوامها قيام الوصي بشؤون القاصر الشخصية والمالية ليمثله في الحدود التي رسمها القانون، إلا أن هذا التمثيل لا يمكن تصوره في الوصاية الإدارية كون الأشخاص اللامركزية تتمتع بأهلية محدودة فلا هي عديمة الأهلية ولا ناقصتها[2].

[1] عمار بوضياف: الوجيز في القانون الإداري، جسور للنشر والتوزيع، ط2، المحمدية، الجزائر، 2007، ص 177.

[2] محمد الصغير بعلي: القانون الإداري ، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة الجزائر،2004، ص 72.

ومن جهة أخرى تتم الوصاية المدنية عن طريق حلول الوصي محل القاصر، في حين أن الوصاية الإدارية تتم عن طريق عدة وسائل حددها القانون كالإذن والإلغاء والتصديق، يضاف إلى هذا أن الهدف من الوصاية المدنية هو رعاية شؤون القاصر الشخصية والمالية فهي بهذا الشكل تسعى إلى تحقيق مصلحة خاصة، في حين أن الوصاية الإدارية غايتها الأساسية تحقيق المصلحة العامة[1] وعلى سبيل الإستثناء تحقيق مصلحة الأفراد، ونظرا لهذه الأسباب قرر البعض من أنصار هذا الإتجاه تسمية الرقابة الإدارية بدل الوصاية الإدارية، ولم يجد الغالبية منهم أي تسمية مناسبة في هذا الخصوص.

2- الإتجاه المؤيد لتسمية الوصاية الإدارية

بيد أن الإتجاه المناصر لفكرة الوصاية الإداية أكد على مدى صحة هذا المصطلح بالرغم من الفروق التي استند إليها الفريق الرافض لهذه التسمية، ذلك أن القانون الإداري قد استعمل العديد من المصطلحات الواردة في القانون المدني مثل مصطلح الملكية وذلك في القانون رقم 91-11 المؤرخ في 1991/04/24 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، كذلك مصطلح العقد في قانون الصفقات العمومية أين تستخدم العقود الإدارية بين المصلحة المتعاقدة والشريك المتعاقد من أجل تقديم خدمة أو تموين المصلحة بالمستلزمات.

نخلص إلى القول أن الإتجاه الرافض لتسمية الوصاية الإدارية لم يجد بديلا لها وأن الذين اقترحوا مصطلح الرقابة كان النقد الموجه إليهم هو أن هذا الإصطلاح له مدلول واسع، لذا كانت هذه التسمية مناسبة ولا بديل لها، وتقضي القاعدة بأنه لا وصاية بدون نص على خلاف الرقابة الرئاسية التي لا تحتاج إلى نص إذ أن ممارستها تكون تلقائيا باعتبارها مناط النظام المركزي الذي قوامه السلطة الرئاسية[2]. ومهما يكن فلا يختلف الفريقان في كون فكرة الوصاية أو الرقابة الإدارية أو غيرها من التسميات الممنوحة فقها منشأها مدني وهي علاقة القاصر بممثله القانوني.

الفرع الثاني : حماية الأحداث في المجال الجنائي موضوعيا وإجرائيا

لقد اعتمد القانون الجنائي مصطلح الحدث للتعبير عن القاصر دون سن الثمانية عشر عاما وهو سن الرشد الجنائي الذي قررته المادة الثانية من قانون حماية الطفل[3]. وهو نفس الحكم الذي قررته المادة 442 ق.إ.ج التي ألغيت بموجب القانون 15-12 حيث كانت تنص على أن سن الرشد الجنائي يكون في تمام الثامنة عشرة، واستبدل مصطلح الحدث بمصطلح الطفل تأسيا بالاتفاقيات الدولية.

[1] عمار بوضياف: المرجع السابق، ص 179.

[2] محمد الصغير بعلي: نفس المرجع، ص 73.

[3] القانون 15- 12 المؤرخ في 15 /2015/07 المتضمن حماية الطفل.

أولا : المسؤولية الجنائية للأحداث في ضوء تعديل قانون العقوبات

اعتمد المشرع الجنائي مصطلح الحدث للدلالة على الصغير ما دون سن الثماني عشرة سنة أي سن الرشد الجنائي المنصوص عليه في المادة الثانية من قانون حماية الطفل، وهو ذات الحكم الذي كانت تنص عليه المادة 442 ق.إ.ج والتي ألغيت بموجب القانون رقم 15-12.

1- شروط انعقاد المسؤولية الجنائية للحدث

من دون شك أنه لمساءلة الشخص جنائيا يتعين توافر أمرين، يتعلق الأول بالأهلية الجزائية والثاني بالتبعية الجزائية، فيشترط لثبوت الأهلية الجزائية أن يكون الشخص الذي يتمتع بها هو إنسان، ويتمثل الشرط الثاني في تمتعه بالإدراك وكذا حرية الإرادة، وأما بخصوص التبعية الجزائية فإنه مهما ارتكب الشخص من الجرائم فإنه لا يمكنه تحمل شيء من المسؤولية إذا لم تكن هذه الجرائم قد تم النص عليها قانونا وتم ثبوت نسبتها إلى هذا الشخص بناء على قرينة البراءة[1].

وما يهمنا في هذا الخصوص هو قيام مسؤولية الحدث حيث أنها تتغير وفقا لسن الحدث، فتكون مسؤوليته منعدمة في الطور الأول من حياته ثم تخفف مسؤوليته في فترة لاحقة تستدعي تدابير خاصة لمواجهتها ولا تحمل معنى الإيلام على خلاف العقوبة الموقعة على البالغ، وقوام هذا هو عنصر الإدراك إذ أنه هو الضابط الذي يمكن الشخص من التمييز بين الأضداد(الخطأ والصواب، الخير والشر...).

فعنصر الإدراك يتلازم مع المسؤولية وجودا وعدما، فإذا كان الإدراك منعدما فلا مساءلة في حين إذا كان ناقصا تخفف المسؤولية، وتكتمل المسؤولية إذا اكتمل الإدراك، وبهذا يؤثر الإدراك على الركن المعنوي للجريمة، وتسهم عوامل أخرى خارجية إذ تؤثر على سلوك الحدث كالعاطفة والوسط الأسري والمحيط وغيرها من العوامل التي تؤدي إلى جنوح الحدث.

أما عن مسألة إعفاء الحدث من المسؤولية الجنائية فإن هذا له ارتباط وثيق الصلة بتحديد السن، وقد اختلفت التشريعات بشأنها، فنجد مثلا التشريع الفرنسي يعفي الحدث من المسؤولية الجنائية إذا لم يبلغ سن الثماني عشرة سنة وهي قرينة غير قابلة لإثبات العكس إلى أن يبلغ الحدث ثلاث عشرة سنة، وأثناء هذه المرحلة لا يمكن الحكم عليه بعقوبة جزائية كيفما كانت جسامة الفعل الذي يرتكبه الحدث، ومن هنا توقع عليه تدابير احترازية لمواجهة جنوحه وتكمن في المساعدة أو الملاحظة أو التهذيب، وبعد سن الثالثة عشرة فإن قرينة عدم المسؤولية تقبل

[1] منصور رحماني: الوجيز في القانون الجنائي العام، دار العلوم ، عنابة، الجزائر، س 2006، ص 213.

إثبات العكس ويكون للقاضي المختص سلطة تقديرية عند توقيع العقوبة إذا ظهر من ظروف الجريمة ما يؤيد هذا الحكم كما يمكن إعمال تدابير التهذيب لإصلاح الحدث[1].

2- أطوار المسؤولية الجنائية في التشريع الجزائري

أما عن موقف المشرع الجزائري فيظهر من استقراء المواد 49-50-51 من ق.ع. حيث تنص المادة 49 المعدلة بموجب القانون 14-01 الصادر بتاريخ 04 فبراير 2014 على أنه لا يكون محلا للمتابعة الجزائية القاصر الذي لم يكمل عشر سنوات، ولا توقع على القاصر الذي تتراوح سنه من 10 إلى أقل من 13 سنة إلا تدابير الحماية أو التهذيب، كما أنه لا يكون محلا إلا للتوبيخ في مواد المخالفات، على أن لقاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 سنة يخضع إما لتدابير الحماية أو التهذيب أو لعقوبات مخففة.

وتقضي المادة 50 من ق.ع. بأنه في حال القضاء بخضوع القاصر الذي تتراوح سنه من 13 إلى 18 عاما لحكم جزائي فالعقوبة الصادرة بشأنه تكون على النحو التالي:

- ❖ يحكم على القاصر بعقوبة الحبس من 10 سنوات إلى 20 سنة إذا كانت العقوبة التي توقع عليه هي الإعدام أو السجن المؤبد.
- ❖ يحكم على القاصر بالحبس لمدة تقدر بنصف المدة التي كان ينبغي أن يحكم بها على البالغ إذا كانت العقوبة المقررة هي السجن أو الحبس المؤقت.

ونصت المادة 51 من ق.ع. على الجزاء في مواد المخالفات حيث أنه يحكم على القاصر الذي يتراوح عمره من 13 إلى 18 عاما إما بعقوبة الغرامة أو بالتوبيخ.

من استقراء هذه المواد نقسم المراحل التي يمر بها القاصر إلى أربعة أطوار كما يلي:

الطور الأول: قبل بلوغ القاصر عشر سنوات

لا يكون الطفل في هذه المرحلة محلا للمتابعة الجزائية وهو الحكم المستحدث في قانون العقوبات، وهذا يتسق مع مضمون المادة 56 من القانون رقم 15-12 المؤرخ 15 يوليو 2015 المتعلق بحماية الطفل، هذا الأخير الذي ألغى أحكام قانون الإجراءات الجزائية الخاصة بالحدث، حيث تنص هذه المادة في فقرتها الأولى على ما يلي:" لا يكون محلا للمتابعة الجزائية الطفل الذي لم يكمل العشر(10) سنوات"، وتضيف الفقرة الثانية من نفس المادة أن ممثله الشرعي يتحمل المسؤولية عن الضرر الذي أصاب الغير.

[1] منصور رحماني: نفس المرجع، ص 214.

الطور الثاني: من عشر سنوات إلى أقل من 13 سنة

لا يوقع على الطفل في هذه المرحلة إلا تدابير التهذيب أو الحماية، أما في مسائل المخالفات فإنه لا يكون محلا سوى للتوبيخ، ويتحمل ممثله الشرعي المسؤولية بدلا عنه في حال إلحاق الضرر بالغير وفقا للمادة 56 من قانون حماية الطفل، كما حدد المشرع الجزائري سن القاصر في هذا الطور بالنظر إلى الوقت الذي تم فيه ارتكاب الجريمة ولا يمكن وضع القاصر في المؤسسات العقابية ولو على سبيل التأقيت على أنه يخضع لتدابير الحماية والتهذيب، أما فيما يتعلق بالمخالفات في التي يرتكبها الحدث فلا يكون محلا إلا للتوبيخ طبقا للمادة 49 من ق.ع. المعدلة بمقتضى القانون رقم 14-01.

الطور الثالث: ما بين 13 إلى غاية أقل من 18 سنة

وهنا يكون الشخص ناقص الأهلية وتبعا لهذا تتدرج مسؤوليته بالنظر إلى تدرج عمر القاصر، ويتعرض لإحدى تدابير التهذيب أو الحماية أو يخضع إلى عقوبات مخففة لأنه لم يبلغ سن الرشد الجزائي، تجب الإشارة إلى أن المشرع قد خفض العقوبات في هذه المرحلة بموجب المادة 50 من ق.ع.، في حين أن الغرامة لم يتم ذكرها في هذه المادة ويفهم من هذا أنها تبقى على ما كانت عليه أي كما هو مقرر للأشخاص البالغين.

الطور الرابع: بلوغ الشخص 18 سنة أي سن الرشد الجزائي

وهذا حسب المادة الثانية من قانون حماية الطفل ويحدد من وقت اقتراف الجريمة، وفي هذه المرحلة يكون الشخص كامل الأهلية وتبعا لهذا فإنه يسأل مسؤولية تامة عن أفعاله. الملاحظ في هذه الأطوار تنوع الأحكام التي تخضع لها كل مرحلة وهذا حسب قدرة الشخص على التمييز، فحدد المشرع الجزائري سن 13 كنقطة فاصلة بين فقد التمييز ونقصانه، وقرر سن 18 سنة بين اكتمال التمييز وكذا نقصانه، وهكذا تكون المسؤولية الجنائية بالتدرج من الانعدام إلى النقصان إلى الكمال[1].

ثانيا: إجراءات حماية الطفل في المجال الجنائي

استعمل المشرع مصطلح الحدث في المجال الجزائي للدلالة على الصبي مميزا كان أو غير مميز وسواء ضمن قانون العقوبات أو قانون الإجراءات الجزائية، إلا أن هذا الأخير قد ألغيت الأحكام المتعلقة فيه بالحدث أي المواد 442 - 494 من ق.إ.ج.ج. بموجب القانون 15-12 المؤرخ في 2015/07/15 المتعلق بحماية الطفل

[1] عبد الله أوهايبية: شرح قانون العقوبات الجزائري، موفم للنشر، الجزائر، 2009، ص 322.

وبالضبط المادة 149 منه الواردة ضمن الأحكام الانتقالية، حيث عدل المشرع عن مصطلح الحدث واستعمل مصطلح الطفل تأسيا بالاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر[1].

لقد استحدث قانون الطفل ميكانيزمات جديدة لحماية الطفل، حيث عالجت القوانين السابقة حالة الحدث في خطر معنوي من خلال الأمر رقم 72-03 الصادر بتاريخ في 10 /1972/02 المتعلق بحماية الطفولة[2]، وأما بخصوص الحدث الجانح فتطبق عليه الأحكام الواردة في قانون العقوبات، كما أصدر المشرع الأمر 75-64[3] المؤرخ في 26 /1975/12 المتضمن إحداث المؤسسات والمصالح المكلفة بحماية الطفولة والمراهقة.

1- الأحكام الموضوعية المستحدثة بموجب قانون حماية الطفل

عرف المشرع الطفل في المادة الثانية من قانون حماية الطفل بأنه الشخص الذي لم يبلغ سن الثماني عشرة سنة، والطفل المقصود في هذا القانون هو الموجود في حالة خطر مادي أو معنوي وليس كما كان عليه الشأن في القانون 72-03 الذي كان يحرص على حماية الطفل في حالة خطر معنوي فحسب. وقد عدد المشرع في قانون حماية الطفل أشكال الخطر، فقد يكون بدنيا بحيث تعرض صحة الطفل أو تربيته أو أخلاقه أو أمنه للخطر، وقد يكون الخطر حالا كما قد يكون مستقبلا، أو يكون الطفل في بيئة تؤثر على سلامته من الناحية النفسية أو البدنية أو حتى التربوية فتجعلها في حالة خطر كحالات التشرد أو الإعتياد على التسول أو النقص في الرعاية أوحالة الفقدان للوالدين، ومن الحالات التي تعرض الطفل للخطر سوء المعاملة من اعتداء أو تعذيب أو غيرها، ويضاف إلى هذا حالة الاستغلال الجنسي للأطفال و أيضا الاستغلال الاقتصادي.

والحالات التي عددها المشرع في المادة الثانية من قانون حماية الطفل والتي تخص تعريض الطفل للخطر ليست مذكورة على سبيل الحصر، ويقابل هذا النص المادة 44 من القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية

[1] بموجب اتفاقية حقوق الطفل المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة وذلك بتاريخ 1989/11/20 والتي صادقت عليها الجزائر مرفقة بتصريحات تفسيرية بمقتضى المرسوم الرئاسي 92-461 الصادر بتاريخ 1992/12/19. وكذا الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته الذي تم اعتماده بأديس أبابا وذلك في جويلية 1990 وتم المصادقة عليه بموجب المرسوم الرئاسي 03-242 الصادر بتاريخ 2003/07/08. كذلك بمقتضى البروتوكول الإختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بخصوص بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية، الذي تم اعتماده بنيويورك بتاريخ 2000/05/25 وتمت المصادقة عليه بموجب المرسوم الرئاسي 06-299 الصادر بتاريخ 2006/09/02. وبمقتضى البروتوكول الإختياري لاتفاقية حقوق الطفل الخاصة باشتراك الأطفال في المنازعات المسلحة المعتمدة بنيويورك بتاريخ 2000/05/25 والتي تم المصادقة عليها بموجب المرسوم 06-300 الصادر بتاريخ 2006/09/02، أيضا بمقتضى اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة التي تم اعتمادها من قبل الجمعية العامة لدى الأمم المتحدة بتاريخ 2006/02/13 والتي تم المصادقة عليها عن طريق المرسوم 09-188 الصادر بتاريخ 2009/05/12.

[2] ج. ر.، ع 15 المؤرخة في 22 /02/ 1972.

[3] ج. ر. ، ع 81 المؤرخة في 10 /10/ 1975.

القاصرين والتي تفيد بأنه تعتبر على وجه الخصوص من الحالات المهددة للقصر في سلامتهم النفسية أو الجسدية ما يلي:

- فَقْد القاصر لأبويه وعدم وجود من يستند إليه،
- أن يتشرد القاصر أو يتعرض لحالة الإهمال،
- التقصير الظاهر واالمستمر في رعاية القاصر وتربيته،
- أن يعتاد على إساءة معاملة القاصر،
- أن يستغل القاصر مهما كان جنسه،
- أن يستخدم القاصر في الجرائم المنظمة،
- أن يعرض القاصر لظاهرة التسول أو أن يستغل اقتصاديا،
- عجز الوالدين أو من ينوب عن القاصر أو يشرف على رعايته وتربيته.

تشدد المادة 42 من القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين في الحرص على معاملة القاصر حيث تقضي بأن الدولة تتخذ كل التدابير التشريعية و الإدارية وكذا الاجتماعية والتعليمية المناسبة لتحمي القاصر من العنف أو الإضرار بالقاصر سواء بدنيا أو من الناحية النفسية أو حتى التخلي عنه أو حالة اهماله أو سوء معاملته أو استغلاله جنسيا.

وقد ساير المشرع الجزائري الإتفاقيات الدولية والقانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين حيث تفيد المادة 38 منه بأن للقاصر الحق في الحماية من استغلاله اقتصاديا، ولا يمكن تشغيله في الأعمال التي تعرضه للأخطار، أو التي من شأنها أن تمس بتعليمه أو أن تضر بنمو جسمه أو حالته النفسية أو الأخلاقية أو الاجتماعية.

وقد كانت سن الطفل محددة بأقل من 21 سنة قبل قانون حماية الطفل أي بمقتضى الأمر 72-03 المتعلق بحماية الطفولة والمراهقة في مادته الأولى وكذا الأمر 75-64 المتضمن لإحداث المؤسسات والمصالح المكلفة بحماية الطفولة والمراهقة في مادته الأولى أيضا، وقد وحّد القانون 15-12 المتضمن حماية الطفل السن الجزائي وقررها بثماني عشرة سنة[1].

[1] قضت الفقرة الثانية من المادة 42 من هذا القانون بتمديد السن إلى 21 سنة بناء على السلطة التقديرية لقاضي الأحداث متى توافرت حالة الضرورة وبناء على طلب موجه من قبل من تم تسليم الطفل إليه أو من طرف المعني بالأمر أو من القاضي تلقائيا.

والطفل الجانح حسب قانون حماية الطفل هو الذي يقوم بارتكاب فعل مجرم من الناحية القانونية والذي تفوق سنه 13 سنة من يوم ارتكاب الجريمة، وعرف أيضا المشرع الجزائري الطفل اللاجئ بأنه من كان مجبرا على الفرار من بلده مرورا بالحدود الدولية لطلب الحماية الدولية أو الحق في اللجوء، أما الممثل الشرعي للطفل فهو الولي أو الوصي أو الكافل أو المقدم أو الحاضن له.

كما كرس المشرع آلية جديدة في قانون الطفل وتتمثل في الوساطة التي ترمي إلى عقد اتفاق يربط بين الطفل الجانح والممثل الشرعي وكذلك ما بين الضحية وذوي حقوقها بغية إنهاء المتابعات وكذا جبر الضرر الناتج عن الجريمة المقترفة من قبل الطفل، وبالتالي وضع حد للآثار المترتبة عليها وتبعا لهذا إعادة إدماجه. كما قرر المشرع الجزائري سن الرشد بتسع عشرة سنة في القوانين غير الجنائية وعمل على توحيدها[1].

ونفس الأحكام تنطبق في المجال الجنائي حيث قرره بثماني عشرة سنة من يوم ارتكاب الجريمة حسب المادة الثانية من قانون حماية الطفل بعدما ألغت المادة 149 من نفس القانون المادة 442 من ق.إ.ج.، والغريب في الحكم أن سن الرشد الجزائي كان ينبغي أن يبقي عليه المشرع في قانون الإجرءات الجزائية أو ينص عليه في قانون العقوبات، وهذا حتى يمكن الرجوع إليهما في حال وجود فراغ في القوانين الخاصة باعتبارهما الشريعة العامة في القوانين الجزائية، لأنه لا يمكن الإستدلال بقانون خاص كقانون حماية الطفل لسد فراغ موجود في قانون خاص آخر لم تحدد مثلا سن الرشد الجزائي ضمن أحكامه، وعليه تقضي القاعدة بأنه يتعين الرجوع إلى القواعد العامة.

كما تنص المادة 149 من قانون حماية الطفل على أنه تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون وذكرت بينها المادة 442 من ق.إ.ج مع أنها لا تخالف السن المحدد في القانون 15-12، وقد ثار جدل كبير في مسألة مشابهة تتعلق بقانون الأسرة وبالضبط المادة 223 التي نصت على إلغاء كل الأحكام التي تخالف هذا القانون، وبناء على ما سبق هل تبقى الأحكام الواردة في القانون القديم سارية المفعول إذا كانت لا تعارض القانون الجديد وقد نص هذا الأخير في أحكامه الإنتقالية على إلغائها؟ وإذا لم يوجد نص في القانون الجديد يحكم الواقعة هل نرجع أحكام القانون القديم مع العلم أنه لا يخالف في القواعد المقررة في القانون الجديد أويتعين الرجوع إلى الشريعة الإسلامية إعمالا للمادة 222 من ق.أ.؟

[1] نذكر على سبيل المثال القانون المدني الجزائري في المادة 40 منه، وقانون الأسرة في المادة 7 منه المعدلة بموجب القانون 05-02 الصادر بتاريخ 2005/02/27، وكذا المادة الرابعة من قانون الجنسية والمعدلة بموجب الأمر 05-01 المؤرخ في 2005/02/27 والتي كانت تقرره بإحدى وعشرين سنة لكلا الجنسين(أي في ظل الأمر رقم 70-86 الصادر بتاريخ 1970/12/15.

لقد واكب المشرع الجزائري من خلال القانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل التشريعات الدولية في مجال حقوق الطفل التي تم المصادقة عليها من قبل الجزائر كاتفاقية حقوق الطفل التي تم الموافقة عليها من طرف الجمعية العامة في الأمم المتحدة في 20 /11/ 1989، أيضا الميثاق الإفريقي الخاص بحقوق الطفل ورفاهيته المعتمد بأديس أبابا عام 1990، كما كرست هذه الاتفاقيات حقوق الطفل وأصبح الطفل يتمتع بموجبها بجميع الحقوق كالحق في التعليم[1] والصحة وكذا الحق في الحياة .

2- إجراءات الحماية المقررة للقاصر بموجب القانون 15-12

يختص قاضي شؤون الأسرة بحماية مصلحة القاصر حسب مقتضيات المادة 424 من ق.إ.م.إ. وتصدق هذه الصورة في حال وفاة الوالدين ولم يوجد من يتكفل بالقاصر، هنا ينعقد الإختصاص لقاضي شؤون الأسرة ليقرر لهم الحماية اللازمة، وهذا ما يميز قاضي شؤون الأسرة عن قاضي الأحداث بحيث يكفل الحماية للقصر بعد وفاة الأبوين أو في حال النزاع بينهما، في حين يتدخل قاضي الأحداث وفقا لقانون حماية الطفل عند وجود طفل في حالة خطر مادي أو معنوي يمكن أن تفضي به إلى الجنوح بغض النظر عن وفاة والديه أو في حال النزاع بينهما[2]، وسوف نتطرق إلى أشكال الحماية التي قررها القانون 15-12 للطفل في حالة خطر، وكذا الإجراءات الواجب اتباعها إذا تعلق الأمر بطفل جانح.

لقد استحدث المشرع بمقتضى قانون حماية الطفل وفي إطار الحماية الإجتماعية للأطفال في حالة خطر هيئة وطنية مهمتها حماية الطفولة وترقيتها ومكَّنَتْها الدولة من وسائل مادية وبشرية لتحقيق هذه الغاية، ويعين على رأس هذه الهيئة المفوض الوطني لحماية الطفولة وذلك بموجب مرسوم رئاسي ويختار وفقا لمعيار الخبرة والكفاءة في مجال الطفولة.

كما يتم وضع عدة برامج وطنية متعلقة بترقية حقوق الأطفال وإشراك الهيئات والمؤسسات العمومية في هذه البرامج ، وقد أوكلت إليها عدة مهام من بينها تجسيد حقوق الطفل على أرض الواقع والعمل على التنسيق بين المتدخلين في هذا الخصوص، وكذا تحسين الإعلام والإتصال وتحفيز الباحثين على الدراسات العلمية في مجال حقوق الطفل لتطوير أساليب الحماية، وإشراك المجتمع المدني في الحفاظ على حقوق الطفل.

[1] انظر في هذا الصدد م.ت. 10-02 الصادر بتاريخ 2010/01/06 والمتضمن الأحكام المتعلقة بإجبارية التعليم(ج.ر.، ع1 بتاريخ 2010/01/06)- كذلك ق 08-04 الصادر بتاريخ 2008/01/27 المتضمن القانون التوجيهي للتربية (ج.ر.، ع4، بتاريخ 2008/01/27).

[2] بربارة عبد الرحمن: شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادي، الجزائر، ط2، س 2009، ص329.

ويتعين على الممثل الشرعي[1] للطفل أو أي شخص أن يخطر المفوض الوطني لحماية الطفولة بواسطة مصلحة الوسط المفتوح[2] المختصة إقليميا والتي يتم إنشاؤها في كل ولاية، على أنه إذا تم الإخلال بهذا الحكم فإنه يترتب عنه تحريك الدعوى العمومية، مع العلم أنه لا يراعى السر المهني قِبَل المفوض الوطني لحماية الطفولة، هذا الأخير الذي يعد تقارير خاصة بحقوق الطفل ويتم إرسالها إلى الهيئات الجهوية والدولية المختصة.

وتلعب هذه المصلحة دورا كبيرا في ترقية الأسرة، كما يمكن لها أن تراجع تلقائيا التدبير الذي يتم الإتفاق عليه بصفة كلية أو جزئية أو بطلب من الطفل أو الممثل الشرعي، وترفع المسألة إلى قاضي الأحداث عند عدم مراجعة التدبير أو في حال إذا لم تتوصل إلى اتفاق في أجل لا يزيد على عشرة أيام من تاريخ الإخطار، كما تعد بصفة دورية تقارير خاصة بالأطفال الذين يتم التكفل بهم والتدابير التي تتخذ بشأنهم.

أما بخصوص الحماية القضائية للطفل في حالة خطر فقد حرص المشرع على تكريسها وذلك بالنص على صلاحيات القاضي وتحديد الجرائم التي يتعرض لها الطفل وكذا الحماية في موجهة آثارها، حيث ينظر قاضي الأحداث في العريضة المرفوعة إليه من قبل الطفل أو الممثل الشرعي أو حتى وكيل الجمهورية وكذا الوالي المختص إقليميا أو رئيس المجلس الشعبي البلدي لمكان إقامة الطفل في حالة خطر أو مصلحة الوسط المفتوح وكذلك الجمعيات أو الهيئات العمومية التي تهتم بشؤون الطفولة، على أنه يجوز لقاضي الأحداث التدخل تلقائيا كما يجوز للطفل أن يخطر القاضي شفاهة.

يعمل القاضي على دراسة حالة الطفل دراسة شاملة عن طريق البحث الاجتماعي ليأمر بالتدبير المناسب ويستعين في ذلك بمصلحة الوسط المفتوح، ويمكنه أن يوجه استدعاء لكل شخص يفيد في معرفة حالة الطفل، كما يمكن لقاضي الأحداث الأمر بحراسة مؤقتة إذ يبقي الطفل في أسرته أو يتم تسليمه لأحد الوالدين إذا لم يقرر لهما حق الإستفادة من الحضانة على الطفل وما لم تسقط عنهما بمقتضى حكم.

كما يمكن أيضا أن يسلم الطفل إلى أحد الأقارب أو إلى شخص أو عائلة أخرى بشرط توافر عنصر الثقة، ذلك أن الطفل لم تكتمل مداركه ويحتاج إلى عناية خاصة لذا يتعين أن يكون من يستلم الطفل شخصا أمينا، كما يجوز للقاضي أن يأمر بوضع الطفل في مصلحة مختصة في مساعدة الطفولة أو مركز متخصص في حماية الأطفال في حالة خطر أو مؤسسة استشفائية إذا تطلبت صحة الطفل أو حالته النفسية ذلك.

---

[1] عرف المشرع الجزائري الممثل الشرعي بمقتضى القانون 15-12 على أنه ولي الطفل أو وصيه أو من يكفله أو من يقوم بحضانته.

[2] تعرف المادة الثانية من قانون حماية الطفل مصالح الوسط المفتوح بأنها تلك المصالح التي تعنى بملاحظة وتربية القاصر في الوسط المفتوح.

وفي كل الأحوال لا يمكن أن تتجاوز مدة التدابير المؤقتة والقابلة للتجديد ستة أشهر وهذا حتى بلوغ الطفل ثماني عشرة سنة، ويجوز أن تمددهذه المدة إلى بلوغه 21 سنة، ويتم إبلاغ الطفل أو ممثله الشرعي بهذه التدابير في مدة 48 ساعة من وقت صدورها، كما يرسل ملف القضية من قبل قاضي الأحداث بعد إجراء التحقيق إلى وكيل الجمهورية[1] للاطلاع عليه، ويتم استدعاء الطفل والممثل الشرعي وكذا المحامي عند الحاجة على أن التدابير المؤقتة لا يقبل الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن.

وقد عني المشرع الجزائري بحماية الطفولة داخل مراكز متخصصة كما حرص أيضا على بيان حقوق الطفل من تعليم وتكوين وغيرها بما يكفل حماية صحته، ويمكن الترخيص للطفل بأن يخرج لمدة ثلاثة أيام بناء على طلب يرفعه ممثله الشرعي أو من قبل مدير المركز وبعد أن يوافق قاضي الأحداث، ويستفيد الأطفال أيضا من عطلة لا تتعدى 45 يوما إذا وافقت لجنة العمل التربوي على ذلك على أن يتحمل المركز هذه النفقات.

وبمجرد إيداع الطفل الذي حكم بسلب حريته في مركز إعادة تربية وإدماج الأحداث يتم اختيار موظفين يتمتعون بالكفاءة اللازمة لحمايته، كما ينظم أحكام هذه المراكز قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين[2].

وقد قرر القانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل عقوبات لمن يخل بالأحكام السارية المفعول في هذا القانون فيعرض الطفل لخطر مادي كان أو معنوي وسواء صدرت هذه المخالفة من موظف أو من الغير وتشدد هذه العقوبات خاصة إذا كانت الغاية منها غير مشروعة كاستغلال الطفل في المجال الاقتصادي أو المتاجرة به أو حتى مسألة الاستغلال الجنسي.

كما استحدث قانون حماية الطفل قواعد خاصة تتعلق بالأطفال الجانحين بدءا بمرحلة التحري الأولي ثم مرحلة التحقيق وبعدها مرحلة الحكم وانتهاء بمرحلة التنفيذ، ففي مرحلة التحري الأولي لا يجوز أن يوقف للنظر الأطفال الذين تقل أعمارهم عن 13 سنة والمشتبه في ارتكابهم جريمة ويرد على هذا استثناء وهو حالة الأطفال الذين اقترفوا جرائم تخل بالنظام العام وتفوق العقوبة المقررة لها 05 سنوات، كذلك الشأن في جرائم الجنايات،

[1] ما يلاحظ أن المشرع الجزائري نص على أن النيابة تعد طرفا أصليا في جميع القضايا التي يكون القصر طرفا فيها وذلك في المسائل الجزائية كما هو منصوص عليه في القانون 15-12، كذلك الشأن في المسائل المدنية إذ تفيد المادة 260 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه يتعين أن تخطر النيابة العامة عشرة أيام على الأقل قبل التاريخ المقرر للجلسة بجملة من القضايا ومن بينها حماية ناقصي الأهلية، أو ما نصت عليه المادة 3 مكرر من قانون الأسرة المضافة سنة 2005 التي تقضي بأن النيابة العامة تعد طرفا أصليا في كل القضايا االتي ترمي إلى تطبيق الأحكام الواردة في قانون الأسرة.

[2] القانون 05- 04 الصادر بتاريخ 6 /02/ 2005، المتعلق بتنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.

حيث يجوز لضباط الشرطة القضائية إيقاف الطفل للنظر وذلك بعد استطلاع رأي وكيل الجمهورية وبتقديم سبب جدي لإجراء التوقيف للنظر، على أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال سماع الأطفال دون حضور ممثليهم الشرعيين متى تم معرفتهم.

ولا يجوز أن يتعدى تمديد التوقيف للنظر بخصوص الطفل 24 ساعة ويتبع في هذا أحكام قانون الإجراءات الجزائية، ويتعرض ضباط الشرطة القضائية لعقوبة الحبس التعسفي إذا خالفوا هذه الأحكام، ويتعين إجراء الفحص الطبي للطفل الذي تم توقيفه للنظر كما يخطر ممثله الشرعي وتُمكَّن الأسرة وكذا المحامي من زيارة الطفل، ويجب إرفاق شهادات الفحص الطبي بالملف الخاص بالإجراءات تحت طائلة البطلان، وبعدها يحرر محضر سماع خاص بكل طفل موقوف للنظر من طرف ضابط الشرطة القضائية مثلما هو مقرر في قانون الإجراءات الجزائية على أنه يتم تدوين هذا كله في سجل خاص ويوقع عليه وكيل الجمهورية.

أما في مرحلة التحقيق فلا يمكن بأي حال من الأحوال أن يتابع الطفل الذي يقل عمره عن 10 سنوات وهو حكم استحدثه قانون حماية الطفل[1]، ويتحمل مسؤولية الطفل ممثله الشرعي عند إلحاقه الضرر بالغير، وبخصوص الطفل الذي يتراوح عمره من عشر سنوات إلى أقل من ثلاث عشرة سنة فيكون محلا لتدابير الحماية والتهذيب إذا ارتكب جريمة، ولا يجوز وضعه في مؤسسة عقابية حتى ولو كان ذلك بصفة مؤقتة، والحكم ذاته يطبق بالنسبة للأطفال الذين تتراوح أعمارهم من ثلاث عشرة سنة إلى أقل من ثماني عشرة سنة غير أنه إذا كان إجراء الوضع في المؤسسة العقابية ضروريا ولا يمكن اتخاذ إجراء سواه هنا يتم وضع الطفل بمركز لإعادة تربية وإدماج الأحداث أو بجناح خاص بهم في المؤسسات العقابية عند الضرورة.

أما بالنسبة للاختصاص النوعي فيوجد في كل المحاكم قسم خاص بالأحداث مهمته البت في قضايا الجنح والمخالفات التي يقترفها الطفل، وبخصوص القضايا التي تشكل جنايات ينظر فيها القسم الخاص بالأحداث الموجود بمقر المجلس القضائي، ويتحدد الاختصاص الإقليمي له بالمحكمة التي اقترفت بدائرة اختصاصها الجريمة أو المكان الذي يقيم به الطفل أو ممثله الشرعي أو المكان الذي عثر فيه على الطفل أو تم وضعه فيه.

يفصل وكيل الجمهورية في الملفات الخاصة بمحاكمة الأشخاص البالغين وتلك الخاصة بالطفل سواء كان هؤلاء فاعلين أصليين أو شركاء. ويتبادل قاضي الأحداث الوثائق مع قاضي التحقيق عند الاقتضاء، وبإمكان أي

[1] كانت المادة 448 من قانون الإجراءات الجزائية الملغاة بمقتضى القانون رقم 15- 12 تقضي بأن يتابع وكيل الجمهورية الجنايات والجنح التي يقترفها الحدث الذي يبلغ من العمر أقل من ثماني عشرة سنة بما في ذلك من كان عمره أقل من 10سنوات.

شخص أن يدعي مدنيا إذا أصيب بضرر ناشئ عن جريمة ارتكبها طفل وذلك أمام قاضي الأحداث، ويكون التحقيق إجباريا في مثل هذه الجرائم إذا كانت في مسائل الجنايات والجنح كما يكون جوازيا في المخالفات والحكم نفسه إذا تعلق التحقيق بالبحث الاجتماعي، كما منع المشرع تطبيق الإجراءات الخاصة بالتلبس على الجرائم التي يقترفها الأطفال.

وبخصوص حضور المحامي للدفاع عن الطفل فحكمه الوجوب في كل المراحل سواء المتابعة أو التحقيق أو المحاكمة، ويتم تعينه إما من قبل الممثل الشرعي للطفل أو من قبل قاضي الأحداث الذي يختاره بناء على قائمة يتم إعدادها شهريا من طرف نقابة المحامين، كما أجاز المشرع للقاضي الأمر بالرقابة القضائية، وتطبق نفس الأحكام الواردة في قانون الإجراءات الجزائية إذا كانت العقوبة المقررة هي الحبس كجزاء للفعل المنسوب إلى الطفل،كما تتم المرافعات في جلسة سرية أمام قاضي الأحداث، ولا يعتبر ضروريا حضور الطفل ويمكن لممثله الشرعي أن ينوب عنه بحضور المحامي ويعتبر الحكم في هذه الحالة حضوريا[1].

نشير إلى أنه بالإمكان رفع الدعوى المدنية ضد الأطفال ويشترط لذلك إدخال الممثل الشرعي، كما يتم رفع الدعوى المدنية إذا كان الطفل مع المتهمين البالغين أمام القضاء الجزائي الخاص، الذي يبت في قضايا البالغين ويحضر نيابة عن الطفل ممثله الشرعي، ويجوز الطعن بالمعارضة والاستئناف في الأحكام الصادرة في الجنح والجنايات المرتكبة من طرف الطفل، أما في قضايا المخالفات فيتم الطعن فيها أمام غرفة الأحداث المتواجدة بالمجلس[2].

ويكون لرئيس الغرفة الخاصة بالأحداث نفس سلطات قاضي الأحداث التي يقررها القانون 15-12 ويتم ذلك بمساعدة مستشارين، كما يجوز الطعن بالنقض في شأن الأحكام وكذا القرارات النهائية بحيث لا توقف تنفيذ الحكم ما عدا الحالة التي نصت عليها المادة 50 من ق.ع.ج. التي سبق تحليلها، ويمكن أن يكون الحكم الصادر في مسألة عارضة أو طلب متعلق بتغيير التدبير الخاص بالمراقبة والحرية وكذا بالوضع أو التسليم مشمول بالنفاذ المعجل بالرغم من المعارضة أو الاستئناف الذي يرفع إلى غرفة الأحداث التابعة للجهة القضائية درجة ثانية.

كما أنه يوجد غرفة للأحداث في نطاق اختصاص كل مجلس قضائي تتألف من رئيس يساعده مستشارين يتم تعيينهم بمقتضى أمر صادر عن رئيس المجلس من بين المستشارين الذين لديهم الخبرة الكافية بمسائل الطفولة، وتعد النيابة العامة طرفا في القضايا الخاصة بالأطفال، وتتبع بشأن استئناف الأوامر التي يصدرها قاضي

[1] وقد يكون الحكم ببراءة أو بإدانة الطفل، وإذا كان هذا الأخير مدانا يتعين اتخاذ تدابير الحماية والتهذيب أو الحكم بسلب حرية الطفل أو بالغرامة، كما يمكن أن يكون الحكم مشمولا بالنفاذ المعجل رغم المعارضة أو الاستئناف.

[2] تطبق أحكام قانون الإجراءات الجزائية وبالضبط المواد من407 إلى غاية 415 بخصوص المعارضة.

الأحداث الأحكام الواردة في المواد من 417 إلى غاية 428 من ق.إ.ج، كما يجوز الطعن بطريق النقض في الأمر النهائي الذي يصدره قاضي الأحداث، ولا يوقف التنفيذ ما عدا حالة الحكم بالإدانة المشار إليه في المادة 50 من ق.ع وبالإمكان ومراجعة تدابير المراقبة والحماية المتعلقة بالطفل والصادرة عن قاضي الأحداث.

وآخر مرحلة تتعلق بتنفيذ الحرية المراقبة للطفل وينعقد الاختصاص فيها للقاضي الذي أصدر هذا الحكم أو بدائرة اختصاص المحكمة التي يقيم بها الطفل، ويتم هذا من قبل مندوب دائم وآخر متطوع يعمل تحت إشرافه، بحيث يقدم لقاضي الأحداث تقرير مفصل بخصوص المهمة التي أنيطت به وهذا كل ثلاثة أشهر، كما يمكن أن يكون هذا التقرير بصفة فورية إذا كانت حالة الطفل سيئة بدنيا أو معنويا. ويقيد المقرر القضائي الصادر في حق الحدث في سجل خاص وفي صحيفة السوابق العدلية على أن لا يشار إلى ذلك في القسيمة رقم 2، وبالإمكان إلغاء القسيمة رقم 1 بعد مضي 3 سنوات من انقضاء فترة الحماية والتهذيب، ويكون الإلغاء بقوة القانون عند بلوغ الطفل 18 سنة.

وقد استحدث المشرع آلية الوساطة وجعل حكمها على سبيل الجواز، كما اشترط أن يتم اللجوء إلى هذا الإجراء قبل تحرك الدعوى العمومية، ليتوج بتحرير محضر يقوم الوسيط بتوقيعه وكذا بقية الأطراف ثم يؤشر عليه وكيل الجمهورية، ويصنف محضر الوساطة ضمن السندات التنفيذية يتم إمهاره بالصيغة التنفيذية، أما عن الأحكام الأجنبية المتعلقة بالطفل فإن الدولة تضمن تنفيذها[1].

وخلاصة هذا الفصل هي أن سن التمييز في االتشريع الجزائري 13 سنة وفقا للمادة 42 من ق.م. في فقرتها الثانية المعدلة والمتممة بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، حيث أنه كان مقررا قبل هذا التعديل بست عشرة سنة، وبالرغم من هذا التخفيض الذي أجراه االمشرع الجزائري بالنسبة لسن التمييز إلا أنه لا يزال في منأى عما قررته الشريعة الإسلامية والتشريعات التي حذت حذوها وهو سبع سنوات، فدون هذه السن لا يمكن للقاصر أن يباشر التصرفات القانونية حتى ولو كانت نافعة له محضا ويترتب على إبرامها البطلان المطلق، كما يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها.

وأما بالنسبة للقاصر المميز فإن إبرام التصرفات المالية أخذ حكما مزدوجا حيث أن التصرف ينفذ ويبقى مهددا بالزوال عملا بأحكام القانون المدني الذي قرر له حكم القابلية للإبطال، إذ بإمكان من ينوب عنه قانونا

[1] تقضي المادة 39 من القانون النموذجي العربي الموحد لحماية القاصرين بأنه تضمن الدولة التي تم نقل القاصر إليها حرية ممارسة الحضانة عليه وكذا حق زيارته وتنفيذ الأحكام الصادرة بشأنه من دولة إلى أخرى مع التقيد بمصلحة القاصر.

وليا كان أو وصيا أن يبطل التصرف إذا كان في غير مصلحة القاصر، وتبعا لهذا يأخذ تصرف هذا الأخير ثلاثة أضرب فيكون صحيحا إذا كان نافعا له نفعا محضا ويكون باطلا بطلانا مطلقا إذا كان ضارا به ضررا محضا ويأخذ حكم البطلان النسبي إذا كان دائرا بين النفع والضرر، وأما في قانون الأسرة فقد أعطاها المشرع حكم الوقف على النفاذ فلا يباشرها القاصر حتى يأذن له الولي أو الوصي، ومن هنا يظهر أن المشرع منح للقاصر المميز دورا إيجابيا في التعاملات المالية فأعطاه المبادرة إزاءها من حيث الأصل وقرر له نظام الولاية على سبيل الإستثناء حماية له.

وقد قرر المشرع حماية القاصر المميز عن طريق نظام الولاية لما يتميز به من الصرامة في الأحكام، حتى أنه لم يقرر نظام الحجر على الصغير الذي أقره الفقه الإسلامي وكذا التشريعات العربية مكتفيا بنظام الولاية رغم أنه يخدم مصلحته هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن البطلان بشأن التصرفات الضارة به يوفر للقاصر حماية لائقة وذلك بأن يعاد الوضع إلى ما كان عليه قبل التعاقد.

كما بينا المركز القانوني للقاصر في التشريع الجزائري، بدءا بدراسة الحماية المقررة للقصر ضمن قواعد القانون الخاص حيث أقرت القوانين المتفرعة عنه بأهلية استثنائية للقاصر المميز فخول له القانون المدني إبرام التصرفات المالية وجعلها قابلة للإبطال لمصلحته، كما يمكن ترشيد القاصر الذي بلغ 18 سنة لمزاولة الأعمال التجارية وفق شروط محددة قانونا، ويجوز أيضا تزويج القاصر الذي لم تكتمل أهليته متى توافرت المصلحة والضرورة وكذا قدرة العاقدين على الزواج دون تحديد سن دنيا لا يمكن النزول عنها، كما حدد المشرع سن التوظيف بست عشرة سنة وفق ضوابط محددة قانونا.

وأما بخصوص حماية القاصر ضمن قواعد القانون العام فإنه يختلف وضعه حاليا عما كان عليه من قبل حيث يفرض الدستور تكريس حماية فائقة للقاصر وهو ما تم فعلا بصدور التعديل الدستوري لعام 2016، وذلك من خلال المادة 72 منه والتي تقضي بأن الأسرة تحظى بحماية كل من الدولة والمجتمع، كما تحمي هي بدورها وكذا المجتمع والدولة الحقوق المتعلقة بالطفل، إضافة إلى أنه يقع على عاتق الدولة كفالةُ الأطفال الذين تم التخلي عنهم أو الأطفالِ مجهولي النسب. كما أقر المشرع الحماية الجنائية للحدث ضمن قانون العقوبات خاصة في التعديل رقم 14-01، وكذا من الناحية الإجرائية بموجب القانون 15-12 المتضمن حماية الطفل، وكان أهم مستجد هو أن الطفل لا يكون محلا للمتابعة الجزائية إذا لم يكمل 10 سنوات.

السؤال الذي يمكن طرحه هو كالتالي: هل أن هذه الأحكام السابقة يمكن إعمالها في المجال الصحي؟ كنظرية البطلان مثلا بخصوص التصرفات الضارة بالقاصر التي من شأنها أن توفر للقاصر حماية لائقة وذلك بأن يعاد الوضع إلى ما كان عليه قبل التعاقد، غير أنه لا يمكن تطبيق أحكام هذه النظرية في المسائل الطبية من الناحية

العملية ذلك أنه يستحيل تدارك الوضع وإرجاع الحال إلى ما كان عليه لأن الأمر يتعلق ببدن الإنسان، فما هي الحلول التي جاء بها المشرع في هذا الخصوص سواء في قوانين الصحة المتعاقبة لا سيما القانون 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 المتعلق بالصحة؟ وهو ما سنتعرف عليه من خلال مضمون الفصل الثاني من هذه المذكرة.

﴿الفصل الثاني﴾

الحماية القانونية المقررة للقاصر

في المجال الصحي

تعرفنا في الفصل الأول على مفهوم القاصر ومن في حكمه وكذا حكم التصرفات الصادرة عن هؤلاء ومدى تغطية القانون لضعفهم، نأتي في هذا الفصل لنعالج موضوع الحماية المقررة للقاصر في المجال الصحي، لنبدأ هذه الدراسة بوضع القاصر قبل صدور قانون حماية الصحة وترقيتها لسنة 1985، فنحلل الأحكام التي تضمنها قانون الصحة العمومية الصادر في سنة 1976 وكذا القوانين التي لحقته بشأن الرعاية الصحية للطفل.

ومن المهم أن نشير إلى العناية الفائقة التي أولتها الشريعة الإسلامية لتجسيد حقوق الطفل ورعايته حتى ينشأ فردا صالحا لبناء المجتمع كالحق في الحياة وتقرير المساواة والعدل بين البشر وكذا مبدأ التكافل الإجتماعي والحق في الحرية دون إفراط أو تفريط وكل هذا في زمن السلم أو الحرب، فمسألة حقوق الطفل لم تكن وليدة الصدفة وإنما هي نتاج جهود ضنينة عبر مراحل من الزمن انبثقت عن إعلانات وجملة من القرارات أقرتها المنظمات الدولية.

وغني عن البيان أن التشريع الصحي الجزائري قد تأثر بالتشريعات الدولية ويتجلى ذلك في قانون حماية الصحة وترقيتها ومدونة أخلاقيات الطب وكذا من خلال قانون الصحة الجديد وما تضمنته القوانين الخاصة، ونظرا لما يكتسيه رضا المريض من أهمية بالغة في المجال الصحي وخاصة إذا تعلق الأمر بقاصر فإنه من الأهمية بما كان أن نبحث في أحكامه سواء في الشريعة الإسلامية أو ضمن التشريعات الوضعية المقارنة وبيان الأحكام المرتبطة برضاء القاصر أثناء التدخلات الطبية سواء العلاجية أو الجراحية وجملة الشروط التي يتعين توافرها حتى يتسنى للمرضى التعبير عن إرادتهم وضرورة احترامها من قبل ممثليهم الشرعيين وكذا الأطباء.

ويظهر توجه المشرع الجزائري من خلال أحكام قانون الصحة الجديد في مواكبته للتشريعات الدولية بشأن حقوق الطفل، لا سيما تلك التي صادقت عليها الجزائر وأهمها الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته وكذا اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، خاصة ما تعلق منها بالرعاية الصحية للقاصر وتقرير جزاءات تردع كل من يخالف هذا الإلتزام، لهذا الغرض سارعت الجزائر إلى تحديث قوانينها توازيا مع التطورات المذهلة للعلوم الطبية.

ولمعالجة موضوع حماية القاصر المريض صحيا نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول وضع القاصر قبل صدور قانون حماية الصحة وترقيتها ثم نتطرق في المبحث الثاني إلى التطور التشريعي لحق القاصر في الرعاية الصحية.

المبحث الأول : المركز القانوني للقاصر قبل صدور القانون 85-05

لقد ورد النص على القاصر في المجال الصحي ضمن جملة من القوانين قبل صدور القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، فكان الأمر 76-79 [1] الصادر بتاريخ 23 أكتوبر 1976 المتضمن قانون الصحة العمومية وهو أول قانون خاص بالصحة بعد الإستقلال لتليه مجموعة من المراسيم، وقد تناول هذا القانون القاصر ضمن أحكامه، إلا أن المشرع قد كان إيجابيا في مسائل معينة في حين كان سلبيا أيضا في مسائل أخرى، ولعل السبب في إصلاح هذه السلبيات هو كون المجتمع الجزائري ملتزم بأحكام الشريعة الإسلامية من جهة، ومن جهة أخرى ضرورة مسايرة التشريعات الدولية التي تعمل على ترقية الطفل وكفالة حقه في الرعاية الصحية.

وبناء على ما سبق نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث نتناول في المطلب الأول وضع القاصر في المجال الصحي بموجب قانون الصحة العمومية لسنة 1976 والقوانين الخاصة، ثم نتطرق في المطلب الثاني إلى دور الفقه الإسلامي وكذا التشريعات الدولية في ترقية حقوق الطفل في المجال الصحي.

المطلب الأول : وضع القاصر صحيا في التشريعات الداخلية قبل صدور القانون 85-05

تناول قانون الصحة العمومية وضع القاصر ضمن أحكامه، فقرر حماية الطفل عن طريق التدخلات الطبية سواء في مرحلة الحمل أو وقت الميلاد أو بعده، وقد تميزت هذه الحماية الصحية بازدواجيتها وهذا بالنظر إلى دور المؤسسات الصحية في حماية الطفل من جهة، وحماية أمه من جهة أخرى، كما نلمس ازدواجية الرعاية أيضا بالنظر إلى كونها طبية وفي نفس الوقت تكتسي طابعا اجتماعيا.

و قد يكون القاصر في وضع عادي كما قد يكون مصابا بإعاقة فيتم العناية به في مراكز أحدثها المشرع لهذه الغاية –نتطرق لأحكامها في موضع لاحق–، وذلك من أجل إعادة إدماجهم في المجتمع، ويوجد أيضا أطفال محرومون من العائلة وعليه يتقرر لهم الإسعاف العمومي في مصلحة أنشأت لهذا الغرض، وسوف نفصل في هذه المسائل حسب ما قرره قانون الصحة العمومية من أحكام في هذا القبيل.

الفرع الأول: الحماية المقررة للقاصر طبيا واجتماعيا بمقتضى قانون الصحة العمومية

تتقرر العناية الطبية للقاصر قبل الميلاد وأثناءه وبعده، فيقع على عاتق الدولة توفير أحسن الظروف الطبية والإجتماعية حتى ينمو الطفل بصورة طبيعية، وقرر المشرع آنذاك أحكاما خاصة لحالات الإستعجال المرتبطة بعلاج القاصر تتجاوز موافقة الوالدين على التدخل الطبي ومن ثم استئثار الطبيب المعالج باتخاذ القرار المناسب إزاء

[1] ج.ر. بتاريخ 27 ذو الحجة عام 1396 هـ.

وضعية القاصر، كما عني قانون الصحة العمومية بتنظيم أحكام ترمي إلى حماية القاصر في الوسط التربوي وكذلك الشأن في مجال الرياضة البدنية، كما تقررت له الحماية في أماكن العمل، وسنتطرق إلى كل هذا في نقطتين.

أولا: التدابير الطبية المقررة للطفل ودور الطبيب في حالة الإستعجال

إن حماية الطفل في جميع مراحل حياته تستدعي حماية الأم بالدرجة الأولى باعتبارها القائمة على شؤونه بل تتقرر لها هذه الحماية حتى قبل ميلاد الطفل، وإذا توافرت حالة الإستعجال أثناء التدخل الطبي فإن المشرع قد خول للطبيب صلاحيات واسعة تمكنه من أداء دوره دون حاجة إلى موافقة الوالدين أو الممثل الشرعي للقاصر.

1- حماية الأمومة والطفولة ودور المؤسسات الصحية في تفعيلها

لقد سعت الدولة جاهدة لحماية الأمومة والطفولة فعالجت هذا الموضوع في المواد 114 وما يليها من ق.ص.ع.، وعرف هذا الأخير حماية الأمومة والطفولة بأنها مجموع التدابير الطبية والإجتماعية والإدارية التي تهدف إلى حماية صحة الأم بتأمين أحسن الشروط الطبية والإجتماعية قبل الحمل أو بعده، كما ترمي هذه التدابير إلى المحافظة على التوازن الإجتماعي والنفساني للعائلة وترقية الصحة، إضافة إلى تحقيق أفضل الشروط الصحية والتنمية البدنية والعقلية للطفل منذ ولادته إلى غاية بلوغه السادسة من عمره. كما يقع على عاتق مصالح الصحة العمومية مراقبة الحمل وكذا تقديم العلاج قبل وأثناء وبعد الولادة، وقد أنشأت مصالح طب الأطفال ومراكز حماية الأمومة والطفولة لتتكفل بالأطفال إلى غاية بلوغهم سن السادسة[1].

وقد سعت الدولة آنذاك لرسم سياسة وطنية مضمونها تنظيم فترات الحمل باستعمال موانع الحمل وذلك للحفاظ على صحة الأم وحياتها وبالتبعية صحة الولد، مما يحدث توازنا في العائلة، وقد أسهم الوزير المكلف بالصحة في تحقيق هذا المبتغى عن طريق توفير الوسائل المناسبة ومنح الترخيص لوضعها تحت تصرف أصحاب الشأن، كما جعل المشرع مسألة تباعد الولادات وتنظيمها خاضعة لإرادة الزوجين على أنه يحظر استعمال وسائل غير قانونية لبلوغ هذه الغاية، وكل ذلك للحفاظ على كيان الأسرة وحتى يعيش الطفل ضمن أحسن الظروف.

2- تجاوز الطبيب لإرادة القاصر وممثله القانوني في الحالات المستعجلة

قررت المادة 410 من ق.ص.ع. حكما خاصا يتعلق بمهنة الطبيب، وذلك حين يدعى إلى علاج قاصر على وجه الإستعجال وكانت حياة المريض مهددة بالموت أو تلف عضو من جسمه أو أن حالته النفسية تشكل

[1] ولمن أراد إنشاء حضانة أو روضة للأطفال أو غيرها من المنشآت لتأمين الحماية للأطفال عليه أن يستصدر رخصة عن مدير الصحة للولاية، كما يتعين أن تتوافر تدابير الوقاية الصحية والأمن على مستوى هذه المؤسسات والتي يتم تحديدها من قبل الوزير المكلف بالصحة العمومية، على أن يتولى مدير الصحة للولاية مراقبة المؤسسات.

عائقا إلى غير ذلك من الحالات، ففي هذه الحالة يسعى الطبيب بكل الوسائل الممكنة إلى إبلاغ والدي القاصر، وإذا لم يتمكن من الحصول على موافقة ممثله الشرعي في الوقت المناسب فهنا يجب عليه أن يستخدم كل معارفه وكذا الوسائل التي تقع تحت تصرفه لدرء الخطر الوشيك دون حاجة إلى موافقة والديه[1]، ولا تترتب أي مسؤولية عليه مادام أنه قد بذل العناية اللازمة لإخطارهما[2].

ولا يمكن للطبيب التوقف عن العلاج إلا إذا تم إجلاء الخطر أو في حالة توجيه المريض القاصر إلى طبيب آخر لإتمام العلاج، فيقع على عاتق الطبيب أن يبذل ما في وسعه لإنقاذ القاصر في الحالات المستعجلة وإبعاد الخطر عنه ما أمكن، ويتبن من خلال ما سبق أن حالة الإستعجال تستدعي الحرص الشديد من الطبيب سواء في مسألة إخطار الوالدين أو علاج القاصر حتى لا تترتب مسؤوليته.

وأما من حيث تكييف طبيعة العلاقة التي تربط الطبيب بالقاصر فلا يمكن أن تكون عقدا ذلك أن الطبيب لم يربطه بالقاصر علاقة تعاقدية فضلا على أنه لم يلتق بالوالدين، ومن ثم يمكن ترجيح العلاقة بأنها من قبيل الفضالة ولا ترقى إلى درجة التعاقد رغم أنه تم تدخل الطبيب عن طريق الجمهور، هذا الأخير الذي لا يمكن اعتباره وليا للقاصر بأي حال من الأحوال[3].

ثانيا: الحماية المقررة للقصر في مجالات خاصة

لقد جاءت نصوص قانون الصحة العمومية بأحكام متعددة كان يتعين تنظيمها ضمن قوانين خاصة بها كتلك المعنية بالوسط المدرسي أو بوضع القاصر في إطار العمل أو في مجال التربية البدنية، وهذا ما جعل تلك الأحكام لا ترقى إلى تقرير الحماية المتطلبة للقصر في بعض المجالات نظرا لعدم الإستفادة من التشريعات الدولية آنذاك والإقتصار على التشريع الفرنسي، ونتناول بإيجاز هذه الأحكام في النقاط التالية.

1- حماية صحة القاصر في الوسط التربوي

لقد وضع المشرع فصلا مستقلا في قانون الصحة العمومية بخصوص الصحة المدرسية والجامعية والذي كان يرمي من خلاله إلى ترقية صحة التلاميذ(القصر) والطلاب في الوسط المدرسي والجامعي، وما يهمنا هو

---

[1] وهذا يوافق القاعدة الشرعية التي مفادها "الضرورات تبيح المحظورات" أو قوله عليه الصلاة والسلام"لا ضرر ولا ضرار" –رواه بن ماجة–، فحالات الإستعجال كلها تنبيء بالضرر الذي يتعين درؤه بكل الوسائل.

[2] أسامة عبد العليم الشيخ: الإذن في العمليات الجراحية المستعجلة وغير المستعجلة في ضوء الفقه الإسلامي والنظم الوضعية، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، الإسكندرية، مصر، 2013، ص90-91.

[3] بوخرس بلعيد: خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، نوقشت بتاريخ 2011/10/05.

صحة التلميذ في المدرسة باعتباره قاصرا عن إدراك المخاطر التي تحوم حوله، فيتم مراقبة حالته الصحية وبالتبعية أيضا مراقبة صحة المدرسين والأعوان اعتبارا للعلاقة التي تربطهم بالتلاميذ، وبالموازاة يتعين مراقبة مدى ملاءمة الأماكن من الناحية الصحية لمؤسسات التعليم وملحقاتها، وتبعا لهذا يجب اتخاذ التدابير المناسبة لمكافحة الأمراض السارية، كما يتعين القيام بنشاطات التربية الصحية التي يتولاها موظفو القطاعات الصحية والمدرسية.

وباعتبار أمراض الفم والأسنان مدرجة ضمن الآفات الإجتماعية فقد عني المشرع بسن أحكام بشأنها وذلك في المواد 231 وما يليها من ق.ص.ع.، ويجري البحث عن هذه الأمراض والوقاية منها على القصر بمقتضى المادة 233 من هذا القانون، فيتعين الإلتزام بالوقاية منها قبل السن المقررة للدراسة وأثناءها، ويتحقق ذلك في مراكز الأمومة والطفولة[1] وفق شروط وتدابير يقررها الوزير المكلف بالصحة العمومية[2].

2- عناية الطب الرياضي بفئة القصر

نصت المادة 140 وما يليها من ق.ص.ع. على الطب الرياضي حيث أوجبت أن تمارس التربية البدنية بصفة منتظمة وأكثر إتزانا تتكيف مع سن الأشخاص مع مراعاة التعليمات الطبية وبعيدا عن العنف، مع وجوب الخضوع لفحص الأهلية البدنية المسبقة لكل مشارك في مباريات رياضية ذات طابع مكثف، كما يستوجب القيام بمراقبة طبية منتظمة في هذا الخصوص، وتفرض المادة 142 من ذات القانون إلتزاما بممارسة التربية البدنية في جميع مؤسسات التعليم والتكوين بهدف النمو الجيد للطفل اعتمادا على هذه الممارسة، وبخصوص تجسيد هذه الأحكام على أرض الواقع يقع على عاتق وزير الصحة بالإشتراك مع الوزير المكلف بالشبيبة والرياضة إقرار الكيفيات الخاصة بهذه الأحكام.

3- الحماية المقررة لصحة القاصر في مجال العمل

لم يستثن المشرع في قانون الصحة العمومية فئة القصر من ضمن العمال الذين يخضعون إلزاميا لفحص طبي، فقرر هذا الفحص مرة واحدة في السنة، أما من هم دون سن الثامنة عشرة فيجرى الفحص الطبي عليهم كل ستة أشهر، وهذا فيه دليل على أن المشرع كان حريصا على القصر خاصة إذا تعلق الأمر بالأشغال الخطرة حسب نص المادة 2/129 من ق.ص.ع.، كما شدد المشرع العناية بالحوامل وأمهات الولد دون السنتين والمشوهين والعجزة ليقرر في شأنهم فحوصا بصورة متواترة.

---

[1] تجدر الإشارة إلى أنه تم إنشاء مجلس وطني لحماية الأمومة والطفولة بموجب القانون 81-339 الصادر بتاريخ 1981/12/12، ج.ر. بتاريخ 18 صفر عام 1402 هـ.

[2] وتأمين هذه الأمراض إلزامي طبقا للأمر 73-65 الصادر بتاريخ 1973/12/28 المتعلق بتأسيس الطب المجاني في القطاعات الصحية.

ثالثا: الحماية المقررة للقصر الموجودين في وضع خاص

قد يصاب القاصر بمرض عقلي يؤثر على حالته الصحية وخاصة من الناحية النفسية، ولهذا الوضع الحرج الذي يمر به قامت الدولة بإحداث وحدات استشفائية أو غير استشفائية في جميع الأمكنة على مستوى الولاية لحماية القصر من الأمراض، وذلك بالكشف عنها ومعالجتها، كما أحدث المشرع بمقتضى القانون رقم 76-79 المتعلق بقانون الصحة العمومية مصلحة الإسعاف العمومي ونظم أحكاما خاصة للقصر الذين تتولى شؤونهم هذه المصلحة، كما خصص أيضا أحكاما للأولاد المعوقين وذلك بغرض إعادة إدماجهم في المجتمع، وسوف نفصل في أحكام كل هؤلاء حسب ما ورد في قانون الصحة العمومية لسنة 1976.

1- التدابير العلاجية المقررة للقصر على مستوى مؤسسات الأمراض العقلية

لقد أحدث المشرع وحدات خاصة بالأمراض العقلية لفائدة الأشخاص القصر المصابين باضطرابات عقلية، وذلك بغية الكشف عن الأمراض والوقاية منها، كما أنه منع وضع القصر تحت المراقبة التلقائية أو الترتيب الإختياري أو الإستشفاء التلقائي، وهي الأحكام التي نتطرق إليها في عنصرين.

أ- إحداث المشرع لوحدات خاصة بالقصر المصابين بأمراض عقلية

خصص المشرع في مجال الإسعاف والمعالجة والحماية من الأمراض العقلية أحكام المادة 148 من ق.ص.ع. لفائدة القصر، حيث قضت هذه المادة بأنه يتعين إحداث وحدات استشفائية أو غير استشفائية في جميع الأمكنة المتواجدة في الولاية، يكون الهدف منها الوقاية من الأمراض وكذا الكشف عنها ومعالجتها إضافة إلى التكفل بالأولاد المراهقين ذكورا كانوا أو إناثا الذين لم يبلغوا سن السادسة عشرة من عمرهم، وقد أصابهم اضطراب أو خلل عقلي نجم عنه إما المرض الوحيد أو المرض الرئيسي[1].

كما يتعين فرض الحراسة على المرضى لئلا يلحقوا ضررا بالغير وإلا انعقدت مسؤولية المستشفى على أساس الخطأ المرفقي، وقد قضى مجلس الدولة[2] بمسؤولية المستشفى الأمراض العقلية وذلك إثر وفاة مريض بعد تلقيه لضربات من شخص مصاب بمرض عقلي موجود بنفس المستشفى لانعدام الحراسة مما رتب خطأ مرفقيا وثبت وجود علاقة مباشرة بين سوء تسيير المرفق ونتيجة الوفاة، وتقضي القاعدة العامة بأن التزام المستشفى بشفاء المريض هو التزام ببذل عناية، غير أن الإلتزام بالسلامة البدنية هو التزام بتحقيق نتيجة[3].

---

[1] وتتبع هذه الوحدات إلزاميا فيما يخص السير التقني الطبي لمستشفى الأمراض العقلية للولاية.

[2] قرار بتاريخ 2002/07/15 مقتبس من مؤلف لـ: عبد القادر خضير: قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، ج1، دار هومة بوزريعة، الجزائر، 2014، ص 78. قرار صادر عن الغرفة الثالثة، ع2، س2002، م.م.د، ص 183 وما يليها. قضية مستشفى الأمراض العقلية بتيزي وزو ضد "أرملة مولاي".

[3] طاهري حسين: الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دار هومة، 2008، ص44.

ب- حظر بعض التدابير العلاجية على القصر في مؤسسات الأمراض العقلية

تجدر الإشارة إلى أن الأولاد المراهقين غير المنحرفين الذين تقل سنهم عن السادسة عشر عاما لا يمكن وضعهم تحت المراقبة التلقائية أو الترتيب الإختياري أو الإستشفاء التلقائي وهو الحكم الذي نصت عليه المادة 204 من ق.ص.ع.، وقد نصت المادة 167 من نفس القانون على المراقبة التلقائية التي يجوز للسلطة العمومية إذا ارتأت ثبوتها أن تأمر بها لا سيما في حالة خطر وشيك الوقوع، والمحتمل حصوله بفعل المرض، وكان ثمة إمكانية لتدارك هذا الخطر[1].

أما عن مسألة الترتيب الإختياري فهو على سبيل الجواز وقد نصت عليه المواد 180 وما بعدها من ق.ص.ع.، حيث يكون بعد نهاية مدة الوضع تحت المراقبة أو أثناءها بناء على اقتراح من طبيب الأمراض العقلية للمؤسسة، ويتعين هنا موافقة عائلة المريض أو الممثل القانوني له عن طريق تقديم طلب وتدوينه في سجل القانون حتى يتسنى التغيير من الوضع تحت المراقبة إلى الترتيب الإختياري، حيث تودع نسخة من هذا الطلب من قبل طبيب الأمراض العقلية للمؤسسة لدى مديرية المؤسسة.

وفيما يتعلق بالإستشفاء التلقائي الذي قد يتلقاه القاصر نصت على أحكامه المادة 187 وما يليها من ق.ص.ع.، وذلك بإمكانية تحويل التدبير الخاص بالترتيب الإختياري إلى الإستشفاء التلقائي، كما يجوز لطبيب الأمراض العقلية أن يقدم طلبا يبتغي فيه الإستشفاء التلقائي لفائدة المريض سواء أثناء الوضع تحت المراقبة أو في نهايته، يبت الوالي في تدبير الإستشفاء التلقائي بموجب قرار حتى يتفادى الخطر على حياة المريض أو الإخلال بالنظام العام أو سلامة الأشخاص إذا كان خروجه من شأنه أن يسبب هذا الخطر.

2- تدابير الحماية المقررة للطفولة المحرومة من العائلة

نظرا لما تعاني منه الطفولة المحرومة من نقص سواء من الناحية النفسية أو المادية، كان لزاما على الدولة أن توفر لهم الحماية الضرورية، وهي حماية من نوع خاص أقرها المشرع للأشخاص الموجودين في المستشفى سواء أثناء الوضع أو بعده، كما أحدث مصلحة الإسعاف العمومي لإيوائهم ورعايتهم، ولم يغفل المشرع عن تقديم مِنَح على سبيل المساعدة للمحرومين من العائلة وتقرير تدابير لفائدتهم سواء عن طريق كفالة الدولة بهم أو إسناد هذه الكفالة لعائلاتهم أو عائلات أخرى وفق شروط حددها المشرع في قانون الصحة العمومية.

[1] ويختص باتخاذ القرار بالوضع تحت المراقبة تلقائيا النائب العام لدى المجلس القضائي أو الوالي، ويتعين أن يكون مقرر الوضع مرفقا بشهادة طبية تثبت الخلل العقلي وكذا شهادة إثبات صادرة عن مساعدة اجتماعية وفي حال عدم الإمكان فمن عون شبه طبي اختصاصي محلف.

1- حماية الأمهات العوازب وأبناء الإسعاف العمومي

وما يمكن الإشارة إليه بخصوص عيوب هذا القانون هو إصدار أحكام سلبية لا هي من أعرافنا ولا يوجد لها مثيل في أحكام الشريعة الإسلامية ولا تقر بها حتى الأحكام الدولية لا سيما نص المادة 245 من ق.ص.ع. التي قررت حكما غاية في الغرابة[1] بخصوص نزيلة المستشفى أو كما ورد بالعنوان الأم العازبة، حتى أن هذه التسميات تبدو في غير محلها[2]، قضت المادة سالفة الذكر بأنه إذا أرادت نزيلة المستشفى أن تطلب الإستفادة من سرية قبولها في المستشفى وذلك من أجل حفظ السر المتعلق بالحمل أو الولادة، وجب تلبية طلبها،كما قرر المشرع ضمانات لحماية نزيلة المشتشفى وهي عدم المطالبة بأي وثيقة تعريف ولا إجراء أي تحقيق، على أن لا يبقى محلا للسر إذا أدرج اسما الأب والأم الشرعيين للطفل المولود في مؤسسة استشفائية ضمن شهادة الميلاد.

أحدث القانون 76-79 المتعلق بقانون الصحة العمومية مصلحة الإسعاف العمومي بموجب المادة 246 منه التي تقرر بأنه يوضع القصر من كلا الجنسين تحت حماية ووصاية هذه المصلحة والتي سماها أيتام الدولة، وذلك لفائدة الولد المولود من أب وأم مجهولين ووجد في مكان ما أو حمل إلى مؤسسة وديعة، وقد أفصح المشرع عن المصطلح الشرعي لهذه الفئة وهو اللقيط[3].

وبناء على ما سبق يتعين إطلاق الأسماء على مسمياتها كما هو عليه الشأن في الفقه الإسلامي ولا حرج في هذا ذلك أن الشريعة الإسلامية لا تجحف بحق الأفراد بل تقرر الأحكام لمصلحتهم، وقد طرح سؤال على اللجنة العلمية للبحوث الدائمة والإفتاء[4] ومضمونه:هل أن الحديث "كل لحم نبت من حرام فالنار أولى به" ينطبق على الطفل اللقيط؟ فكانت الإجابة على النحو التالي: الحديث المذكور عام في أكل الحرام، وهو من أحاديث الوعيد ولا يشمل اللقيط بحال لأنه لا ذنب له ولا يؤخذ بذنب غيره لقوله تعالى:" وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى "[5].

كما يوضع تحت حماية ووصاية هذه المصلحة الولد المولود من أب وأم معلومين ومتروك منهما وقد تعذر الرجوع إليهما أو إلى أصولهما، وسماه المشرع الولد المتروك، ونفس الحكم مقرر للولد الذي لا أب له ولا أم ولا

---

[1] بعد إلغاء هذا القانون لم ينص المشرع على هذا الحكم لا في قانون حماية الصحة وترقيتها لعام 1985 ولا في قانون الصحة الجديد لعام 2018.

[2] ذلك أن المولى تبارك وتعالى يقول في محكم تنزيله:" الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ"سورة النور: الآية رقم 2.

[3] وقد ذكر المشرع هذا المصطلح في صيغة الجمع (اللقطاء) في المادة 4/64 من قانون الحالة المدنية رقم 70-20 الصادر بتاريخ 1970/02/19، وهذا عين الصواب ذلك أن تسمية اللقيط لا تقدح في شخصه، فنقول لقيط بالنسبة للإنسان، ولُقَطة بالنسبة للشيء، وهي مصطلحات أوردها فقهاء الشريعة ضمن مؤلفاتهم، ولو كان فيها تحرج لأوجدوا بديلا لها.

[4] أحمد بن عبد الرزاق الدويش: فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، ج 16، دار المؤيد، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط 5، 2003، فتوى برقم 6931، ص 8-9،.

[5] سورة الأنعام: الآية رقم 164.

أصول يمكن الرجوع إليهم وليس له أي وسيلة للمعيشة، وينطبق الحكم ذاته أيضا على الولد الذي سقطت عنه سلطته الأبوية بموجب تدبير قضائي وعهد بالوصاية عليه إلى الإسعاف العمومي للطفولة.

2- مساعدة الدولة للأطفال المحرومين من العائلة

أوردت المادة 147 من ق.ص.ع. حلا لمشكل ترك الولد المنصوص عليه في المادة السابقة، وذلك بأن تُمَنَح له معونة نقدية يحدد قيمتها الدنيا الوالي بناء على اقتراح من مدير الصحة وعند الإقتضاء معونة عينية من قبل مندوبة القبول المكلفة بمكتب ترك الأطفال، خاصة إذا توافرت حالة الخطر الذي يوشك وقوعه والناجم عن الترك، وقد أحدثت في هذا الخصوص وكالة حسابية لدى العون المحاسب على مستوى مديرية الصحة للولاية.

كما يمكن على سبيل الإستثناء دفع منحة إلى القصر بصفة مستمرة الذين يزاولون دروسهم أو المتمهنين، على أن تسلم هذه المنحة إلى الأم، وفي حال عدم وجودها فتسلم إلى الأصول أو يتم تحويلها إلى المؤسسة القائمة في حق الطفل، وهذا بناء على طلب الأم أو الممثل القانوني للطفل، على أنه يجري تخفيض هذه المنحة أو توقيفها أو حتى إلغاؤها إذا انتهى افتفار القائم بالولد ولم يعد بد لهؤلاء من استعمالها لقضاء مآرب الولد، وإذا حصل هذا تعهد وقاية الطفل إلى مصالح الإسعاف العمومي للطفولة.

ولقبول الأولاد في مصلحة الإسعاف العمومي للطفولة لابد من مقرر يصدره الوالي بعد اقتراح مدير الصحة للولاية، ويمكن في هذا الخصوص أن يقدم الولد بصفة سرية لقبوله كيتيم الدولة، وتحرر مندوبة القبول تقريرا خاصا بالترك وتعلم الشخص الذي قدم الولد بمجموعة من التدابير التي اتخذتها الدولة في هذا القبيل ومن ضمنها فقدان حقوق الولاية واحتمال تقديم كفالة الولد لعائلة أخرى، كما يحتمل إرجاع الولد فيما بعد لعائلته لكن وفق شروط تحددها الدولة لاحقا، وقد منح المشرع أجل ستة أشهر لتدارك الموقف من قبل الأم، على أنه إذا ظهر أن سن الولد تقل عن عام واحد وكان الشخص الذي قدمه يرفض الإدلاء بأي معلومة تخص الولد يثبت هذا الرفض في محضر ولا مجال لإجراء أي تحقيق إداري، وأما إذا تجاوز هذه السن وجب على مندوبة القبول أن تقبل الولد بصفة مؤقتة وإحالة المعلومات مع الإدلاء برأيها إلى مدير الصحة.

أما بشان ما أسماه المشرع بأيتام الدولة فإن الوالي هو الذي يمارس الوصاية على هذه الفئة، إذ يمكنه انتداب مدير الصحة في الولاية للقيام بهذه المهمة، ويساعد الوصي مجلس العائلة[1]. وما يلاحظ أن

[1] يضم خمسة أعضاء معينين من قبل الوالي بعد اقتراح من مدير الصحة، ويكون هذا التعيين لمدة أربع سنوات قابلة للتجديد، كما يتعين أن يضم مجلس العائلة عضوا واحدا على الأقل من النساء، ويجب أن يحضر الوصي أو مندوبه الجلسات المخصصة لمجلس العائلة.

الإختصاصات[1] التي أحال إليها المشرع في قانون الأسرة غير منصوص عليها ضمن مواده ونفس الشأن بالنسبة لتشكيلة هذا المجلس، ومع الفرض بالنص عليها فإن الأمر يختلف ذلك أن تشكيلة مجلس العائلة في قانون الصحة ذات طابع إداري حيث يرأسها الوصي(الوالي) أو مندوبه في حين أن مجلس العائلة في قانون الأسرة في الواقع يرأسها قاضي شؤون الأسرة وبالتالي فهي تكتسي طابعا قضائيا، لذا كان الأجدر النص على هذه الإختصاصات في قانون الصحة العمومية دون اعتماد الإحالة.

وجدير بالذكر أن الأموال الخاصة بالأيتام يتم إيداعها في صندوق التوفير والإحتياط، على أنه يجوز للوصي أن يقوم بسحبها كلها أو جزء منها لفئدة اليتيم، ويتم تسيير نقود الأيتام من قبل أمين الخزينة على مستوى الولاية، فتحصل الأموال المملوكة للأيتام إلى غاية 18 سنة لفائدة الولاية كتعويض عن مصاريف المعيشة، ويجوز للوالي بعد أخذ رأي مجلس العائلة أن يقرر تخفيضا يراه مناسبا قبل تقديم الحساب.

وقد وردت الآيات بشأن اليتامى في عدة مواضع من القرآن الكريم[2] وكذا ضمن أحاديث النبي صلى الله عليه وسلم[3]، وهذا فيه دليل على عناية الشريعة الإسلامية بهذه الشريحة الضعيفة وحرصها على تدبير شؤونهم، وتنتهي صفة اليُتْم حتما ببلوغ القاصر لقوله عليه الصلاة والسلام:"لا يتم بعد احتلام"[4].

وبإمكان الوصي حسب المادة 255 من ق.ص.ع. إرجاع الولد إذا قدم أبواه طلبا في هذا المضمون، وهذا بعد أخذ رأي مجلس العائلة مع مراعاة مصلحة الولد، على أن تكون هناك فترة تجريبية تقدر بسنة واحدة تخضع لقابة الوصي حتى تتقرر الإعادة النهائية للولد أي بعد انقضاء هذه المدة، ويستثنى من هذا الحكم الأبوان الذان حكم بسقوط ولايتهما على الأولاد بسبب سوء المعاملة أو الذان هجرا أولادهم معنويا، ويرد استثناء على هذا الإستثناء وهو إمكانية إرجاع الأولاد رغم ذلك إذا صدر أمر قضائي يقرر زوال سقوط الحق في الولاية.

---

[1] تنص المادة 252 من ق.ص.ع. على أن اختصاصات مجلس العائلة هي الاختصاصات ذاتها المبينة في التشريع المتعلق بالأسرة ويضاف إليها فضلا عن هذا الحق في منح أو رفض الموافقة على الزواج والكفالة.

[2] ورد مصطلح اليتيم بصيغة المفرد في ثمانية مواضع من القرآن الكريم منها قوله تعالى:" وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ" الآية 152 من سورة الأنعام، وقال أيضا:" فَأَمَّا الْيَتِيمَ فَلَا تَقْهَرْ" الآية 9 من سورة الضحى، وأما في صيغة المثنى فقد وردت مرة واحدة في القرآن الكريم وذلك في قول المولى تبارك وتعالى:" وَأَمَّا الْجِدَارُ فَكَانَ لِغُلَامَيْنِ يَتِيمَيْنِ فِي الْمَدِينَةِ وَكَانَ تَحْتَهُ كَنْزٌ لَهُمَا " الآية 82 من سورة الكهف، وتكررت كلمة يتامى 14 مرة بصيغة الجمع في القران الكريم ومنها قوله جل وعلا:"وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ " الآية 220 من سورة البقرة، أيضا:" وَآتُوا الْيَتَامَى أَمْوَالَهُمْ "الآية رقم 1 من سورة النساء، ...

[3] من هذه الأحاديث قوله عليه الصلاة والسلام:"أنا وكافل اليتيم في الجنة كهاتين، وأشار بالسبابة والوسطى وفرق بينهما قليلا" رواه أحمد بن محمد بن حنبل، المسند، ج5، دار الحديث، القاهرة، مصر، 1994، ص 333، برقم 23208.- والحديث الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن رجلا شكا إلى النبي صلى الله عليه وسلم قسوة قلبه فقال:" امسح رأس يتيم وأطعم المسكين" رواه أحمد، مرجع سابق، ج9، ص80 برقم 8995...

[4] مالك بن أنس، الموطأ، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1979، ص 572.

وأورد المشرع حلا آخر بشأن الولد المسعف[1] وهوإجراء الكفالة، ويتم ذلك بأن تبحث مصلحة الإسعاف العمومي عن عائلة يمكن للطفل أن يعيش في كنفها ضمن شروط مماثلة لتلك المتوفرة لأي فرد منها، حتى ينشأ الطفل دون تحرج في هذا الوسط الجديد، ويمكن إثبات هذا الإلتزام بموجب عقد كفالة يحرر ضمن الأوضاع والأشكال المنصوص عليها في التشريع المتعلق بالأسرة.

وقد نظم المشرع تدبيرا مهما بخصوص هذه الفئة يتعلق الأمر بالترتيب والرقابة الإجتماعية من خلال المادتين 257 و258 من من ق.ص.ع.، حيث يتعين أن يعهد بالأولاد إلى عائلة[2] في حدود إمكانياتها سواء بواسطة الترتيب المجاني أو عن طريق الترتيب بأجر، وقد أحدثت دُور للأيتام تحت مراقبة مدير الصحة لهذا الغرض وتحت إشراف الوالي، وهذا حتى يتكيف الرضع الصغار على الرضاعة الإصطناعية بدار الأمومة أو إرضاهم عند الإقتضاء من حليب مرضع، ويتعين إجراء تحقيق مسبق في عين المكان قبل تدبير الترتيب ويقوم به موظف من مصلحة الإسعاف العمومي للطفولة أو المساعدة الإجتماعية.

إن تسيير الدولة للمصالح المالية للطفل لا يعني إعفاء والده أو والدته أو أصول اليتيم من الإلتزامات حيث ألزمت المادة 263 من ق.ص.ع. هؤلاء بالدين الغذائي تجاه الولد ولا يتم أداء المنح العائلية إلى الأهل بل إلى مصلحة الإسعاف العمومي، تتلقى الولاية التي يقع في دائرة اختصاصها منزل اليتيم المتوفى أمواله إذا لم يوجد له وارث. كما يجب على إخوة اليتيم الذين يعرفون بأنفسهم تلقي تركته إذا وافقوا على تسديد مصاريف إعاشته، وفي حالة ما إذا كان هو الوارث تعين حفظ ماله والإنفاق عليه مع مراعاة حسن التصرف حتى إذا بلغ سنا معينة تجعله محلا للإختبار فيدفع إليه المال على سبيل التدرج[3]. وقد يحدث أن لا يرث اليتيم شيئا فيتعين في هذه الحال على من يمثله قانونا أن ينفق عليه، فإن لم يوجد فتتولى الدولة وكذا المؤسسات الخيرية الإنفاق عليه والقيام بشؤونه وإلا كان عرضة للتشرد والضياع[4].

---

[1] أحدث المشرع للأطفال المسعفين دورا لإيوائهم بمقتضى المرسوم 80-83 الصادر بتاريخ 1980/03/12 المتضمن إحداث دور للأطفال المسعفين وتنظيمها وسيرها (ج.ر. بتاريخ أول جمادى الأولى عام 1400 م).

[2] دون اللجوء إلى عقد الكفالة.

[3] قال تعالى" وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا "،سورة النساء: الآية رقم 6. والخطاب هنا موجه إلى الأولياء وحال حاجتهم إلى المال وجب الأخذ بالمعروف أي بقدر أجرة عمله، ونزلت هذه الآية ردا على ما كان عليه الوضع في الجاهلية من عدم توريث الصغار والنساء. انظر أحمد الصاوي المالكي: مرجع سابق، ص 204. ينصرف مدلول هذه الأية الكريمة إلى الحفاظ على مال الصبي عند بلوغه حيث يختبر بالمال فإن أبصر منه صلاح في دينه وماله دفع إليه المال بدون تأخير. محمد علي الصابوني: صفوة التفاسير ج1، ، شركة الشهاب، البليدة، الجزائر، الجزء الاول، دون تاريخ النشر، ص258.

[4] العربي بختي: حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، د.م.ج.بن عكنون، الجزائر، 2013، ص 118.

3- تدابير الحماية المقررة للأولاد المعوقين بموجب قانون الصحة العمومية

من المعلوم أن القِصَر ضعف وإذا صاحبه إعاقة فنكون بصدد ضعف مزدوج، وهذا يستدعي حماية مضاعفة حيث نصت المادة 266 من ق.ص.ع. على أن الولد المصاب باختلال السلوك أو حالة العجز الحركي أو الحسي أو من أصيب بقصور عقلي يتقرر له الحق في إعادة التأهيل وكذا إعادة إدماجه اجتماعيا، ولهذا الغرض تم إعداد المراكز الطبية التربوية ومراكز التعليم التخصصية وكذا مؤسسات ذات طابع اجتماعي وثقافي تتمتع باستقلال مالي وشخصية مدنية يكمن دورها في إعادة تربية الأولاد ومعالجتهم طبيا ونفسيا.

كما أنه يتم قبول الأولاد الصم أو الصم البكم إضافة إلى محبوسي اللسان إذا بلغوا سن الدراسة في مؤسسة تقوم بتعليمهم التخصيصي لتؤمن لهم التكيف الوظيفي وكذا التكوين الدراسي والمهني الذي يتناسب ودرجة إعاقتهم، ويقع على عاتق مدير الصحة على مستوى الولاية أن يدمجهم في التعليم التقني والعالي أو في وحدات الإنتاج بالإشتراك مع الوزارات المعنية، كما تتولى الإدارة العمومية وكذا الهيئات العمومية وكل مؤسسة تحت الوصاية تخصيص مركز عمل لهذه الفئة.

الفرع الثاني: حق الطفل في الرعاية الصحية ضمن قوانين خاصة

تجسيدا لأحكام الأمر 76-79 المتعلق بقانون الصحة العمومية صدرت عدة مراسيم تنظيمية نقتصر على تلك التي تُعنَى بصحة القاصر على وجه الخصوص، منها ما هو ملغى ومنها ماهو ساري المفعول كالقانون الخاص بحماية القصر من الكحول وقمع السكر العمومي الذي لا يزال ساري المفعول، كما تم استحداث قوانين أخرى تعنى بإنشاء مراكز للقصر سواء المعوقين أو المسعفين، وفوق كل هذا تم إنشاء مجلس وطني استشاري لحماية الأمومة والطفولة، كل هذه القوانين ترمي إلى تقرير نوع من الحماية الصحية للقصر إلا أنه يطرح تساؤل بمدى فاعلية أحكامها لبلوغ هذه الغاية؟ وهل تحتاج إلى تعديل أو استحداث نصوص أخرى تعطي حماية أوفر؟ سوف نتعرف على هذا من خلال تحليل مضمونها ومن ثم مدى كفايتها لحماية القاصر من الناحية الصحية.

أولا: صدور قوانين لحماية القصر بوجه عام

سوف نعالج نصوص القوانين التي تتضمن حماية القصر سواء كانوا في وضع عادي أو الذين يعانون من الإعاقة أو الحرمان، لأن الأحكام في هذه القوانين جاءت عامة على القصر دون تحديد فئة منهم كالقانون الخاص بحماية القصر من المواد السامة وكذا القانون الخاص بحماية القصر من الكحول والقانون المتعلق بإحداث مجلس وطني استشاري لحماية الأمومة والطفولة.

1- حماية القصر من المواد السامة والمخدرات

صدر الأمر 75 -9 بتاريخ 1975/02/17 المتضمن قمع الإتجار والإستهلاك المحظورين للمواد السامة والمخدرات (الملغى)[1]، وحمل ضمن مقتضياته أحكاما تقرر حماية للقصر، حيث تنص المادة الرابعة من هذا القانون على أنه يعاقب بالحبس لمدة سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من 5000 إلى 50.000 د.ج كل من سهل استهلاك المواد أو النباتات المعتبرة سامة لقاصر يبلغ أقل من 21 سنة أو تم تسليمه هذه المواد أو النباتات، ويجوز علاوة على هذا الحكم عليه بالحرمان من الحقوق الوطنية لمدة 5 إلى 10 أعوام، وكذا عقوبة المنع من الإقامة لمدة سنتين على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر، ويتعين على المحاكم أن تأمر بسحب جواز السفر وحجز رخصة السياقة لمدة ثلاث سنوات على الأكثر.

ولما كانت قيمة الغرامات زهيدة ألغى المشرع أحكام القانون 75-9 بموجب قانون الصحة 85-05، هذا الأخير الذي استحدث المادة 190 المتعلقة بالمواد السامة والمخدرات وكذا 241 إلى259 من قانون حماية الصحة وترقيتها والتي تعنى بالأحكام الجزائية المترتبطة بالمواد السامة والمخدرات، غير أن هذه المواد أيضا تم إلغاؤها بمقتضى القانون رقم 04-18 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004[2]، وقد قضت المادة 13 من هذا القانون بأنه يعاقب بعشر سنوات سجنا وغرامة مقدرة بـ 500000 د.ج كل من سلم أو عرض المخدرات على القصر أمام مؤسسات التربية والتعليم والتكوين يعاقب بعشر سنوات سجنا وغرامة مقدرة بـ 500000 د.ج.وقد شدد المشرع العقوبة في هذا القانون بالمقارنة مع المواد الملغاة في قانون حماية الصحة وترقيتها سواء من حيث المدة المقررة لسلب حرية الشخص أو مقدار الغرامة لتحقيق الردع حال المخالفة.

2- قانون خاص بحماية القصر من الكحول

صدر الأمر رقم 75-26 بتاريخ 1975/04/29 المتضمن قمع السكر العمومي وحماية القصر من الكحول، جدير بالإشارة أن المادة الأولى وما يليها من هذا الأمر تحمل حكما يتعين تعديله بالنظر إلى الحكمة التي يبتغيها المشرع من سن هذا القانون وهي قمع السكر العمومي، إلا أن هذه المادة تنص على أنه كل من كان في حالة سكر سافر سواء في الشوارع أو المقاهي أو المحلات العمومية الأخرى فإنه يعاقب بغرامة تقدر بـ 40 دج إلى 80 دج، فهل من الممكن أن تحقق هذه الغرامة مع ضآلة قيمتها الردع خاصة وأن هذا القانون لا يزال ساري المفعول؟ ونفس النقد موجه إلى المادة الثانية من ذات القانون التي تنص على أنه إذا تكرر الأمر فيعاقب مرتكبه

[1] تم إلغاء هذا القانون بموجب القانون 85-05 المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها.

[2] ج.ر، ع 83، بتاريخ 2004/12/26.

بعقوبة السجن من خمسة أيام إلى عشرة أيام وبغرامة من 160 دج إلى 500 دج، وكذلك الشأن بالنسبة لمضمون المادة الثالثة من نفس القانون التي تقضي بأنه كل من يوجد في حالة سكر سافر سواء في الشوارع أو المقاهي أو المحلات العمومية الأخرى خلال 12 شهرا اللاحقة لصدور الحكم الثاني من أجل عقوبة مرتبطة أيضا بالسكر تقرر له عقوبة السجن لمدة شهر إلى ستة أشهر وبغرامة قدرها من 500 دج إلى 2000 دج[1].

وما يهمنا من خلال معالجة نصوص هذا القانون هو التعامل مع القصر بالخمور الكحولية حيث نصت المادة 14 من القانون 75-26 على أنه يحظر على أصحاب محلات بيع المشروبات وكذا المحلات العمومية الأخرى في جميع الأوقات بيع الخمور الكحولية أو عرض هذه المشروبات بالمجان على الأشخاص القاصرين البالغين من العمر أقل من واحد وعشرين سنة سواء بحملها أو قصد شربها في المكان ذاته، كما نص المشرع بموجب المادة 15 من هذا القانون على عقاب من يخالف مقتضيات المادة 14 بغرامة من 2000 د.ج إلى 20.000 د.ج دون الإخلال بتشديد العقوبات في حقهم إذا اقتضى الحال ذلك.

ويمكن أن يمنع مقترفو الجنح من ممارسة الحقوق المنصوص عليها في المادة 8 من قانون العقوبات لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر، ومعلوم أن المادة 8 من ق.ع. المتعلقة بالعقوبات التبعية ملغاة حاليا، وبالنسبة للأشخاص الذين تصدر في حقهم عقوبة أقل من خمس سنوات من أجل جنحة واردة في هذا الأمر وتم اقتراف الجنحة المذكورة في هذه المادة تتقرر لهم عقوبة الغرامة من 4000 د.ج إلى 40.000 د.ج، ويمكن زيادة على الغرامة أن يصدر حكم بعقوبة السجن من شهرين إلى سنة[2].

وقد حظرت المادة 17 من القانون 75-26 على أصحاب محلات بيع المشروبات الكحولية من أن يستقبلوا القصر البالغين دون سن الثماني عشرة سنة غير أولئك المصطحبين من قبل أحد أفراد عائلتهم أو أي أحد من الأشخاص البالغ من العمر ما يزيد عن 21 سنة متحملا كفالة القاصر أو حراسته، وعند مخالفة هذه الأحكام يعاقب المعني بغرامة من 160 د.ج إلى 500 د.ج.، وفي حالة تكرار المخالفة تكون الغرامة من500 د.ج إلى 1000 د.ج كما يمكن أن تصدر عقوبة السجن من 10 أيام إلى شهر.

---

[1] تضاعف هذه العقوبة حسب المادة الربعة إذا ما صدر في حق المعني حكم في أقل من 5 سنوات بسبب السكر وكرر المخالفة فإنه يعاقب بالسجن من شهرين إلى سنة وكذا بغرامة قدرها 1000 د.ج إلى 4000 د.ج.

[2] شددت المادة 16 من ق 75-26 في الحكم بأن قررت العقوبة القصوى المنصوص عليها في المادة 15 أي بغرامة 20.000 د.ج مع احتمال فرض عقوبات أكثر صرامة عند الإقتضاء وهذا لمن يقدم خمرا إلى قاصر قصد شربها حتى حالة السكر السافر، مع إمكانية تجريده من السلطة الأبوية.

أما بخصوص المرضى المعالجين في المؤسسات الإستشفائية أو الإيوائية فقررت المادة 19 من هذا القانون أنها تطبق على القصر ذات الأحكام المقررة بشأنهم، ويجوز للمتهم أن يثبت بأنه لم يكن على دراية بسن القاصر وتقديم الدليل القاطع على جهله بها حتى يتملص من العقوبة، كما فرض المشرع بموجب المادة 21 من ذات القانون إلزامية إلصاق أحكام هذا الأمر على أبواب المجالس الشعبية البلدية وكذا في القاعات الرئيسية لجميع المقاهي والحانات ومحلات بيع المشروبات الكحولية، وتعاقب المادة 22 من نفس القانون كل من يخالف هذا الحكم سواء بالإلصاق بدون إذن أو عدم الإلصاق لأصحاب المحلات وكل من يمزق أو يقطع الإعلان بغرامة من 20 د.ج إلى 50 د.ج، وهي قيمة ضئيلة جدا يتعين مراجعتها مستقبلا.

أما بشأن كيفية إثبات الحجة الخاصة بتكرار المخالفات المذكورة في هذا الأمر فتحيلنا المادة 23 من هذا الأمر إلى المواد من 666 إلى 675 من ق.إ.ج.ج. تحت عنوان"في تنظيم صحيفة خاصة بالإدمان على الخمور"، أما فيما يخص مخالفة أحكام المادة الأولى وما يليها إلى غاية المادة 22 من هذا القانون فتتبع إجراءات التحري والمعاينة طبقا لقانون الإجراءات الجزائية.

3- قانون إنشاء مجلس وطني استشاري لحماية الأمومة والطفولة

تم إصدار المرسوم رقم 81-339 بتاريخ 12 ديسمبر 1981 المتضمن إنشاء مجلس وطني استشاري لحماية الأمومة والطفولة، وقد تضمن هذا المرسوم ثمان مواد، وحددت المادة الثانية منه نقاط الإستشارة التي يختص بها المجلس الوطني الإستشاري والمتمثلة في برامج الإعلام والتربية وكذا تنظيم هياكل التخطيط العائلي والعمل على تطويرها كما يقوم المجلس بحماية الأمومة والطفولة وخاصة ما تعلق بمسألة تباعد فترات الولادة، ويمكن لهذا المجلس أن يقترح الأحكام التشريعية والتنظيمية.

يتكون المجلس الوطني الإستشاري من وزير الصحة أو ممثله رئيسا وعددا من الأعضاء وهم ممثلون عن مختلف الوزارات ومدراء مختلف القطاعات وكذا ممثلون لمختلف الإتحادات صرحت بهم المادة الثالثة من هذا المرسوم، إضافة إلى ثلاث أطباء يمثلون مراكز حماية الأمومة والطفولة يعينون من قبل وزير الصحة[1]، ويختص المجلس وفقا للمادة 6 من هذا القانون بإعداد النظام الداخلي ويوافق عليه، ويتم إعداد تقرير دوري عن أشغال المجلس من

[1] كما يمكن للمجلس أن يستدعي أي شخص يرى فيه فائدة اعتمادا على مبدأ الكفاءة، وبإمكان المجلس أن ينشئ من بين أعضائه لجانا تكلف بالأشغال التحضيرية لاجتماعاته، فيجتمع المجلس مرتين في السنة باستدعاء من رئيسه في دورة عادية، كما يمكن إجراء دورة طارئة بمبادرة من رئيسه الذي يحدد جدول الأعمال.

قبل مدير المجلس الوطني الإستشاري لحماية الأمومة والطفولة وكذا وزير الصحة ويقدمه إلى الحكومة.

ثانيا: القوانين الخاصة بالأطفال في وضع خاص

ذكرنا أن بعض الأشخاص يعانون من ضعف مزدوج يتعلق الأول بالقصر وأما الثاني فهو إما عضوي كحالة الإعاقة وإما اجتماعي كحالة الطفولة المسعفة، لذا تم إحداث مراكز للقصرالمعوقين وكذا إحداث دور للأطفال المسعفين، وسوف نتناول مضمون المرسومين الذين يحكمان سير هذه المراكز وتنظيمها.

1- إحداث مراكز للقصر المعوقين

تم إصدار المرسوم رقم 80-59[1] بتاريخ 8 مارس 1980 يتضمن إحداث المراكز الطبية التربوية والمراكز المتخصصة في تعليم الأطفال المعوقين وتنظيمها وسيرها، يتألف هذا القانون من 27 مادة مقسمة على ثلاث أبواب، خصص الباب الأول للأحكام العامة، حيث نصت المادة الأولى منه على طبيعة المراكز المحدثة بموجب هذا القانون، وأشارت إلى أنها ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي،كما قسمت المادة الثانية من هذا القانون هذه المراكز وفقا لمعيار صحي يتعلق بنوع المرض الذي يعاني منه القاصر.

وخصص الباب الثاني من المرسوم 80-59 للتنظيم الإداري لكل مؤسسة، حيث يسيرها مدير بمساعدة مجلس طبي تربوي ويتولى شؤون المؤسسة مجلس إدارة، يعين مدير المؤسسة بموجب قرار يصدره وزير الصحة من بين الموظفين العاملين بوزارة الصحة ويراعى في اختياره عامل الخبرة المهنية، كما يقوم المدير بتمثيل المؤسسة في نشاطات الحياة المدنية إضافة إلى ممارسة السلطة السلمية على الموظفين، كما يتشكل مجلس إدارة المؤسسة من الوالي أو من يمثله بصفته رئيسا والمدير المكلف بالصحة على مستوى الولاية. وأما عن المجلس الطبي التربوي فله سلطة توجيه أعمال المؤسسة بخصوص العلاج الطبي والتربوي والنفساني وكذا إعادة التربية والتعليم.

2- إحداث دور الأطفال المسعفين

تم إصدار المرسوم رقم 80-83 (الملغى)[2] بتاريخ 15 مارس 1980 يتضمن إحداث دور الأطفال المسعفين وتنظيمها وسيرها، تضمن هذا المرسوم 23 مادة ضمن ثلاثة أبواب، يتعلق الباب الأول بأحكام عامة حيث تنص المادة الأولى على أنه تحدث دور للأطفال المسعفين، مهمتها قبول الأولاد وكذا أيتام الدولة قصد

[1] تم إلغاؤه بموجب القانون رقم القانون 12-05 الصادر بتاريخ 4 يناير 2012 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات التربية والتعليم المتخصصة للأطفال المعوقين.

[2] تم إلغاؤه بموجب القانون رقم 12-04 الصادر بتاريخ 2012/01/04 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة.

إيوائهم والقيام بتربيتهم إلى حين بلوغهم سن الرشد، وقد حدد المشرع طبيعة هذه المؤسسات في المادة الثانية منه بأنها مؤسسات ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي، وتوضع تحت وصاية وزير الصحة.

وخصص المشرع الباب الثاني للتنظيم الإداري من خلال فصلين يتعلق الأول بأحكام تخص مدير المؤسسة والفصل الثاني للموظفين وأما الفصل الثالث فتضمن الأحكام المتعلقة بمجلس الإدارة، وفيما يخص الباب الثالث فقد نص المشرع على التنظيم المالي للمؤسسة، وهي أحكام في مجملها مشابهة لتلك المقررة للمراكز الطبية التربوية والمراكز المتخصصة في تعليم الأطفال المعوقين وتنظيمها وسيرها فلا حاجة لذكرها، وتضمن المرسوم قائمة تحدد توزيع دور الأطفال المسعفين عبر التراب الوطني.

المطلب الثاني: دور الفقه الإسلامي والتشريعات االدولية في ترقية حقوق الطفل في المجال الصحي

قبل التطرق لحقوق القاصر التي تضمنتها القوانين الدولية وكذا التشريعات الداخلية، نقوم أولا بتعريف مصطلح الحق، هذا الأخير الذي يعني لغة الثبات الذي لا يسوغ إنكاره[1]، وضده الباطل، أما اصطلاحا فيقصد به موضوع الإلتزام أي ما يلتزم به الإنسان اتجاه الله تعالى أو قبل الغير، أو هو الحكم المطابق للواقع أو ما وجب عليك لغيرك فهو يتقاضاه منك[2]، والحق اسم من أسماء الله تعالى.

أما في الاصطلاح القانوني فاختلفت المدارس في تعريف مصطلح الحق حيث نميز بين عدة نظريات، فعرفه أصحاب نظرية الإرادة وعلى رأسهم سافيني بأنه قدرة إرادية يعترف بها القانون لشخص ويحميها، ويُرَدُّ على هذا أن الصبي غير المميز والمجنون كلاهما ليست لديهما إرادة مع ذلك فهما يتمتعان بحقوق. وعرف أنصار نظرية المصلحة ويتزعمهم إهرنج والسنهوري الحق بأنه مصلحة مادية أو معنوية يعترف بها القانون ويحميها[3]، ويؤخذ على هذا التعريف أن الحق عرف بهدفه إذ الحق وسيلة إلى المصلحة. كما برز أمام عجز المذهبين السابقين مذهب توفيقي وعرف الحق بأنه قدرة إرادية تثبت لشخص تحقيقا لمصلحة معينة[4]، والنقد الموجه إلى هذا التعريف هو النقد ذاته الذي وجه إلى التعريفين السابقين.

[1] محمود عبد الرحمن عبد المنعم: مرجع سابق، ص 578.

[2] محمود عبد الرحمن عبد المنعم: المرجع نفسه، ص 579.

[3] إسحاق ابراهيم منصور: مرجع سابق، ص 209(بتصرف)

[4] شوقي بناسي: مرجع سابق، ص30.

وأمام هجر النظريات التقليدية ظهرت نظرية حديثة يترأسها العالم البلجيكي دابان والذي عرف الحق بأنه استئثار شخص بقيمة معينة وفقا للقانون[1] وسواء كانت هذه القيمة مالية أو معنوية، فهذا التعريف اعتبر الإستئثار عنصرا من عناصر الحق غير أنه يمثل الحق كله[2].

من خلال التعريفات السابقة نخلص إلى التعريف التالي الحق هو مزية يعترف بها القانون لشخص باقتضاء أداء من شخص آخر أو ممارسة سلطة على شيء تحقيقا لمصلحة معينة[3]، وهذا التعريف خال من العيوب السابقة وكان جامعا مانعا حيث اشتمل على الحق الشخصي والحق العيني على حد سواء إضافة إلى مزايا أخرى.

لقد عنيت النصوص الواردة في التشريعات الدولية وبالتبعية التشريعات الداخلية بتنظيم حقوق الطفل والسعي إلى حمايته، وازدادت الأهمية أكثر ببروز المنظمات الدولية التي أسهمت بشكل كبير في رعاية القصر والدفاع عن مصالحهم والإعتراف لهم بجملة من الحقوق أهمها ما يتعلق بصحته، سوف نفصل الحقوق المقررة للطفل في الشريعة الإسلامية ثم على الصعيد .

الفرع الأول: دور الشريعة الإسلامية في حفظ صحة الإنسان

لقد عني ديننا الحنيف عناية لائقة بالمريض في مختلف المسائل التي تخص صحته وبالتبعية صحة الطفل سواء من خلال الأحكام التي وردت في القرآن الكريم أو تلك التي أقرتها السنة النبوية الشريفة وذلك باقتفاء سنة النبي صلى الله عليه وسلم العطرة التي لا يزيغ عنها إلا هالك، وقد حظي القاصر باهتمام بالغ في هذا الخصوص، كما استلهمت التشريعات العربية وحتى التشريعات الغربية من خلال المستجدات التي طرأت على قوانينها مختلف الأحكام من الشريعة الإسلامية، وكذلك الشأن بالنسبة للطب الحديث الذي اعترف بطرق في العلاج أقرتها السنة النبوية كالعلاج بالحجامة والفصد وغيرها.

كما أنزل الله عز وجل القرآن الكريم على نبيه محمد صلى الله عليه وسلم هدى وشفاء للمؤمنين، يقول تعالى:" وَإِذَا مَرِضْتُ فَهُوَ يَشْفِينِ"[4]، ومن الآيات ما تتضمن الوقاية مصداقا لقوله تعالى:" وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ"[5]. كما عنيت السنة النبوية الشريفة بهذا الجانب وتعددت الأحاديث النبوية بشأنه، وقد رتبت المسؤولية

[1] شوقي بناسي: نفس الرجع، ص 31.
[2] محمد سعيد جعفور: مدخل إلى العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 37.
[3] اسحاق إبراهيم منصور: نفس المرجع، ص 210.
[4] سورة الشعراء : الآية رقم 80.
[5] سورة البقرة:الآية رقم 195.

على من يقدم على التطبب وهو جاهل به عملا بقوله عليه الصلاة والسلام:" "من تطبب ولم يعلم منه طب فهو ضامن"[1]، .

وقد كان الخليفة الراشد عمر بن عبد العزيز يكثر من مجالسة الأطباء واستقبال الأجانب منهم ليستفيد من خبراتهم في مجال الطب، كما عني فقهاء الشريعة وأعلام الأمة الإسلامية بتسخير طاقاتهم لخدمة صحة المرضى سواء من خلال إرشاداتهم وتوجيهاتهم أو اعتمادا على الإكتشافات والإختراعات التي كانوا السباقين إليها في المجال الطبي، وسوف نتناول في هذه النقاط بشيء من التفصيل.

أولا: عناية القرآن الكريم بصحة البشر

لقد حرصت النصوص القرآنية على الجانب الصحي للبشر فجاءت تارة واعظة ومرشدة إلى الوقاية من الأمراض، وتارة أخرى عارضة العلاج الشافي لها، ونتناول بعض النصوص منها كما يلي:

قال جل وعلا:"يَا أَيُّهَا النَّاسُ قَدْ جَاءَتْكُمْ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَشِفَاءٌ لِمَا فِي الصُّدُورِ"[2] أي قد أتاكم القرآن العظيم موعظة لكم من خالقكم يشفي ما في الصدور من جهل وشك[3] فهو دواء للأمراض النفسية، وقال أيضا:"وَنُنَزِّلُ مِنَ الْقُرْآنِ مَا هُوَ شِفَاءٌ وَرَحْمَةٌ لِلْمُؤْمِنِينَ"[4] أي أن القرآن الكريم يشفي القلوب من الأمراض المعنوية ويذهب صدأ النفس من الهوى والدنس لما فيه من الخير والحكمة البالغة[5]، وقال أيضا:" قُلْ هُوَ لِلَّذِينَ آمَنُوا هُدًى وَشِفَاءٌ"[6] وهو خطاب موجه إلى سيد الخلق نبينا محمد صلى الله عليه وسلم ليبلغ أمته أن هذا القرآن شفاء لهم من الجهل[7] والريب والزيغ.

ويقول المولى تبارك وتعالى:" يَخْرُجُ مِنْ بُطُونِهَا شَرَابٌ مُخْتَلِفٌ أَلْوَانُهُ فِيهِ شِفَاءٌ لِلنَّاسِ"[8] والمقصود أنه يخرج من بطون النحل عسل متنوع منه الأحمر والأصفر والأبيض فيه شفاء للناس من العلل والأسقام، قال الرازي :"فإن قالوا كيف يكون شفاء للناس وهو يضر بالصفراء؟ فتكون الإجابة أن المولى تبارك وتعالى لم يقل أنه شفاء لكل

[1] أبو داود: مرجع سابق، برقم 4586.
[2] سورة يونس: الآية رقم 57.
[3] محمد علي الصابوني: مرجع سابق، ج 1، ص588.
[4] سورة الإسراء: الآية رقم 82.
[5] محمد علي الصابوني: مرجع سابق، ج 2، ص 172.
[6] سورة فصلت: الآية رقم 44.
[7] أحمد الصاوي المالكي: مرجع سابق، ج 4، ص28.
[8] سورة النحل: الآية رقم 69.

الناس ولكل داء وعلى كل حال لما كان شفاء للبعض ومن بعض الأدواء صلح الوصف بأن فيه شفاء لأنها تأكل من كل الثمرات كما ورد في القرآن من الحلو والمر والحامض ليحول إلى عسل بإذن الله"[1].

وقد ذكر الله تعالى الصوم في محكم تنزيله ذلك أنه وقاية فهو يأدب الغرائز المتطلعة إلى استعداد للولائم ومضاعفة للنفقة[2] وحتى لا يصاب البدن بالأذى حيث قال عليه الصلاة والسلام:" الصوم جُنّة"، وهو في ذات الوقت علاج للأمراض خاصة تلك التي تصيب المعدة، ومع أنه علاج إلا أنه قد يضر بالإنسان حين لا يقوى عليه، والله عز وجل يوصينا بتقواه قدر الإستطاعة وذلك في قوله عز وجل:" فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ"[3]، ويريد الله بهذا الترخيص التيسير على عباده بأن يرفع الحرج عنهم وييسر المشقة وذلك بالترخيص للصائم بالإفطار حال مرضه، ويقول أيضا في مسألة الترخيص للمريض بالتيمم لأداء فريضة الصلاة :"وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَى أَوْ عَلَى سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا"[4] فمع كون الوضوء شرط لصحة الصلاة فقد رخص الله عز وجل لعباده بالتيمم وقاية لهم مما قد يسببه الماء من ضرر[5] بهم عند استعماله واتصاله بالعضو المصاب بالأذى.

والله لطيف بعباده وحريص على صحتهم وقد حرم عليهم ما يضر بها فقال في محكم تنزيله:"حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ"[6]، وقال أيضا :" وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ"[7] أي قد بين الله عز وجل الحلال والحرام ووضح ما يحرم عليكم من الميتة والدم وغيرها من المحرمات إلا عند الإضطرار فقد أحل لكم ما حرم عليكم وذلك لحفظ الصحة من الأمراض التي تسببها هذه المحرمات.

وبين القرآن الكريم مراحل تطور الجنين وذلك في قوله تعالى:" فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِنْ مُضْغَةٍ مُخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لِنُبَيِّنَ لَكُمْ وَنُقِرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ"[8]، وقرر للطفل بعد ميلاده عناية فائقة قال تعالى:" وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ

[1] محمد علي الصابوني: مرجع سابق، ج 2، ص 133.
[2] محمد الغزالي: فقه السيرة، مكتبة رحاب ، الجزائر، 1987، ص 52.
[3] سورة البقرة : الآية رقم 184.
[4] سورة النساء : الآية رقم 43.
[5] محمد علي الصابوني: المرجع نفسه، ج 1، ص 276.
[6] سورة المائدة : الآية رقم 3.
[7] سورة الأنعام: الآية رقم 119.
[8] سورة الحج: الآية رقم5.

أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ"[1]، فهذه النصوص القرآنية وغيرها تتضمن الوقاية والعلاج من الأسقام والعلل الحسية والمعنوية ولا يتسع المقام لسردها كلها، ولكن نخلص إلى القول أن القرآن اهتم بالكائن البشري ليعضه بأسلوب وجيز ودقيق يفسر بعضه بعضا، لذا يتعين تقصي الأمراض والسعي بحزم إلى اكتشاف الدواء بإعمال تلك الوصفات الواردة في القرآن مع توافر الإخلاص لبلوغ النتيجة المرجوة.

ثانيا: إقرار السنة النبوية وفقهاء الشريعة بنظام الرعاية الصحية

لقد عملت السنة النبوية الشريفة على حفظ صحة البشر وذلك بالنهي عما حرم الله فكان دورها وقائي، وتقديم الوصفات العلاجية من خلال الأحايث كتلك المتعلقة بالحجامة، وقد سعى الفقهاء في مجال الشريعة إلى التدقيق في المسائل واستخراج الحكمة من النصوص الواردة في الكتاب والسنة، وإعمال القياس لاستنباط أهم الأحكام المرتبطة بالمسائل المستحدثة والتي لم يهتد إلى حلها الطب المعاصر، ونفصل في كل هذا في العنصرين التاليين.

1- دور السنة النبوية الشريفة في حفظ صحة البشر

أما من السنة النبوية الشريفة فقد تعددت الأحاديث في هذا القبيل، فالنبي عليه الصلاة والسلام نور وهاج أفضي إلى ظلمات الجهل والوثنية فانجابت كما ينجاب الغمام، وضياء من الرحمن أرسله إلى هذه الإنسانية الضالة فانتشلها من ضيعة وانتاشها من غمام، وأنقذها مما كانت تتخبط فيه من عقابيل الضلال ودياجير الظلام، وقد مارس الناس في الجاهلية كل أنواع الشعوذة فجاء نبي الحق لينهاهم عنها بأحاديث تضمنت الوعيد وليدلهم على الداء والدواء بالطرق المشروعة، كما كان للنساء في عهده عليه الصلاة السلام دور فعال أثناء غزواته وسراياه حيث ذكر عن الرُبَيِّع بنت معوِّذ قالت:"كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم نسقي ونداوي الجرحى ونرد القتلى إلى المدينة ..."[2].

ومن الوسائل العلاجية التي أرشدتنا إليها السنة النبوية فن الحجامة لما فيها من الفوائد التي لا تعد ولا تحصى، ولا ييأس المؤمن إذا لم يتماثل للشفاء من مرض وعليه أن يسعى لعلاجه لأن النبي صلى الله عليه وسلم قد قال في في مجال التطبب:"ما أنزل الله داء إلا أنزل له الشفاء"[3] وتعددت الأحاديث في شأن الحجامة ومن

[1] سورة البقرة: الآية 233.

[2] محمد الغزالي: مرجع سابق، ص42.

[3] رواه البخاري.

ذلك قوله عليه الصلاة والسلام:" إن خير ما تداويتم به الحجامة والفصد"[1] ولذا عدلت الدول الغربية حاليا عن العلاج الكيميائي لتستعين بالحجامة ذلك أن الأدوية هي السموم بعينها[2] من حيث الآثار الجانبية التي تسببها ويشهد على ذلك النشرات التي ترافقها.

وأما بخصوص الطفل فقد قال عليه الصلاة والسلام :"كفى بالمرء إثما أن يضيع من يقوت"[3]، فقد حث النبي صلى الله عليه وسلم على الحرص في حفظ صحة الأولاد وعدم تركهم عرضة للضياع حتى لا يؤثم، وقال أيضا :"ما من عبد يسترعيه الله رعية يموت يوم يموت وهو غاش لرعيته إلا حرم الله عليه الجنة"، وقال أيضا في حديث آخر:" كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته". وقد أسند الولاية عليه الصلاة والسلام للمطلقة في قوله: "أنت أحق به ما لم تنكحي"[4].

فالقرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة كلاهما يسعيان إلى تحقيق الرعاية الصحية للإنسان بوجه عام وللطفل على وجه الخصوص، فهما خطان متوازيان ذلك أن السنة النبوية جاءت مفسرة ومتممة للقرآن الكريم، ففي مجال الصحة على سبيل المثال يقول المولى تبارك وتعالى واصفا الزيتون بالبركة:" مِنْ شَجَرَةٍ مُبَارَكَةٍ زَيْتُونَةٍ"، وجاءت السنة المطهرة لتفسر هذا المضمون في عدة أحاديث من بينها قوله عليه الصلاة والسلام:" إئتدموا بالزيت وادّهّنوا به فإنه يخرج من شجرة مباركة"[5].

2- دور الفقه الإسلامي في مجال الرعاية الصحية للطفل

خاض فقهاء الشريعة الإسلامية في المسائل التي تعير اهتماما بصحة المسلم من ذلك مثلا تدقيقهم في أحكام الطهارة، سواء طهارة الحدث التي تخص البدن أو طهارة الخبث التي تكون في البدن والثوب والمكان، وقسموا المياه إلى ثلاثة أقسام من طاهر وطهور (مُطَهِّر) ومتنجس[6]، وهذا كله يدخل في جانب النظافة قال تعالى:" فِيهِ رِجَالٌ يُحِبُّونَ أَنْ يَتَطَهَّرُوا وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُطَّهِّرِينَ"[7]، كما بحث الفقه الإسلامي في مسائل الرضاع التي لم يفصل فيها القرآن ولا السنة كمسألة الرضاع من امرأة غير الأم والمقدار المحدد شرعا لثبوت الحرمة التي وردت في

---

[1] رواه الشيخان.

[2] عمرو الريس-أمير صالح: فن الحجامة، دار الإمام مالك، باب الواد، الجزائر، ط1، 2013، ص19.

[3] رواه أبو داود.

[4] رواه أحمد.

[5] رواه أبو داود.

[6] أحمد محمد عساف: الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة،-العبادات-، دار إحياء العلوم، بيروت، لبنان، 1986، ص13.

[7] سورة الأنفال: الآية رقم 108.

الحديث، وذلك في قوله صلى الله عليه وسلم:"يحرم بالرضاع ما يحرم من النسب"[1]، وكذا مسائل النفقة على الصغار وجواز أخذ الوالدين من مال ابنهما[2] وغيرها من المسائل التي يكون الغرض منها حفظ صحة القاصر.

كما تناولوا مسألة ضمان الطبيب إذا لم تكن له دراية بالطب بحيث إذا أقدم على علاج إنسان مريض وتسبب في إحداث عاهة فتنعقد مسؤوليته عن جنايته، ويكون تبعا لهذا ضامنا بقدر نسبة الضرر، لأن هذا يندرج ضمن حكم التعدي وتبعا لهذا يكون الضمان في ماله، وتقرير مثل هذا الحكم فيه ضمان لحفظ صحة الأشخاص وتبصير للأطباء بأداء واجبهم نحو المرضى[3]، وواجب الغير في الإبلاغ عن حالات المرض دون تجاوز لهذا الإجراء، وتكلم الفقهاء عن مسألة الضمان في حق الكبار والصغار كقول بن القيم رحمه الله:"...فإن كان بالغا عاقلا لم يضمنه، لأنه سقط حقه بالإذن فيه، وإن كان صغيرا ضمنه، لأنه لا يعتبر إذنه شرعا..."[4].

الفرع الثاني: حق القاصر في الرعاية الصحية المقررة على الصعيد الدولي

لقد عدلت التشريعات الداخلية عن استعمال مصطلحات الصغير، القاصر، الصبي، الحدث وغيرها من المصطلحات التي تدل على الصِغَر لتستعمل مصطلح الطفل متأثرة بالإتفاقيات الدولية، ونذكر على سبيل المثال استحداث القانون 15-12 المؤرخ في 2015/07/15 المتعلق بحماية الطفل فقد ألغى هذا القانون المواد من 442 إلى 492 من ق.إ.ج. التي وردت تحت عنوان "القواعد الخاصة بالمجرمين الأحداث"، كما عدلت قوانين أخرى التي تنص على أحكام متعلقة بالطفل.

وسوف نتطرق إلى حقوق الطفل في المجال الصحي التي أقرتها الصكوك الدولية لا سيما تلك الأحكام التي انبثقت عن الإعلان العالمي لحقوق الطفل لسنة 1959، ومن ضمنها المواثيق الأمريكية وكذا ميثاق حقوق الطفل العربي لسنة 1984، وهذا تمهيدا لتحليل مواد قانون حماية الصحة وترقيتها لسنة 1985، وفق ترتيب كرونولوجي على أن نتطرق لاحقا إلى أحكام الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته لسنة 1990، ثم اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989.

---

[1] صالح عبد السلام الآبي الأزهري: جواهر الإكليل، ج1، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.ت.ن.، ص400.

[2] السيد سابق: مرجع سابق، ج 3، ص 402.

[3] السيد سابق: مرجع سابق، ج2، ص 490-491.

[4] محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله –ابن القيم الجوزية- : تحفة المودود بأحكام المولود،–ابن القيم الجوزية- : تحفة المودود بأحكام المولود، مكتبة دار البيان، دمشق، د.ب.ن.، ط1، 1971، ص 195.

أولا: الرعاية الصحية للقاصر بموجب الإعلان العالمي لحقوق الطفل

لقد لعبت الأمم المتحدة دورا هاما في حماية حقوق الطفل وإقرار جملة من المبادئ في هذا الخصوص وضمنتها في الإعلان العالمي لحقوق الطفل، وتم اعتماد هذا الأخير بموجب قرار الجمعية العامة رقم 1386(د-14) الصادر بتاريخ 11/20/ 1959، وسنتناول هذه الحقوق في مسألتين.

1- الحقوق الصحية المكرسة للطفل بمقتضى الإعلان العالمي لحقوق الطفل

تتمثل حقوق الطفل الواردة في هذا الإعلان في رعايته بعيدا عن أي تمييز بسبب اللون أو الدين أو العرق أو الجنس أو أي وضع آخر يكون له أو لأسرته، كما يتعين أن يتمتع الطفل بحماية خاصة وأن يمنح فرصا وتسهيلات حتى ينمو جسمه وعقله نموا طبيعيا، وكذلك من الناحية الخلقية والروحية والاجتماعية وفي كنف الحرية والكرامة، بحيث تكون مصلحته العليا في طليعة الأحكام التي تتضمنها القوانين، كما ينبغي أن يكون للطفل الحق في اسم وجنسية منذ ميلاده إضافة إلى مبادئ أخرى[1]، غير أنه يتعين أن تتوفر له إلى جانب كل هذا الرعاية الصحية الكاملة والتي سوف نعرض لأحكامها بشيء من التفصيل.

كما يجب أن يتمتع الطفل بالتسلية واللهو وهذا يساعد في تحسين حالته الصحية، ولا يجوز استخدامه قبل بلوغ السن الدنيا للتوظيف المقررة حسب كل تشريع، بل ويمنع في كل الأحوال إجباره على العمل أو تشغيله في االمهن التي تضر بصحته أو تؤثر على تعليمه أو تعرقل نمو جسمه أو عقله أو أخلاقه، ولهذا يجب أن يحاط الطفل بالحماية من كل الممارسات التي يحتمل أن تؤدي إلي التمييز بمختلف أشكاله، وأن تتم تربيته في جو من روح التسامح والتفهم، وأن تسود الصداقة والسلم والأخوة بينه وبين غيره، كما يتعين ان يحاط علما بوجوب تكريس كل طاقته وكذا مواهبه لخدمة الإنسانية جمعاء.

2- حماية الأطفال المعوقين والمحرومين بموجب الإعلان العالمي لحقوق الطفل

يزداد الحرص على صحة الطفل إذا كان مصابا بإعاقة سواء كانت عقلية أو جسمية أو اجتماعية ويكون من الواجب الإلتزام بعلاجه والعمل على تربيته وكذا العناية اللائقة به وفقا لدرجة إعاقته، وحتى ينعم الطفل بشخصية منسجمة فإنه يحتاج إلى الحب والتفهم، وتبعا لهذا يجب أن يراعى في نشأته بالقدر الممكن رعاية خاصة

[1] لقد أقر الإعلان ضمن طياته مجموعة من المبادئ أهمها ما جاء في المبدأ الرابع الذي نص على أنه يتعين أن يتمتع الطفل بفوائد الضمان الاجتماعي وكذا أن يكون مؤهلا للنمو الصحي السليم، ولبلوغ هذا الهدف ينبغي أن توفر له ولأمه الحماية والعناية اللازمتين وبصفة إلزامية قبل الميلاد ومن بعده، واستنادا إلى هذا يكون من الأهمية توفير قدر كاف من الغذاء للطفل وكذلك المأوى وله الحق في الخدمات الطبية.

من والديه وتحت مسؤوليتهما، في كنف الحنان والأمن المعنوي والمادي، ولهذا لا يجوز فصل الطفل الصغير عن أمه إلا في ظروف استثنائية.

كما يجب على السلطات العامة والمجتمع أن يقدموا عناية خاصة للأطفال المحرومين من أسرهم والمفتقرين إلى الكفاف في العيش، ويستحسن في هذا الخصوص تقرير مساعدات للإنفاق على الأطفال الذين يعيشون ضمن أسر كثيرة الأفراد، وتحسيس الطفل بحالته الصحية ولا يتحقق هذا إلا إذا تم تعليمه، لذا يتعين أن يكون للطفل الحق في التعليم، هذا الأخير الذي يجب أن يكون إلزاميا حتى يصبح عضوا مفيدا في المجتمع، وتقع المسؤولية بالدرجة الأولى على أبويه إزاء مخالفة هذه الأحكام.

ثانيا: الرعاية الصحية للقاصر بموجب المواثيق الدولية

نتناول بعض المواثيق الدولية على أن نرجئ الحديث عن البعض الآخر في موضعها الخاص وهذا وفق ترتيب كرونولوجي، ذلك أنها صدرت قبل قانون 1985 وهو تاريخ صدور قانون حماية الصحة وترقيتها، نقوم بمعالجة الحقوق المتعلقة بحماية الطفل التي أقرها الميثاق الأمريكي لحقوق الإنسان وكذا الإتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان ثم بعد ذلك نتطرق إلى حق الطفل في الرعاية الصحية ضمن ميثاق حقوق الطفل العربي.

1- الحقوق الصحية المكرسة للطفل في الصكوك الدولية الأمريكية

صدر الإعلان الأمريكي لحقوق الإنسان وواجباته في سنة 1948، وهو عبارة عن ميثاق لتأسيس منظمة الدول الأمريكية، وتمت المصادقة عليه من قبل الدول الأمريكية في نفس السنة ليدخل حيز النفاذ بعد ثلاث سنوات من تاريخ المصادقة، وما يميز هذا الميثاق أنه لم يكتس صفة الإلزام إزاء حقوق الإنسان[1].

كما تم اعتماد الإتفاقية الأمريكية في مؤتمر منظمة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان بتاريخ 22 نوفمبر 1969 ودخلت حيز النفاذ بتاريخ 18 يوليو 1978 وورد فيها جملة من الحقوق المدنية والسياسية عالجت ضمنها حقوق الطفل وضرورة حمايته من الناحية الصحية سواء الوقائية منها أو العلاجية، وإعطاء الحق في إنشاء الجمعيات وكذا

[1] وكان خاليا من الآليات المخولة لمراقبة مدى التزام الدول بما تضمنه من أحكام، وقد اعترف هذا الإعلان بجملة من الحقوق لصالح الطفل وكان من بينها ما تضمنته المادة 7 منه بخصوص حماية الأمومة والطفولة وكذا حقه في التعليم وفقا للمادة 12 منه، أما بخصوص الجانب الصحي فورد حكمه عاما في نص الإعلان سواء بالنسبة للطفل أو للبالغين.

كفالة حقه في التقاضي وذلك بتعيين محام له في حالة عدم تمثيله بمن يدافع عنه أمام الجهات القضائية، ولعل أهم ما ميز هذه الإتفاقية هو اتصاف قواعدها بالإلزام[1].

2- حق القاصر في الرعاية الصحية ضمن ميثاق حقوق الطفل العربي

أقر مؤتمر وزراء الشؤوون الإجتماعية العرب ميثاق حقوق الطفل العربي في ديسمبر 1984 وورد في ديباجته الإشادة بالحقوق التي تضمنها ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الطفل وغيرها من الحقوق الدولية، وسنتعرف على أهداف هذا الميثاق والعناية الصحية التي أولاها للأطفال على وجه الخصوص. وتم أيضا اعتماد الإتفاقية الأمريكية لمنع كافة أشكال التمييز اتجاه المعوقين سواء كانوا بالغين أو قصرا من قبل الجمعية العامة لمنظمة الدول الأمريكية بتاريخ 07 يونيو 1999.

أ- أهداف ميثاق حقوق الطفل العربي

لقد أعطى ميثاق حقوق الطفل العربي اهتماما كبيرا للأسرة باعتبارها نواة المجتمع وأساسه، وهي البيئة الأولى المفضلة لتنشئة الأطفال ورعايتهم، لذا ينبغي دعمها من قبل الدول من أجل تنمية الطفولة ورعايتها، كما يتعين حمايتها في زمن الحرب والسلم، وتجد هذه الحماية مصدرها في كل الصكوك الدولية وفي طليعتها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، إذ تنص المادة 25 منه على أن للأمومة والطفولة الحق في مساعدة ورعاية خاصتين، وكذلك الشأن في الإتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية التي تقر بأنه لكل إنسان الحق الطبيعي في الحياة على أن القانون هو حامي هذه الحقوق، كما يحظر حرمان أي شخص من حياته بشكل خاص[2].

لقد ارتكز ميثاق حقوق الطفل العربي على جملة من المبادئ وقسمها إلى جملة من الحقوق الأساسية للطفل، ثم بعد ذلك ضرورة صون هذه الحقوق وضبط المناهج، ليعرض بعد هذا إلى الأهداف التي يرمي إليها من خلال سن هذه الأحكام، ولتحقيق هذه الغاية نص على المتطلبات والوسائل من إجراء الدراسات واعتماد المناهج المتكاملة وإقامة شبكة المؤسسات والمرافق متعددة الأغراض والحرص على المشاركة الأسرية والشعبية في رعاية الطفولة وتنمنيتها والإستعانة بوسائل الإعلام لنشر الوعي والتحسيس بأهمية الطفولة وضرورة الإسهام في ترقيتها،

[1] ينص البروتوكول الملحق بالاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان الذي تم اعتماده من قبل الجمعية العامة لمنظمة الدول الأمريكية بتاريخ 1988/11/17 ودخل حيز النفاذ في 1999/11/16 والذي نص على حق الإنسان في الصحة وكذا ضرورة عيشه في بيئة صحية، وركز على حقوق الطفل في المادة 16 منه، كما تعمل الدول الأطراف على إعداد تقارير سنوية ترسل نسخة منها إلى اللجان التنفيذية للمجلس الاقتصادي والاجتماعي الأمريكي.

[2] رقية عواشرية: حماية الأسرة في الاتفاقيات الدولية، مجلة دراسات قانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، العدد 01، سنة 2004، ص 112 وما بعدها.

كما يتعين سن تشريعات داخلية لتأكيد الإلتزام بحقوق الطفل وإقرار الحماية التشريعية لها، ومن ثم توفير الموارد البشرية والمادية لتنفيذ برامج رعاية الطفولة.

ب– العناية الصحية بالأطفال المقررة في ميثاق حقوق الطفل العربي

ذكر ميثاق حقوق الطفل العربي الحقوق الأساسية للطفل من بينها تأكيد وكفالة حق الطفل في الأمن الإجتماعي والنشأة في صحة وعافية قائمة على العناية الصحية والوقائية والعلاجية له ولأمه من يوم حملها، وبنظافة البيئة التي ينمو فيها وفي الترفيه عن نفسه بالرياضة، كما حظر عنه تولي حرفة تضر بصحته أو تعرضه للمخاطر أو تؤثر على نموه من الناحية البدنية أو النفسية أو الخلقية، وأن يكون مقدما في الحصول على الوقاية والإغاثة عند الكوارث خاصة إذا تعلق الأمر بطفل معوق.

كما أقر هذا الميثاق بتأسيس نظام للرعاية والتربية الخاصة بالأطفال المعوقين تضمن لهم الإندماج في الحياة الطبيعية والمنتجة لمجتمعهم، ودعا هذا الميثاق إلى ضرورة سن تشريعات خاصة بالطفل منفصلة عن القوانين العامة تضمن حمايته ورعايته، وكذلك الشأن بالنسبة لقوانين تنظم الرعاية المؤسسية والأسرية، كما أكد ميثاق حقوق الطفل العربي على السعي لتوفير الرعاية الصحية الكاملة في وجوهها الوقائية والعلاجية لكل طفل عربي.

الملاحظ من خلال أحكام هذا الميثاق أن التشريعات الدولية رغم الإهتمام الذي أولته للطفل عن طريق تقرير نصوص خاصة به إلا أنها لم ترق إلى المطلوب حيث أنها لم تحرص على بيان حقوقه قبل الولادة بشكل مفصل كما هو الشأن في الشريعة الإسلامية التي فصلت في الأحكام المتعلقة بالحمل المستكن سواء في القرآن الكريم أو ضمن الأحاديث النبوية أو من خلال ما تناوله الفقهاء في مؤلفاتهم، بل إن جل التشريعات الغربية لا تشدد في حظر عملية الإجهاض، وهذا في الحقيقة من قبيل التعدي على حق الجنين مما يستوجب العقاب[1].

ركز ميثاق الطفل العربي على ضرورة تعديل القوانين العربية حتى تنسجم مع أحكام هذا الميثاق، وتوفر تبعا لهذا الرعاية اللائقة للأطفال غير الشرعيين[2]، غير أن هذا لا يعني الإعتراف بالبنوة الطبيعية وإنما حمايتها على اعتبار أن الأبناء غير الشرعيين ضحية ممارسات غير شرعية لا يد لهم فيها لذا يتعين حمايتهم، وقد دعا هذا الميثاق من خلال المادة 29 منه إلى جعل القوانين الداخلية ومن ضمنها قانون الأسرة تبنى الأحكام فيها على مصلحة

[1] كما أن الشريعة الإسلامية كانت السباقة لإقرار الأحكام المتعلقة بكفالة حقوق اليتامى واللقطاء الذين فصل الفقهاء في الأحكام الخاصة بهم، حيث كثرت الآيات القرآنية بشأنهم وتواترت الأحاديث التي تحث على ضرورة الاعتناء بهم لما فيه جزيل الثواب، وهذا إن دل على شيء إنما يدل على عناية الشريعة الإسلامية بحق القاصر، وقد حظرت أيضا التبني الذي نادت به التشريعات الدولية لما ينطوي عليه من السلبيات خاصة مسألة اختلاط المتبنى بالأجنبيات عنه.

[2] وهو ما تم فعلا بموجب م.ت. رقم 12-04 الصادر بتاريخ 2012/01/04 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة.

الطفل ومصلحة الأسرة، وكذا إقرار الحقوق المشروعة واجبة النفاذ ومن ضمنها تقييد الحد الأدنى لسن الزواج وكذا إلزام الراغبين فيه على إجراء الفحوصات الطبية للتحقق من ليالقتهم الطبية[1].

ومعلوم أن القانون الفرنسي يعترف بالبنوة الطبيعية وقد سوى بين الأبناء الشرعيين وغير الشرعيين بمقتضى القانون الصادر بتاريخ 03 يناير 1972، ووسع التشريع الفرنسي من نطاق إثبات النسب الأبوي خارج العلاقة الزوجية بمقتضي القانون الصادر في 08 يناير 1993، وهذا كله اعتمادا على تطبيق معيار مصلحة الطفل، غير أن هذا يخلق صعوبة في تطبيق القانون الأجنبي اعتمادا على فكرة النظام العام أي عدم الإعتراف بقوانين الدول الإسلامية.

وقد أخذ القانون التونسي بالتوجه السائد في التشريع الفرنسي وذلك بتطبيق القانون الأصلح للطفل حيث يخضع المسائل المتعلقة بالنسب لقواعد إسناد متعددة مراعيا تطبيق القانون الأنسب للقاصر طبقا لمقتضيات المادة 52 من القانون الدولي الخاص التونسي رقم 98-97 الصادر بتاريخ 1998/11/27، والتي تفيد بتطبيق القاضي للقانون الأفضل لإثبات بنوة الطفل إما بإعمال القانون الشخصي للمطلوب أو قانون مقره، أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره وتخضع المنازعة في البنوة للقانون الذي نشأت بمقتضاه[2]، وهذا يقود أحيانا إلى تطبيق قانون يصطدم بفكرة النظام العام.

غير أن المشرع الجزائري لم يساير التشريع الفرنسي في هذه المسألة ذلك أنه لا يعترف إلا بالبنوة الشرعية إعمالا لنص المادة 41 من قانون الأسرة[3] التي تنص على أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق الشرعية، وأيد القضاء هذا القاعدة في قرار للمحكمة العليا مفاده ما يلي:" يستوجب النقض الذي قضى بإبطال إثبات نسب المولود إذا ما اعتمد على أن المدعية كانت في حالة حيض أثناء طلاقها ذلك أن هذا التبرير ليس دليلا شرعيا على عدم الحمل"[4].

[1] للعلم فإن المشرع الجزائري لم يحدد سن دنيا لزواج القصر، غير أنه أوجب إجراء الفحوصات الطبية بموجب تعديل 2005 لقانون الأسرة.

[2] يوسف فتيحة: النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، مجلة دراسات قانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، نشر ابن خلدون: تلمسان، الجزائر، العدد05، سنة 2008، ص 225.

[3] يوسف فتيحة: المرجع نفسه، ص224.

[4] م.ع.، قرار رقم 35992، ملف بتاريخ 1985/03/11، قضية (ق.ف) ضد (ن.م)، مقتبس من قانون الأسرة في ضوء الممارسة القضائية منشورات بيرتي، 2009-2010، ص 20.

المبحث الثاني : التطور التشريعي لحق القاصر في الرعاية الصحية

إن اهتمام التشريعات الصحية بالقاصر مسألة في غاية الأهمية إذ قررت أحكام لصالحه تسعى إلى حمايته ودرء الخطر عنه بدءا من القانون رقم 76-79 المؤرخ في 23 سبتمبر1976 المتضمن قانون الصحة العمومية ومرورا بقوانين خاصة خصت الطفل بجملة من الأحكام مسايرة القوانين الدولية إلى غاية صدور قانون حماية الصحة وترقيتها تحت رقم 85-05[1] المؤرخ في 16 فبراير 1985 ومن بعد المرسوم رقم 92-276 الصادر بتاريخ 6 يوليو 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

ثم صدرت قوانين خاصة تضمنت ضمن مقتضياتها حق الطفل في الرعاية الصحية نفصل في أحكامها، ثم نعمد إلى بيان الأحكام المتعلقة بقانون الصحة الجديد، الذي سوف نتطرق إلى تحليل النصوص القانونية الواردة فيه والتي تخص القاصر وما يتعلق به من أحكام، للتعرف على المستجدات التي طرأت بخصوصه ومدى مسايرة المشرع للتشريعات الدولية.

وبناء على ما سبق، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نعرض في المطلب الأول إلى مركز الطفل بعد صدور قانون حماية الصحة وترقيتها، ثم نتطرق في المطلب الثاني إلى مدى مسايرة التشريعات الصحية الجزائرية للأحكام الدولية المعاصرة.

المطلب الأول: مركز الطفل بعد صدور قانون حماية الصحة وترقيتها

ما يمكن ملاحظته بخصوص مضمون القانون رقم 76-79 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 المتضمن قانون الصحة العمومية أنه جاء موسعا في أحكامه حيث تضمن 435 مادة إذا ما قارناه بالقانون 85-05 المؤرخ في 16 فبراير1985 الذي تضمن 269 مادة هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الأحكام التي تناولها قانون 1976 جمعت نصوصا كان يفترض أن تكون في قوانين خاصة، وعلى هذا الأساس هل يمكن القول بأن العبرة بكثرة النصوص القانونية هي مناط الحماية القانونية للقاصر أم أن المسألة تحتاج إلى الدقة في صياغة الأحكام وانسجامها ولو بإيجاز لتحقيق الغاية التي يسعى إليها المشرع؟ هذا ما سوف نتعرف عليه من خلال معالجة الأحكام الواردة في قانون الصحة وترقيتها لسنة 1985. على أن التشريع الجزائري يتوجه إلى مواكبة القوانين الدولية بشأن حقوق الطفل في مجال الصحة وذلك من أجل ترقيتها، وسوف نتناول هذه الأحكام في الفروع التالية.

[1] ج.ر.، ع8 بتاريخ 1985/02/17م.

الفرع الأول: أحكام القاصر المريض في القانون 85-05

من استقراء نصوص قانون حماية الصحة وترقيتها وإعمال المقارنة مع قانون الصحة العمومية لسنة 1976 نجد أن المشرع احتفظ بأحكام وقام بتعديلها وتتميمها، كما أنه استحدث أحكاما لم يتم النص عليها، وعليه ندرس هذا الفرع من جانبين، يتعلق الأول بالأحكام المحتفظ بها والتي تم تعديلها وتتميمها، ويُعنى الجانب الثاني بالأحكام التي استحدثها المشرع في قانون الصحة لعام 1985.

أولا: الأحكام المحتفظ بها مع تعديلها وتتميمها

أهم ما تميز به القانون 85-05 هو الحرص على مساعدة الأم قبل وأثناء وبعد الولادة عن طريق المساعدة الطبية المستمرة، كما أجاز عملية الإجهاض وفقا لشروط غاية في الصرامة وأحال في هذا الخصوص إلى قانون العقوبات حال المخالفة، كما عمل المشرع على تحسين وضع القاصر في الوسط التربوي والمجال الرياضي.

وما يلاحظ أنه لم يتم النص على الأحكام الخاصة بالعمل ربما نظرا لما تميزت به تلك الفترة من صدور التشريعات الخاصة بالعمل سواء قبل صدور القانون 85-05 أو بعد صدوره[1]. كما سعى المشرع من خلال هذا القانون إلى تحديث الأحكام المرتبطة بالقصر الموجودين في وضع خاص ونص على عدم جواز إجراء الفحص الإجباري في الأمراض العقلية ولا الترتيب الإرادي ولا الإستشفاء الإجباري على الأطفال المراهقين غير المنحرفين الذين لم يبلغوا من العمر ست عشرة سنة.

1- تطور الأحكام المتعلقة بالأمومة والطفولة في قانون حماية الصحة وترقيتها

لقد تضمن قانون حماية الصحة وترقيتها تدابير حماية الأمومة والطفولة فقررت المادة 67 منه أن الأسرة تستفيد من الحماية الصحية بغية المحافظة على صحة الأفراد وسلامتهم وكذا التوازن النفسي في تعاملاتهم، لذا يجب القيام بجميع التدابير سواء الطبية أو الإدارية أو الإجتماعية التي من شأنها أن تحفظ صحتهم، وهذا لتحقيق ظروف جيدة تحمي صحة الأم قبل الحمل أثناءه وبعده، ثم تلي هذه المرحلة ضرورة توفير أحسن الظروف التي تساعد على النمو الحركي والنفسي للطفل.

كما يتعين أن تؤدي المساعدة الطبية وفقا للمادة 69 من ذات القانون الدور المنوط بها حين توجه إلى حفظ الحمل والبحث عن الأمراض التي تصيب الرحم وكذا ضمان سلامة الجنين وتطوره أثناء مراحل النمو إلى غاية الولادة، ويوضع برنامج وطني بخصوص تباعد الفترات الخاصة بالحمل يهدف إلى ضمان التوازن العائلي

[1] مثال ذلك القانون 88-07 المتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل، والقانون 81-07 المتعلق بالتمهين والمتمم بالقانون 90-34 وكذا القانون 90-11 الخاص بعلاقات العمل....

وإحداث الإنسجام وكذا الإحتفاظ بحياة الأم وصحتها وكذلك الشأن بالنسبة للطفل، ولبلوغ هذه الغاية توضع جميع الوسائل اللازمة تحت تصرف السكان.

وقد رخص المشرع من خلال مقتضيات المادة 72 من من ق.ح.ص.ت. بعملية الإجهاض المحظورة شرعا وقانونا إذا كانت الغاية منها علاجية وذلك إذا خيف على حياة الأم وكان هذا الإجراء السبيل الوحيد لإنقاذ حياة الأم من الخطر، أو للحفاظ على التوازن البيولوجي أو العقلي الذي يهددها ويشكل خطرا شديدا، وقد أكدت هذا الحكم المادة 308 من ق.ع.ج. التي تقضي بأنه لا عقوبة على الإجهاض إذا ما فرضته ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر وقام بإجرائه الطبيب أو الجراح دون أن يخفيه وقد قام مسبقا بإبلاغ السلطة الإدارية، وتتم عملية الإجهاض بعد إجراء فحص طبي لدى طبيب أخصائي وفي هيكل متخصص، وفي حال تخلف هذه الشروط يدخل إجراء الإجهاض في دائرة الحظر ويستوجب العقاب المنصوص عليه في قانون العقوبات.

وأضافت محكمة النقض الفرنسية حالة الخوف على الجنين من التأثر بمرض معد يصيب الأم الحامل وذلك في حكم لها بتاريخ 26 مارس 1996[1]، أو احتمال إصابة الجنين بتشوهات حسب ماقضى به مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 14 فبراير 1997[2]. وأجاز القانون الفرنسي عملية الإجهاض إذا كان الإحتمال كبيرا بولادة الجنين مصابا بعائق خطير غير قابل للعلاج حسب نتائج الكشف (م 12/162 من قانون الصحة الفرنسي)، ويعتبر القانون الألماني أن الإجهاض في نفس الحالة لا يعاقب عليه إذا كانت الحالة النفسية للمرأة معرضة للتدهور بسبب ولادة الطفل معاقا لدرجة التشوه، وبطبيعة الحال هذا فعل يخالف المنطق وتحظره الديانات السماوية ومن بينها الشريعة الإسلامية لما فيه من هدر بحق الآدمي وهو فعل خارج عن نطاق البشر[3].

---

[1] مضمون هذه القضية أن سيدة أصيبت في بداية الحمل بمرض الجدري، وخشية أن ينتقل ذلك إلى الجنين طلبت من الطبيب أن يقوم بالتحاليل اللازمة لتتأكد من عدم وجود خطر يهدد الجنين، فأكد لها الطبيب بعد إجراء التحاليل أن الجنين لا يمكن أن يصاب بهذا المرض لأنها تحمل أجساما مضادة للمرض، وبعد ولادة الطفل ظهرت عليه خلال سنة من وقت ميلاده اضطرابات عصبية جد خطيرة ناجمة عن داء الجدري الذي انتقل إليه من أمه أثناء فترة الحمل، ولهذا السبب أدانت محكمة النقض الفرنسية الطبيب لخطئه في التشخيص وتبعا لهذا فإن الطبيب قدم معلومات غير صائبة لم تسمح للأم باتخاذ القرار السليم المتمثل في إسقاط الحمل. انظر كتاب المسؤولية المدنية في المجال الطبي، أنس محمد عبد الغفار، دار الكتب القانونية–دار شتات للنشر والبرمجيات المحلة الكبرى، مصر، 2010، ص 664.

[2] مفاد هذه القضية أن سيدة حملت في سن متأخرة (43 سنة) ومخافة أن يؤدي الحمل في هذه السن إلى إصابة الجنين بتشوه خلقي توجهت إلى مركز متخصص لتقوم بإجراء التحاليل الطبية على كروموزومات وخلايا الجنين، ولم تكشف هذه التحاليل عن نتيجة غير عادية، وبعدها وضعت السيدة مولودا مصابا بتشوهات خطيرة، فقام مجلس الدولة الفرنسي بتأييد محكمة الاستئناف الإدارية في قيام مسؤولية المركز والأمر بتعويض الضرر الذي تعرض له الوالدان بسبب ولادة الطفل مشوها ذلك أن المركز أخطأ في تنفيذ التزامه حيث أنه لم يقم بتبصير السيدة باحتمال الغلط الذي يحتمل أن يؤثر على النتيجة. مقتبس من مؤلف المسؤولية المدنية في المجال الطبي، المرجع نفسه، ص665.

[3] منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 69.

وبالرجوع إلى قانون العقوبات بشأن جريمة الإجهاض نجد أن المشرع قد خصص لها ثمان(8) مواد نظرا لخطورتها على حياة الأم والجنين معا، حيث تنص المادة 304 من ق.ع. على أنه كل من قام بإجهاض 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 أم لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 د.ج. وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة، وفي جميع الحالات يجوز الحكم علاوة على ذلك بالمنع من الإقامة.

فإذا قام الطبيب بمحاولة إسقاط امرأة حامل وأفضى هذا إلى الوفاة كيفت محكمة النقض الفرنسية هذا الفعل بأنه قتل عمد إذا كانت الوفاة نتيجة مباشرة للوسائل المستعملة لعملية الإجهاض وليس نتيجة للحالة الصحية للحامل، وانتقد هذا الحكم "دنش" واعتبر الفعل قتل خطأ، ويرى الدكتور الجوهري بشأن هذه المسألة أن حكم محكمة النقض منتقد لعدم توافر نية القتل، وانتقد أيضا رأي دانش في كون عمل الطبيب قتل خطأ وذلك لتوافر العمد في الفعل المفضي إلى الوفاة، ومن ثم رجح في هذه المسألة اعتبار الواقعة جريمة جرح أو ضرب أفضى إلى موت دون قصد القتل[1].

وقد قضت المحكمة العليا في قرار لها[2] على أنه يتحقق الشروع في الإجهاض متى ثبت أن الضحية رفضت من تلقاء نفسها شرب المادة المسقطة المقدمة لها من طرف المتهم[3]. وإذا كان الجاني يمارس هذا الفعل المجرم بصورة متكررة فتضاعف العقوبة الخاصة بالحبس، وكذلك الشأن بالنسبة للعقوبة الخاصة بالسجن المقررة في حالة ما إذا أفضى الإجهاض إلى الوفاة.

على أنه تترتب وفقا لنص المادة 305 من ق.ع. المسؤولية الجنائية للأطباء والقابلات أو جراحي الأسنان أو الصيادلة ونفس الحكم بالنسبة لطلبة الطب أو طب الأسنان وطلبة الصيدلة ومستخدمي الصيدليات ومحضري العقاقير وصانعي الأربطة الطبية وتجار الأدوات الجراحية والممرضين والممرضات والمدلكين والمدلكات الذين يرشدون عن طرق إحداث الإجهاض أو يسهلونه أو يقومون به وتطبق بشأنهم العقوبات المقررة في المادتين 304 و305 من نفس القانون، كما يجوز الحكم على الجناة بالحرمان من ممارسة المهنة وكذا المنع من الإقامة.

---

[1] منير رياض حنا: نفس المرجع، ص 404.

[2] م.ع: غ.ج.، قرار رقم 363794 بتاريخ 1990/05/15.(قرار غير منشور).

[3] أحسن بوسقيعة: فانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، منشورات بيرتي، دالي إبراهيم، الجزائر، 2008-2009، ص 140.

كما عاقب المشرع المرأة التي قامت عمدا بإجهاض نفسها أو قامت بالمحاولة أو وافقت على استخدام الطرق التي تم إرشادها بها وقرر لها المشرع عقوبة الحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين وبغرامة من 250 إلى 1000 دينار جزائري، وهي غرامة ضئيلة القيمة مقارنة بعظم الفعل المجرم لذا ينبغي إعادة النظر بشأنها في التعديلات اللاحقة، وقد وسع المشرع من دائرة المعاقبين على هذه الجريمة بأن أدرج كذلك المحرضين عليها بالدعاية أو إلقاء خطب أو الإعلانات فقرر عقوبتهم بشهرين(2) إلى ثلاث (3) سنوات حبسا وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار جزائري.

كما يتعين التكفل بالقصر حال المتابعة الطبية والوقاية والتربية الصحية والعلاج وكذا التطعيم وذلك بغية تجنب الأمراض، ذلك أن القاصر ضعيف المقاومة فيتعرض إلى الإصابة السريعة بالأمراض كداء الحصبة أو الكزاز أو الشلل وغيرها من الأمراض التي تصيب الأطفال، ولهذا الغرض يتعين إجراء التلقيح الخاص بكل مرض وفق برنامج يتبعه الطبيب المعالج وبصفة مستمرة إلى غاية شفائه من المرض أو استعمال الأدوية المخصصة عند الإصابة بها تبعا للأعراض التي تظهر عليه.

2- تحسين وضع القاصر في الوسط التربوي والمجال الرياضي

نشير إلى أن القانون 85-05 قد أولى للقصر حماية صحية خاصة في الوسط التربوي وذلك في المواد 77 وما بعدها من ق.ح.ص.ت.، حيث تهدف الحماية الصحية إلى التكفل بالوضع الصحي للتلاميذ والطلبة وبالتبعية المعلمين لاتصالهم بهذه الفئة الضعيفة وذلك في الكيانات التربوية والمدرسية والجامعية والمهنية، ويتعين في هذا الخصوص معاينة المحلات والملحقات التابعة للمؤسسات التربوية[1] أو التكوينية وكذا مراقبة الحالة الصحية للتلاميذ ومن هم على اتصال بهم بصفة مباشرة أو غير مباشرة.

ولهذا الغرض كانت أعمال الإسعاف الأولي والوقاية والنظافة ضمن المهام الأساسية لهذه المؤسسات وهذا بالتنسيق مع مصالح الصحة، وقد حرص المشرع الجزائري على تخصيص المواد 79 وما يليها للحث للأحكام

[1] وقد صدر القانون رقم 10-04 الصادر بتاريخ 2010/01/04 المحدد لكيفيات إعداد الخريطة المدرسية وتنفيذها ومراقبتها (ج.ر.، ع1 بتاريخ 2010/01/06)، والذي قضى بأن الخريطة المدرسية تعتبر كوسيلة تخطيط في إطار السياسة العامة للسكن والعمران وتهيئة الإقليم وكذا التنظيم المتجانس لمواقع إنشاء مختلف أنماط مؤسسات التربية والتعليم العمومية والهياكل الأساسية المرافقة لها بالتنسيق مع القطاعات المعنية وكذا الولايات والبلديات من أجل ضمان أحسن الشروط الممكنة للتمدرس على الدوام عبر كامل التراب الوطني.

الخاصة بممارسة التربية البدنية[1] باعتبارها نافعة لصحة القصر، على أن تكون هذه الممارسة بانتظام وبصفة متوازنة يحترم فيها سن القاصر وبنيته الجسدية[2].

أما بخصوص ممارسة الرياضة البدنية خارج الوسط التربوي فيتعين تكييف برامج الأنشطة وفقا للسن والجنس وكذا الحالة الصحية لممارسها، ومن ثم يقع على عاتق الجماعات المحلية توفير تجهيزات ملائمة داخل المؤسسات الخاصة بالأطفال، وقبل ولوج هذه المؤسسات ينبغي الخضوع للمقاييس والقواعد الطبية الخاصة بالتربية البدنية وذلك حتى يتسنى تحديد الأهلية الطبية والبيولوجية وكذا قابلية التكيف النفسي لمختلف الفئات لضمان نتائج حسنة أثناء الممارسة.

3- تحديث الأحكام المرتبطة بالقصر الموجودين في وضع خاص

تجدر الإشارة إلى أن فئة المعوقين قد حضيت بفصل خاص في قانون حماية الصحة وترقيتها، وقد صدر المرسوم 59/80[3] المؤرخ في 8 مارس 1980 المتضمن إحداث المراكز الطبية التربوية والمراكز المتخصصة في تعليم الأطفال المعوقين وتنظيمها وسيرها، وتضمن هذا المرسوم التنظيم الإداري والمالي لهذه المراكز، ويعتبر هذا المرسوم امتدادا للمادتين 267 و 268 من ق.ص.ع. بيد أنه ألغي بموجب القانون 12-05 [4] الصادر بتاريخ 4 يناير 2012 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات التربية والتعليم المتخصصة للأطفال المعوقين وسوف نتعرض لأحكامه في موضعه.

وقد عرفت المادة 89 من ق.ح.ص.ت. الشخص المعوق بأنه كل طفل أو مراهق أو شخص بالغ أو مسن مصاب إما بنقص نفسي أو فيزيولوجي وإما المصاب بعجز يتعذر عليه بسببه القيام بنشاط يقوم به الشخص العادي أو من أصيب بعاهة تحول دون تمكنه من أن يحيى حياة اجتماعية عادية، وما يميز الطفل المعاق عن الشخص البالغ المعاق أنه يعاني من نقصين أولهما القصر الذي تكون فيه ملكاته الذهنية قاصرة عن إدراك الأشياء على حقيقتها، والنقص الثاني كونه معاقا وهذا يؤثر حتما على وضعه في المجتمع، لذا فهو يتمتع بالحق في الحماية الصحية والإجتماعية يراعى فيها احترم شخصيته الإنسانية وكرامته وكذا مشاعره الخاصة.

---

[1] وقد صدرت عدة قوانين تتضمن في أحكامها بإجبارية ممارسة التربية الرياضة في المدرسة ومن بينها القانون رقم 04-10 الصادر بتاريخ 2004/08/1 المتعلق بالتربية البدنية والرياضية وبالضبط المادة السادسة منه(ج.ر.، ع52 بتاريخ 2004/018/18)- وكذا المادة 39 من القانون 08-04 المتعلق بالقانون التوجيهي للتربية.

[2] وللتمكن من مراقبة هذه المعايير يتعين إجراء فحص الأهلية البدنية في المنافسات الرياضية وبالموازاة الخضوع للرقابة الطبية بصورة منتظمة حيث يتم دوريا زيارة هذه المؤسسات خاصة وقت ممارسة الأنشطة الرياضية.

[3] ج.ر. بتاريخ 24 ربيع الثاني 1400 هـ.

[4] ج.ر.، ع05 بتاريخ 29 يناير 2012.

كما يكون للأطفال المعاقين الحق في العلاج الملائم وإعادة التدريب وفقا للنقص أو العاهة التي يعانون منها، وهذا حتى يتم إدماجهم في الحياة الإجتماعية، ويتعين على المستخدمين الطبيين أن يتكفلوا بالشخص المعاق خاصة إذا تعلق الأمر بشخص قاصر، وذلك بأن يوفروا له التغطية الصحية اللازمة باحترام مقاييس النظافة والأمن على مستوى المؤسسات المتخصصة المنشأة لهذا الغرض[1].

ومعلوم أن الأمراض العقلية تصيب البالغين كما تصيب القصر أيضا، ولهذا قرر المشرع في نص المادة 104 من قانون حماية الصحة وترقيتها. بأن تنشأ وحدات استشفائية خارج المستشفيات مهمتها الوقاية واكتشاف الأمراض، وكذا معالجة الطفل والتكفل به بصرف النظر عن جنسه والذي يقل عمره عن السادسة عشر عاما ويعاني من اضطراب أو خلل عقلي يشكل ما يسمى بالمرض الوحيد أو المرض الرئيسي، وأشارت المادة 107 من ذات القانون إلى أنه بشأن مسألة الوضع رهن الملاحظة يمكن إحالة المريض على المصلحة المتخصصة إما بمبادرة من أسرته أو ممثله القانوني أو بمبادرة من أي شخص عمومي يراعي مصلحة المريض، وقد حددتهم هذه المادة وهم الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أو محافظ الدرك أو مسؤول الدرك أو أحد ممثليهم المفوضين.

ويمكن وضع القاصر تحت نظام الترتيب الإرادي في نهاية فترة الوضع رهن الملاحظة بناء على اقتراح من طبيب الأمراض العقلية في المؤسسة، وفي هذه الحال تعتبر موافقة أسرة المريض أو ممثله القانوني ضرورية، وإذا لم تكن للقاصر المريض أسرة نصت المادة 2/117 من ق.ح.ص.ت. على حل لهذه المسألة وذلك بتمكين وكيل الجمهورية القاصر من وصي أو قيم أو أي شخص آخر يسهر على صحته بموجب تحرير طلب الترتيب الإرادي، ويستثنى من هؤلاء طبيب الأمراض العقلية أو أي مأمور على مستوى المؤسسة. تجب الإشارة إلى أنه لا يجوز إجراء الفحص الإجباري في الأمراض العقلية ولا الترتيب الإرادي ولا الإستشفاء الإجباري على الأطفال المراهقين غير المنحرفين الذين لم يبلغوا من العمر ست عشرة سنة[2].

[1] لم يغفل المشرع عن أمر هام يتعلق الأمر بالتربية الصحية للسكان المنصوص عليها في المادة 97 وما بعدها من ق.ح.ص.ت. والتي ترمي إلى رفاهية السكان وذلك باكتسابهم المعلومات الضرورية بخصوص النظافة الفردية والجماعية وتبعا لهذا حماية البيئة وكذا التغذية السليمة والمتوازنة وترقية التربية البدنية إضافة إلى الوقاية من الأمراض والحوادث وعند الضرورة تناول الأدوية، وصرح المشرع بتربية الطفل في المادة 99 من ق.ح.ص.ت. وذلك في مجال النظافة والأمن والإسعاف الأولي.

[2] نصت المادة 122 من ق.ح.ص.ت. على الإجراء الذي يمكن أن يحول بموجبه المريض من الترتيب الإرادي إلى الاستشفاء الإجباري، وكذلك في نهاية فترة الوضع رهن الملاحظة ويتم بمبادرة من طبيب الأمراض العقلية الذي يحرر طلبا مسببا في هذا الشأن ويتخذ الوالي قرارا بالاستشفاء الإجباري.

ثانيا: الأحكام المستجدة بخصوص القاصر في قانون حماية الصحة والتعديلات اللاحقة به

تم استحداث أحكام مرتبطة بالقصر لم يكن منصوصا عليها في قانون الصحة العمومية، ويتعلق الأمر بالحظر الوارد على جمع الدم وكذا انتزاع وزرع الأعضاء البشرية من هذه الفئة الضعيفة، كما أن التعديلات التي لحقت قانون حماية الصحة وترقيتها لم تمس القصر ضمن أحكامها.

1- استحداث أحكام خاصة بالقصر في قانون حماية الصحة وترقيتها

بالنظر إلى أهمية العلاج بالدم ومشتقاته ومسألة التبرع به لفائدة المرضى فقد ألزم المشرع الأطباء والمستخدمين الموضوعين تحت مسؤوليتهم القيام بجمع الدم وتحليله، وحظر المشرع بموجب المادة 2/158 من ق.ح.ص.ت. القيام بجمعه من القصر أو الراشدين المحرومين من قدرة التمييز أو لأغراض استغلالية، ونفس الحكم مقرر لمسألة انتزاع الأعضاء البشرية حيث حظر المشرع بمقتضى المادة 163 من ذات القانون القيام بهذا الإجراء على القصر وكذا الأشخاص المحرومين من التمييز أو المصابين بأمراض من طبيعتها الإضرار بصحة المتبرع أو المتلقي، إلا أن المشرع اورد استثناء بشأن الأشخاص الذين لا يتمتعون بالأهلية القانونية إذ يمكن أن يمنح الموافقة الأب أو الأم أو الولي الشرعي حسب الحالة، وسوف نحلل هذه الأحكام في التشريع المقارن في مقامه.

2- غياب الأحكام المرتبطة بالقاصر في التعديلات اللاحقة للقانون 85-05

لقد عدل قانون حماية الصحة ترقيتها عدة مرات ولم يحظ القاصر فيها بأحكام إلا نادرا، وكان هذا بموجب القانون 90-17[1] الصادر بتاريخ 1990/07/31 المعدل والمتمم للقانون 85-05 حيث نصت المادة 3/206 منه على أنه يتعين على الأطباء أن يبلغوا عن سوء معاملة الأطفال القصر والأشخاص المحرومين من الحرية التي لاحظوها خلال ممارسة مهنتهم، وبالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب الذي صدر لاحقا للقانون 85-05 نجد حكما مماثلا في المادة 54 التي تقضي بأنه يجب على الطبيب أو جراح الأسنان المدعو للإعتناء بقاصر أو بشخص معوق إذا لاحظ أنهما ضحية ممارسة قاسية أو غير إنسانية أو حرمان أن يبلغ بذلك السلطات المختصة.

ثم جاء تعديل آخر للقانون 85-05 سنة 2006 بموجب الأمر رقم 06-07[2] الصادر بتاريخ 2006/07/15 ولم يتضمن أحكاما تتعلق بالقاصر، كذلك القانون رقم 08-13[3] الصادر بتاريخ

[1] ج.ر.، ع 35 بتاريخ 24 محرم عام 1411 هـ.
[2] ج.ر.، ع 47 بتاريخ 2006/07/19 م.
[3] ج.ر.، ع 44 بتاريخ 2008/07/20م.

2008/07/20 المعدل والمتمم لقانون حماية الصحة وترقيتها الذي ركز على المواد الصيدلانية ولم يأت بجديد فيما يخص الأحكام المرتبطة بالقاصر[1].

الفرع الثاني : توازن المصالح بين القاصر ونائبه القانوني بخصوص رضاه في الأعمال الطبية

هناك علاقة وطيدة الصلة بين أهلية المريض ومباشرة الأعمال الطبية عليه حيث يتعين توافر رضاه أو عند الإقتضاء موافقة أحد أقربائه وما يترتب على رفضه بعد تبصير الطبيب بعواقبه، وتكون الأحكام بشأن القاصر أكثر دقة باعتباره غير كامل الأهلية فمنحت التشريعات الأجنبية وفي مقدمتها المشرع الفرنسي دورا متقدما للقاصر في التعبير عن إرادته بخصوص التدخلات الطبية والإعتداد بموافقته إزاءها وإمكانية تجاوز هذه الإرادة في ظروف معينة.

في حين كانت الأهمية بالغة لمسألة الولاية بخصوص هذه التدخلات في التشريع الجزائري على اعتبار أن الطفل قاصر عن معرفة الأشياء على حقيقتها، وتبعا لهذا لا يمكنه إدراك العواقب لقصر نظره من جهة ولتأثير المرض من جهة أخرى حتى ولو قام الطبيب بتبصيره، فبين هذه الأحكام وتلك هل أن الأحكام التشريعية الصحية بخصوص القاصر في التشريع الجزائري توفر الحماية اللائقة له أم أنه يتعين التأسي بالتشريعات المقارنة وتحديثها لتحقيق المبتغى؟ ما هو موقف الشريعة الإسلامية في ظل تباعد أحكام هذه التشريعات الوضعية في مسألة رضاء القاصر بشأن مباشرة التدخلات الطبية لمصلحته؟

كما تعتير عملية نقل وزرع الأعضاء من ضمن العمليات الجراحية التي تنفرد بأحكام خاصة لما تنطوي عليه من الخطورة، ويزداد الوضع تفاقما إذا كان القاصر موضوع هذه العملية، وهنا تطرح إشكالية رضاء القاصر في مثل هذه المواضيع ومدى أهمية نظام الولاية في هذه المسائل، فكيف عالجت التشريعات الوضعية القضايا المتعلقة بمسألة نقل وزرع الأعضاء؟ وهل تتشابه الأحكام بخصوصها مع تلك المقررة بشأن الأعمال الطبية؟ بمعنى آخر هل يمكن تصور حالة عادية وحالة استعجال في هذه المسألة أم أن عملية نقل وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية تنطوي على عنصر الإستعجال والخطر بطبيعتها وبالتالي لا يمكن الإعتداد برضاء القاصر بشأنها؟

[1] للإشارة فإنه إذا تم تصريف الدواء لقاصر وقد أدى إلى إلحاق الضرر به هنا تنعقد مسؤولية الصيدلي ويلتزم بالتعويض ويحق للولي أو الوصي القائم على شؤونه أن يطالب نيابة عنه بالتعويض. راجع هذه المسألة في مذكرة ماجستير من إعداد عيساوي زاهية تحت عنوان المسؤولية المدنية للصيدلي نوقشت بتاريخ 2012/04/16، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص 153.

أولا: رضاء المريض القاصر أثناء التدخلات الطبية

حتى يباشر الطبيب علاج المريض يتعين توافر عنصر الأهلية وبالتبعية الرضا لدى المريض، إضافة إلى إذنه أو عند الإقتضاء الحصول على رضا أحد الأقارب، والأهلية المطلوبة في هذا الخصوص هي أهلية التصرف التي تخوله التعبير عن إرادته والإدلاء بالموافقة أو الرفض على إبرام العقد الطبي، ومن هذا المنطلق يتبين أن أهلية الأداء لابد أن تدعم بالموافقة سواء من قبل المريض أو من ينوب عنه قانونا[1]، ويرى بعض الفقهاء الفرنسيين أن مسؤولية الطبيب أثناء تدخله الطبي دون رضاء المريض هي مسؤولية مستقلة تماما عن عن المسؤولية المترتبة عن الخطأ في العلاج الذي يتم برضاء المريض ويشكل العمد عنصرا من عناصرها[2].

وتزداد المسألة أهمية إذا تعلق الأمر بالمريض القاصر وضرورة الحصول على رضاه بخصوص العمل الطبي، ولأجل هذا ينبغي أن نتفحص أحكام القانون رقم 85-05 الصادر بتاريخ 16 فبراير 1985 المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها وكذا مدونة أخلاقيات الطب الجزائري الصادرة بموجب المرسوم التنفيذي 92-276 المؤرخ في 1992/07/06[3]، وبناء على ما سبق يمكن طرح الإشكال التالي: هل يعتد بإرادة المريض القاصر إزاء التدخلات الطبية وكذا العمليات الجراحية؟ وإذا كانت الإجابة بالإيجاب فإلى أي مدى يمكن احترام إرادة المريض القاصر؟ إن احترام إرادة القاصر بخصوص الأعمال الطبية غاية في الأهمية إذ يقع على عاتق الطبيب جملة من الالتزامات فرضها القانون، ولهذا ندرس الأحكام المتعلقة برضا المريض القاصر في الفقه المقارن ثم نبين موقف المشرع الجزائري.

1- أحكام رضاء القاصر بشأن الأعمال الطبية في الفقه المقارن

سبق أن عرفنا أنه بإمكان القاصر مزاولة الأعمال التجارية إذا تم ترشيده وفقا لشروط معينة، كذلك الشأن في قانون الأسرة إذ يجوز إعفاء القاصر من شرط السن لإبرام عقد الزواج، وتبعا لهذا يكتسب أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات، ونفس الشيء بالنسبة لعقد العمل ونظرا للخصوصية التي يتميز بها وكذا لاعتبارات أخرى حيث حدد المشرع السن الدنيا للتوظيف بستة عشر عاما حسب مضمون المادة 15 من ق.ع.ع..

فبالنظر إلى هذه التراخيص المخولة للقاصر في ظل هذه القوانين هل تنطبق مثل هذه الأحكام في القانون

[1] بن صغير مراد: دراسات قانونية ضمن مجلة سداسية، مخبر القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، ع4، س2007، ص290.

[2] أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة: التأمين من المسؤولية الناتجة عن الأخطاء الطبية (دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، س2012، ص 56.

[3] ج.ر.، ع52 بتاريخ 8 يوليو 1992، ص1419.

الصحي الجزائري ويمكن تبعا لهذا الاعتداد برضاء المريض القاصر بخصوص الأعمال الطبية التي يباشرها الطبيب عليه كما هو الشأن بالنسبة للشخص الراشد وهذا سواء في مواجهة قرار الطبيب الذي لديه الدراية الكافية عن النتائج التي سوف تترتب عن عمله الطبي أو في مواجهة سلطة الولي الشرعي أو الأقرباء أو من يمثل القاصر قانونا باعتبارهم الأدرى بمصلحته ؟ وهل ينطبق نفس الحكم في الحالات التي تنطوي على الإستعجال أو الخطر؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تقودنا إلى البحث عن رضاء القاصر إزاء العمل الطبي الخاضع له في التشريعات المقارنة كالتشريع الإنجليزي والتشريع الفرنسي، ثم نحدد موقف المشرع الجزائري بالنظر إلى هذه التشريعات، ولكن نتفق أولا على أن القاصر غير المميز تعتبر تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا حتى ولو أجازها الولي ولا تختلف التشريعات الصحية المقارنة في هذه المسألة، حتى وإن لم تُثِرْها ضمن قوانينها الخاصة وجب الرجوع إلى القواعد العامة مع الأخذ بعين الاعتبار أن القواعد العامة الواردة في القانون المدني تقرر هذه الأحكام بالنسبة للذمة المالية للشخص، وأما ما تعلق بشخصه فهي مسألة يتعين النص عليها لما تنطوي عليه من المخاطر، كما هو عليه الحال في التشريع العراقي[1]، ذلك القاصر المميز فلديه القدرة على التعبير عن إرادته ولهذا قررت بعض التشريعات ضرورة احترام إرادته وفق شروط معينة.

أ- رضاء المريض القاصر في التشريعات الأنجلوسكسونية

حدد التشريع الإنجليزي السن الدنيا لموافقة القاصر على العمل الطبي مهما كانت طبيعته بست عشرة سنة وفقا للفقرة الأولى من المادة 8 من قانون الأسرة، ويصبح الرضاء الصادر عنه كأنه صدر عن شخص كامل الأهلية، ومن ثم لا حاجة للحصول على الموافقة ممن يمثله قانونا، أي أن رفض هذا الأخير لا يمنع الطبيب من مباشرة العمل الطبي إذا وافق القاصر على ذلك، وإذا كانت سن القاصر تقل عن تلك المحددة قانونا فإن موافقة القاصر تخضع للسلطة التقديرية للطبيب باعتباره الأدرى بحالة القاصر ومدى قدرته على التعبير الصحيح عن إرادته، وهناك سابقة قضائية تثبت هذا الحكم[2].

في حين ذهبت بعض الجهات القضائية الأخرى في بريطانيا إلى ضرورة اللجوء إلى محكمة شؤون الأسرة التي تستعين بالخبرة القضائية لمعرفة ما إذا كان بالإمكان الاعتداد برضاء القاصر إزاء العمل الطبي الذي ينطوي

[1] زينة غانم يونس العبيدي: إرادة المريض في العقد الطبي، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2011، ص 266.

[2] يتعلق الأمر بالسيدة جيليك التي رفضت القيام بعملية الإجهاض لابنتها البالغة من العمر خمس عشرة سنة أمام الجهات الصحية المعنية، فأخذ الطبيب بموافقة البنت على أساس أنها تتمتع بالقدر الكافي من الإدراك وأجرى العملية، فقام مجلس اللوردات بتأييد الإجراء المتخذ من الطبيب باعتباره نفس العمل الذي يقوم به أي طبيب في هذا الوضع. انظر مامون عبد الكريم: رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، د.م.ج.، بن عكنون، الجزائر، 2009، ص 208 وما بعدها.

على حالة الخطر أو يكون غامضا بخصوص نتائجه المحتملة، وهو نفس الحكم الذي أخذت به بعض المحاكم الأمريكية دون تحديد للسن الأدنى، وإنما يمكن أن يعتد برضاء القاصر الذي لم يبلغ الثماني عشرة سنة بشأن الأعمال الطبية الخاضع لها ولو رفض الوالدين بشرط تمتعه بالقدرة على الإدراك ومن ثم اتخاذ القرار المناسب لصحته وكذلك عدم انطواء العمل الطبي على خطر يهدد سلامته الجسدية[1].

ب- رضاء المريض القاصر في التشريعات اللاتينية -التشريع الفرنسي نموذجا-

تجد حقوق الطفل المريض في فرنسا مصدرها في قانون الصحة العمومية، هذا الأخير الذي تضمن الحق في إعلام المريض القاصر والاعتناء به بصورة جيدة وكذا الاستشفاء المستمر، كما يضمن أيضا حق التمدرس وبقاء الروابط العائلية وذلك بأن تتم متابعة القاصر في المنزل بعد خروجه من المستشفى حتى يتخطى الأزمة النفسية لارتباطه بالمستشفى، وعلى النقيض من ذلك ينبغي أن يُخلَق جو عائلي يساعده على التماثل للشفاء.

ذكرنا فيما سبق أن المشرع الفرنسي عرف القاصر في المادة 388 من القانون المدني بأنه الشخص الذي لم يبلغ سن الثماني عشرة سنة سواء كان ذكرا أو أنثى، نشير إلى أن القانون رقم 459 لسنة 1970[2] قد فرق بين حماية الذمة المالية للشخص القاصر وبين الحماية المقررة لشخصه والتي يمارسها والداه استنادا إلى سلطتيهما، فإذا أصدرا تعبيرهما بالموافقة أو الرفض بشأن التدخل الطبي لفائدة ابنهما القاصر فإن هذا لا يثير تساؤلا، وإنما يطرح الإشكال إذا اختلفا في الرأي فأصدر أحدهما القبول بالتدخل الطبي في حين قابله الآخر بالرفض، فهنا نميز بين فرضين.

يتعلق الفرض الأول بانطواء التدخل الطبي على عنصر الخطر ففي هذه الحال يجب على الطبيب أن يحصل على موافقة كلا الوالدين، وأما في الحالات المستعجلة يتعين اللجوء إلى الجهات القضائية المختصة ليُوفِّق القاضي بينهما، وعند عدم الإمكان يتعين الاستعانة بخبرة لتحديد الإيجابيات والسلبيات الناتجة عن هذا التدخل الطبي ومن ثم عرضها من جديد على الوالدين لتقريب وجهات النظر بينهما[3]، وأما بخصوص الفرض الثاني وهو عدم انطواء التدخل الطبي على عنصر الخطر فهنا يأخذ الطبيب بموافقة أحد الوالدين[4].

---

[1] مامون عبد الكريم: نفس المرجع، ص211-212.

[2] جدير بالذكر أنه قبل صدور هذا القانون لم يكن للقاصر الحق في رفض التدخلات الطبية مهما كانت طبيعتها بسب السلطة الوالدية التي كان يولي لها المشرع اهتماما كبيرا في القانون السابق، وقد انتقد الفقه هذه الفكرة واعتبرها نوعا من التعسف في استعمال تلك السلطة.

[3] Le médecin peut également passer outre le refus des deux parents en saisissant le juge des enfants, mais la doctrine était majoritairement contre l'intervention du juge d'enfants dans le cas du différend des deux parents . voir Laurence Gareil: op. cit., p.79.

[4] زينة غانم: مرجع سابق، ص 274 وما يليها.

وإذا كان بإمكان القاصر التعبير عن إرادته ورفض تدخلا طبيا قد وافق عليه الوالدان فهل يتعين احترام إرادة المريض القاصر عند رفضه العلاج المقدم إليه من قبل الطبيب أم أنه يعتد بموافقة والديه؟ للإجابة على هذا الطرح يتعين الرجوع إلى أحكام المرسوم 1000- 95 المتضمن قانون أخلاقيات الطب الفرنسي، حيث تقضي المادة 43 منه بأنه إذا كان بإمكان غير كامل الأهلية أن يعبر عن إرادته بنفسه فالطبيب ملزم بأن يأخذ برأيه إلى أبعد الحدود، وعلى هذا يجب احترام إرادة القاصر متى أمكنه التعبير عن رأيه فيما يخص تدخل الطبيب لمعالجته[1].

تجدر الإشارة إلى أن القواعد العامة الواردة في التشريع الفرنسي تتوافق مع تلك الواردة في قانون الصحة العمومية الفرنسي، حيث تقضي المادة 371-1 من القانون المدني الفرنسي بأنه يتعين على الوالدين أن يشركا الطفل في جملة القرارات التي تعنيه وفقا لسنه ودرجة نضجه، لذا وجب الأخذ برأيه وعدم الأخذ بالقرارات التي تتعارض مع رضاه، وبناء على هذا فإن السلطة الوالدية توفر الحماية للقاصر وذلك بتغطية ضعفه عن إدراك الأمور على حقيقتها.

واتخاذ القرارات بشأن المريض القاصر يوفر الحماية لشخصه، وهذا ليس على إطلاقه، إذ بإمكان القاصر في مقابل هذه الصلاحيات أن يتلقى المعلومات ويسهم في اتخاذ القرارات بصورة تتوافق مع درجة نضجه[2] وهذا ما تقضي به المادة 2/1111 من قانون الصحة العمومية الفرنسي، ويقصد بهذا وجوب النظر إلى سن القاصر ومدى قدرته على التمييز والاستيعاب كما يجب التأكد من صحة رضاه إذا كان مؤهلا للتعبير عن إرادته والمشاركة في اتخاذ القرار.

نشير إلى أنه يتعين التمييز بين البحث أو التقصي عن رضاء القاصر ومسألة الحصول على رضائه، إذ أن هذا الأخير يأتي عن طريق التأثير على الطفل من أجل تغيير وجهة نظره والحصول على تعبير منه بشكل يتوافق مع ما يسعى إليه ممثله الشرعي وهو بطبيعة الحال تحقيق مصلحة القاصر، فالمطلوب هو تقصي رضائه بخصوص العلاج كأصل عام يرد عليه استثناء وذلك في المسائل التي تنطوي على المخاطر.

---

[1] ويشدد المشرع الفرنسي بموجب المادة 42 من مدونة أخلاقيات الطب أنه يتوجب على الطبيب أن يلتزم باستشارة القاصر المريض وأن يحترم رأيه إلى أقصى حد ممكن.

[2] Les dispositions relatives à la santé du mineur basculent entre deux points, dont le premier concerne sa vulnérabilité, qui impose une protection optimale, dans l'autre côté sa maturité qui demande l'autonomie de ses droits, en particulier pour les actes qui concernent son corps. A cet effet, il est nécessaire de chercher un équilibre entre ces deux principes paradoxaux, le premier entre sa vulnirabilité qui exige sa protection et dans l'autre côté sa maturité qui le promouvoit à revandiquer et à entamer d'une façon autonome ses droits, donc c'est la nécessité impérieuse de reconnaitre que l'autonomie du mineur de prendre les décisions relatives à son corps est la seule solution pour cette question. Bertrand ARRION, Le mineur, son corps et le droit, criminel, Thèse de doctorat, Université de LAURENNE, Faculté de droit, soutenue le 26/06/2010, p.390.

وفي هذا الخصوص تقضي المادة 1241-3 من قانون الصحة العمومية الفرنسي بأن رفض القاصر لنزع نخاع العظم لفائدة أخيه أو أخته يشكل عائقا، ومن ثم لا يسوغ تجاوز رفضه أو استبعاد قبوله بل يتعين البحث عن رضاه واحترامه قدر الإمكان، ولا نفهم من هذا أن هناك استباق لرشد القاصر حين يؤخذ برأيه في اتخاذ القرارات، بل هي أهلية استثنائية خولها له المشرع، ذلك أن الأمر يعني مسألة غاية في الأهمية وهي سلامته البدنية، وتضيف المادة 2212-7 من نفس القانون في فقرتها الثانية أنه يتعين على الطبيب أن يبذل ما في وسعه للحصول على رضاء الزوجة القاصر غير المرشدة والتي تريد أن تحتفظ بسرية الانقطاع عن الحمل وذلك من أجل معرفة ما إذا قامت القاصرة باستشارة من يمارس عليها السلطة الوالدية أو من يمثلها قانونا أو التحقق من أنها أجرت مقابلة مع أخصائيين لهم دراية بالعلاقات الزوجية، وإذا أصرت القاصرة على هذا المسعى أو إذا تعذر الحصول على رضاها بخصوص الامتناع الإرادي عن الحمل وكذا بشأن الأعمال الطبية والعلاج المحتمل أن تخضع له في هذه الحال يتعين أن يرافقها شخص بالغ من اختيارها لتنفيذ هذه الخطوة، وللقاصر الاستقلالية التامة في اتخاذ قرار يخصها ولا يلزم إعلام والديها ولا اعتراض مسعاها، نخلص إلى القول أنه يتعين إشراك القاصر في القرارات المتخذة بشأنه إزاء التدخلات الطبية وذلك بتبصيره[1] وله الحق في التعبير عن إرادته بالقبول أو الرفض.

ولا يمكن أن نأخذ بالحكم السالف على إطلاقه، إذ بإمكان الطبيب وهو الأدرى بمصلحة القاصر استبعاد رأيه إذا ارتأى أنه يؤثر على سلامته الجسدية، وقد ساير القضاء الفرنسي هذا الحكم في قرار لمحكمة النقض المؤرخ في 03 يوليو1997 والذي يخول للقاضي الخاص بالأحداث إصدار أمر بإجراء الفحص الطبي للقاصر بصفة مباشرة متى دعت الضرورة إلى ذلك، وبناء على هذا يقع عبء الإثبات على القاصر أو من ينوب عنه قانونا بأن يثبت أن الطبيب لم يحترم رضاءه.

ومثل هذه المسائل يصعب إثباتها ومن ثم يسوغ للقاضي إعمال سلطته التقديرية كما يمكنه أن يستعين بخبرة إن تعذر ذلك، إلا أن الأمر ليس بالهين إذ يمكن أن تعترض الخبير عقبتان، تكون الأولى من الجانب الشكلي بالنظر إلى التباعد الموجود بين معطيات تتسم بالتجريد والواقع الملموس أي العوامل التي كانت تحيط بالطبيب، وتكون العقبة الثانية من الجانب الموضوعي حيث يتم التعامل مع زملاء المهنة بنوع من التسامح أي بين الطبيب

[1] Donc le médecin doit vérifier que le patient qu'il soit majeur ou mineur est capable, c'est-à-dire s'il est doté de la capacité de discernement pendant l'expression de sa volonté et libre de toute pression de son entourage. Morgan LEGOUES : Le consentement du patient en droit de la santé ; Thèse de doctorat, Université d'AVIGNON ; Faculté de droit, soutenue le 05/06/2015, p. 295.

الخبير والطبيب المعالج اعتمادا على مبدأ الزمالة "confraternité"، وهنا يتعين على الطبيب أن يكون كيّسا لدرء المحاباة المحتملة[1].

أما عن محكمة النقض الفرنسية فقد قضت في حكم لها بتاريخ 29 ماي 1984 بمسؤولية الطبيب لإخلاله بالتزام عدم الحصول على رضاء المريض أو ممثله القانوني، وتتلخص وقائع هذه القضية في كون صبي يبلغ من العمر خمس عشرة سنة أجري له تصوير عن طريق الأشعة فأصيب على إثره بشلل في النصف الأسفل من جسمه، فأدانت محكمة الاستئناف كلا من الجراح والطبيب الخاص بالأشعة، لأن الأول وصف العمل الطبي والثاني قام بتنفيذه من جهة، ومن جهة أخرى أنهما لم يحصلا على رضاء مستنير[2] من المريض أو ممثله القانوني قبل إجراء الفحص الطبي الذي ينطوي على أخطار خاصة، يضاف إلى هذا أن حالة الإستعجال أو الضرورة لم تكن متوافرة، مع أن الطبيبين لم ينكرا واجب التبصير ولكن ألقى كل منهما تبعة عدم تنفيذ الالتزام على الآخر.

كما أجابت محكمة النقض على هذا بأن كلا الطبيبين سواء الذي وصف الفحص الطبي أو الذي قام بتنفيذه كانا على بصيرة بالمخاطر التي سوف تنجم عن هذا العمل الطبي، خاصة أن نسبة تحقق هذه المخاطر كافية يلتزم بموجبها الطبيب بإعلام المريض أو الممثل القانوني بنتائجها المحتملة وترجيح المخاطر والفوائد المرتقبة[3].

تجدر الإشارة إلى أنه بإمكان الأطباء تجاوز إرادة المريض بشأن التدخلات الطبية وموافقة من ينوب عنه قانونا في حالتين، تتعلق الأولى بتوافر عنصر الخطر وتعذر التعبير عن الإرادة من طرف المريض مع ضرورة الإسراع في تقديم العلاج أي حالة الإستعجال، وأما الحالة الثانية فتتمثل في أمر القانون للطبيب بأداء واجب كحالة انتشار الوباء، وعدم احترام إرادة المريض في هذه الحالة مرده مصلحته وكذا مصلحة المجتمع[4]، كما أن رفض الوالدين بتقديم العلاج للقاصر دون أي مبرر قوي يعرضه للخطر، وتبعا لهذا فإن مثل هذا السلوك يستوجب العقاب على أساس الامتناع عن مساعدة شخص في حالة خطر[5] المنصوص عليه في المادة 182 من ق.ع[6].

---

[1] بن صغير مراد: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، ط1، 2015، ص 630.

[2] قضى مجلس الدولة الفرنسي في قرار له بتاريخ 5 يناير 2000 أنه يتعين إعلام المريض إلى غاية الحصول على رضاء مستنير وهذا إذا كان من شأن العمل الطبي أن لا يؤدي إلى الوفاة أو حالة العجز.

[3] أنس محمد عبد الغفار: مرجع سابق، ص 665.

[4] أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة: مرجع سابق، ص57-58.

[5] عشوش كريم: العقد الطبي، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 27.

[6] نجد أن التشريعات الغربية قد ذهبت إلى أبعد من هذا حيث أنها أجازت ما يسمى بالقتل بدافع الشفقة وطبقت أحكامه على القصر، فذهبت إلى أن مثل هذا الإجراء يمكن يتم بموافقة الأشخاص البالغين وكذا القصر المرشدين، وأما القاصر غير المرشد فيتعين الحصول على موافقة ممثليه القانونيين لمباشرة هذا الإجراء المحظور في الدين الإسلامي.

2- موقف المشرع الجزائري بخصوص رضاء القاصر في المسائل الطبية

تقضي المادة 52 من م.أ.ط. بأن الطبيب أو جراح الأسنان الذي طلب منه تقديم العلاج للقاصر يجب عليه بذل العناية اللازمة لإبلاغ الأولياء أو الممثل الشرعي وضرورة الحصول على موافقتهم، كما يتعين عليه عند توافر حالة الإستعجال أو عدم إمكان الاتصال بهؤلاء أن يعمل على تقديم العلاج الضروري لفائدة المريض القاصر، تنص المادة 53 من هذه المدونة على أن الطبيب هو المعني بحماية القاصر المريض عندما يرى أن مصلحته الصحية لا تحظى بالتفهم اللائق أو لا يمكن اعتبارها ممن يحيط به، تضيف المادة 54 من نفس المدونة أنه يتوجب على الطبيب أو جراح الأسنان القائم على العناية بصحة القاصر أن يعجل في إبلاغ السلطات المختصة سواء الإدارية أو سلطات الأمن إذا عاين معاملة يوصف بأنها غير إنسانية أو تتسم بالقسوة أو الحرمان، في حين ذهب المشرع الفرنسي إلى إعطاء القاصر هذه الصلاحية وذلك بأن يلجأ إلى القاضي، غير أن المشرع الجزائري خول هذه الصلاحية للطبيب الذي يعالج المريض[1].

وما يمكن استنتاجه من استقراء النصوص القانونية المتعلقة بالقاصر في قانون الصحة وحمايتها أو قانون الصحة الجديد-كما سنراه لاحقا- هو أن رضاءه سواء كان قاصرا مميزا أو عديم التمييز[2] لا يمكن أن يؤخذ به، وهو حكم خاص لا يتماشى مع الأحكام العامة التي تقرر أن حكم تصرف القاصر المميز هو القابلية للبطلان بالنسبة حسب مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 101 من ق.م.، ويكون حكمها عدم النفاذ إلى أن يجيزها والولي طبقا للمادة 83 من قانون الأسرة. وبالنسبة للقاصر غير المميز فإن تصرفه يكون حكمه البطلان المطلق، فقانون الصحة لم يأخذ بهذه التفرقة في الحكم لأن المسألة تتعلق بسلامة جسم القاصر لا بماله، ومن هذا المنطلق لا يمكن القول بأن القاصر لم تحترم إرادته في القانون الجزائري بل إن المشرع قرر بهذه الأحكام الصارمة حماية بالغة ذلك أن القاصر لا يستطيع تقدير المصلحة، وهي الحكمة التي يبتغيها المشرع، غير أن المنطق لا يتماشى مع هذا الحكم ذلك أن السلامة البدنية للقاصر أولى من حفظ ماله هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن سلامة بدنه هي مسألة شخصية بحتة يتعين أن يدلي برضائه إزاءها.

تقضي المادة 154 من ق.ح.ص.ت. بأن العلاج الطبي يتم تقديمه إذا وافق المريض أو من خول لهم القانون منح الموافقة، وهو ذات الحكم الوارد في قانون الأسرة حيث أن القاصر يمثله نائب قانوني وليا كان أو وصيا

[1] زينة غانم يونس العبيدي: مرجع سابق، ص 275.

[2] ولعل مسألة تحفيز القاصر المميز على المشاركة في اتخاذ القرارات المتعلقة بصحته يجلب له النفع في حياته، ويدربه على تحمل المسؤولية خاصة وأنها قرارات جد حساسة ذلك أنها تتعلق ببدنه وتقضي القاعدة المشهورة بأن المحافظة على الأبدان مقدمة على المحافظة على الأديان. انظر في هذا القبيل مأمون عبد الكريم: مرجع سابق، ص 221(بتصرف).

أو قيما، كما أن القاصر الذي لا يتمتع بأهلية الأداء حينما تعرض حالته على طبيب لعلاجه فيقع على عاتقه أن يبذل العناية اللازمة لإبلاغ أوليائه أو ممثله القانوني وذلك حتى يحصل منهم على الموافقة، وإذا لم يقم بإخطارهم أو سعى لإبلاغهم ولكنه لم يبذل العناية اللازمة وحصل ضرر للقاصر ترتبت مسؤولية الطبيب.

فإذا وصل إلى علم الوالدين أن ولدهم قدم إلى الطبيب للمعالجة فقبل أحدهم تدخل الطبيب ورفض الآخر فإن الحل يختلف عما أوردناه سلفا في التشريع الفرنسي، ذلك أن السلطة الأبوية في التشريع الجزائري تختلف عن تلك المقررة التشريع الفرنسي، فتكون للأب الولاية على أولاده القصر باعتبارها ولاية أصلية ودون أن يتم اللجوء إلى القضاء[1]، حسب مقتضى المادة 87 من ق.أ. وبالتالي يؤخذ برأيه في حالة الاختلاف عكس التشريع الفرنسي الذي يكفي فيه أن يوافق إما الأب أو الأم حتى يباشر تقديم العلاج للقاصر، إلا أننا نواجه مضمون المادة 36 من ق.أ.المعدلة بموجب القانون 05-02 والذي يساير الحكم الوارد في التشريع الفرنسي إذ يتوجب على الزوجين أن يتشاورا في تسيير شؤون الأسرة، ولم يميز المشرع بين الشؤون المالية والشخصية وترك اللفظ على إطلاقه فطبقا لهذه المادة يختلف وضع الأم عما كان عليه قبل تعديل 2005 لقانون الأسرة لأن مبدأ التشاور يعني التساوي في اتخاذ القرار مع أن المادة 87 من ق.أ. قد مسها التعديل بموجب نفس القانون إلا أن الفقرة الأولى بقيت بنفس الصياغة وهذا يضفي على المسألة غموضا، وأمام هذا التعارض أملنا كبير في أن يزيل المشرع هذا اللبس الذي يعتري النصوص القانونية في التعديلات المستقبلية.

وأما عن مسألة الرجوع إلى القواعد العامة إذا لم يوجد نص بشأن المسألة المراد معرفة حكمها في قانون الصحة فهل يقودنا هذا إلى القواعد الواردة في القانون المدني أم إلى تلك الواردة في قانون الأسرة ؟ خاصة إذا كان ثمة مسألة يمكن حلها بإعمال القانونين إلا أن الحكم بشأنها وارد في كليهما مع الاختلاف في الأحكام كما قررنا في الفصل الأول، كمسألة تقرير ازدواجية الحكم بالنسبة للتصرفات الصادرة عن ناقصي الأهلية وفاقديها فيتقرر في القانون المدني حكم القابلية للإبطال وفي قانون الأسرة حكم عدم النفاذ والآثار تختلف بطبيعة الحال.

وعموما تقضي القاعدة العامة بأن القاصر يخضع لسلطة والديه أو ممثله الشرعي إلا أنه على سبيل الاستثناء يمكن أن يفصح عن إرادته إزاء الأعمال الطبية التي تنطوي على عنصر الخطر أو الإستعجال والتي لها ارتباط بسلامته البدنية أو تلك التي تكون مصلحتها مضمونة بالنسبة للقاصر، وهذا بطبيعة الحال استنادا إلى

[1] رايس محمد: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون المدني الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة، الجزائر، 2007، ص 128.

التوجيهات الصادرة من الطبيب[1]، ومع ذلك فإن رضاء المريض لا يعني الإعفاء من مسؤولية الطبيب إذا ترتب على تدخله ضرر بصحة القاصر[2]، ومن هنا إذا أصاب المريض القاصر عجز في عضو من بدنه جراء خطأ الطبيب فإنه لا يمكنه أن يباشر دعواه أمام القضاء بصفة شخصية على أساس المساس بسلامته البدنية[3]، وإنما يرفعها نيابة عنه وليه أو وصيه، واستقر قانون الصحة الجديد على هذا الموقف كما سنتعرض له لاحقا.

ثانيا: رضاء المريض القاصر في العمليات الجراحية –نقل وزرع الأعضاء البشرية نموذجا–

تجمع كل التشريعات على ضرورة توافر عنصر الرضى لدى المريض حتى يباشر الطبيب العمل الطبي سواء كان عن طريق تقديم العلاج أو إجراء عملية جراحية، وقد تناولنا فيما سبق أحكام الرضى بوجه عام بخصوص الأعمال الطبية، وسوف ندقق أكثر في أحكام الرضى في مجال ونقل وزرع الأعضاء البشرية ذلك أن التدخل الطبي يتناول عقدا يتضمن ثلاثة أطراف وهم المتنازل –المتبرع– (الطرف الأول) والمتلقي –المستقبل– (الطرف الثاني) وكذا الطبيب (الطرف الثالث)، بينما التدخل بغرض علاج المريض يضم طرفين فقط يتعلق الأمر بالمريض والطبيب هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن مثل هذه التدخلات الجراحية تنطوي على المخاطر سواء أثناء العملية أو بعدها.

وغني عن البيان أن من مقاصد الشريعة الإسلامية حفظ النفس ولذا كرست مبدءا مهما وهو تحقيق السلامة البدنية للإنسان، وقد تضمنت في جملة أحكامها ما يتعلق بالمسائل الطبية بوجه عام وعدم السماح بالتصرف في جسم الإنسان بوجه خاص وذلك من خلال إقرار نظام الولاية على النفس، وسوف نفصل في هذه الأحكام تِباعا.

1- تباين مواقف التشريعات الوضعية بخصوص رضاء القاصر في مسألة نقل وزرع الأعضاء

لما كانت عملية نقل وزرع الأعضاء تنطوي على مخاطر كبيرة على الإنسان وخاصة الشخص القاصر وكونها تمس سلامته البدنية، وفي المقابل تطور الأحكام المتعلقة برضاء القاصر إلى حد استقل فيه بالتعبير عن إرادته وضرورة احترام الغير لها سواء تعلق الأمر بالطبيب باعتباره على دراية بأصول المهنة أو الوالدين باستعمال السلطة الأبوية أو الممثل القانوني للقاصر استنادا إلى احكام النيابة الشرعية، ففي خضام هذا التعارض السائد

[1] بن صغير مراد: الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية–دراسة مقارنة– ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسي، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2010–2011، ص 261.

[2] بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج2، د.م.ج.، بن عكنون، الجزائر، س1999، ص 99.

[3] عباشي كريمة: الضرر في المجال الطبي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، تارخ المناقشة 2011/11/09.

سوف نقوم بمعالجة ما تضمنته التشريعات الوضعية المقارنة من أحكام في هذا القبيل ثم نبين موقف المشرع الجزائري في ظل هذا الإختلاف.

أ- رضاء القاصر في التشريعات المقارنة

ينبغي أن نذكر بوجه عام الضوابط والشروط القانونية لعملية نقل وزرع الأعضاء ثم بعد ذلك نعالج مسألة الرضا بالنسبة للقصر، ولصحة انتزاع العضو من المتبرع كامل الأهلية يجب أن يتم إخباره(تبصيره أو إعلامه) بالمخاطر المرتقبة والناتجة عن هذه العملية، ويكون هذا التبصير بشكل شامل وسواء كانت الآثار المترتبة آنية أو مستقبلية طالت المدة أم قصرت، ويتوجب على الطبيب أن يخبر القاصر عن ضرورة العلاج بطريقة علمية وبشكل يتوافق مع درجة نضجه[1]، وقد سار على هذا النهج القانون الإيطالي الصادر بتاريخ 26 يونيو 1967 المتعلق بنقل الكلى، حيث نص على أنه يتعين أن يكون المتنازل على علم تام بالمخاطر المحتملة والمتوقعة الناشئة عن عملية الاستئصال وكذلك الشأن بالنسبة للتشريع التونسي من خلال القانون رقم 22 لسنة 1991 الذي فرض أن يكون هذا الإعلام عن طريق الكتابة، ونصت في هذا القبيل المادة الرابعة من القانون المتعلق بعمليات نقل الأعضاء الكويتي على إلزامية إعلام المتنازل عن النتائج المحتملة بشأن القرار الذي يتخذه والمتعلق بانتزاع أحد أعضاء جسمه[2].

كما يتعين أن يكون الرضاء حرا ومعناه أن تكون إرادة الشخص المريض خالية من العيوب التي قد تشوبها من غلط أو تدليس أو إكراه، فبعد تبصير الطبيب للمتبرع يكون له الخيار في الموافقة على اقتطاع العضو أو رفض هذا العمل بل الأكثر من ذلك أنه يمكن لهذا الشخص العدول عن موافقته السابقة، كما يتعين أن تعزز هذه الموافقة بصفة كتابية من قبل المتبرع، وأضافت بعض التشريعات حضور شاهدين، وتودع هذه الموافقة المكتوبة لدى مدير المؤسسة الاستشفائية وكذا الطبيب المعالج، ويجب التعرف على خلو إرادة المتبرع من العيوب وذلك بإجراء الفحوصات الطبية والنفسية وهذا بطبيعة الحال يأخذ وقتا طويلا.

ويضاف شرط آخر وهو أن يكون الرضاء بدون عوض لأن بيع الأعضاء البشرية لا تجيزه القوانين لسموها عن المعاملات المالية والإتجار يعد إهانة لكرامة البشر[3]، كما يشترط أن يتمتع المتبرع بالأهلية القانونية التي يحددها تشريع كل بلد، وقد اختلفت التشريعات في مسألة نقل وزرع الأعضاء البشرية بالنسبة للقصر فمنها من تبيح هذه

[1] بختاوي سعاد: المسؤولية المدنية للمهني المدين، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية، 2011-2012، ص 130.

[2] مروك نصر الدين: مرجع سابق، ص 214-215.

[3] مروك نصر الدين: نفس المرجع، ص 224.

العملية واستندوا في ذلك إلى حجج وقيدوها بشروط غاية في الصرامة، وهناك تشريعات أخرى حظرت هذه العملية ضمن قوانينها مستبعدة رضاء القاصر ومعطلة نظام الولاية على النفس في مواجهة مخاطرها.

الاتجاه المؤيد لعملية نقل وزرع الأعضاء من القصر

يرى أصحاب هذا الرأي أن انتزاع الأعضاء من القصر هي عملية جائزة ولكن الجواز ليس على إطلاقه بل هناك قيود يتعين فرضها ليدخل استئصال العضو من القاصر في دائرة الإباحة، فنظرا للمخاطر التي تترتب على هذه العملية يتولى الموافقة بشأنها من ينوب عنه قانونا كونه أقرب الناس إليه والأدرى بمصلحته.

ففي التشريع الفرنسي ومن خلال القانون 1181 الصادر بتاريخ 22 ديسمبر 1976 المعدل سنة 2002 والخاص بعمليات نقل وزرع الأعضاء[1] تقضي المادة الثانية منه بأنه في حال كون المتنازل قاصرا فإن انتزاع العضو منه لا يمكن إجراؤه إلا إذا كان لفائدة أخيه أو أخته، ويتعين أيضا أن تتم موافقة الممثل القانوني للقاصر، والترخيص بهذه العملية يتم الموافقة عليها من قبل لجنة من الخبراء التي تتأكد من أن القاصر عبر عن إرادته بخصوص الاستئصال دون تأثير من قبل وليه أو من طرف الغير، على أن هذا الاستئصال لا يمكن إجراؤه على أي عضو بل قصره المشرع الفرنسي على النخاع الشوكي، ويضاف إلى هذا اشتراط التعبير عن الرضا أمام المحكمة المختصة، وتوسعت تشريعات أخرى إلى تعميم الاستئصال إلى الأنسجة القابلة للتجديد كالتشريع الإنجليزي والتشريع الكندي وغيرها من التشريعات[2].

وهناك مسألة مهمة تجب الإشارة إليها وهي إذا وجد الجراح أثناء التدخل الجراحي على المريض أنه لابد من إجراء عملية جراحية أخرى لنفس المريض كضرورة استئصال الزائدة الدودية علما بأن هذا التدخل لا يحتمل الانتظار، فهنا لا تنعقد مسؤولية الطبيب إذا باشر العمل الجراحي الثاني، إذ بإمكان المريض بعد الإمتثال للشفاء أن يتهم الطبيب بسرقة العضو المنزوع دون أخذ رضاه أو رضاء أقربائه، وهو ما حدث فعلا بفرنسا وتم إعفاء الطبيب من المسؤولية[3].

---

[1] فالمشرع الفرنسي يجيز بانتزاع الأعضاء البشرية بين الأحياء ويدخل ضمن هذا الحكم القصر مع اشتراط الموافقة من قبل من ينوب عنه قانونا، ولكن قد يحدث وأن يعترض القاصر على هذه العملية فهنا لا يسوغ إجراؤها ولو كان ذلك في مواجهة وليه الشرعي على اعتبار أن ذلك يدخل ضمن حقه الطبيعي في المحافظة على بدنه. انظر في هذا المضمون بختاوي سعاد: المرجع نفسه، ص 117.

[2] مامون عبد الكريم: مرجع سابق، 570.

[3] محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1999، ص 39.

الاتجاه الرافض لعملية نقل وزرع الأعضاء من القصر

يرى أصحاب هذا الرأي أنه يمنع منعا باتا انتزاع عضو من القاصر حتى ولو وافق هو شخصيا أو من يتولى أموره إلا حالة الاقتطاع الذي فيه مصلحة علاجية للقاصر، ذلك أن قبول التبرع بالعضو له ارتباط وثيق بالإدراك الذي لا يكون كاملا عند القاصر فهو لا يقدر العواقب[1]، لذا كانت الأهلية من الشروط الضرورية في هذه المسائل التي تنطوي على المخاطر من جهة، ومن جهة أخرى لا يمكن قياس هذه العملية على المسائل المتعلقة بالمال لأنه قياس مع الفارق حيث أن السلامة الصحية للبدن مسألة شخصية بحتة بالنسبة للمريض الذي يتمتع بالأهلية، أما بالنسبة للقاصر فلا يمكنه أن يدرك المخاطر كما لا يمكن تبصيره بالعواقب لقصر ملكاته عن الاستيعاب.

وبالنسبة للتشريعات العربية[2]، نجد أن المشرع المصري يحظر الانتزاع من القاصر حتى ولو وافق والداه أو من يمثله قانونا على ذلك حيث تقضي المادة 5 من القانون رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية بأنه في كل الأحوال يتعين أن يكون التبرع صادرا عن إرادة حرة خالية من عيوب الرضاء، وأن يكون كذلك ثابتا بالكتابة تحدد شكلها اللائحة التنفيذية لهذا القانون، وأضافت أن التبرع من قبل الطفل غير مقبول ولا يمكن الاعتداد بموافقة والديه أو الولي أو الوصي، ونفس الحكم يطبق على ناقص الأهلية أو فاقدها.

ويجوز نقل وزرع خلايا الأم من الطفل ومن عديم الأهلية وناقصها إذا كان التبرع لوالديه أو أبنائه أو الإخوة فيما بينهم ما لم يوجد متبرع آخر غيرهم، ويشترط أيضا أن تكون الموافقة كتابية من قبل أحد والدي القاصر في حال وفاة الآخر أو كلاهما إذا كانا على قيد الحياة أو من قبل الولي أو الوصي، ومن قبل الممثل أو النائب القانوني لناقص الأهلية أو فاقدها، ومهما يكن فإنه يجوز للمتبرع أو من منح له القانون الموافقة على التبرع حق العدول عن التبرع حتى ولو كان ذلك قبل مباشرة عملية النقل[3].

وقد قررت المادة 17 من هذا القانون فرض عقوبة السجن وكذا غرامة حدها الأدنى 20.000 جنيه وأقصاها 100.000 جنيه على كل من نقل عضوا بشريا أو جزءا منه وذلك من أجل زرعه، وإذا أجريت العملية

---

[1] إسمي قاوة فضيلة،الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تمت المناقشة بتاريخ 2011/11/14، ص 105 وما بعدها.

[2] بالنسبة للقانون العربي الاسترشادي لتنظيم زراعة الأعضاء البشرية ومنع مكافحة الإتجار فيها الذي تم اعتماده سنة 2009 فإن المادة 12 منه تحظر استئصال أي عضو بشري أو نسيج من القاصر أو ناقص الأهلية مهما كانت المبررات، وهنا يظهر أن هذا القانون يوافق التشريعات العربية في مسألة حظر انتزاع الأعضاء البشرية.

[3] أحمد شعبان محمد طه: الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية والجنائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر ط1، 2015، ص 417.

بصفة فعلية على نسيج بشري حي فإن العقوبة تكون السجن لمدة أقصاها 7 سنوات وإذا أفضت العملية إلى وفاة المتبرع فتقرر عقوبة السجن المشدد وغرامة حدها الأدنى مائة ألف جنيه ويبلغ حدها الأقصى مائتي ألف جنيه.

وبالنسبة للتشريع الإماراتي فقد بين حكم المسألة قانون تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية رقم 1993/15 المعدل سنة 2010 حيث تنص المادة الثانية منه على أنه يسوغ للشخص أن يقوم بالتبرع أو الوصية بشأن عضو من جسمه، وعليه يشترط أن يكون المتبرع أو الموصي متمتعا بالأهلية القانونية كما يتعين أن يكون التبرع أو الوصية بمقتضى إقرار مكتوب وموقع عليه من المتبرع أو الموصي، ونفس النص موجود في قانون نقل وزراعة الأعضاء البشرية البحريني رقم 16 لسنة 1998 في مادته الثانية وتضيف هذه المادة شهادة شاهدين يتمتعان بالأهلية الكاملة.

وأما قانون مزاولة المهن الطبية والصيدلانية اليمني رقم 26 لسنة 2002 فإنه يضع شروطا بخصوص الأعمال الطبية وأخذ العينات وإجراء الفحوصات، فيشترط لهذا الحصول على موافقة المريض وفي حالة فقدانه للوعي ونقص أهليته أو حالة إصابته بعاهة يتعذر معها التعبير عن إرادته فإنه يكفي أن يصدر الرضاء ممن له سلطة قانونية عليه أو من أقربائه يفترض فيهم أنهم رعاته الطبيعيون[1]، كما أنه يحظر نقل الأعضاء البشرية من ناقصي الأهلية وفاقديها أو الذين أصيبوا بعاهة يتعذر معها التعبير عن إرادتهم والقيام بزراعتها في جسم آخر، وأما في حالة نقل وزراعة هذه الأعضاء لصالحهم فإنه فعل مباح بشرط الموافقة المكتوبة من قبل من يتولى شؤونهم[2].

2- موقف المشرع الجزائري بخصوص رضاء القاصر في مجال زراعة الأعضاء

أما عن موقف المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة وترقيتها فإنه لا يختلف مع قانون الصحة الجديد من حيث الأصل ذلك أن هذا الأخير استحدث استثناء نعرض له في مقامه، فقد قضت المادة 162من القانون 85-05 بأنه لا يجوز للمتبرع(المتمتع بالأهلية) أن يدلي بموافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب عن الأخطار الطبية المحتملة التي تتسبب فيها عملية الانتزاع، كما يتعين أن يكون الرضاء حرا ومعناه أن تكون إرادة الشخص المريض خالية من العيوب التي قد تشوبها من غلط أو تدليس أو إكراه وهذا ما نستشفه بمفهوم المخالفة من مضمون المادة 2/162 من نفس القانون التي تقضي بأنه لا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب ..."

فبعد تبصير الطبيب للمتبرع كامل الأهلية يكون له الخيار في الموافقة على اقتطاع العضو أو رفض هذا العمل بل الأكثر من ذلك أنه يمكن لهذا الشخص العدول عن موافقته السابقة، كما يتعين أن تعزز هذه الموافقة

[1] منير رياض حنا: مرجع سابق، ص 78.

[2] قرر هذا القانون للمخالف عقوبة الحبس لمدة لا تجاوز سنة، أو بغرامة حدها الأقصى 500.000 ريال.

بصفة كتابية من قبل المتبرع وهذا بحضور شاهدين[1]، ويتم إيداع هذه الموافقة المكتوبة لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة، ويتم معرفة حرية إرادة المتبرع عن طريق الكشف عن المريض بإجراء الفحوص الطبية النفسية وأخذ الوقت الكافي للتأكد من خلو رضاه من هذه العيوب.

كما يجب أن يكون الرضاء بدون عوض وقد استعمل المشرع الجزائري مصطلح المتبرع ومن ثم فلا مجال للحديث عن المقابل المالي ذلك أن التصرف في الأعضاء البشرية عن طريق البيع محظور شرعا وقانونا وقد عبر المشرع عن هذا الشرط في مضمون المادة 2/161 من ق.ح.ص.ت. التي تقضي بأنه يحظر أن يكون انتزاع الأعضاء البشرية أو الأنسجة البشرية موضوع معاملة مالية، وعليه لا يمكن الإتجار بها نظرا لما تتسم به من الكرامة والسمو على المال[2].

ويشترط أن يتمتع المتبرع بالأهلية القانونية التي لم يحدد المشرع سنها في قانون الصحة مما يتعين معه الرجوع إلى القواعد العامة الواردة في القانون المدني والتي تحدد سن الرشد بتسع عشرة سنة طبقا للمادة 40 من ق.م.، والشروط ذاتها سالفة الذكر تنطبق على الشخص المستقبل، وقد ذكرنا هذه الشروط بوجه عام، وهو موقف الفقه الإسلامي حيث أنه إذا لم يكن للمريض أهلية انتقل قرار الموافقة إلى الولي الشرعي، هذا الأخير الذي له الحق في مرحلة اختبار الصبي بأن يدفع له المال تدريجيا حتى يأنس منه رشدا فيدفع له المال كله، ويقع على الولي أيضا حفظ بدن القاصر كما هو الشأن بالنسبة إلى المال بل يزيد حرصه في مسألة النفس[3].

أما عن موقف المشرع الجزائري بخصوص عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية بالنسبة للقصر فإنه محظور وفقا لأحكام المادة 163 في فقرتها الأولى من قانون حماية الصحة وترقيتها التي تفيد بأنه يحظر على الأطباء القيام بانتزاع الأعضاء من القصر وكذا الراشدين المحرومين من قدرة التمييز، كما يمنع انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل، وهذا الحكم ينطبق على القاصر بصرف النظر عن كونه مميزا كان أو غير مميز[4].

نشير في الأخير إلى أن هناك خلاف بشأن إثبات الرضا، فيذهب البعض إلى أن عبء الإثبات يقع على المريض حيث أن المفترض هو وجود قرينة على الرضا وعلى المريض أن يثبت العكس، في حين يذهب الرأي الآخر إلى أن عبء الإثبات يقع على الطبيب أنه بذل ما في وسعه للحصول على رضا المريض وأخذ موافقته وأساس

---

[1] الملاحظ أن المشرع لم يحدد طبيعة الصلة التي تربطهما بالمتبرع وعلى هذا قد يكون من الأقارب أو من الغير.

[2] مروك نصر الدين: مرجع سابق، ص 224.

[3] أسامة عبد العليم الشيخ: مرجع سابق، ص 68.

[4] والحكم ذاته ينصرف إلى المجنون والمعتوه والسفيه وذي الغفلة وعبر عنهم المشرع بمصطلح "المحرومون من قدرة التمييز".

هذا مبدأ السلامة الجسدية وليس عقد العلاج الذي يربط الطبيب بالمريض[1]، غير أن عملية نقل وزرع الأعضاء تنطوي على جانب كبير من الخطورة وهذا يستدعي حتما أن يكون الطبيب اختصاصي في العضو محل الاستئصال ذلك أن طبيعة الالتزام في هذه الحالة هي التزام بتحقيق نتيجة وهذا استثناء على المبدأ العام الذي يقضي بأن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية، وبطبيعة الحال فإن هذا يعفي المريض من عبء الإثبات ويستوجب التعويض بمجرد التدخل الطبي دون أن نثقل كاهل المريض بعبء الإثبات[2].

الفرع الثالث: مضمون الصكوك الدولية المصادق عليها من قبل الجزائر بشأن ترقية صحة الطفل

لقد صادقت الجزائر على جملة من الاتفاقيات ومن ضمنها اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989 عن طريق المرسوم الرئاسي 92 /461 الصادر بتاريخ 1992/12/19، وقد حظيت الجزائر بدور الريادة في حماية الطفل حيث تأست بأحكام هذه التشريعات الدولية من خلال تقرير مقتضياتها في دساتيرها المتعاقبة وكذا القوانين المتلاحقة التي تناولنا أحكامها بالتحليل [3].

أولا: حماية صحة القاصر بموجب اتفاقية حقوق الطفل

هي اتفاقية تتضمن حقوق الطفل والدفاع عنها تم اعتمادها وعرضها للتوقيع وكذا التصديق والانضمام بمقتضى قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 25/44 المؤرخ في 20 نوفمبر1989، مع العلم أنه بدأ نفاذها بتاريخ 20 سبتمبر 1990 طبقا للمادة 49 من هذه الاتفاقية، وقد أشارت في ديباجتها إلى أن الأمم المتحدة قد أوردت في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ما مفاده أن للطفل الحق في الرعاية والمساعدة، ولن يكون هذا إلا إذا حظيت الأسرة بالاهتمام ذلك أنها اللبنة الأساسية لبناء صرح المجتمع وهي البيئة التي ينمو فيها الطفل نموا طبيعيا ويعيش في رفاهية وسعادة، ويتم إعداده وفق تربية تنبثق من المثل العليا التي أعلنها ميثاق الأمم المتحدة تحت راية السلم والحرية والكرامة والمساواة والتسامح والإخاء، وتضع ضمن اعتباراتها توفير رعاية لائقة للطفل.

وقد وردت قبل هذا الإعلان مثل هذه القيم والمبادئ في إعلان جنيف لحقوق الطفل الصادر سنة 1924، وتم الاعتراف به في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وأيضا في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية من خلال المادتين 23 و24 منه، وكذلك الشأن بالنسبة للعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية من خلال المادة العاشرة منه، ونفس الشيء بالنسبة للنظم الأساسية وكذا الصكوك المنبثقة

[1] حروزي عز الدين: المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 77.

[2] بن صغير مراد: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 594-595.

[3] سواء النصوص التي صدرت بعد قانون الصحة العمومية لسنة 1976 أو الصادرة بعد قانون حماية الصحة وترقيتها لسنة 1985.

عن الوكالات الدولية المتخصصة وعن المنظمات الدولية المهتمة بوضع بالطفل، وهذا كله لكون الطفل لا يتمتع بالنضج العقلي والبدني وتبعا لهذا فهو يحتاج إلى تدابير وقائية ورعاية تامة ضمن حماية قانونية ينعم في ظلها قبل الولادة وبعدها حتى يبلغ أشده بقدر من الحماية.

وقد تضمنت المادة الأولى من اتفاقية حقوق الطفل تعريف مصطلح الطفل، ويقصد به كل إنسان لم يتجاوز الثماني عشرة سنة ما لم يرشد قبل ذلك بمقتضى القانون المطبق في بلده، وأضافت المادة الثانية أنه يتعين على الدول الأطراف احترام الحقوق المنصوص عليها في هذه الاتفاقية وأن تضمنها في تشريعاتها الداخلية بخصوص كل طفل يكون تحت ولايتها بصرف النظر عن أي تمييز بسبب اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو غيرها من الاعتبارات، وما يهمنا في مضمون هذه الاتفاقيات هو الجانب الصحي للطفل.

وقضت المادة السادسة من هذه الاتفاقية بإلزامية اعتراف الدول الأطراف بالحق الأصيل في الحياة لكل طفل، كما يقع على عاتق هذه الدول أن تكفل إلى أقصى الحدود نمو الطفل وبقاءه، وتلزم هذه الاتفاقية من خلال المادة 1/12 التكفل بالطفل الذي بإمكانه تكوين الآراء الخاصة به وله الحق في التعبير عنها بكل حرية وفي جميع المسائل التي تخصه، ويتعين عليها أن تولي الاعتبار الواجب لآراء الطفل تبعا لسنه ودرجة نضجه[1].

كما عنيت المادة 3/23 من هذه الاتفاقية بالاحتياجات الخاصة للطفل المعوق التي يتعين إدراكها ومن ثم توفير المساعدة له ما أمكن وبصورة مجانية، مع الأخذ بعين الاعتبار الإمكانيات المالية لأبويه أو من يقوم برعايته، ويجب التأكد من أنها ترمي إلى ضمان إمكانية حصول الطفل المعوق بصورة فعلية على التعلم والتدريب وكذا خدمات الرعاية الصحية والخدمات الخاصة بإعادة تأهيله وإعداده لممارسة وظيفة، وتلقيه كل هذا بكيفية تحقق اندماجه الاجتماعي والنمو الخاص به إضافة إلى نموه من الناحية الثقافية والروحية بصورة جيدة، وتلزم الاتفاقية الدول الأطراف بالاعتراف بحق الطفل في التمتع بمستوى صحي لائق يمكن أن يبلغه، وكذا حقه في توفير مرافق العلاج وإعادة التأهيل الصحي، وأن تبذل العناية اللازمة لضمان عدم حرمان جميع الأطفال من حقوقهم للحصول على الخدمات المرتبطة بالرعاية الصحية[2].

---

[1] وتؤدي وسائط الإعلام وظيفة مميزة في هذا الخصوص كما تضمن إمكانية حصول الطفل على المعلومات من مختلف المصادر سواء كانت وطنية أو دولية، لا سيما تلك التي يكون هدفها دعم رفاهيته المعنوية والاجتماعية وخاصة ما تعلق بصحته العقلية والجسدية.

[2] وتكفل الدول متابعة تكريس هذا الحق عن طريق إجراء التدابير المناسبة وهذا قصد تخفيف عدد الوفيات للرضع وكذا الأطفال، وتوفير المساعدة الطبية والرعاية الصحية لكل الأطفال مع الحرص على تطوير التدخلات الطبية الأولية، ويتعين على الدول الأطراف أن تعمل جاهدة على مكافحة الأمراض وذلك بتطبيق التكنولوجيا المكتسبة وبتوفير الأغذية بكمية كافية، ونفس الأمر ينطبق على توفير مياه الشرب النقية، مع الأخذ بعين الاعتبار أسباب تلوث البيئة وما ينجر عنه من مخاطر، وفي ذات الوقت ضرورة ضمان الرعاية الصحية الملائمة للأم قبل الولاة وبعدها.

كما يقع على عاتق الدول تزويد كل القطاعات وبالأخص الوالدين والطفل بالمعلومات الضرورية والمتعلقة بصحة الطفل وفوائد الرضاعة الطبيعية ومبادئ حفظ الصحة وكذا الوقاية من الحوادث وضرورة استفادة هذه القطاعات من تكوين في هذه المجالات وتقديم المساعد لها للتعامل بهذه المعلومات، وتحسين الرعاية الصحية ذات الطابع الوقائي وإرشاد الوالدين فيما يتعلق بمسائل التعليم وكذا الخدمات المرتبطة بتنظيم الأسرة.

وبناء على هذا تلتزم الدول الأطراف باتخاذ كل التدابير المناسبة قصد استبعاد الممارسات التقليدية التي من شأنها أن تمس صحة الأطفال بضرر، و تتعهد في هذا الخصوص بدعم التعاون الدولي بغية التوصل تدريجيا إلى استيفاء الحق المعترف به كاملا مع مراعاة احتياجات الدول النامية في هذا الخصوص، كما تعترف الدول الأطراف بالحق في مراجعة دورية ومستمرة للعلاج المقدم للطفل الذي تودعه السلطات المختصة بهدف رعايته أو حمايته أو تقديم علاج لصحته العقلية أو البدنية[1].

تترتب المسؤولية على عاتق الوالدين أو من يقوم بشؤون الطفل عن الإخلال بتأمين ظروف المعيشة وذلك حسب إمكانياتهم المالية المتاحة لنمو الطفل، وتعمل الدول الأطراف حسب ظروفها الوطنية ومع مراعاة إمكانياتها على اتخاذ التدابير اللازمة قصد مساعدة الوالدين أو من يقوم بشؤون الطفل على إعمال هذا الحق وتقدم تبعا لهذا وعند الاقتضاء المساعدة المادية وكذا برامج الدعم لا سيما ما تعلق بالتغذية والإسكان، كما لها أن تعترف بحق الأطفال في التعليم باعتباره أولى الأولويات، ولتحقيق هذا المبتغى تقرر إلزامية التعليم الابتدائي للجميع، ولها أن تشجع على تطوير التعليم الثانوي لجميع الأطفال واتخاذ التدابير الملائمة كتقرير مجانية التعليم ومنح المساعدات المالية عند الاقتضاء.

وبهدف الحفاظ على صحة الطفل تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير اللازمة للتشجع على التأهيل النفسي والبدني وكذا إعادة الاندماج الاجتماعي للأطفال الذين يقعون ضحية الإهمال بمختلف أشكاله أو الاستغلال بمختلف صوره أو كل أنواع الإساءة أو التعذيب أو أي معاملة مهما كان نوعها أو العقوبات اللاإنسانية، أو في إطار العمل أو أثناء المنازعات المسلحة، ويكون هذا التأهيل وإعادة الاندماج ضمن بيئة تساعد على ترقية صحة الطفل وتحقق احترام شخصه وكرامته.

[1] تلزم المادة 26 من هذه الاتفاقية الدول الأطراف على ضرورة الاعتراف لجميع الأطفال بحقهم في الاستفادة من الضمان الاجتماعي وكذا التأمين الاجتماعي، ويتم اتخاذ التدابير اللازمة لتقرير هذا الحق كاملا طبقا لقانون ذلك البلد، ويجب أن تمنح الإعانات عند الحاجة مع ضرورة احترام موارد الطفل والأشخاص وظروفهم الخاصة، ومن ثم ينبغي أن تحقق هذه الدول مستوى معيشي ملائم لنمو الطفل المعنوي والعقلي والبدني والاجتماعي.

ثانيا: حماية صحة القاصر بموجب الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته

لقد أولت الأمم المتحدة اهتماما بالغا بالطفل، فأقرت بحقوقه وكرستها ضمن مبادئ ألزمت بموجبها التشريعات الداخلية بالنص عليها وتجسيدها على أرض الواقع، فقامت الجمعية العامة باعتماد الإعلان العالمي لحقوق الطفل ونشره سنة 1959، كما تم اعتماد اتفاقية تتضمن حقوق الطفل وعرضها للتوقيع والتصديق وكذا الانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 25/44 الصادر بتاريخ في 20 نوفمبر 1989، وقد أنشأت الأمم المتحدة آليات لتفعيل هذه الأحكام ومعالجة كل خرق لحقوق الطفل من خلال لجان تعمل على دراسة التقارير المقدمة إليها وإيراد حلول بشأنها، وبيان دور المنظمات الدولية التابعة لجهاز الأمم المتحدة في مجال حماية صحة الطفل[1].

كما ذكر الميثاق الإفريقي الحقوق التي ينبغي أن تكرس للطفل ومنها الحق في الحياة وفي أن يكون له اسم وجنسية وكذا الحق في حرية التفكير والعقيدة وله الحرية في ممارسة الشعائر الدينية، كما له الحق في التربية والتعليم والتمتع بحالة صحية وكذا رعاية اجتماعية، ويقر الميثاق الإفريقي بأن الطفل يحتل مكانة رفيعة في المجتمع الإفريقي، وحتى يتحقق نضج شخصية الطفل الإفريقي بصورة كاملة ومتناسقة ينبغي أن يعيش في وسط عائلي يسوده الحب والسعادة والتفاهم.

ونجد أن الميثاق الإفريقي يقر بأن الطفل في حاجة إلى عناية خاصة بنمو عقله وجسمه وتحسن أخلاقه وتحقيق اندماجه اجتماعيا مع الأخذ في الحسبان الاحتياجات المتعلقة بنموه البدني والذهني وأنه يحتاج إلى حماية قانونية في كنف الحرية والكرامة والأمن، وقد عرفت المادة الثانية من هذا الميثاق الطفل بأنه أي إنسان يقل عمره عن ثماني عشرة سنة[2].

كما يسعى هذا الميثاق إلى تحقيق جملة من الأهداف وفي طليعتها التخفيف من نسبة الوفيات قبل الولادة وبعدها، وكذا ضمان تقديم العلاج الطبي اللازم والرعاية الصحية اللائقة لكل الأطفال مع ضرورة التركيز على تحسين الرعاية الصحية الأولية، إضافة إلى كفالة توفير التغذية ضمن شروط صحية مناسبة والمياه العذبة النقية، كما ينبغي مكافحة الأمراض وسوء التغذية في مجال العناية الصحية الأولية وذلك بتطبيق التقنيات المناسبة،

[1] وقد أقرت المواثيق الدولية حق الطفل في الرعاية الصحية وكذا حماية أسرته باعتبارها الوسط الأفضل لرعايته حتى يتحقق اندماجه في المجتمع بصورة تضمن فعاليته في رقيه وازدهاره. ومن بين هذه المواثيق الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته الذي اعتمد بأديس أبابا في يوليو 1990 وتمت لمصادقة عليه من طرف الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-242 الصادر بتاريخ 08 يوليو 2003.

[2] تنص المادة 14 من الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل على الصحة والخدمات الصحية المرتبطة بالطفل إذ يكون له الحق في التمتع بأفضل حالة بدنية وذهنية وروحية ممكنة، لذا تتعهد الدول الأطراف بالسعي إلى ممارسة هذا الحق كاملا باتخاذ كل التدابير لتحقيق جملة من الأهداف لصالح الطفل.

وبالموازاة توفير الرعاية اللازمة للنساء الحوامل وكذا المرضعات، كما يتعين ترقية العلاج ذو الطابع الوقائي والعمل على التحسيس في إطار التربية المتعلقة بحياة الأسرة وتوفير الخدمات[1]. ولتفعيل هذه الأحكام تعين إنشاء آليات نصت عليها المادة 32 من هذا الميثاق بقولها: وتنشأ لجنة افريقية من الخبراء بشأن حقوق ورفاه الطفل تسمى "اللجنة " داخل منظمة الوحدة الإفريقية.

ثالثا: الحقوق الصحية المكرسة للطفل في ميثاق الحقوق الأساسية للإتحاد الأوربي

تم إنشاء هذا الميثاق في 07 ديسمبر سنة 2000، وقد نص ضمن أحكامه على حق الأطفال في الرعاية الصحية وتقديم العلاج، كما حرص على حماية الأسرة وخص الأم بأحكام، ذلك أنه إذا تحقق هذا نشأ الطفل في جو من الرفاهية ينعم فيه بقدر من العناية الأسرية والراحة النفسية، وقد اهتم الميثاق بالجانب الصحي للإنسان من خلال المادة الثالثة منه وذلك بضمان حقه في احترام سلامته البدنية والعقلية وحظر الممارسات التي تتعلق بتحسين النسل وخاصة تلك التي ترمي إلى انتقاء الجنس البشري.

ونصت المادة 21 من هذا الميثاق على حظر أي تمييز مهما كان أساسه بما في ذلك السن، كما حظر الميثاق التعاملات المالية بخصوص جسم الإنسان أو أجزائه، ونفس الحكم مقرر لعملية استنساخ الجنس البشري، وقد تضمنت المادة 24 منه حقوق الطفل وضرورة احترام وجهة نظره وهذا وفقا لعمره ودرجة نضجه، وأن توضع مصالح الطفل فوق كل اعتبار، ولم يغفل الميثاق على ضرورة رعاية الأشخاص المعوقين فخصص لهم المادة 26 منه وحث على احترام هذه الفئة الضعيفة والعمل على إدماجها اجتماعيا ومهنيا.

المطلب الثاني: مدى مسايرة التشريعات الصحية الجزائرية الحديثة للأحكام الدولية المعاصرة

سوف نقوم بمعالجة الأحكام التي تتناول صحة القاصر ضمن بعض القوانين الصادرة حديثا، وسعيا من المشرع لوضع المنظومة الصحية على طريق الحداثة وبالموازاة مع مواكبة التطورات الدولية فقد كرس بموجب القوانين الجزائرية المتعلقة بالصحة الحق في الحماية الصحية[2]، لذا صدر قانون الصحة الجديد وقرر حماية أوفر للقصر بالنظر

[1] لتحقيق هذه الأهداف تلتزم الدول بإدراج برامج خاصة بالعلاج الطبي ضمن خطط التنمية الوطنية، كما تعمل على توعية كل القطاعات وبالأخص الآباء والقائمين على المؤسسات الخاصة بالأطفال وكذا العاملين داخل هذه المؤسسات، وحثهم على استخدام المعارف المرتبطة بالأغذية في إطار صحة الطفل وفوائد الرضاعة الطبيعية والقواعد الصحية في مجال البيئة، ولضمان نتائج فعالة في إطار صحة الطفل ينبغي إشراك الجمعيات والمنظمات غير الحكومية وكذا المجتمع المدني بصفة عامة في إدارة وتخطيط البرامج الخاصة بالعلاج الأساسي للطفل، يضاف إلى كل هذا تعزيز تعبئة موارد المجتمعات المحلية بتوفير الوسائل التقنية والموارد المالية لترقية الرعاية الصحية الأولية للطفل.

[2] تم تضمين الحق في الحماية الصحية كمبدأ دستوري تنبثق عنه عدة مبادئ كمجانية العلاج وشموليته واستمرارية الخدمات العمومية الصحية وكذا تحقيق المساواة بين أفراد المجتمع الواحد اعتمادا على المراقبة وتقييم الأعمال ولا يكون هذا إلا بالتضامن والعدل.

إلى عدم اكتمال أهليتهم، وبناء على ما سبق سوف نعرض كل هذه المسائل بتحليل الأحكام التي تضمنتها القوانين سالفة الذكر، كما نعالج أحكام قانون الصحة الجديد.

الفرع الأول: تعديل واستحداث الأحكام بشأن صحة القاصر في قوانين خاصة

بتفحص أحكام القوانين التي صدرت بعد القانون 85-05 سواء تلك التي تناولت صحة القاصر ضمن أحكامها نجد أن البعض منها كان ذو طابع وقائي، في حين صدرت قوانين أخرى تحمل طابعا علاجيا.ونفصل في أحكام هذه القوانين ضمن هذا الفرع.

أولا: الأحكام المرتبطة بالرعاية الصحية الوقائية للقصر ضمن قوانين خاصة

إن ممارسة القاصر للرياضة البدنية حق معترف به كما هو الشأن بالنسبة للبالغين، بل يتعين ذلك لأنه يساعد على النمو الحركي والنفسي للطفل ولهذا خصه القانون المتعلق بالتربية البدنية والرياضية بنص صريح، كما يظهر اهتمام التشريع المتعلق بالتربية الوطنية من خلال القواعد الصحية المطبقة على القاصر في الوسط التربوي، وسوف نتطرق إلى هذه الأحكام في عنصرين.

1- أحكام القاصر في القانون المتعلق بالتربية البدنية والرياضية

تسهم التربية البدنية في التفتح الفكري لدى المواطنين وتحضيرهم من الناحية البدنية وكذا حفظ صحتهم مما قد يصيبها من أمراض، فهي ترمي إلى ترقية الشباب سواء اجتماعيا أو ثقافيا وذلك بدعم الروابط الإجتماعية إضافة إلى كونها تسعى إلى تحقيق السلامة الجسدية، ولهذا كان حرص المشرع على سن القوانين وإحداث الهياكل وتوفير الوسائل لممارستها ضمن مقاييس قانونية، وقد صدر القانون رقم 04-10[1] الصادر بتاريخ 14 غشت 2004 المتعلق بالتربية البدنية والرياضية[2]، وأوردت الأحكام الإنتقالية استثناء يتعلق بسريان النصوص التطبيقية لهذا الأمر إلى غاية أقصاها سنة ابتداء من تاريخ صدور النصوص التطبيقية لهذا القانون.

قرر هذا القانون بمقتضى المادة الثالثة منه أن ممارسة التربية البدنية والرياضية حق معترف به لكل المواطنين دون تمييز في الجنس والسن أي بصرف النظر عن كونه كان بالغا سن الرشد أو كان قاصرا، وقد قضت المادتان 6 و 17 من هذا القانون على إجباريتها في كل أطوار التربية الوطنية بما في ذلك التربية التحضيرية نظرا لما ترمي إليه من إيجابيات تتمثل في النمو الحركي والنفسي للطفل، وكذلك الشأن في المؤسسات الخاصة بالأطفال المعوقين

[1] ج.ر.، ع 52 بتاريخ 2004/08/18.

[2] نشير إلى أن القانون رقم 04-10 ألغى الأمر رقم 95-09 الصادر بتاريخ 1995/02/25 المتعلق بتوجيه المنظومة الوطنية للتربية البدنية والرياضية وتنظيمها وتطويرها.

وذوي العاهات، إذ يجب أن تتلاءم أماكن ممارستها مع طبيعة النشاط الرياضي المؤدى حتى تكون تؤدي إلى نتائج حسنة تعود بالنفع على هذه الفئة الضعيفة.

وجدير بالذكر أن تعليم وممارسة التربية البدنية والرياضية يخضع مسبقا إلى ترخيص طبي، ويكون هذا اختصاص مصالح الطب المدرسي التابع لقطاع التربية، ويتولى تنشيطها مستخدمون متخصصون ومكونون لهذا الغرض، وتحدث اتحادية رياضية وطنية يكمن دورها في مراقبة الرابطات والنوادي وانتقاء المواهب الرياضية ورياضيي النخبة وكذا مكافحة تعاطي المنشطات.

2- الأحكام المطبقة على القاصر في الوسط التربوي

نجد في هذا القبيل أحكام القانون رقم 08-04[1] الصادر بتاريخ 2008/01/23 المتضمن القانون التوجيهي للتربية الوطنية[2]، والذي يرمي من خلال هذه الأحكام وفقا للمادة الثانية منه إلى غرس الشعور في نفوس الأطفال بالإنتماء للشعب الجزائري وحب الوطن والتشبث بالوحدة الوطنية وكذا وحدة التراب والوطني ورموز الأمة، كما يهدف إلى ترقية القيم المرتبطة بالإسلام والعروبة والأمازيغية إضاقة إلى ترسيخ قيم ثورة أول نوفمبر وتعزيز مبادئ السلم في المجتمع.

كما تنص المادة الربعة من هذا القانون على دور المدرسة في مجال التعليم والذي يظهر من خلال إحداث التوازن في شخصية التلاميذ عن طريق اكتساب المعارف النظرية والتطبيقية التي تمكنهم من الإندمادج في المجتمع، كما أنها تقوّم سلوكهم وتغرس فيهم القيم الأخلاقية والروحية والمدنية والإنسانية، وتعمل على توعيتهم بأهمية العمل والمبادرة في الإبداع[3]، بالإضافة إلى تحمل المسؤولية في حياتهم الشخصية والمدنية والمهنية وكذا الإستمرار في التعلم مدى الحياة بكل استقلالية وحرية.

والتعليم إجباري لجميع االفتيات والفتيان البالغين من العمر ست سنوات إلى ست عشرة سنة كاملة وهذا بمقتضى المادة 12 من القانون التوجيهي للتربية الوطنية، ويمكن تمديد فترة التمدرس الإلزامي بالنسبة للتلاميذ

[1] ج.ر.، ع 4 بتاريخ 2008/01/27.

[2] وقد ألغى هذا القانون أحكام الأمر رقم 76-35 الصادر بتاريخ 1976/04/16 المتعلق بتنظيم التربية والتكوين المعدل والمتمم.

[3] Il faut respecter toutes les conditions necessaries du travail, car ce dernier s'oppose à l' éducation du mineur et que la prevention du travail passe par l'assurance, le résultat c'est d'obtenir une éducation de bonne qualité. Voir Malika BOULANOUAR AZMOU, Le travail des enfants, journée d'étude organisée le 29/11/2011, Faculté de droit, Université d'Oran.

المعوقين إذا كانت حالتهم تبرر ذلك، وتطبيق هذه الأحكام يقع على عاتق الدولة بمشاركة الأولياء الذين يتعرضون إلى عقوبة غرامة قدرها 5000 د.ج إلى 50.000 د.ج.[1].

وتقضي المادة 13 من القانون 08-04 أن التعليم مجاني في المؤسسات التابعة للقطاع العمومي للتربية الوطنية وفي جميع المستويات، ويستفيد التلاميذ المعوزين من إعانات لا سيما المنح الدراسية ولوازم الدراسة إضافة إلى التغذية والنقل والصحة المدرسية، هذه الأخيرة التي يسهر قطاع التربية بالتنسيق مع المؤسسات الإستشفائية على التكفل البيداغوجي المناسب وكذا الإدماج المدرسي للتلاميذ المعوقين وذوي الأمراض المزمنة.

وجدير بالذكر أن التلاميذ يعتبرون جزءا من الجماعة التربوية وفقا للمادة 19 من ذات القانون، ولهذا يتعين عليهم الإمتثال للنظام الداخلي للمؤسسة، ولا يمكن بأي حال من الأحوال اللجوء إلى العقاب البدني وكل أشكال العنف المعنوي والإساءة في المؤسسات المدرسية، إذ أن هذه الأفعال محظورة بموجب المادة 21 من هذا القانون لما تنطوي عليه من الإيلام البدني والمعنوي وإلا يتعرض المخالفون لعقوبات إدارية وعند الإقتضاء للمتابعات القضائية.

وجعل المشرع المسؤولية على عاتق المعلم إزاء الضرر الذي يسببه التلاميذ وقت وجودهم تحت رقابته، كما يتحمل المدراء على مختلف الأطوار المسؤولية التي تترتب عن حفظ النظام العام وأمن وسلامة الأشخاص والممتلكات، وقد خصص المشرع الفصل الثاني لهذا القانون للتربية التحضيرية وهي مرحلة سابقة للتمدرس الإلزامي يلتحق بها الأطفال الذين تتراوح أعمارهم بين خمس وست سنوات ويتعين خلال هذه الفترة على مسؤولي المدارس التحضيرية بالتنسيق مع هياكل الصحة الكشف عن كل أشكال الإعاقة والعمل على علاجها في وقت مبكر حتى لا يستفحل الوضع.

كما تشير المادة 71 من القانون التوجيهي للتربية الوطنية إلى أنه يخضع الإنتقال من قسم إلى قسم ومن طور إلى طور ومن مستوى إلى مستوى إلى المتابعة الخاصة من قبل مستخدمين مختصين في علم النفس المدرسي والتوجيه المدرسي والمهني، وهذا لتسهيل تكييفهم مع التغيرات التي تطرأ على تنظيم التعليم وضمان الإستمرارية التربوية، على أنه يتعين أن يكون اتصال بين أولياء التلاميذ وهؤلاء المستخدمين المختصين في علم النفس المدرسي وفي التوجيه.

[1] وتطبيقا لهذه المادة صدر المرسوم التنفيذي رقم 10-02[1] الصادر بتاريخ 2010/01/04 الذي يحدد الأحكام المتعلقة بإجبارية التعليم الأساسي، وقد ألغى هذا المرسوم مرسوما آخر يتعلق الأمر بالمرسوم رقم 76-66 الصادر بتاريخ 1976/04/16 المتعلق بالطابع الإجباري للتعليم الأساسي.

كما يتوفر قطاع التربية طبقا للمادة 87 من هذا القانون على هياكل دعم في مجال علم النفس المدرسي تعطي دفعا قويا للتلميذ من الناحية المعنوية، وتسعى الدولة حسب المادة 97 من نفس القانون إلى الحث على النشاط الإجتماعي للتلاميذ الذي يضمن مجموع الإعانات المرتبطة على الأخص باقتناء الوسائل الضرورية للطفل ومن ضمنها تلك المتعلقة بالصحة، وكل هذه الأحكام تجعل التلميذ في منأى عن كل ما هو سلبي، ويقوده إلى الإجتهاد في دراسته ويجعله متحليا بالأخلاق الحميدة، وهذا يؤدي حتما إلى الإسهام في بناء صرح المجتمع على أسس متينة. وجدير بالذكر أن المشرع سن أحكاما بخصوص القطاع التربوي الخاص بموجب الأمر 05-07[1] الصادر بتاريخ 23 غشت 2005 المحدد للقواعد العامة التي تحكم التعليم في مؤسسات التربية والتعليم الخاصة[2].

ثانيا: الأحكام المرتبطة بالرعاية الصحية ذات الطابع العلاجي للقصر ضمن قوانين خاصة

استحدث المشرع بعض القوانين المتضمنة ضمن أحكامها القصر وضرورة رعايتهم صحيا حتى يصبحوا معافين بدنيا ونفسيا، وإن أصاب صحته مرض أو إعاقة وأثرت على حالته النفسية فقد عالج المشرع هذا النقص الذي يعتري إحساس المريض القاصر حتى يتم تغطيته بالنظر إلى عدم كمال أهليته، ويزداد الحرص أكثر إذا كان القاصر يعاني من إعاقة، وبناء عليه سوف نتعرف على وضع القاصر في بعض القوانين الخاصة.

1- أحكام القاصر الواردة ضمن مدونة أخلاقيات الطب

صدر المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 6 يوليو 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب لينظم المبادئ والقواعد والأعراف التي يتعين على الأطباء أو لصيادلة أن يراعوها ويستلهموها في ممارسة مهنتهم، فنص على الواجبات التي ينبغي أن يلتزم بها هؤلاء سواء قبَل زملائهم أو اتجاه المريض، هذا الأخير الذي يمكن أن يكون قاصرا فخصص له هذا القانون بعض الأحكام.

ومن بين الأحكام التي خص بها المشرع القاصر في هذه المدونة ما تضمنته المادة 34 التي تمنع إجراء أي عملية بتر أو استئصال لعضو دون سبب طبي بالغ الخطورة، ودون توافر حالة الإستعجال أو الإستحالة ويتعين فضلا عن هذا إبلاغ المعني أو وصيه الشرعي وأخذ موافقته بخصوص هذا البتر أو الإستئصال.

[1] ج.ر.، ع 59 بتاريخ 2005/08/28.

[2] نشير إلى أن المرسوم 05-07 قد ألغى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 04-90 الصادر بتاريخ 2004/03/24 الذي يحدد شروط إنشاء مؤسسات التربية والتعليم الخاصة وفتحها ومراقبتها وألغى أيضا المرسوم الرئاسي رقم 04- 433 الصادر بتاريخ 2004/12/29 المحدد لشروط فتح مؤسسات التعليم المدرسي الأجنبية.

وتضيف المادة 52 من م.أ.ط. أنه يقع على عاتق الطبيب أو جراح الأسنان الذي طلب منه تقديم العلاج للمريض القاصر أو لبالغ عاجز أن يبذل قصارى جهده لإخطار الممثل الشرعي أو الأولياء ويحصل على موافقتهم، كما يتعين على الطبيب أو جراح الأسنان إذا تعذر الإتصال بهم أو توافرت حالة الإستعجال أن يقدم العلاج الضروري لهذا القاصر المريض، ذلك أن الطبيب ملزم بمتابعة المريض في حالة الإستعجال وتكون هذه المتابعة في الوقت المناسب وإلا فوت الغرض منها، وفي حال عدم التزام الطبيب القيام بهذا الإجراء ترتب التأخر في المتابعة وتبعا لهذا تنعقد مسؤوليته[1].

وفي حالة كون مصلحة القاصر لا تحظى بالتفهم اللائق يكون الطبيب أو جراح الأسنان هو المعني بحماية الطفل وله أن يستبعد أية موافقة من شأنها أن لا تخدم مصلحة القاصر باعتباره الأدرى بأصول المهنة وبالمخاطر التي قد تؤدي إلى نتائج وخيمة وهو حكم قررته المادة 53 من من م.أ.ط..

وقد يحدث وأن يعامل القاصر بقسوة من قبل أوليائه أو أي شخص آخر سواء بحرمانه من الحقوق التي يتعين على والديه أو ممثله الشرعي أن يراعيها،كالحق في اللباس أو التطيب أو التعليم وغيرها، أو تم معاملته معاملة غير إنسانية كالإعتداء عليه بالضرب من قبل أقربائه أو أي شخص آخر، وفي مثل هذه الحالات العسيرة التي قد تصيب صحة الطفل بالأذى أورد المشرع حلا في المادة 54 من م.أ.ط. وهو إلتزام الطبيب بإبلاغ السلطات المختصة إذا لاحظ أيا من هذه الأمور السلبية.

2- أحكام القاصر في القوانين الخاصة بحماية الأشخاص المعوقين

قد يصيب الطفل في صغره إعاقة ومهما كان سببها فإنها ستؤدي حتما إلى تدهور حالته البدنية والنفسية، لذا يتعين الكشف المبكر عن مثل هذه الحالات قصد تدارك الموقف وعلاج من أصيب بها في بداية المرض أو على الأقل الحد من آثارها، فالعمل على تقرير التدابير الوقائية يبقى خير من التدخلات الطبية العلاجية التي يكون في الغالب مآلها الفشل بل قد تؤدي إلى نتائج وخيمة وخصوصا إذا تعلق الأمر بالشخص القاصر.

ولهذا عني المشرع بسن قوانين توفر حماية لهذه الشريحة الضعيفة ومن ضمنها القانون رقم 02-09[2] الصادر بتاريخ 08 مايو 2002 المتعلق بحماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم، والأحكام الصادرة في هذا القانون تشمل البالغين والقصر على حد سواء الذين يعانون من إعاقة أو أكثر ومهما كان مصدرها خلقي أو مكتسب أو وراثي والتي تحد من قدرته على ممارسة نشاطات حياته اليومية شخصية كانت أو اجتماعية.

[1] منير رياض حنا: مرجع سابق، ص 314.

[2] ج.ر.، ع 34 بتاريخ 2002/05/14.

ومن بين الأهداف التي يرمي إليها قانون حماية الأشخاص المعوقين حماية فئة القصر فقررت المادة الثانية منه بأنه يضمن هذا القانون التعليم الإجباري والتكوين المهني للأطفال والمراهقين المعوقين على جميع الأصعدة، وقد أولى هذا القانون عناية خاصة بالقاصر ابن الشخص المعاق بصرف النظر عن كونه كان معوقا أو غير معوق حيث قضت المادة السادسة منه على أنه تؤول المنحة المالية للشخص المعوق بعد وفاته إلى أبنائه القصر وإلى أرملته غير المتزوجة التي لا تستفيد من دخل طبقا للنّسب المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

وتشدد المادة 14 من القانون 02-09 الحرص على إلزامية ضمان التكفل المبكر بالأطفال المعوقين حيث خول لهم القانون بقاء التكفل المدرسي بصرف النظر عن سنهم مادامت حالة الشخص المعوق تبرر ذلك، وتنص المادة 15 من ذات القانون على ضرورة خضوع الأطفال والمراهقين المعوقين إلى التمدرس الإجباري في مؤسسات التعليم والتكوين المهني، وتخصص لهم أقسام خاصة بما في ذلك الوسط الإستشفائي. كما تنشأ لهذا الغرض وفقا للمادة 18 من نفس القانون لجنة ولائية للتربية الخاصة والتوجيه المهني تضم أشخاصا مؤهلين، ومن ضمنهم ممثلين عن أولياء التلاميذ المعوقين، بحيث تسعى هذه اللجنة إلى العمل على قبول الأشخاص المعوقين في مؤسسات التعليم والتكوين المهني والمؤسسات المتخصصة، وتعمل على توجيههم تبعا لدرجة إعاقتهم[1].

3- إحداث مؤسسات التربية والتعليم المتخصصة في الرعاية الصحية للأطفال المعوقين

تجسيدا لحماية الأطفال والمراهقين المعوقين على أرض الواقع صدر المرسوم التنفيذي رقم 12-05[2] المؤرخ في 29 يناير 2012 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات التربية والتعليم المتخصصة للأطفال المعوقين، حيث كان القانون 02-09 من ضمن القوانين المرتكز عليها لاستحداث هذا القانون وكذلك القانون 85-05 المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، هذا الأخير الذي لم يستعمل المشرع بموجبه الإحالة الصريحة إلى القانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل، إلا أنه من استقراء مواد هذا القانون نجد أنه امتداد للمادة 94 من ق.ح.ص.ت. التي تنص على ما يلي:"يمارس المستخدمون الطبيون والأشخاص الآخرون الضروريون للتكفل بالأشخاص المعوقين أعمالهم في المؤسسات المناسبة وفقا للأحكام التي تحدد عن طريق التنظيم[3].

---

[1] ينشأ لدى الوزير المكلف بالحماية الاجتماعية مجلس وطني للأشخاص المعوقين يكون ضمنه أولياء الأطفال والمراهقين المعوقين، ويعمل هذا المجلس على إبداء الرأي بشأن المسائل المتعلقة بحماية الأشخاص المعوقين وكذا ترقيتهم وإدماجهم اجتماعيا.

[2] ج.ر.، ع 5 بتاريخ 2012/01/29.

[3] كما أن المرسوم 12-05 ألغى أحكام المرسوم 80-59 الصادر بتاريخ 8 مارس 1980 المتضمن إحداث المراكز الطبية التربوية والمراكز المتخصصة في تعليم الأطفال المعوقين وتنظيمها وسيرها الذي سبق تحليل نصوصه، إلا أن المرسوم الحالي أطلق على المراكز التربوية والمراكز المتخصصة في تعليم الأطفال المعوقين اسم مؤسسات التربية والتعليم المتخصصة للأطفال المعوقين.

وقد بين هذا المرسوم أنواع مؤسسات التربية والتعليم المتخصصة للأطفال المعوقين، فهناك مدارس الأطفال المعوقين بصريا وكذا مدارس الأطفال المعوقين سمعيا إضافة إلى المراكز النفسية البيداغوجية للأطفال المعوقين حركيا ومراكز نفسية بيداغوجية أخرى مخصصة للأطفال المعوقين ذهنيا[1]. وتتمثل مهام هذه المؤسسات في ضمان التربية والتعليم المخصصة للأطفال والمراهقين المعوقين البالغين ثلاث سنوات إلى غاية نهاية مشوارهم التربوي في الوسط المؤسساتي المخصص لهذا الغرض وكذا الوسط العادي، بالإضافة إلى السهر على صحة وسلامة هذه الفئة الضعيفة وكذا تحقيق الرفاهية والتنمية لفائدتهم، وأشارت المادة 7 من المرسوم رقم 12-05 إلى أنه يمكن إنشاء أقسام خاصة بهم ضمن المؤسسات التابعة لقطاع التربية الوطنية بالإشتراك مع القطاعات وكذا الإدارات التي يهمها الأمر، وتعمل على استقبال الأطفال المعوقين الذين بلغوا سن التمدرس.

وتعمل مدارس الأطفال المعوقين بصريا على استقبال الأطفال وكذا المراهقين المصابين بالعمى الكلي أو الجزئي الذي يمنعهم من التكيف داخل مؤسسة دراسية عادية، وكل هذا بغرض إدماج هؤلاء في إطار التمدرس وداخل المجتمع وكذا إدماجهم مهنيا، كما تستقبل المدارس الخاصة بالأطفال المعوقين سمعيا الأطفال وكذا المراهقين الذين يعانون من صمم عميق أو متوسط وذلك لإدماجهم في إطار التمدرس وداخل المجتمع وكذا إدماجهم مهنيا[2].

على أن المدارس المستقبلة لهذه الفئات طبقا للمادة 11 من هذا المرسوم تعمل على ضمان التربية التحضيرية والتعليم المتخصص عن طريق استعمال الطرق والتقنيات التي تتناسب ونوع الإعاقة، كما تتابع الحالة البصرية وكذا آثارها على تنمية الأطفال والمراهقين وذلك بمراقبة حالتهم النفسية والطبية، وهذا كله في إطار اليقضة وتطوير الوسائل الحسية والنفسية الحركية بهدف تعويض النقص الذي يعاني منه المعوق بصريا، كما تكلف هذه المؤسسات بإعداد مشاريع بيداغوجية وتربوية إضافة إلى ممارسة التربية البدنية والرياضية بشكل يتكيف مع درجة إعاقة هؤلاء القصر.

---

[1] عرفت المادة الثانية من المرسوم 09-02 مؤسسات التربية والتعليم المتخصصة للأطفال المعوقين بأنها مؤسسات عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية وبالاستقلال المالي، وقررت المادة الثالثة من ذات المرسوم على أن هذه المؤسسات تعمل تحت وصاية الوزير المكلف بالتضامن الوطني، ويتم إنشاؤها بموجب مرسوم وفقا للمادة الرابعة من ذات المرسوم، هذا الأخير الذي يحدد تسميتها ومقرها، وبالإمكان إنشاء ملحقات لهذه المؤسسات عند الاقتضاء عن طريق قرار مشترك بين الوزير المكلف بالتضامن الوطني ووزير المالية والسلطة المكلفة بالوظيفة العمومية.

[2] وما يلاحظ في المرسوم 02-09 أنه يستعمل مصطلح المراهقين إلى جانب الأطفال وهم أولئك الذين قاربوا سن الرشد ولم يرد تعريفهم ضمنه، وأما المرسوم رقم 80-59 الصادر بتاريخ 1980/03/8 المتضمن لإحداث المراكز الطبية التربوية والمراكز المتخصصة في تعليم الأطفال المعوقين وتنظيمها وسيرها فكان المصطلح المعتمد والغالب فيه هو الأولاد.

كما تعمل هذه المؤسسات على تطوير نشاطات ثقافية وترفيهية وكذا تسليتهم لرفع حرج الإعاقة عنهم، ودعم كل الإمكانيات التي تساعد وتشجع على تفتح فكرهم وعاطفتهم وكذا نمو جسدهم، على أن الأسرة تكون قريبة منهم في كل هذه المزايا حتى تعطيهم دعما معنويا من جهة، وتساعد المؤسسات في تحقيق مراميها من جهة أخرى، وهذا كله من شأنه أن يسهم بشكل ملحوظ في إدماجهم داخل الوسط المدرسي العادي أو في إطار التكوين المهني.

أما بخصوص المراكز النفسية البيداغوجية فإنها تعمل على استقبال الأطفال المعوقين حركيا والأطفال الذين يعانون من عجز حركي يحد من استقلاليتهم ويقتضي اللجوء إلى وسائل خاصة من شأنها التربية والتعليم المتخصصين وكذا التكوين، وهذا من أجل تحقيق إندماجهم مدرسيا واجتماعيا ومهنيا، كما تستقبل المراكز النفسية البيداغوجية للأطفال المعوقين ذهنيا المراهقين الذين يعانون من تأخر ذهني ويحتاجون إلى تربية خاصة تصحبها التركيز على الناحية النفسية.

ومن شأن المهام المنوطة بالمراكز النفسية البيداغوجية أن تشجع على التفتح والعمل على تحقيق القدرات الفكرية والجسدية والعاطفية ومن ثم إستقلال الأطفال والمراهقين اجتماعيا ومهنيا، وكذا تحقيق التربية في وقت مبكر والدعم المدرسي قصد اكتساب المعارف إضافة إلى ضمان تربيتهم من الناحية الحركية والوظيفية ومتابعتهم من الناحية النفسية التي تهدف إلى تقويم النطق، كما تكلف المراكز بوجه خاص بأن تضمن للأطفال والمراهقين النباهة وتوطيد العلاقة بين الطفل وما يحيط به، وفي كل هذا تعمل الأسرة جاهدة على مصاحبة الطفل والمراهق لبلوغ هذه الغاية[1].

كما تدعم هذه المراكز وتتابع الأطفال والمراهقين المعوقين داخل الوسط المدرسي العادي وكذا التكوين المهني، إضافة إلى إسهامها في تطوير النشاطات الثقافية والترفيهية وتوفير التسلية المناسبة لهم، وهذا كله من شأنه تسهيل مهمة المراكز في تحقيق الإنسجام والإتصال لدى الأطفال والمعوقين وتنمية شخصيتهم ويضمن معاونة الأسرة والمحيط في تحقيق هذه الغايات، على اعتبار أن تحسن أدائهم يجلب لهم الانتباه ويعطيهم دعما بسيكولوجيا يحفزهم على المثابرة أكثر في إطار هذه النشاطات.

[1] ويقع على عاتق المراكز النفسية البيداغوجية إعداد المشروع البيداغوجي المدرسي الخاص بالمؤسسة وكذا التربية المدنية والرياضية وتكييفهم على ممارستها.

وأما عن تنظيم هذه المؤسسات وسيرها فإنه يقوم بإدارتها مدير[1] ويسيرها مجلس الإدارة[2] وتدعم بمجلس نفسي بيداغوجي[3]، أما عن وظائف هذا الأخير فإنه يكلف بدراسة المواد المتعلقة بمهمة التكفل بالأطفال وكذا إعداد النشاطات البيداغوجية والبرامج والمناهج والتقنيات المتعلقة بالتربية والتعليم المتخصصين ويبدي رأيه بشأنها ويتابع تنفيذها، ويقترح أيضا مختلف التقنيات الخاصة بالتكفل بالأطفال المعوقين ويتابع تنفيذها، ويعمل على توجيه الأطفال والمراهقين الذين يتم استقبالهم، وبناء على الملف الطبي والإداري يقوم المجلس النفسي البيداغوجي بالبت في مسألة قبول الأطفال والمراهقين المعوقين، كما يقدم التوصيات والإقتراحات بخصوص المسائل المرتبطة بمهام المؤسسة وكذا سيرها وتنظيمها.

ثالثا: الأحكام المرتبطة بالرعاية الصحية ذات الطابع الخاص للقصر ضمن قوانين خاصة

نشير في البداية إلى أنه صدر المرسوم التنفيذي رقم 12-04[4] الصادر بتاريخ 2012/01/04 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة بمقتضى عدة قوانين ومن بينها قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم، إلا أنه لم يتم تحديد المادة التي تحيل إلى هذا التنظيم، ومن استقراء نصوص القانون 85-05 نجد أنه لا يتضمن موادا تنظم أحكام الطفولة المسعفة.

كنا قد تعرضنا إلى موضوع الإسعاف العمومي للطفولة في المادة 243 وما يليها من قانون الصحة العمومية لسنة 1976، وقد صدر امتدادا لهذه الأحكام وفي إطار التنظيم المرسوم رقم 80-83 الصادر بتاريخ 1980/03/15 المتضمن إحداث دور الأطفال المسعفين وتنظيمها وسيره، وتم إلغاؤه بموجب المرسوم 12-04 محل الدراسة.

كما وجهنا انتقادا للتسمية المعتمدة في القانون والمتمثلة في الطفولة المسعفة ذلك أن إطلاق المصطلحات بمسمياتها لا يجحف بحق هذه الفئة، على اعتبار أن فقهاء الشريعة كانوا السباقين لتناول هذه الأحكام فقد أطلقوا

---

[1] أما عن مدير المؤسسة فإنه يتم تعيينه بموجب قرار صادر عن الوزير المكلف بالتضامن الوطني وتنهى مهامه بذات الشكل، ويكلف المدير بمجموعة من المهام لا سيما تمثيل المؤسسة التي يتقلدها أما العدالة وكذا في جميع أعمال الحياة المدنية، كما ينفذ المداولات التي استقر عليها مجلس الإدارة، ويعد ميزانية وحساب المؤسسة ليقدمها لمجلس الإدارة قصد التداول بشأنها، ومهام أخرى.

[2] ويتكون مجلس الإدارة من مجموعة من الأعضاء وهم ممثلين عن مختلف الإدارات، ويعينهم الوالي بناء على اقتراح من السلطات والمنظمات التابعين لها لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد، كما يرأس مجلس الإدارة الوالي أو ممثله، ويتداول مجلس الإدارة بخصوص النظام الداخلي وبرامج نشاطات المؤسسة وكذا مشروع ميزانية وحساب المؤسسة إضافة إلى الصفقات والعقود والاتفاقيات، إضافة إلى وظائف أخرى.

[3] يتشكل المجلس النفسي البيداغوجي حسب المادة 29 من المرسوم 12-05 من مدير المؤسسة بصفته رئيسا، ويتم تعيين المجلس البيداغوجي النفسي من قبل مدير المؤسسة لمدة سنة واحدة قابلة للتجديد.

[4] ج.ر.، ع 5 بتاريخ 2012/01/29.

مصطلح "اللقيط" وهذا في الحقيقة لا يقدح في شخصه بل التقاطه فرض كفاية[1] وتركه فيه هدر لآدميته، ويحكم بإسلامه متى وجد في بلاد المسلمين[2] ومتى بلغ لا يعتبر لقيطا وهذا ما نستشفه من التعريف الذي أورده السيد سابق في كتابه فقه السنة[3] "اللقيط هو الطفل غير البالغ الذي يوجد في الشارع أو ضال الطريق ولا يعرف نسبه"، فليس كل لقيط من زنى فقد يكون متروكا من والديه لفقر مدقع أو قد ماتا نتيجة حادث بعيدا عنه[4].

وقد نص المشرع التونسي في قانون الأحوال الشخصية على أحكام اللقيط في الكتاب السابع ضمن الفصول 77 وما بعدها وقضى بأنه من قام بالتكفل بلقيط بعد استئذان الحاكم تعين عليه النفقة عليه ما لم يكن له مال حتى يصبح قادراً على التكسب، ويضيف الفصل 78 بأنه يبقى اللقيط عند من التقطه ولا يمكن أخذه منه إلا إذا ظهر أبواه وحكم لهما بذلك، كما يفيد الفصل 79 من نفس القانون بأنه يبقى للقيط ما يوجد من المتاع في حيازته، ويضيف الفصل 80 من ذات القانون أنه في حال موت اللقيط ولم يكن له وارث ردت مكاسبه إلى صندوق الدولة بيد أنه بإمكان الملتقط أن يطالب الدولة بالمال الذي أنفقه على الشخص اللقيط وذلك في حدود مكاسبه.

وتعين شرعا أن يقوم بحضانته من يجده أولا كما أنه لا يجوز بأي حال من الأحوال أن يربيه فاسق أو مبذر فإن وجد عنده أخذ منه ويتولى الحاكم أمر القيام بشؤونه[5]، وينفق عليه من ماله إن وجد له مال وإلا يقوم بالنفقة عليه بيت مال المسلمين، وإن ترك اللقيط ميراثا بعد وفاته ولم يكن له وارث تؤول التركة لبيت المال، ونفس الحكم ينطبق على الدية الخاصة به إذا اقترف جريمة القتل والإمام هو وليه في القصاص والدية [6]. وإذا ادعى نسبه شخص ذكرا كان أو أنثى ألحق به متى تحقق وجوده مراعاة لمصلحة اللقيط وتطبق عليه الأحكام كأن لوكان ابنا، وإن ادعاه عدة أشخاص فإن النسب يثبت لمن أقام البينة وإن تعذر ذلك عرض على القائف ليَبُتَّ في نسبه[7].

---

[1] أبو القاسم محمد بن احمد بن جزي الكلبي الغرناطي: القوانين الفقهية، الدار العربية للكتاب، ليبيا- تونس، سنة 1982، ص348.

[2] أبو بكر بن العارف المشهور بالسيد البكري – زين الدين المليباري: إعانة الطالب، ج 3، دار إحياء الكتب العربية، د.ب.ن.، د.ت.ن.، ص.253.

[3] انظر المجلد الثالث، مرجع سبق تهميشه، ص.240.

[4] العربي بختي: أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، كنوز الحكمة، الأبيار، الجزائر، 2013، ص.237.

[5] السيد سابق: مرجع سابق، ص.240.

[6] أبو بكر جابر الجزائري: مرجع سابق، ص. 415.

[7] السيد سابق: مرجع سابق، ص.241.

وقد عرفت المادة الثانية من المرسوم 12-04 مؤسسات الطفولة المسعفة بأنها مؤسسات عمومية ذات طابع إداري وتتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي، وتوضع هذه المؤسسات تحت وصاية الوزير المكلف بالتضامن الوطني، ويقع على عاتق مؤسسات الطفولة المسعفة استقبال الأطفال المسعفين الذين تتراوح سنهم من الولادة إلى غاية الثماني عشرة سنة، والتكفل بهم في كل الأوقات إلى غاية أن يتم وضعهم في أوساط عائلية، وبالنسبة للمصالح المعنية المكلفة بالنشاط الإجتماعي يقع على عاتقها ضمان التدابير الملائمة والتكفل بهؤلاء الأطفال، ويمكن عند الإقتضاء التكفل بهم حتى ولو تجاوزوا 18 سنة وهذا سعيا منهم لإدماجهم اجتماعيا ومهنيا، كما تضمن مؤسسات الطفولة حماية الأمومة سواء من ناحية العلاج أو التمريض وكذا متابعتهم نفسيا أو طبيا أو اجتماعيا، كما يوكل إليها ضمان الرعاية الصحية للرضيع والطفل وكذا المراهق وسلامتهم سواء كانت هذه العناية تكتسي طابعا وقائيا أو علاجيا.

وعلاوة على هذا تنفذ مؤسسات الطفولة المسعفة البرامج الخاصة بالتكفل التربوي والبيداغوجي للأطفال والمراهقين وذلك بمرافقتهم أثناء فترة التكفل بهم من أجل تحقيق اندماجهم في الوسط المدرسي والإجتماعي والمهني، وضمان سلامتهم الفكرية والجسدية من قبل هذه المؤسسات يؤدي بالتبعية |إلى الإنسجام في تنمية شخصيتهم، كما تضمن لهم المتابعة المدرسية وذلك بالسهر على تحضيرهم للحياة المهنية والإجتماعية، وتسعى هذه المؤسسات جاهدة إلى البحث عن الوسط العائلي الملائم ووضعهم فيه.

يقوم بإدارة مؤسسات الطفولة المسعفة مدير[1]، و يسيرها مجلس إدارة[2]، وتدعم بالمجلس النفسي الطبي التربوي[3] وهو حجر الزاوية في عمل هذه المؤسسة إذ يقع على عاتقه دراسة المسائل المرتبطة بالنشاطات البيداغوجية وكذا برامج التكفل بالطفولة المسعفة وإبداء الرأي بشأنها، وبناء على هذا يقترح هذا المجلس التدابير الملائمة التي تسمح بإرضاء احتياجات الأطفال والمراهقين المسعفين طبيا ونفسيا واجتماعيا وتربويا، كما يعد ويقترح البرامج الخاصة بالنشاطات المتعلقة بالتربية والتثقيف والترفيه ويضمن متابعتها.

[1] يعمل مدير المؤسسة على سيرها مجلس إدارة وتدعم بمجلس طبي تربوي، ويتم تحديد التنظيم الداخلي لهذه المؤسسات عن طريق قرار مشترك بين الوزير المكلف بالتضامن الوطني ووزير المالية وكذا السلطة المكلفة بالسلطة العمومية، كما يحدد الوزير المكلف بالتضامن الوطني النظام الداخلي النموذجي للمؤسسات الخاصة بالطفولة المسعفة.

[2] يتشكل من أعضاء ممثلين عن مختلف السلطات والهيئات يرأسهم الوالي أو من يمثله، ويتداول مجلس الإدارة بشأن مختلف البرامج والنشاطات التي تعني المؤسسة من نظام داخلي وميزانية وصفقات و غيرها من الوظائف.

[3] يضم المجلس النفسي الطبي التربوي أعضاء معينين من قبل مدير المؤسسة لمدة سنة واحدة قابلة للتجديد ويرأسهم مدير المؤسسة، كما يشمل نفساني عيادي وطبيب إضافة إلى مساعدة حاضنة أو مساعدة أمومة للمؤسسة يتم انتخابها من قبل نظرائها ومساعدة اجتماعية وكذا مساعد في الحياة اليومية وممرض، وبإمكان هذا المجلس أن يستدعي أي شخص وفقا لمعيار الكفاءة يعمل على مساعدته في أعماله.

الفرع الثاني: تحديث الأحكام المرتبطة بصحة القاصر ضمن قانون الصحة الجديد

لقد أولى المشرع اهتماما كبيرا بصحة القاصر ضمن أحكام قانون الصحة الجديد، فأقر جملة من المبادئ يتعين مراعاتها حتى يوفر له عناية فائقة تستجيب لما تضمنته الصكوك الدولية في هذا الخصوص، كما عدل وتمم أحكام القاصر الواردة في مختلف القوانين وجمعها في هذا القانون، وعرفت أيضا الأحكام التشريعية في مجال حماية الأمومة والطفولة تطورا ملحوظا بصدور هذا القانون، وهي الأحكام التي نفصل فيها تِباعا.

أولا: أهم المبادئ التي أقرها قانون الصحة الجديد

يرتكز تنظيم المنظومة الوطنية وسيرها على عدة مبادئ أفصح عنها القانون 18-11 المتعلق بالصحة، نصت على هذه المبادئ المادة 6 في فقرتها الثانية وهي الشمولية والمساواة في الحصول على العلاج والتضامن والعدل واستمرارية الخدمة العمومية والخدمات الصحية، وأهم مبدأ يعنينا في هذه الدراسة هو مبدأ المساواة مهما كان المعيار سواء بسبب الجنس أو الدين أو السن، هذه الأخيرة التي نص عليها المشرع في المادة 68 من هذا القانون حيث يتم تكييف البرامج المتعلقة بترقية الممارسة الفردية والجماعية للتربية البدنية والرياضية والرياضيات حسب سن الشخص وجنسه والحالة الصحية والظروف المعيشيةللمواطنين وعملهم.

كما تقضي المادة 13 من ق.ص. بأن الدولة تضمن مجانية العلاج لجميع المواطنين في كل التراب الوطني، حيث يكون لكل شخص حسب المادة 21 من نفس القانون الحق في الحماية والوقاية والعلاج وكذا المرافقة التي تتطلبها حالته الصحية في كل مراحل حياته وفي كل مكان، وتضيف الفقرة الثانية من نفس المادة بأنه يحظر التمييز بين الأشخاص في الحصول على الوقاية أو العلاج، لا سيما بسبب أصلهم أو دينهم أو سنهم أو جنسهم أو وضعيتهم الإجتماعية أو العائلية أو حالتهم الصحية أو إعاقتهم[1].

وقد تضمن قانون الصحة الجديد ضمن أحكامه حقوق الأشخاص القصر وضرورة ممارستها من قبل أوليائهم أو ممثليهم الشرعيين وهو الحكم الذي نصت عليه المادة 23، حيث يكون لهؤلاء حق إعلامهم بشأن الحالة الصحية للقصر الذين يخضعون لسلطتهم وكذا العلاج الذي تتطلبه والأخطار التي يتعرضون لها. وننوه إلى أنه يحق لكل مريض وكذا لكل شخص مؤهل لتمثيله إيداع طعن في حالة خرق حقوقه لدى لجنة الصلح والوساطة المنشأة على مستوى كل مصلحة خارجية، وهو مضمون المادة 28 من قانون الصحة الجديد التي تحيل إلى التنظيم بخصوص كيفيات عمل هذه اللجنة.

[1] نشير إلى أنه تم استحداث البطاقة الإليكترونية لتسهيل العمل على الموظف من جهة، وتطوير وتحسين الأداء الذي يخدم مصلحة المريض من جهة أخرى، وبالتبعية إلى تحسين التكفل بالقصر والدقة في تشخيص الأمراض مما يعود عليهم بالإيجاب.

وغني عن البيان أن أي شخص له الحق في أن تحترم حياته الخاصة وبالتبعية السر المتعلق بمعلوماته الطبية إلا ما استثناه القانون بنص وفقا للمادة 24 من ق.ص.، ويوجه هذا الإلتزام إلى مهنيي الصحة على وجه الخصوص أو إلى الجهات القضائية عند رفع النزاع لديها، وبالنسبة للقصر يمكن رفع السر الطبي[1] عنهم بناء على طلب يقدمه الزوج في حالة الإعفاء من شرط السن في عقد الزواج وكذا الأب أو الأم أو الممثل الشرعي للقاصر إعمالا لنص المادة 24 من ق.ص. في فقرتها الأخيرة، وما يلاحظ من استقراء أحكام هذا القانون أنه عدل وتمم أحكاما كانت واردة في قانون الصحة وترقيتها أو في قانون الأسرة أو ضمن قوانين خاصة، كما استحدث أحكاما أخرى لم ينظمها المشرع من قبل، وهو ما سنبينه في النقطة الموالية.

ثانيا: تعديل وتتميم أحكام القاصر ضمن قانون الصحة الجديد

حرص قانون الصحة الجديد على ترقية الرضاعة وإحداث التوازن النفسي والفيزيولوجي للأم إذا كانت مهددة بخطر ووسع من دائرة مسؤولية الأطباء في هذا الخصوص، فيكون الطبيب المتخصص بعد أخذ موافقة الطبيب المعالج ملزما بتبصير الأم وأخذ موافقتها بشأن أي تدبير طبي تتطلبه حالتها الصحية، كما أن الإنتقادات الموجهة للأمر رقم 75-26 الصادر بتاريخ 1975/04/29 المتضمن قمع السكر العمومي وحماية القصر من الكحول بشأن القيم الزهيدة للغرامات تم ضبطها وفق حجم الجريمة، وتم إدراج أحكام الأمر 75 -9 الصادر بتاريخ 1975/02/17 المتضمن قمع الإتجار والإستهلاك المحظورين للمواد السامة والمخدرات.

كما تم تعزيز الحماية بالنسبة للقصر في مجال زراعة الأعضاء، كذلك الشأن بالنسبة للمصابين باضطرابات عقلية ونفسية. ونشير إلى أن المشرع قد ألغى قانون حماية الصحة وترقيتها بموجب قانون الصحة الجديد وهو ما ورد النص عليه ضمن الأحكام الانتقالية في المادة 449 منه وأبقى على النصوص التطبيقية له، هذه الأخيرة التي يسري مفعولها إلى غاية صدور النصوص التنظيمية التي تم النص عليها في هذا القانون.

1- سد الفراغات التشريعية في مجال حماية الأمومة والطفولة

لقد عني قانون الصحة الجديد من خلال المادة 69 منه بمسألة غاية في الأهمية تتعلق بحماية الأم والطفل، وذلك عن طريق اتخاذ كل التدابير الطبية والنفسية وكذا الإجتماعية والتربوية والإدارية التي ترمي إلى ضمان الحماية

[1] Le Code de la Santé Publique français n'édicte que le droit au secret médical chez les mineurs n'est pas facile à appliquer pour un médecin, car ce dernier ne connait la loi et avait du mal à commander la consultation d'un patient mineur. Cecile ROCHE : difficultés de respecter le secret medical chez les mineurs par les medecins, Thèse de doctorat , Université Paris Diderot –Paris 7, Faculté de Médecine, France, 2013, p.57.

الصحية للأم ضمن أفضل الظروف قبل الولادة وأثناءها وبعدها، ومن ثم حماية صحة الطفل وتحقيق النمو الطبيعي له بدنيا ونفسيا وعقليا وبهذا يقل عدد الوفيات، ولهذا الغرض يقع على عاتق الدولة أن تضع برامج صحية تحقق هذه الغاية. كما تسعى الدولة إلى ترقية الرضاعة الطبيعية وكذا منع الترويج والإشهار لبدائل عنها طبقا لما نصت عليه المادة 79 من ق.ص.، وقررت المادة 407 من نفس القانون عقوبة على كل من يخالف هذا المنع وذلك بغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج.

وتلتزم الدولة أيضا بتوفير الوسائل الملائمة تفاديا لحالات الإعاقة المحتملة وتجنبا للأمراض الوراثية والمنتقلة[1] والمزمنة، على أن تعمل الدولة وفقا للمادة 2/73 من ق.ص.على ضمان المتابعة المنتظمة للحمل وبصفة إجبارية، ولهذا قرر المشرع في قانون الأسرة ضرورة إجراء الفحص الطبي قبل الزواج، وأكد قانون الصحة الجديد على إجباريته بموجب المادة 72 منه.

وفي إطار الوقاية وتجنبا لوقوع الأمراض الخطيرة التي قد تصيب الجنين قررت المادة 76 من ق.ص. إمكانية إجراء تشخيص للأشخاص قبل الولادة لمعرفة حالة المضغة أو الجنين داخل الرحم، ويتم ذلك حسب الفقرة الثانية من نفس المادة على مستوى هياكل معتمدة ومؤهلة لهذا الغرض، وفي حالة كون حياة أو صحة الأم في خطر بسبب الحمل يتعين إجراء الإيقاف العلاجي للحمل إعمالا لنص المادة 77 من ق.ص.[2]. غير أنه يرد استثناء على هذا الحكم نصت عليه المادة 78 من ق.ص. وهو أنه لا يسوغ إجراء الإيقاف العلاجي للحمل إلا على مستوى المؤسسات العمومية الإستشفائية، ويراعى في كل هذا بطبيعة الحال السرية التامة طبقا للقانون.

ويمكن للأم الحامل الإستفادة عند الإقتضاء من المساعدة الطبية الإجتماعية التي ترمي إلى تجنب التخلي عن الأطفال وتتولى الدولة هذا الإجراء طبقا للمادة 82 من ق.ص.، كما يستفيد المولود حديث عهد بالولادة وقت ولادته وكذا الطفل بموجب المادة 80 من نفس القانون من التلقيح الإجباري والخدمات المقررة ضمن

---

[1] وقد نصت أغلب التشريعات على إلزامية التلقيحات ضد بعض أنواع الأمراض المعدية كالجدري والسل وفي حال عدم التزام الأطباء بهذه التلقيحات الإجبارية تنعقد مسؤولية الجهة المعنية بإجرائها. انظر عيساني رفيقة، مذكرة ماجستير تحت عنوان المسؤولية الطبية أمام القضاء الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، السنة الجامعية 2007-2008، ص 145.

[2] بالنسبة للتشريع الفرنسي، في حالة إصابة الجنين بمرض ميئوس من شفائه لا تخلو المسألة من أحد الفرضين، إما أن يتم إصلاح الخلل في الجينات والحصول على نتائج جيدة وهذا باستخدام الهندسة والوراثية والمعالجة الجينية على الرغم من الغموض الذي يكتنفها مستقبلا(المضاعفات السلبية)، وأما الفرض الثاني وهو حالة إصابة الجنين بمرض لا يرجى شفاؤه وهذا حتما يؤدي إلى التخلص منه رغم احتمالية النتائج، وأمام هذا الوضع يجيز المشرع الفرنسي إجراء التشخيص الوراثي المبكر من خلال القانون 2004-800 المتعلق بالأخلاقيات الإحيائية في المادة 2/2141 درءا لانتقال المرض من الزوجين إلى الجنين وتفاديا لأي ممارسة انتقائية وقد رتب على المخالف عقوبات.انظر أحمد داود رقية، الفحص السابق لزرع الأجنة البشرية في الرحم ممارسة علاجية أم وسيلة للإنتقائية، مجلة دراسات قانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، العدد 09، سنة 2011، ص108.

البرنامج الصحية للوقاية وبصورة مجانية، وهذا ضمن المقاييس الصحية والأمن المعمول بهما في التشريع والتنظيم، ويقع على عاتق الدولة وفقا للمادة 83 من هذا القانون التكفل بالأطفال عن طريق وسائل مادية وبشرية.

نشير إلى أن المشرع حرص على ترقية التغذية الصحية في قانون الصحة الجديد لا سيما إذا كانت تتعلق بالأطفال حيث نصت المادة 66 من ق.ص. على ما يلي:"تتخذ الدولة على كل المستويات التدابير الضرورية التي تسمح بالوقاية من السمنة لدى المواطنين، لا سيما الأطفال"، وذلك باحترام مقاييس في مجال التغذية وفق برامج التربية والإعلام والتحسيس والإتصال، كما تحرص الدولة على ترقية أنماط استهلاك تحفز على تغذية صحية تتسم بالتوازن لصالح المواطنين. ومدّد هذه الترقية بموجب الماد 67 من ق.ص. إلى مجال ممارسة التربية البدنية والرياضية، وهذا وفق برامج ملائمة سواء بصفة فردية أو جماعية والغاية في ذلك حماية صحة المواطنين وتحسينها، وتكيف هذه النشاطات وفقا للمادة 68 من ق.ص. بالنظر إلى السن والجنس وكذا الحالة الصحية وظروف المعيشة لدى المواطنين وتبعا للعمل الذي يمارسونه.

1- حظر بيع التبغ والمشروبات الكحولية لقصر وتشديد الجزاء حال المخالفة

في إطار تعديل الأحكام الواردة في قوانين خاصة وإدراجها ضمن منظومة موحدة ومنسجمة، وبالنظر إلى الخطورة التي يسببها التدخين وما ينجم عنه من أضرار صحية فقد نصت المادة 56 من قانون الصحة الجديد على منعه في الأماكن المخصصة للإستعمال الجماعي أو المستقبلة للجمهور، خاصة إذا تعلقت المسألة بالأشخاص القصر فقد أفادت المادة 57 من نفس القانون أنه يحظر بيع التبغ وكذا المواد التبغية[1] لهذه الفئة الضعيفة، ذلك أن ضعفهم هذا يقودهم إلى الإقدام على تناول هذه المواد ومن ثم الإضرار بصحتهم، أما بالنسبة للذين وقعوا ضحية التدخين فقررت لهم المادة 58 من ق.ص. المساعدة الطبية للإقلاع عنه، ويتم هذا على مستوى هياكل صحية منشأة لهذا الغرض وذلك بالقيام بنشاطات بيداغوجية نفسية.

ونفس الحظر مقرر بالنسبة لبيع المشروبات الكحولية للقاصر بموجب المادة 61 من ق.ص.، وفي هذا الصدد ينبغي إلغاء أحكام الأمر رقم 75-26 الصادر بتاريخ 1975/04/29 المتضمن قمع السكر العمومي وحماية القصر من الكحول بالنظر إلى ضآلة قيمة الغرامات وعدم توافقها مع واقعنا المعيش، كما أن الدولة تعمل على تطوير المصالح الخاصة بالوقاية من الإدمان ومكافحة كل أشكال المخدرات، وإحداث هياكل يكون دورها إزالة التسمم وإعادة تأهيل الأشخاص المدمنين وإعادة إدماجهم اجتماعيا وهو مضمون المادة 63 من ق.ص.،

[1] اعتبرت المادة 54 من ق.ص. موادا تبغية المواد المخصصة للتدخين أو النشق أو الوضع على اللثة أو المضغ أو المص، بما في ذلك السيجارة الإلكترونية مادامت تحتوي على التبغ ولو جزئيا.

وفي المقابل تمنع الدولة بموجب المادة 60 من نفس القانون الدعاية والترويج والإشهار بشأن المشروبات الكحولية أو أي مادة قد تؤثر سلبا على صحة الإنسان.

وقصد ردع المخالفين لحكم المنع المقرر بشأن بيع التبغ للقصر تقرر المادة 405 من قانون الصحة الجديد توقيع غرامة 200.000 د.ج إلى 400.000 د.ج، وفي حالة العود تضاغف العقوبة، هذه الأخيرة التي تحقق الردع والتناسب مع حجم الفعل المجرم، ولو أن حبس حرية الشخص فيه زجر أكثر ويحقق الغاية كما هو مقرر في العقوبة الخاصة ببيع المشروبات الكحولية للقصر والتي وردت عقوبتها في المادة 406 من هذا القانون وقررت لمن خالف هذا المنع بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 50.000 د.ج إلى 100.000 د.ج، وتضاغف العقوبة في حالة العود[1].

2- التدقيق في صياغة الأحكام المتعلقة بالقاصر في مجال نقل وزراعة الأعضاء

منع المشرع بموجب المادة 361 من قانون الصحة الجديد منعا باتا نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من الأشخاص القصر أوعديمي الأهلية أحياء لفائدة أشخاص مرضى آخرين، وقد أورد المشرع استثناء على الحظر المتعلق بنزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من فئة القصر، وقيده بشروط نذكرها على النحو الآتي بيانه:

- أن تتم الموافقة المستنيرة من قبل أبوي القاصر أو ممثله الشرعي. (م 3/361 من ق.ص.)
- اقتصار عملية النزع على الخلايا الجذعية المكونة للدم من المتبرع القاصر ولصالح أخيه أو أخته، وفي حالة انعدام طرق علاجية بالإمكان إجراء هذا النزع على سبيل الإستثناء لفائدة أولاد عمومته أو أولاد خؤولته. (م 361/ 2 و3)[2].
- لا يمكن إجراء عملية الزرع إلا على مستوى المؤسسات الاستشفائية العمومية المرخص لها من طرف الوزير المكلف بالصحة بعد أخذ رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، وللحصول على الترخيص يجب توفر المؤسسات الاستشفائية على تنظيم طبي- تقني وتنسيق استشفائي. (م 1/366 من ق.ص.)

[1] كما تضمن قانون الصحة الجديد جزاء على كل من يخالف المنع من الدعاية والترويج والإشهار للتبغ والمشروبات الكحولية وقرر غرامة تقدر بـ 500.000 د.ج إلى 100.000 د.ج، وتضاعف العقوبة في حالة العود، ويحيل هذا القانون إلى قانون العقوبات فيما يتعلق بالعقوبات المقررة بشأن المستخلصات التي يمكن أن تستخدم في إنتاج المشروبات الكحولية وذلك في المادتين 429 و430 من ق.ع..

[2] نلاحظ أن المشرع قد أضفى مرونة على الأحكام المتعلقة بالقصر لم نألفها في قوانين الصحة السابقة.

وأما في حالة كون القاصر هو المتلقي لهذه الأعضاء أو الخلايا البشرية أو الأنسجة فيتعين توافر جملة من الشروط على النحو التالي:

- ضرورة إعلام الطبيب المعالج الأب أو الأم وعند غيابهما الممثل الشرعي عن الأخطار المحتمل حدوثها،(م 5/364 من ق.ص.)
- لا يمكن إجراء عملية الزرع إلا على مستوى المؤسسات الاستشفائية العمومية المرخص لها من طرف الوزير المكلف بالصحة بعد أخذ رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء[1].

نشير إلى أنه يقابل حكم المادة 364 من ق.ص. المادة 166 من حماية الصحة وترقيتها مع بعض الفروقات في الصيغة كإضافة الخلايا البشرية في دائرة الحظر بالنسبة لمسألة النزع، واستبدال تسمية "المستقبل" بـ"المتلقي"، وعبارة "السلامة البدنية " بـ"السلامة الجسدية "، وأما بشأن الموافقة المتعلقة بالقصر فيعطيها بدلهم الأب وإن تعذر ذلك فالولي الشرعي حسب المادة 166 من ق.ح.ص.ت.، غير أن المشرع قرر الموافقة للأب أو الأم أو عند غيابهما الممثل الشرعي.

فحكم المادة 166 من ق.ح.ص.ت. يتوافق مع المادة 87 من ق.أ[2] التي تمنح الولاية للأب في المقام الأول ثم للأم التي تحل محله قانونا، بينما يتطابق حكم المادة 364 من ق.ص. مع مقتضيات المادة 36 من ق.أ[3]، التي تجعل الصلاحية في تسيير شؤون الأسرة للأب والأم دون ترتيب بينهما اعتمادا على مبدأ التشاور. فرغم تعديل المادتين بموجب نفس القانون سنة 2005 وإلغاء المشرع للمادة 39 من ق.أ[4] بموجب نفس القانون التي كانت تقر بأن الأب رئيس للعائلة لا يمكن تحديد موقف المشرع الجزائري، لذا يتعين إزالة هذا التعارض في التعديلات اللاحقة.

ولضمان حماية أوفر للقصر–والبالغين على حد سواء– أوجب المشرع بموجب المادة 5/360 من قانون الصحة الجديد أن يعبر المتبرع عن موافقته للمتبرع أمام رئيس المحكمة المختص إقليميا، ويتأكد هذا الأخير قبل إجراء التبرع بأن الموافقة حرة ومستنيرة وأن إجراءات التبرع مطابقة للشروط القانونية، وهو بطبيعة الحال حكم

---

[1] للحصول على الترخيص يجب توفر المؤسسات الاستشفائية على تنظيم طبي– تقني وتنسيق استشفائي. (م 1/366 من ق.ص.).

[2] تنص 1/87 من ق.أ المعدلة بموجب الأمر 05–02 المؤرخ في 2005/02/27 على ما يلي:" يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا" يفيد هذا النص أن الولاية على القاصر مقررة للأب بالدرجة الأولى دون أن تشاركه الأم فيها.

[3] تنص المادة 36 من ق.أ المعدلة سنة 2005 على ما يلي:"يجب على الزوجين :....4– التشاور في تسيير شؤون الأسرة ...".

[4] كانت تنص المادة 39 من ق.أ الملغاة بموجب الأمر 05–02 على ما يلي:"يجب على الزوجة :1– طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة ..."

مستجد يستحق الثناء يدرأ باستحداثه المشرع تواطؤ الأطباء، وقد نص عليه المشرع الفرنسي في الفقرة الثالثة من المادة 1241-1 من قانون الصحة العمومية[1] وبإمكان رئيس المحكمة أن يعين قاضيا، وإذا كانت حياة الشخص في خطر يتلقى رضاءه وكيل الجمهورية بكل الوسائل الممكنة، على أنه يمكن الرجوع فيه دون أي اعتبار للشكلية وفي أي وقت.

غير أنه يطرح إشكال عن إمكانية تعبير القاصر على موافقته أمام رئيس المحكمة(م 5/360 من ق.ص.) حيث يسمح له بالتبرع بالخلايا الجذعية المكونة للدم وفق الشروط المبيّنة قانونا (م2/361 من ق.ص.)، وقد أفادت المادة 5/343 من ق.ص. بأن حقوق القصر تمارس من قبل الأولياء أو الممثل الشرعي، مع العلم أن المادة 5/360 من هذا القانون لم تشر إلى الممثل الشرعي للقاصر، وكان من المستحسن أن يكون النص على النحو التالي: "يجب أن يعبر المتبرع أو ممثله الشرعي على موافقته للتبرع ...". ويستحب أيضا تمديد الإختصاص إلى القاضي المنتدب الذي يعينه رئيس الحكمة لهذا الغرض كما هو جار به العمل في التشريع الفرنسي، إذ لا يمكن حصر هذا التدبير في رئيس المحكمة فقط لعدة اعتبارات تتعلق بوظيفته(كثرة انشغالاته ومسؤولياته، غيابه المبرر، ...). والنقد ذاته موجه إلى الفقرة السابعة (7) من نفس المادة بشأن إعلام لجنة الخبراء للمتبرع-أو ممثله الشرعي- بالأخطار التي قدد يتعرض لها وبالعواقب المحتملة للنزع وكذا بالنتائج المنتظرة من الزرع بالنسبة للمتلقي.

وما يؤيد الانتقاد السالف هو الحكم الوارد في المادة 1/364 من ق.ص. التي تفيد بأن المتلقي ملزم بالتعبير عن إرادته بحضور الطبيب وأمام شاهدين، وأشارت الفقرة الرابعة(4) أنه في حالة الأشخاص القصر يعطي الموافقة الأب أو الأم[2] أو عند غيابهما الممثل الشرعي.

ومن باب تحقيق الردع لا سيما في هذه المسائل التي تتسم بالخطورة قرر المشرع جزاءات لمن يخالف مسألة نزع الأعضاء والخلايا والأنسجة من القصر وأحال بشأنها إلى قانون العقوبات بمقتضى المادة 430 من ق.ص.التي تنص على ما يلي:"يعاقب كل من يخالف أحكام هذا القانون المتعلقة بنزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها، طبقا لأحكام المواد من 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 20 من قانون العقوبات".

---

[1] Art. 1241-1/3 :Le prélèvement, en vue de don à des fins thérapeutiques, de cellules hématopoïétiques recueillies par prélèvement dans la moelle osseuse ou dans le sang périphérique ne peut avoir lieu qu'à la condition que le donneur, préalablement informé des risques qu'il encourt et des conséquences éventuelles du prélèvement, ait exprimé son consentement devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui, qui s'assure au préalable que le consentement est libre et éclairé. En cas d'urgence vitale, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République. Le consentement est révocable sans forme et à tout moment.

[2] لم يشر المشرع الجزائري إلى حالة الاختلاف بين الوالدين، خاصة أنه يوجد غموض في القواعد العامة التي يتعين الرجوع إليها في مثل هذه الحال، أي المادة 87 من قانون الأسرة التي تجعل الولاية للأب، أو المادة 36 من نفس القانون التي تقضي بمبدأ التشاور في تسيير شؤون الأسرة.

3- تعزيز حماية المرضى المصابين باضطرابات عقلية أو نفسية

وبخصوص حماية المرضى المصابين باضطرابات عقلية أو نفسية تعمل الهياكل الصحية المخصصة لهذا الغرض بالتكفل بهم، إذ يتعين عليها القيام بالأعمال الطبية الضرورية لفائدتهم من تشخيص وتقديم العلاج المناسب بهدف إعادة تأهيلهم وبالتالي إعادة اندماجهم الإجتماعي، وفي هذا الإطار أوجبت المادة 127 من ق.ص. على هذه الهياكل التكفل بعلاج الصحة العقلية للأطفال والمراهقين وتقرير حمايتهم وترقية صحتهم بما يتلاءم ووضعهم الإستثنائي في المجتمع باعتبارهم غير كاملي الأهلية.

كما أنه لا يمكن استشفاء المرضى المصابين باضطرابات عقلية وإبقائهم في المستشفى دون أخذ موافقتهم أو موافقة ممثلهم الشرعي عند الإقتضاء طبقا لمقتضيات المادة 128 من ق.ص.، وقررت المادة 130 من نفس القانون أنه يخضع كل اشتشفاء لكامل الوقت للأشخاص دون سن السادسة عشر عاما لموافقة اللجنة الولائية للصحة العقلية، ويحق للمرضى المصابين باضطرابات عقلية الذين تم استشفاؤهم تلقي الزيارات إذا وافق الطبيب المعالج للمؤسسة التي يخضعون للعلاج فيها طبقا لأحكام المادة 131 من ق.ص.، ولهم الحق أيضا وفقا لهذا النص في إعلامهم بحقوقهم وكذا إخطار اللجنة الولائية للصحة العقلية.

أما بشأن الإستشفاء داخل مصلحة مفتوحة يمكن للمريض المصاب باضطراب عقلي البالغ سن الرشد التمتع بأهلية كاملة طلب الإستشفاء لفائدته بنفسه حسب الفقرة الأولى من المادة 136 من ق.ص.، أما إذا كان هذا المريض عديم الأهلية ولم تكن له أسرة يمكن لممثله الشرعي طلب الإستشفاء بدلا عنه طبقا لنفس المادة في فقرتها الثانية[1].

كما قرر المشرع الوضع في الملاحظة بفعل الغير وكذا الإستشفاء بفعل الغير بموجب المادة 137 وما بعدها من قانون الصحة الجديد، ويتم اللجوء إلى هذين الإجراءين بالنسبة للمريض الذي تتسبب اضطرابات عقلية في استحالة الحصول على موافقته وتتطلب حالته معالجة فورية ومراقبة مستمرة في الوسط الاستشفائي، ويتولى تقديم المريض إلى طبيب الأمراض العقلية أحد أعضاء أسرته أو ممثله الشرعي أو السلطة العمومية التي تتصرف لفائدة المريض، ويكون إجراء الوضع في الملاحظة بفعل الغير لمدة لا تتعدى 15 يوما في مصلحة

[1] أورد المشرع في النص عديم الأهلية دون ناقصها وهي صياغة غاية في الدقة ذلك أن المريض في مثل هذا الوضع لا يمكنه إلا أن يكون عديم الأهلية وهي حالة الجنون.

الأمراض العقلية، إذ يمكن لطبيب الأمراض العقلية أن يقرر خروج المريض عند انقضاء هذه المدة أو قبلها أو يمدد مدة الوضع في الملاحظة لمدة 15 يوما.

وأما الاستشفاء بفعل الغير فقد نصت عليه المادة 141 وما يليها من ق.ص. ويتحول المريض إلى هذا الإجراء في أي وقت أثناء فترة الوضع في الملاحظة ويكون هذا في مدة تتناسب مع الحالة الصحية للمريض حسب المادة 142 من ق.ص، على أن خروج المريض يكون طبقا للمادة 143 من نفس القانون إما بمبادرة من طبيب الأمراض العقلية للمؤسسة أو بطلب كتابي من المريض الراشد المؤهل مدنيا أو بطلب ممن كان سببا في الاستشفاء بفعل الغير[1].

كما يتقرر الفحص الاجباري حسب المادة 144 من ق.ص. إذا كان ثمة ضرورة تقدرها السلطة العمومية لا سيما حالة خطر وشيك الوقوع بسبب مرض يصيب المريض نفسه أو الغير، ويختص بالفحص الإجباري الوالي أو النائب العام لدى المجلس القضائي على أن يقوم به طبيب الأمراض العقلية لمؤسسة استشفائية، كما تعرضت المادة 148 من ق.ص إلى إجراء مهم وهو الوضع في الملاحظة الإجبارية داخل مصلحة أو وحدة مغلقة لطب الأمراض العقلية، لمدة لا تتعدى 15 يوما.

وقد قررت المادة 152 من ق.ص. أنه بإمكان طبيب الأمراض العقلية للمؤسسة أن يطلب استشفاء اجباريا عند انقضاء أو أثناء الإستشفاء في مصلحة مفتوحة، أو الوضع في الملاحظة أو الإستشفاء بفعل الغير، أو الوضع في الملاحظة الإجبارية. وبخصوص الإجراءات التي يتم بها الاستشفاء الاجباري تقضي المادة 154 من ق.ص. بأن يرسل طبيب المؤسسة للأمراض العقلية في حالة الضرورة لهذا التدبير شهادة طبية إلى الوالي يفصل كل فيها الأسباب التي يراها ضرورية لاتخاذه، ويختص الوالي باتخاذ قرار الاستشفاء الإجباري لمدة ستة أشهر على الأكثر، ويجب أن يكون محل تجديد وبنفس الأشكال. كما يتم خروج المرضى أيضا بنفس الأشكال وفقا للمادة 156 من ق.ص. حيث يرسل طبيب الأمراض العقلية إلى الوالي قبل انقضاء أجل المقرر طلبا مبررا من أجل رفع الإستشفاء الإجباري.

وقد أحدث المشرع بموجب المادة 157 من ق.ص. ما يسمى بالإستشفاء القضائي، هذا الأخير الذي يشبه الحجز القضائي في مؤسسة طب الأمراض العقلية أو في شكل وضع في مؤسسة علاجية طبقا لما هو

[1] ما يلاحظ أن المشرع غير المصطلحات التي تناولها قانون الصحة العمومية وقانون حماية الصحة وترقيتها، فلا نجد مثلا الترتيب الاختياري أو الترتيب الإجباري أو الوضع تحت المراقبة وإنما وظف مصطلحات أخرى ضمن أحكام قانون الصحة الجديد كالاستشفاء بفعل الغير والوضع في المراقبة بفعل الغير والوضع في الملاحظة الإجبارية وكذا الاستشفاء القضائي.

منصوص عليه في المادتين 21 و22 من قانون العقوبات، وفي هذه الحالة تتبع الإجراءات المتعلقة بنظام الاستشفاء الاجباري المنصوص عليها في قانون الصحة الجديد.

ثالثا: الأحكام المتعلقة بصحة القاصر المستحدثة في قانون الصحة الجديد

جعل المشرع في قانون الصحة الجديد المسؤولية على عاتق مؤسسات الصحة العمومية والخاصة المكلفة بخدمة عمومية بشأن التغطية المجانية الصحية لكل الأشخاص الموجودين في وضع صعب، كما عني أيضا بالحماية الصحية داخل الأوساط التربوية أو الجامعية أو التكوين المهني حيث أنها كانت مفرقة في قوانين خاصة كما مر معنا في الفصل الأول من هذه الدراسة، فعمل على جمعها وإدراجها ضمن منظومة صحية موحدة من أجل حفظ صحة التلاميذ.

كما حرص المشرع على استحداث أحكام جديدة تتعلق بالبحث في مجال طب الأحياء بهدف تحسين الأداء الطبي، وأدرج أيضا أحكاما غاية في الأهمية تتعلق بالأخلاقيات والأدبيات وكذا البيوأخلاقيات، وعمل المشرع على وضع الأحكام في محلها فضم الأحكام المتعلقة بالتلقيح الإصطناعي التي ينص عليها قانون الأسرة مراعيا تحديثها والتدقيق في إجراءاتها تحت مصطلح واسع النطاق المساعدة الطبية على الإنجاب[1]، وسنتناول كل هذه الأحكام المستجدة من خلال هذه النقاط.

1- حماية القصر في وضع صعب

قررت المادة 85 من ق.ص. أنه تتظافر جهود المؤسسات الصحية مع الجماعات المحلية وكذا الجمعيات في الأعمال الصحية والتربوية والإجتماعية وتسهر على حماية صحة المراهقين والشباب، كما تضمن نموهم الكامل وتعمل على الوقاية من السلوكات المضرة، واعتبرت الدولة هذه الالتزامات من أولى الأولويات، وقد خصص المشرع ضمن قانون الصحة الجديد قسما خاصا بحماية الأشخاص في وضع صعب وذكر ضمنهم في المادة 88 من هذا القانون الأطفال والمراهقين الموجودين في خطر معنوي و/أو الذين تم وضعهم في المؤسسات التابعة للوزير المكلف بالتضامن الوطني.

[1] تعتبر أحكام المساعدة الطبية على الإنجاب المنصوص عليها في قانون الصحة الجديد امتداد للمادة 69 من قانون حماية الصحة وترقيتها لسنة 1985 التي كانت تنص على ما يلي:(يجب أن تعمل المساعدة الطبية المقدمة للمحافظة على الحمل واكتشاف الأمراض التي يصاب بها في "الرحم" وضمان صحة الجنين ونموه حتى الولادة)، وقد عرف المشرع في قانون الصحة الجديد المساعدة الطبية على الإنجاب و بين في هذا الخصوص الشروط الشكلية والموضوعية وكذا الإجراءات الإدارية التي يتعين إتباعها.

ومن استقراء المادة 74 من ق.ص. نجد أن المرأة الحامل يمكن أن تكون في وضع صعب، وهنا قرر لها المشرع حماية خاصة عندما يستوجب الأمر استشفاءها وكان الحمل في الشهر السابع على الأقل، وبطلب منها فإنه يتم قبولها في مؤسسات وهياكل الصحة العمومية التي تتوفر على أسرّة الولادة.

يتضمن قانون الصحة الجديد ضمن أحكامه الحماية الصحية للمراهق، هذا الأخير الذي لم يعرفه المشرع ويذكر أيضا مصطلح الشباب الذي يحتاج أيضا إلى تعريف، فبالنسبة للمراهق معناه الشخص الذي قارب الحلم ولم يحتلم بعد، ومنه رهقت الشيء إذا دنوت منه[1] ومنه قوله تعالى :" وَلَا تُرْهِقْنِي مِنْ أَمْرِي عُسْرًا"[2]، وعرف البعض[3] المراهق بأنه الفتى الذي يدنو من الحلم واكتمال الرشد أي من اكتمل نضجه البدني والإنفعالي والعقلي والإجتماعي، وتحدد سن المراهقة باثني عشرة سنة[4]، والشباب من الفعل شبَّ يشبُّ شبابا ومعناه الفتاء والحداثة وهو ضد الشيْب[5].

كما تفيد المادة 90 من ق.ص. بأن هياكل ومؤسسات الصحة العمومية والخاصة المكلفة بخدمة عمومية تضمن التغطية الصحية المجانية لكل الأشخاص الموجودين في وضع صعب لا سيما أولئك الذين يعيشون في الوسط المؤسساتي، ويتم هذا مع احترام مقاييس الأمن وحفظ الصحة في هذا الوسط، ويقع على عاتق الدولة التكفل النفسي والطبي بتوفير الوسائل الطبية للدعم النفسي لضحايا العنف والذين هم في وضع نفسي صعب وذلك لإعادة إدماجهم في حياتهم الإجتماعية، كما تضمن أيضا الدولة الشروط الخاصة بمراقبة صحة الأطفال الذين تم وضعهم في المؤسسات التابعة للوزير المكلف بالتضامن الوطني، ويستفيد هؤلاء الأطفال حسب المادة 93 من ق.ص. من التدابير الصحية والتربوية والإجتماعية التي تناسب نموهم بصورة طبيعية وتحقق اندماجهم في أسرهم وتبعا لهذا يتم إدماجهم في المجتمع.

2- تقريب الصحة من المواطن وتشجيع النظافة وأثرهما على صحة القاصر

كما تضمن قانون الصحة الجديد موضوع الحماية الصحية داخل الأوساط التربوية أو الجامعية أو التكوين المهني ضمن أحكام المواد من 94 إلى 69 من هذا القانون، وكانت هذه الأحكام مبعثرة ضمن قوانين خاصة فعمل على ضمها إلى المنظومة الصحية، وأبرزت المادة 95 من ق.ص. الهدف من حماية الصحة وترقيتها وهو حفظ صحة التلاميذ عن طريق المراقبة المستمرة لحالتهم الصحية وكذا الكشف عن الأمراض والقيام بعلاجها،

[1] محمود عبد الرحمن عبد المنعم: مرجع سابق،ج 3، ص 256.

[2] سورة الكهف، الآية رقم 73.

[3] العربي بختي: حقوق الطفل في الشريعة والاتفاقيات الدولية، مرجع سابق، ص 22.

[4] العربي بختي: نفس المرجع، نفس الصفحة-

[5] أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور: لسان العرب، ج1، دار صادر، بيروت، لبنان، د.ت.ن،ص480.

وخاصة الأمراض موضوع التصريح الإجباري وكذا الوقاية من الآفات الإجتماعية ودعم الصحة الجوارية، دون أن يغفل المشرع عن مسألة نقاوة المحلات وملحقاتها التابعة لمؤسسات التعليم والتكوين.

كما تضع وزارة الصحة بالتنسيق مع وزارات التربية والتكوين المهني والتعليم العالي هياكل كشف ومتابعة، وتضمن الجماعات المحلية والمؤسسات التابعة لهذه الوزارات الوسائل من أجل تحقيق ذلك، على أن نشاطات الكشف عن صحة التلاميذ والطلبة والمتربصين تسند إلى المستخدمين الطبيين بما في ذلك النفسانيين وشبه الطبيين الذين تم تعيينهم في هياكل الكشف والمتابعة لهذا الغرض، وذلك بالتعاون مع مؤسسات التربية والتكوين المهني والتعليم العالي(م 96 من ق.ص.).

أما في مجال العمل فقد قرر المشرع أحكاما ضمن المادة 97 وما بعدها من قانون الصحة الجديد تحفظ العمال بوجه عام ومن ضمنهم القصر على وجه الخصوص، وكنا قد تناولنا هذه الأحكام في الفصل الأول ضمن مسألة حماية العامل القاصر وفقا للتشريعات الداخلية والدولية[1]، كما يتعين مراعاة الفحص الإجباري للقصر لتحسين ظروفهم وضمان أمنهم خاصة إذا تعلق الأمر بالأماكن الخطيرة، فهنا يتعين إبعادهم عنها لتفادي حوادث العمل وكذا الأمراض المهنية، كما يقع على عاتق المستخدم السهر على توفير أكبر حماية لفئة القصر داخل أوساط العمل والسعي إلى ترقيتها، ويلزم المستخدم وفقا للمادة 99 من ق.ص. أن يوفر طب العمل طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما، ويكون الدور الذي يقوم به مستخدمو الصحة المجتمعون ضمن مصالح طب العمل ذو طابع وقائي بالدرجة الأولى ويأخذ طابعا علاجيا على وجه الاستثناء.

3- دور الطب الشرعي كمستجد في حماية القصر

جدير بالإهتمام أن يخصص المشرع ضمن أحكام قانون الصحة الجديد فصلا للطب الشرعي وينص ضمنه في المادة 198 على الأطفال والمراهقين، فقرر أنه يجب على مهنيي الصحة خلال ممارسة المهام المنوطة بهم أن يعلموا المصالح المعنية إذا ما لاحظوا حالة عنف تعرض لها الأشخاص لا سيما الفئات الضعيفة ومن بينهم الأطفال والمراهقين القصر.

ووفقا للمادة 199 من ق.ص. يحرر في هذا القبيل الطبيب المتخصص في الطب الشرعي شهادة وصفية ليحدد فيها نسبة العجز وغيرها من الأضرار، إذ يتعين عليه الإدلاء بكل جرح له علاقة بمسألة مشبوهة، وفي حالة ما إذا توفي المريض بصورة مشبوهة أو ثبتت حالة عنف أو عن طريق مرض منتقل يشكل خطرا على الصحة

[1] ذكرنا أن المشرع لم ينص على أحكام القاصر في مجال العمل ضمن قانون حماية الصحة وترقيتها لسنة 1985 نظرا للحركة التشريعية آنذاك في مجال العمل، ومع التطورات التي عرفها هذا المجال وضرورة مسايرة التشريعات الدولية عاد المشرع للنص عليها مجددا.

العمومية أو كانت حالة الوفاة في الشارع فإنه لا يتم تسليم إلا شهادة تثبت الوفاة، على أنه يتوجب على الطبيب المعني إخطار السلطات المختصة لإجراء الفحص الطبي الشرعي لجثة المتوفى مع مراعاة إجراءات التنظيم المعمول به، وهذا كله يحسب لصالح القاصر ويعتبر واجبا يتعين على مهنيي الصحة مراعاته وإلا ترتبت مسؤوليتهم.

الأخلاقيات والأدبيات والبيو–أخلاقيات الطبية

لقد تضمن قانون الصحة الجديد الأخلاقيات التي تتصل بمختلف الاستكشافات أو العلاجات أو الأعمال الوقائية التي يتم اقتراحها، وكذا فائدتها وصبغتها الاستعجالية المحتملة ونتائجها إضافة إلى الأخطار الاعتيادية والخطيرة التي تنطوي عليها وتلك التي يمكن توقعها، دون أن يغفل المشرع عن الحلول الممكنة والعواقب المتوقعة في حالة الرفض. كما استحدث المشرع البيوأخلاقيات الطبية[1] التي دعا الفقه إلى تضمينها في هذا المجال[2].

وتطرق المشرع للأدبيات في مجال الصحة ضمن المواد من 339 إلى 354 من ق.ص. حيث راعى ضمن الجوانب الأخلاقية المتعلقة بالمرضى في المادة 343 من ق.ص. موافقة المريض الحرة والمستنيرة وضرورة احترام الطبيب لرضاه بعد أن يبصره بالنتائج التي تترتب عن اختياراته لا سيما حالة رفض العمل الطبي الذي يخضع له وخاصة أنه ينطوي على طابع الإستعجال وكذا الخطر الذي يهدد حياته، أما بالنسبة لحقوق الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية فقد قررت الفقرة الأخيرة من نفس المادة أنه يمارسها أولياؤهم أو ممثلوهم الشرعيين.

وحتى يعفي الطبيب نفسه من المسؤولية التي قد تترتب عن التقصير في أي إجراء قرر المشرع بموجب المادة 344 من ق.ص. أنه في حالة رفض العلاج بإمكان الطبيب أن يشترط تصريحا كتابيا من المريض نفسه أو ممثله القانوني، واستثناء من هذا يمكن لمهنيي الصحة أن يقدموا العلاج مع تجاوز موافقة المريض وذلك في الحالات المستعجلة أو حالة المرض الخطير أو الذي يحتمل أن يسبب عدوى أو المهدد لحياة المريض بشكل أكيد، غير أن المشرع لم يحدد في قانون الصحة الجديد هذه الحالات ولم يُحِلْها إلى تنظيم خاص، والملاحظ في هذا النص أن المشرع قد وسع من دائرة المبادرة لتقديم العلاج وتجاوز موافقة المريض أو ممثله الشرعي ولم يحصرها في جانب الطبيب، وهو عين الصواب ذلك أن مثل هذه الحالات لا تحتمل التأخير.

ومادام أن البيوأخلاقيات تتضمن التدابير المرتبطة بالنشاطات المتعلقة بنزع الأعضاء وزرعها والأنسجة والخلايا والتبرع بالدم البشري ومشتقاته واستعمالها والمساعدة الطبية على الإنجاب والبحث البيوطبي، فسوف نعالج

[1] عرف قانون الصحة الجديد البيوأخلاقيات الطبية بمقتضى المادة 353 منه بأنها كافة التدابير المرتبطة بالنشاطات المتعلقة بنزع الأعضاء وزرعها والأنسجة والخلايا والتبرع بالدم البشري ومشتقاته واستعمالها والمساعدة الطبية على الإنجاب والبحث البيوطبي.

[2] العربي بلحاج: بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، د.م.ج، بن عكنون، الجزائر، 2014، ص275.

هذه النشاطات في جوانبها التي تعني حماية القاصر وترقية صحته. وقد تقدم بيان الأحكام المتعلقة بنزع الأعضاء وزرعها ، ونعرض فيما يلي الأحكام المرتبطة بالأبحاث البيوطبية والقواعد التي تحكم المساعدة على الإنجاب.

4- الأبحاث البيوطبية والقيود الواردة عليها بشأن القصر

عالج قانون الصحة الجديد أحكاما تتعلق بالبحث في مجال طب الأحياء ضمن المواد من 377 إلى 399[1]، ويتمثل البحث في مجال طب الأحياء حسب المادة 377 من ق.ص. في إجراء دراسات تبحث في الكائن البشري ترمي إلى تطوير المعارف الوبائية والبيولوجية وكذا التشخيصية والعلاجية، ومن ثم تحسين الأداءات الطبية وأطلق عليها اسم "الدراسات العيادية"، كما قرر لها شروطا هامة نصت عليها المواد 378 وما بعدها من ق.ص. تتمثل في ما يلي:

- ضرورة مراعاة الدراسات العيادية للمبادئ الأخلاقية والعلمية والأخلاقيات والأدبيات التي تحكم الممارسة الطبية. (م 378 من ق.ص.)
- وجوب إجراء الدراسات العيادية بصورة متطابقة مع قواعد الممارسات الحسنة في مجال طب الأحياء على مستوى الهياكل المعتمدة والمرخص لها لهذا الغرض. (م379 من ق.ص.)
- أن يكون معدل الفائدة المرجوة راجحا في صالح الشخص محل الدراسة بالنظر إلى الخطر المرتقب من الدراسة. (م 380 من ق.ص.)
- أن تكون الدراسات العيادية ترتكز على آخر ما توصل إليه البحث العيادي وكذا المعرفة العلمية وتجربة سابقة لعيادية كافية. (م 380 من ق.ص.)
- أن تكون منفذة تحت سلطة إدارة وخاضعة لمراقبة طبيب باحث يتمتع بخبرة.(م 380 من ق.ص.)
- أن تتم الدراسات العيادية ي في ظروف مادية وتقنية وبشرية ملائمة لهذه الدراسات وموافقة لمقتضيات الصرامة العلمية وسلامة الأشخاص الخاضعين لهذه العملية. (م 380 من ق.ص.)
- أن يعبر الأشخاص الخاضعين لهذه الدراسات أو ممثلوهم الشرعيين عند الإقتضاء عن موافقتهم الحرة والمستنيرة والصريحة. (م 386 من ق.ص)
- أن تكون الموافقة كتابة بعد إطلاع الطبيب الباحث أو الطبيب الذي يمثله عن مختلف جوانب البحث وحق أولئك الأشخاص في رفض المشاركة في البحث العلمي أو سحب موافقتهم في أي مرحلة دون تحمل المسؤولية ودون أن يمس ذلك بالتكفل العلاجي بهم. (م 386 من ق.ص.)

[1] أي 23 مادة، وهو تطور تشريعي جدير بالاهتمام والدراسة.

5- تحديث الأحكام بشأن مسألة الإنجاب خارج المسار الطبيعي

الملاحظ على قانون الصحة الجديد أنه جمع الأحكام التي تعنى بالجانب الصحي والتي كانت واردة أحكامها ضمن قوانين أخرى، ومن بين هذه الأحكام تلك المتواجدة في قانون الأسرة والمدرجة بموجب القانون 05-02 الصادر بتاريخ 2005/02/27 المعدل والمتمم لقانون الأسرة ضمن المادة 45 مكرر منه التي تنص على التلقيح الإصطناعي والشروط التي يتعين توافرها لهذه العملية، فذكَر المشرع بعضها وأغفل البعض الآخر[1]، وقد تدارك قانون الصحة الجديد بعض الشروط المغفلة في قانون الأسرة، ثم إن الأحكام المتعلقة بعملية التلقيح الإصطناعي هي من صميم مواضيع قانون الصحة.

لذا خصص المشرع قسما خاصا للمساعدة الطبية على الإنجاب، وقرر في المادة 1/370 من ق.ص. بأنها نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي في حالة العقم المؤكد طبيا، كما أنها ترمي إلى تجنب نقل مرض غاية في الخطورة إلى الطفل. ووفقا للفقرة الثانية من نفس المادة تتمثل المساعدة الطبية على الإنجاب في ممارسات عيادية وبيولوجية تسمح بتنشيط عملية الإباضة ومن ثم التلقيح عن طريق الأنابيب ونقل الأجنة والتخصيب الإصطناعي-حسب التسمية الواردة في قانون الصحة الجديد-، ويبدو من خلال هذا النص أن المساعدة الطبية على الإنجاب مصطلح واسع النطاق حيث يدخل ضمنه عدة عمليات من بينها التلقيح الاصطناعي- حسب التسمية الواردة في قانون الأسرة -[2].

وبتحليل أحكام المواد الخاصة بالمساعدة الطبية على الإنجاب ومقارنتها مع الأحكام الوادرة في قانون الأسرة الخاصة بعملية التلقيح الإصطناعي نلاحظ أن المشرع قد أبقى ضمن أحكام قانون الصحة الجديد على الشروط السابقة الوادرة في قانون الأسرة وأضاف إليها شروطا أخرى. وسوف نتطرق إلى الشروط التي كان معمول بها في عملية التلقيح الإصطناعي والمحتفظ بها ضمن أحكام قانون الصحة الجديد بخصوص عملية المساعدة الطبية على الإنجاب مع بعض التعديل والإضافة وهذا على النحو الآتي بيانه:

---

[1] مع العلم أن المشرع الجزائري لم ينظم نسب المولود الناجم عن التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة، وهذا يقودنا إلى القواعد التي تنظم النسب بالطريق الطبيعي، غير أن المشرع الفرنسي نظم كلتا الحالتين، ومن هنا يمكن القول أن لا مانع من اللجوء إلى الطرق العلمية الحديثة في إثبات النسب والمتمثلة أساسا في البصمة الوراثية سواء في عملية الإنجاب الطبيعي أو تلك الخارجة عن المسار الطبيعي. انظر في هذا المعنى خدام هجيرة: التلقيح الإصطناعي – دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري- ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 200-2007،ص 258.

[2] بالرجوع إلى النسخة الفرنسية لكلا القانونين (قانون الأسرة وقانون الصحة) نجد أن المصطلح واحد - insémination artificielle-. وعليه هناك اختلاف في المبنى وإئتلاف في المعنى.

- أن يكون الزواج شرعيا، وهوشرط واضح إلا أن المشرع عبر عنه في المادة 371 من ق.ص. بطريقة موسعة أي بصدور الطلب عن امرأة ورجل في سن الإنجاب على قيد الحياة يشكلان زوجا مرتبطا قانونا، وربما كانت الصياغة القديمة وجيزة وجامعة، في حين أن الصياغة الجديدة تتسم بالإطناب والغموض، فأن يذكر المشرع مسألة طلب الرجل والمرأة في سن الإنجاب ولم يسمهما زوج وزوجة، ثم تأتي مسألة ارتباطهما قانونا عن طريق الزواج لاحقا ويفصل بين العبارتين جملة (كون الزوجين على قيد الحياة) فإن هذا يؤدي إلى فتح مجال لتأويل النصوص والتعامل بحرفيتها[1].
- أن تتم عملية المساعدة الطبية على الإنجاب وفقا للمادة 371 من ق.ص. بموافقة الزوجين كتابيا وأثناء حياتهما بعد تقديم طلب إلى الهيكل أو المؤسسة المعنية في هذا الخصوص يتم تأكيده خلال شهر من تاريخ الاستلام إلى نفس الجهة، وهذا الشرط معبر عنه في قانون الأسرة بأن يتم التلقيح برضاء الزوجين، وغني عن البيان أن التعبير عن الإرادة وفقا للمادة 60 من ق.م. يكون باللفظ أو الكتابة أوالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه، وقد قيد المشرع هذه الموافقة بوسيلة الكتابة عن طريق تقديم طلب من قبل الزوجين.
- أن يتم النقل أو التخصيب الإصطناعي بالحيوانات المنوية للزوج وبويضة الزوجة دون سواهما[2].
- أن تتوافر حالة الضرورة للجوء إلى المساعدة الطبية على الإنجاب وذلك بأن تكون حالة العقم مؤكدة أو كان من شأن الإنجاب بالطريق الطبيعي أن ينقل مرضا في غاية الخطورة للطفل.(م. 370 و371 من ق.ص.)

كما يتعين مراعاة شروط أخرى شكلية إدارية حتى لا يصبح في عملية المساعدة الطبية على الإنجاب تجاوزا للحدود القانونية وقد ورد ذكرها ضمن أحكام قانون الصحة الجديد وهي كما يلي:

- أن يقدم الزوجان أثناء حياتهما الطلب المرتبط بالمساعدة الطبية على الإنجاب.(م.1/371 ق.ص.)

[1] كان يكفي عبارة الزوج والزوجة وأما عبارة "في سن الإنجاب" فهي مصادرة على المطلوب ذلك أن شرط الإعفاء من سن الزواج فصل المشرع في أحكامه وأخضع الزوجين لشرط القدرة الذي هو من اختصاص الخبير الطبي وكذا شرطي الضرورة والمصلحة الذين يخضعان للسلطة التقديرية للقاضي، بالإضافة إلى تقديم الزوجين لشهادة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خضوعهما للفحوصات الطبية المنصوص عليها في المرسوم رقم 06-154 الصادر بتاريخ 2006/05/11 الذي يحدد كيفيات تطبيق المادة 7 مكرر من قانون الأسرة المعدل والمتمم.

[2] أضاف المشرع ضمن مقتضيات المادة 371 من قانون الصحة الجديد عبارة "مع استبعاد كل شخص آخر" في حين كان بالإمكان الاستغناء عنها بعد تقرير الاستثناء في عبارة "لا يمكن اللجوء فيها إلا" وكذا عبارة "دون سواهما".

- أن يتم تأكيد الطلب بعد شهر واحد من تاريخ الاستلام من قبل الهيكل أو المؤسسة المختصة. (م 1/371 من ق.ص.)
- أن تتم الأعمال العيادية والبيولوجية المتصلة بالمساعدة الطبية على الإنجاب من طرف مساعدين معتمدين لهذا الغرض. (م 372 من ق.ص.)
- أن تتم الأعمال العيادية[1] والبيولوجية المتصلة بالمساعدة الطبية على الإنجاب في مؤسسات أو مراكز أو مخابر مرخص لها بهذه الممارسة. (م 372 من ق.ص.)
- يجب احترام قواعد الأمن الصحي المعمول بها في مجال الصحة أثناء تنفيذ المساعدة الطبية على الإنجاب. (م 1/373 من ق.ص.)
- خضوع الهياكل التي تمارس عملية المساعدة الطبية على الإنجاب لمراقبة المصالح الصحية المختصة مع التزامها بإرسال تقرير طبي سنوي عن نشاطاتها إلى السلطة الصحية المعنية.(م 2/373 من ق.ص.)

تجد هذه الضوابط مصدرها في التشريع الفرنسي، هذا الأخير الذي يحرص على أن تتم المساعدة الطبية عن طريق تقديم طلب كتابي للتحقق من ضرورة اللجوء إلى إجراء هذه العملية، وهذا بعد إجراء مقابلة مع الزوجين من قبل لجان طبية ذات اختصاصات متنوعة لتتوج هذه المقابلات بقرار مناسب، كما يخصص ملف طبي كامل يتضمن حالة الزوجين ونتيجة المقابلة وكذا قرار اللجنة الطبية المتخصصة، وحتى مع فرض قبول الطلب فإنه لا يتم مباشرة عملية التلقيح إلا بعد مرور شهر، وهي فترة تمهل يراجع خلالها الزوجان قرارهما المتخذ ومن ثم بإمكانهما تثبيت القرار أو العدول عنه، ونظرا لصعوبة هذه العملية توضع سجلات تدون فيها البيانات والمعلومات الخاصة بالزوجين وبالعملية والمتمثلة في تاريخ إجرائها وتنبيه الزوجين على المخاطر المحتملة إلى غير ذلك[2].

[1] نشير إلى أنه إذا تعلقت البحوث البيوطبية بإجراء التجارب الطبية على الأشخاص فقد أصدر المشرع الفرنسي بشأنها القانون رقم 88-1938 بتاريخ 1938/12/20 والخاص بحماية الأشخاص الذين يخضعون للتجارب الطبية وضرورة استفادتهم عند الاقتضاء من تعويضين، يكون الأول في حالة كون الأبحاث تكتسي طابعا علاجيا وهذا على أساس نظرية المخاطر، وأما الصورة الثانية وهي كون هذه التجارب تتضمن طابعين أحدهما علاجي والآخر طبي فيكون قوام المسؤولية هنا هو الخطأ المفترض، وكذلك الشأن بالنسبة للمسائل المرتبطة بنقل الدم من شخص إلى آخر ونجم عنها ضرر لكونه ملوث بفيروس فقدان المناعة المكتسبة، ويكون للمضرور حق الخيار بين القضاء بالتعويض أو اللجوء إلى صندوق منشئ لهذا الغرض لاستيفاء التعويض، وهذا طبقا للمادة 91-1406 الصادر بتاريخ 1991/12/31. انظر في هذا الموضوع عيساني رفيقة: مذكرة ماجستير بعنوان المسؤولية الطبية أمام القضاء الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2007-2008، ص 145.

[2] انظر التفصيل في مذكرة ماجستير من إعداد بغدالي جيلالي: الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري –دراسة مقارنة–، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، بن عكنون، 2013-2014، ص17 وما بعدها.

وقد حظر المشرع جملة من الأفعال باعتبارها ضوابط لا يمكن تجاوزها وإلا تعرض المخالف لجزاء، وهذا بمقتضى المادة 374 من قانون الصحة، وهي المنع من التداول الذي تكون غايته البحث العلمي أو التبرع والبيع وأي شكل آخر من المعاملات في الحيوانات المنوية والبويضات حتى ولو كان ذلك بين الزوجات الضرات، ويشمل الحظر أيضا الأجنة مهما كان عددها سواء لأم بديلة أو لأي امرأة أخرى مهما كانت قرابتها، ويمتد المنع أيضا إلى السيتوبلازم، ومنع المشرع أيضا عملية استنساخ الأجسام الحية المتماثلة جينيا بخصوص الكائن البشري وكذا أي انتقاء للجنس، وقد أحال المشرع إلى التنظيم فيما يخص الشروط الواجب توافرها لحفظ وإتلاف الأمشاج.

وما يمكن إجماله في هذا الفصل هو أنه يعاب على المشرع من استقراء قانون حماية الصحة وترقيتها وكذا قانون الصحة الجديد أنه لم ينص على الأحكام المتعلقة بمجلس العائلة، هذا الأخير الذي يستحب إعادة النص عليه في التعديلات اللاحقة لقانون الصحة كما كان عليه الشأن في قانون الصحة العمومية لسنة 1976، سواء في قانون الصحة أو قانون الأسرة مع اعتماد أسلوب الإحالة، إضافة إلى بيان تكوينه وتحديد وظيفته وكذا مهامه.

كما أحدث المشرع ضمن مقتضيات قانون الصحة الجديد جملة من المستجدات حيث خصص فصلا للطب الشرعي وضمنه بأحكام لفائدة الأطفال والمراهقين، وفصل في الشروط المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب، كما استحدث الأخلاقيات التي تتصل بمختلف الاستكشافات أو العلاجات أو الأعمال الوقائية، وبين فائدتها وطابعها الاستعجالي المحتمل ونتائجها بالإضافة إلى الأخطار الاعتيادية والخطيرة التي تنطوي عليها وتلك التي يمكن توقعها، ونص أيضا على الأدبيات في مجال الصحة حيث قرر أن حقوق القصر يمارسها أولياؤهم أو ممثلوهم الشرعيين، دون أن يغفل عن تدابير غاية في الأهمية يتعلق الأمر بالبيوأخلاقيات التي المتعلقة بالنشاطات الخاصة بنزع الأعضاء وزرعها والأنسجة والخلايا والتبرع بالدم البشري ومشتقاته واستعمالها والمساعدة الطبية على الإنجاب والبحث البيوطبي.

وتبعا لما سلف بيانه يعتبر قانون الصحة الجديد مبادرة تشريعية تستحق الثناء ذلك أنها تجد أساسها في التشريعات المقارنة الحديثة لا سيما التشريع الفرنسي مع مراعاة أحوال المجتمع، وهي كلها مستجدات تحسب لصالح المواطنين بوجه عام وللقصر على وجه الخصوص، غير أنه يتعين التعجيل في إصدار النصوص التنظيمية لهذا القانون ومتابعة تطبيقها على أرض الواقع حتى تكرس الحماية القانونية التي أقرها التعديل الدستوري لعام 2016.

الخاتمة

إن البحث في الأحكام المتعلقة بالقاصر ضمن القوانين الوضعية لا يمكن حصره، ذلك أن حمايته أصبحت ضرورة ملحة تقع على عاتق الدولة باعتبارها صاحبة الولاية العامة على شؤونه، كما يتعين على الأسرة أن تسهم في بسط هذه الحماية استنادا إلى نظام الولاية الخاصة، وتقضي القواعد العامة بأن القاصر يحظى في تعاملاته مع الغير بأهلية استثنائية خولها إياه المشرع وأضفى عليها نوعا من الحماية كتقرير البطلان أو القابلية للإبطال ومعيار ذلك هو التمييز، غير أن هذه الحماية تختلف في المجال الطبي عما هو مقرر في القانون المدني أو قانون الأسرة أو القانون التجاري أو قانون العمل حيث أنها تتميز بالصرامة والجمود في القواعد التي تضمنتها.

وتبين من خلال هذه الدراسة أن سن التمييز في االتشريع الجزائري هي 13 سنة وفقا للمادة 42 من ق.م. في فقرتها الثانية المعدلة والمتممة بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، حيث أنها كانت مقررة قبل هذا التعديل بست عشرة سنة، وبالرغم من هذا التخفيض الذي أجراه االمشرع الجزائري بالنسبة لسن التمييز إلا أنه لا يزال في منأى عما قررته الشريعة الإسلامية والتشريعات التي حذت حذوها وهو سبع سنوات، فدون هذه السن لا يمكن للقاصر أن يباشر التصرفات القانونية حتى ولو كانت نافعة له محضا ويترتب على إبرامها البطلان المطلق، كما يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به كما تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها.

وأما بالنسبة للقاصر المميز فإن إبرام التصرفات المالية أخذ حكما مزدوجا حيث أن التصرف ينفذ ويبقى مهددا بالزوال عملا بأحكام القانون المدني الذي قرر له حكم القابلية للإبطال إذ بإمكان من ينوب عنه قانونا وليا كان أو وصيا أن يبطل التصرف إذا كان في غير مصلحة القاصر، وتبعا لهذا يأخذ تصرف هذا الأخير ثلاثة أضرب فيكون صحيحا إذا كان نافعا له نفعا محضا ويكون باطلا بطلانا مطلقا إذا كان ضارا به ضررا محضا ويأخذ حكم البطلان النسبي إذا كان دائرا بين النفع والضرر، وأما في قانون الأسرة فقد أعطاها المشرع حكم الوقف على النفاذ فلا يباشرها القاصر حتى يأذن له الولي أو الوصي، ومن هنا يظهر أن المشرع منح للقاصر المميز دورا إيجابيا في التعاملات المالية فأعطاه المبادرة إزاءها من حيث الأصل وقرر له نظام الولاية على سبيل الإستثناء حماية له.

من خلال ما تم عرضه بشأن القاصر سواء في الأحكام العامة أو في القوانين الخاصة والتركيز على تلك الواردة في قوانين الصحة، نقف عند أهم النتائج المتوصل إليها بعد الدراسة والتحليل للمواد القانونية وكذا آراء الفقهاء، وذلك على النحو التالي:

لقد قرر المشرع حماية القاصر المميز عن طريق نظام الولاية لما يتميز به من الصرامة في الأحكام، حتى أنه لم يقرر نظام الحجر على الصغير الذي أقره الفقه الإسلامي وكذا التشريعات العربية مكتفيا بنظام الولاية رغم أنه يخدم

مصلحته هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن البطلان بشأن التصرفات الضارة به يوفر للقاصر حماية لائقة وذلك بأن يعاد الوضع إلى ما كان عليه قبل التعاقد، إلا أنه يتعذر تطبيق هذا الأثر في المسائل الطبية من الناحية العملية ذلك أنه لا يمكن تدارك الوضع وإرجاع الحال إلى ما كان عليه لأن الأمر يتعلق بصحة الإنسان، لذا يكون من الأفضل ألا نهمل رضاء القاصر استنادا إلى البطلان كوسيلة لتقرير حمايته حتى لا نجحف بحقه باستبعاد رضائه مطلقا وهذا يسبب له ضررا كونه قاصرا، بل نسلك سبيل الاعتدال والوسطية ونحترم إرادة القاصر مع تحديد سن دنيا للأخذ برضائه لا يمكن النزول عنها، على أن يتم دعمها بموافقة من ينوب عنه قانونا حتى تكون المصلحة راجحة في حقه.

وما يمكن استنتاجه بعد تحليل أحكام قانون الصحة العمومية لسنة 1976 هو أن أحكامه كانت متشعبة حيث تضمن 435 مادة إذا ما قارناه بقانون حماية الصحة وترقيتها الذي تضمن 269 مادة، وعلى هذا الأساس لا يمكن اعتبار كثرة النصوص القانونية ضمانة كافية لتقرير الحماية للقصر بل إن الأمر يحتاج إلى الدقة في صياغة الأحكام وانسجامها ولو بإيجاز لتحقيق الغاية التي يبتغيها المشرع، وهو ما كان محققا في قانون الصحة وترقيتها لسنة 1985، غير أن القاصر المميز لم يحظ بحق التعبير عن إرادته بشأن الأعمال الطبية وعامله المشرع بنفس الوضع المقرر للقاصر غير المميز، ونفس الموقف الذي استقر عليه المشرع الجزائري في قانون الصحة الجديد لسنة 2018.

كما يمكن للطبيب وهو الأدرى بمصلحة القاصر استبعاد رأيه إذا ارتأى أنه يؤثر على سلامته الجسدية، غير أن مثل هذه المسائل يصعب إثباتها ومن ثم يسوغ للقاضي إعمال سلطته التقديرية، كما يمكنه أن يستعين بأهل الخبرة إن تعذر ذلك، إلا أن الأمر ليس بالهين إذ يمكن أن تعترض الخبير عقبتان، تتعلق الأولى بالجانب الشكلي بسبب التباعد الموجود بين معطيات تتسم بالتجريد والواقع الملموس أي العوامل التي كانت تحيط بالطبيب، وتكون العقبة الثانية من الجانب الموضوعي حيث يتم التعامل مع زملاء المهنة بنوع من التسامح أي بين الطبيب الخبير والطبيب المعالج اعتمادا على مبدأ الزمالة، وهنا تدخل المشرع بنص صريح في قانون الصحة الجديد وأوجب على المتبرع أن يعبر عن موافقته أمام رئيس المحكمة المختص إقليميا لدرء المحاباة بين الأطباء.

وتقتضي المصلحة الراجحة والتي نأمل أن يأخذ بها المشرع في التعديلات اللاحقة لقانون الصحة أن يُلزَم الطبيب بالحصول على رضاء مستنير من القاصر وممثله القانوني قبل مباشرة الأعمال الطبية على بدنه، وهنا نكون أمام فرضين متناقضين يتعين إحداث التوازن بينهما، يتعلق الأول بمسألة النيابة الشرعية وذلك لكون القاصر ضعيفا لا يقوى على مجابهة العقبات التي تعترضه وهذا يتطلب بالضرورة توفير الحماية لشخصه ولا يتحقق هذا إلا عن

طريق نظام الولاية، غير أن هذا فيه إحجاف بحقه في حرمانه من التعبير عن إرادته بخصوص سلامة بدنه على خلاف ما هو مقرر له في التعاملات المالية، ويكمن الفرض الثاني في منح القاصر الحرية المطلقة في اتخاذ القرارات استنادا إلى درجة نضجه التي تقوده إلى المطالبة باستقلاليته في المسائل التي تعني سلامته البدنية، وعلى هذا النحو قد يخطئ القاصر في ترجيح مصلحته ويتعارض تبعا لهذا رضاء القاصر مع تحقيق هذه المصلحة التي يوافق عليها من ينوب عنه قانونا أو التي يسعى إليها الطبيب، وفي ظل هذا التعارض لا يمكن المفاضلة بين هذين الفرضين بتقديم أحدهما على الآخر كما لا يمكن استبعادهما معا، بل الفيصل في المسألة هو منح القاصر صلاحية اتخاذ القرارات التي تعني سلامته البدنية وفق ضوابط معينة.

في حالة رفض العلاج من الممثل القانوني للمريض القاصر قرر قانون الصحة الجديد أنه بإمكان الطبيب أن يشترط تصريحا كتابيا من ممثله القانوني، واستثناء من هذا يمكن لمهنيي الصحة أن يتجاوزوا موافقته ويقدموا العلاج للمريض وذلك في حالات الإستعجال أو في حالة المرض الخطير أو الذي يحتمل أن يسبب عدوى أو المهدد لحياة المريض بشكل أكيد، غير أن المشرع لم يحدد في قانون الصحة الجديد هذه الحالات ولم يُحِلْها إلى تنظيم خاص، ولهذا يستحسن استحداث الأحكام التي تمنح القاصر –في سن معينة– حق المبادرة وإمكانية لجوئه إلى القضاء والتعبير عن إرادته والسماع لأقواله على سبيل الاستدلال لا على سبيل الاستئناس، وهذا احتراما لشخصه وهو ما يمكن التعبير عنه بتطور فكرة القصر في الظل الصراع القائم بين صدور رضاء القاصر وضرورة احترامه من جهة وجعل نظام الولاية متمما لإرادته حماية له من جهة أخرى.

وما يمكن استنتاجه من استقراء النصوص القانونية المتعلقة بالقاصر في قانون الصحة هو أن رضاء القاصر سواء كان مميزا أو غير التمييز لا يمكن أن يؤخذ به، وهو حكم لا يتماشى مع الأحكام العامة التي تقرر أن حكم تصرف القاصر المميز هو القابلية للإبطال، وبالنسبة للقاصر غير المميز فإن تصرفه يكون حكمه البطلان المطلق، غير أن قانون الصحة لم يأخذ بهذه التفرقة في الحكم لأن المسألة تتعلق بسلامة جسم القاصر لا بماله، ومن هذا المنطلق يمكن القول بأن القاصر لم تحترم إرادته بشأن المسائل الطبية التي تخصه، والحكمة من إقرار هذه الأحكام الصارمة هي تقرير حماية بالغة، ذلك أن القاصر لا يستطيع تقدير المصلحة وهي الحكمة التي يبتغيها المشرع، إلا أن المنطق لا يتماشى مع هذا الحكم ذلك أن السلامة البدنية للقاصر أولى من حفظ ماله على أساس أن سلامة بدنه هي مسألة شخصية بحتة يتعين أن يدلي برضائه إزاءها.

وأما بخصوص القوانين الخاصة سواء تلك التي تنظم قطاع التربية أو في مجال العمل أو المتعلقة بالتربية البدنية والرياضية وغيرها مما سبق تحليل نصوصها فإنها قد عنيت بصحة القاصر ورتبت جزاءات على المخالفين،

وهناك قوانين أخرى يتعين تعديل أحكامها بتشديد الجزاء نظرا لخطورة الأفعال المجرمة التي تضمنتها نصوصها بشأن صحة القاصر كالقانون الخاص بحماية القصر من الكحول وقمع السكر العمومي الذي لا يزال ساري المفعول مع ضئالة قيمة الغرامات التي تضمنها، خاصة بعد صدور قانون الصحة الجديد الذي قرر جزاءات رادعة في هذا الخصوص.

وأما بشأن التشريعات الدولية فإنها لم ترق إلى المطلوب وهو تحقيق حماية أوفر للقاصر وهذا رغم الإهتمام الذي أولته له، كما أنها لم تحرص على بيان حقوقه بالتفصيل قبل الولادة كما هو الشأن في الشريعة الإسلامية التي فصلت في الأحكام المتعلقة بالحمل المستكن سواء في القرآن الكريم أو ضمن الأحاديث النبوية أو من خلال ما تناوله الفقهاء في مؤلفاتهم، بل إن جل التشريعات الغربية لا تشدد في حظر عملية الإجهاض، وهذا في الحقيقة من قبيل التعدي على حق الجنين مما يستوجب العقاب، كما أن الشريعة الإسلامية كانت السباقة لإقرار الأحكام المتعلقة بكفالة حقوق اليتامى واللقطاء الذين فصل الفقهاء في الأحكام الخاصة بهم، حيث كثرت الآيات القرآنية بشأنهم وتواترت الأحاديث التي تحث على ضرورة الإعتناء بهم لما فيه جزيل الثواب، وهذا فيه دليل على عناية الشريعة الإسلامية بحق القاصر، وقد حظرت أيضا نظام التبني الذي نادت به التشريعات الدولية لما ينطوي عليه من السلبيات خاصة مسألة اختلاط المتبنى بالأجنبيات عنه.

واستجابة من المشرع إلى الإلتزامات التي فرضتها التشريعات الدولية سنَّ مجموعة من القوانين لحماية الفئات الضعيفة وتحسين الرعاية الصحية بشأنهم كالمرسوم المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة والقانون المتعلق بحماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم، وتجسيدا لحماية الأطفال والمراهقين المعوقين على أرض الواقع أحدث القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات التربية والتعليم المتخصصة للأطفال المعوقين وأسند إليها مهمة التكفل بالأطفال وإعداد النشاطات البيداغوجية وكذا البرامج والمناهج والتقنيات المتعلقة بالتربية والتعليم المتخصصين، كما يمكنه إبداء الرأي بشأنها ومتابعة تنفيذها، إضافة إلى اقتراح مختلف التقنيات الخاصة بالتكفل بالأطفال المعوقين، ويعمل على توجيه الأطفال والمراهقين الذين يتم استقبالهم، وبناء على الملف الطبي والإداري يقوم المجلس النفسي البيداغوجي بالفصل في مسألة قبول الأطفال والمراهقين المعوقين.

أما عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية فيمكن القول أن أحكام قانون الصحة الجديد قد اتسمت بنوع من المرونة، ذلك أن حظر نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من القصر هو الأصل، ويرد استثناء على هذه القاعدة وهو حالة تبرع القاصر بالخلايا الجذعية المكونة للدم وحصرها لصالح أخيه أو أخته أو عند الإقتضاء وعلى سبيل الإستثناء لفائدة أحد أولاد العمومة أو الخؤولة. ولعل المصلحة الراجحة له هي ضرورة إشراكه في

القرارات المتخذة بشأن صحته إزاء التدخلات الطبية وذلك بتبصيره وله الحق في التعبير عن إرادته بالقبول أو الرفض كما درجت عليه التشريعات الحديثة.

وصفوة القول أن النصوص القانونية الخاصة بالقاصر في قانون الصحة وحمايتها تتسم بالصرامة في تقرير الحماية المتطلبة للقاصر في المجال الصحي وذلك باستبعادها لمسألة رضائه إذا تعلق الأمر بالأعمال الطبية التي يباشرها الطبيب على بدنه دون أن يخول له الحق في التعبير عن إرادته في مسألة تتسم بطابعها الشخصي البحت، لذا نناشد المشرع الجزائري أن يعمل على إضفاء المرونة على هذه القواعد حتى تحقق الغاية المرجوة وهذا بأن يمكن القاصر من الإفصاح عن إرادته إزاء التدخلات الطبية سواء كانت لغرض علاجي أو بقصد التدخل الجراحي.

وما سلف بيانه يقودنا إلى القول بضرورة احترام إرادة القاصر، ثم إن نقص أهلية الشخص لا يعني استبعاد رضائه كما هو عليه الشأن بالنسبة لفقد الأهلية بل يستوجب نقص الأهلية تكملتها بموافقة الوالدين في إطار نظام الولاية الخاصة، ومصادقة لجنة من الخبراء تضم أطباء مختصين مع تأكد رئيس المحكمة من مطابقة إجراءات التبرع للشروط القانونية وهذا يدخل ضمن الولاية العامة، فلا يمكن أن نسوي بين العدم والنقصان ونعتبر القاصر المميز والقاصر غير المميز في الحكم سواء، ومن العدالة والمنطق أن نقدر الأحكام بقدرها ونبني الأحكام على أسس متينة ضمن منظومة متسقة تتوافق مع التشريعات الحديثة ينعم في كنفها القاصر بقدر من الحماية.

وفي ختام هذا البحث المتواضع نتمنى أن نكون قد أسهمنا ولو بقسط يسير من خلال هذه المحاولة في تتميم الدراسات السابقة الخاصة بالقاصر حيث بيّنا مركزه القانوني في تشريعات الصحة الجزائرية، ومن ثم أملنا كبير في أن يتوجه المشرع الجزائري لتكريس حماية أفضل تماشيا مع المعطيات العلمية المكتسبة. وخير ما نختم به هذه الدراسة هو قوله جل وعلا:" رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا".

قائمـة المصـادر

والمراجـع

قائمـة المصادر والمراجع

القرآن الكريم

I. المراجع باللغة العربية

أولا: الفقه

أ- الكتب العامة

1) ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار عالم الكتاب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2003.

2) أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي: التنبيه في فقه الإمام الشافعي، شركة الأرقم بن أبي الأرقم، الطبعة الأولى، 1997، بيروت، لبنان.

3) أبو القاسم محمد بن احمد بن جزي الكلبي الغرناطي: القوانين الفقهية، الدار العربية للكتاب، ليبيا- تونس، 1982.

4) أبو بكر بن العارف المشهور بالسيد البكري – زين الدين المليباري: إعانة الطالب، دار إحياء الكتب العربية، دون بلد النشر، دون تاريخ النشر.

5) أبو بكر جابر الجزائري: منهاج المسلم، د.د.ن، د.ب.ن، س1981.

6) أبو داود سليمان بن الأشعب الأزدي السجستاني: سنن أبي داود، دار الرسالة العالمية، طبعة خاصة، دمشق، سوريا، 2009.

7) أبو زكرياء محي الدين بن شرف النووي: كتاب المجموع شرح المهذب الشيرازي، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، مصر، 1982.

8) أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي: المحلى بالآثار، دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، بيروت لبنان، 2003.

9) أحسن بوسقيعة: فانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، منشورات بيرتي، دالي إبراهيم، الجزائر، 2008-2009.

10) أحمد بن عبد الرزاق الدويش: فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، دار المؤيد، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط 5، 2003.

11) أحمد بن محمد بن حنبل: المسند، دار الحديث، القاهرة، مصر، 1994.

12) أحمد علي جرادات: الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2012.

13) أحمد محمد عساف، الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة-العبادات-، دار إحياء العلوم، بيروت، لبنان، 1986.

14) أحمد محمد علي داوود: الأحوال الشخصية، دار الثقافة ، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2009.

15) أحمد نصر الجندي: التعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2004.

16) أحمد نصر الجندي: شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2009.

17) أحمية سليمان: التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، بن عكنون، الجزائر، 2002.

18) إسحاق إبراهيم منصور: نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط9، 2007.

19) الأكحل بن حواء: نظرية الولاية في الزواج، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1982.

20) بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادي، الجزائر، الطبعة الثانية، 2009.

21) بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1999.

22) بلقاسم شتوان: النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، 2014.

23) بوضياف عادل: الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، كليك للنشر، الجزائر، الطبعة الأولى، 2012.

24) جمال مهدي محمود الأكشة: مسؤولية الآباء المدنية عن الأبناء القصر، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، مصر، 2006.

25) حسن حسن منصور: الموسوعة القضائية في مسائل الأحوال الشخصية، الولاية على النفس، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 1997.

26) خليل أحمد قدادة: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية.، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2010.

27) رابح بن غريب: المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية، دار العلوم ، عنابة ، الجزائر، 2007.

28) سائح سنقوقة: قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، الجزائر، 2011.

29) السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، دون بلد النشر، دون تاريخ النشر.

30) السيد سابق، فقه السنة، دار الفكر، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، سنة 1981.

31) شوقي بناسي: نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، الطبعة الأولى، 2010.

32) صالح عبد السلام الآبي الأزهري، جواهر الإكليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، دون تاريخ النشر.

33) الطاهر عامر، التسهيل لمعاني مختصر خليل، الشركة الجزائرية اللبنانية – دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2009.

34) عبد الرحمن الجزيري: كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار الفكر للطباعة ، دون بلد النشر، دون تاريخ النشر.

35) عبد الكريم زيدان: الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2002.

36) عبد الله أوهايبية: شرح قانون العقوبات الجزائري، موفم للنشر، الجزائر، 2009.

37) العربي بختي: أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، كنوز الحكمة، الأبيار، الجزائر، 2013.

38) العربي بختي: حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والإتفاقيات الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2013.

39) العربي بلحاج: بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2014.

40) علي فيلالي: نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011.

41) عمار بوضياف: الوجيز في القانون الإداري، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، المحمدية، الجزائر، 2007.

42) عمارة عمور: الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري ، دار المعرفة، الجزائر، 2009.

43) عمرو الريس-أمير صالح: فن الحجامة، دار الإمام مالك، باب الواد، الجزائر، الطبعة الأولى، 2013.
44) الغوثي بن ملحة: قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، د.م.ج.، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الثانية، 2008.
45) فريجة حسين : المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، د.م.ج.، الجزائر، 2013.
46) كمال حمدي: الولاية على المال، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003.
47) مالك بن أنس، الموطأ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1979.
48) محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي، دون بلد النشر، دون تاريخ النشر.
49) محمد الصغير بعلي: القانون الإداري ، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة الجزائر، 2004.
50) محمد الغزالي: فقه السيرة، مكتبة رحاب ، الجزائر، 1987.
51) محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله –ابن القيم الجوزية- : تحفة المودود بأحكام المولود، مكتبة دار البيان، دمشق، د.ب.ن.، الطبعة الأولى، 1971.
52) محمد بن علي الشوكاني: الفتح الرباني من فتاوى الإمام الشوكاني، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، اليمن، دون تاريخ النشر.
53) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1999.
54) محمد سراج: أصول الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، مصر، 1998.
55) محمد سعيد جعفور: تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
56) محمد سعيد جعفور: مدخل إلى العلوم القانونية، الجزء الثاني، دار الهومة، الجزائر، س2011.
57) محمد محي الدين عبد الحميد: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، 2003.
58) مصطفى أحمد الزرقاء: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، مطبعة طربين، دمشق، الجمهورية العربية السورية، الطبعة العاشرة، 1968.
59) منصور رحماني: الوجيز في القانون الجنائي العام، دار العلوم ، عنابة، الجزائر، 2006.
60) منهاج المسلم، أبو بكر جابر الجزائري دون بلد النشر، دون تاريخ النشر،1981.
61) وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، الجمهورية العربية السورية، 1989.

62) وهبة الزحيلي: الوسيط في أصول الفقه الإسلامي، المطبعة العلمية، دمشق، الجمهورية العربية السورية الطبعة الثانية، 1978/ 1979.

ب- الكتب المتخصصة

1) أحمد شعبان محمد طه: الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية والجنائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندري، مصر الطبعة الأولى، 2015.

2) أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة: التأمين من المسؤولية الناتجة عن الأخطاء الطبية (دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2012.

3) أسامة عبد العليم الشيخ: الإذن في العمليات الجراحية المستعجلة وغير المستعجلة في ضوء الفقه الإسلامي والنظم الوضعية، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، الإسكندرية، مصر، 2013.

4) أنس محمد عبد الغفار: المسؤولية المدنية في المجال الطبي، دار الكتب القانونية-دار شتات للنشر والبرمجيات المحلة الكبرى، مصر، 2010.

5) بن صغير مراد: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن، عمان،ط1، 2015.

6) تشوار جيلالي: الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2001.

7) حروزي عز الدين: المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دار هومة، الجزائر، 2008.

8) رايس محمد: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون المدني الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة، الجزائر، 2007.

9) زينة غانم يونس العبيدي: إرادة المريض في العقد الطبي، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2011.

10) طاهري حسين: الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دار هومة، 2008.

11) عبد القادر خضير: قرارات قضائية في المشؤولية الطبية، الجزء الأول، دار هومة بوزريعة، الجزائر، 2014.

12) عشوش كريم: العقد الطبي، دار هومة، الجزائر، 2007.

13) مأمون عبد الكريم: رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2009.

14) مروك نصر الدين: نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، الجزء الأول، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2003.

15) منير رياض حنا: النظرية العامة للمسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011.

ثانيا: النصوص التشريعية

1- التشريع الاساس

1) المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر.ج.ج، ع.76، 1996.

2) القانون 02- 03 الصادر بتاريخ 10 /04/ 2002، ج ر ، ع 25، المؤرخة في 14 /04/ 2002 المتضمن التعديل الدستوري.

3) القانون 08- 19 الصادر بتاريخ في 15 /11/ 2008، ج ر، ع 63 المؤرخة في 16 /11/ 2008 المتضمن التعديل الدستوري.

4) االقانون 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، ج. ر.، ع 14 المؤرخة في 07 /03/ 2016.

2-النصوص القانونية

1) الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم.

2) الأمر رقم 66- 156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

3) الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 يونيو 1966 الذي يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

4) الأمر رقم 70-86 الصادر بتاريخ 1970/12/15 المتضمن قانون الجنسية.

5) الأمر رقم 72-03 الصادر بتاريخ في 10 /1972/02 المعلق بحماية الطفولة، ج. ر.، ع 15 المؤرخة في 22 /02/ 1972.

6) الأمر رقم 73-65 الصادر بتاريخ 1973/12/28 المتعلق بتأسيس الطب المجاني في القطاعات الصحية.

7) الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

8) الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم.

9) الأمر رقم 75-64 المؤرخ في 26 /1975/12 المتضمن إحداث المؤسسات والمصالح المكلفة بحماية الطفولة والمراهقة، ج. ر. ،ع 81 الصادرة بتاريخ 10 /10/ 1975.

10) الأمر رقم 76-35 الصادر بتاريخ 1976/04/16 المتعلق بتنظيم التربية والتكوين المعدل والمتمم.

11) الأمر رقم 76-79 الصادر بتاريخ 23 أكتوبر 1976 المتضمن قانون الصحة العمومية، ج.ر. بتاريخ 27 ذو الحجة عام 1396 هـ.

12) الأمر رقم 95-09 الصادر بتاريخ 1995/02/25 المتعلق بتوجيه المنظومة الوطنية للتربية البدنية والرياضية وتنظيمها وتطويرها.

13) الأمر رقم 05-07 الصادر بتاريخ 2005/008/23 المحدد للقواعد العامة التي تحكم التعليم في مؤسسات التربية والتعليم الخاصة، ج.ر.، ع 59 بتاريخ 2005/08/28.

14) الأمر رقم 07/06 المؤرخ في 2006/07/15 المعدل والمتمم للقانون 05/85 المؤرخ في 1985/02/16 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر العدد 47 بتاريخ 2006/07/19.

15) الأمر رقم 08/13 المؤرخ في 2008/07/20 المعدل والمتمم للقانون 05/85 المؤرخ في 1985/02/16 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر العدد 44 بتاريخ 2008/08/03.

16) القانون رقم 224/63 الصادر في 29 يونيو 1963 ج.ر. ، رقم 47، 1963، ص 681.

17) القانون رقم 81-07 المؤرخ في 1981/06/27 المتعلق بالتمهين ، جريدة رسمية عدد 26 الصادرة بتاريخ 1981/06/30، ص880.

18) القانون رقم 81-339 الصادر بتاريخ 1981/12/12 المتضمن إنشاء مجلس وطني لحماية الأمومة والطفولة، ج.ر. بتاريخ 18 صفر عام 1402 هـ.

19) القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

20) القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، ج.ر.، ع8 بتاريخ 1985/02/17م.

21) القانون رقم 88-07 الصادر بتاريخ 1988/01/26 المتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل.

22) القانون 90-11 المؤرخ في 1990/04/21 يتعلق بعلاقات العمل، جريدة رسمية عدد 17 بتاريخ 1990/04/25، ص 562.

23) القانون رقم 90-17 الصادر بتاريخ 1990/07/31 المعدل والمتمم لقانون حماية الصحة وترقيتها، ج.ر.، ع 35 بتاريخ 24 محرم عام 1411 هـ.

24) القانون رقم 02-09 الصادر بتاريخ 2002/05/08 المتعلق بحماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم،

25) القانون رقم 04-10 الصادر بتاريخ 2004/08/1 المتعلق بالتربية البدنية والرياضية، ج.ر.، ع52 بتاريخ 2004/018/18.

26) القانون رقم 05- 04 الصادر بتاريخ 6 /02/ 2005، المتعلق بتنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.

27) القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل و المتمم للقانون المدني ج.ر العدد44 الصادرة بتاريخ 26 يونيو سنة 2005.

28) القانون رقم 08-04 الصادر بتاريخ 2008/01/23 المتضمن القانون التوجيهي للتربية الوطنية، ج.ر.، ع 4 بتاريخ 2008/01/27.

29) القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية العدد 21، الصادرة بتاريخ في 2008/04/23، ص 3.

30) القانون رقم 08-13 الصادر بتاريخ 2008/07/20 المعدل والمتمم لقانون حماية الصحة وترقيتها، ج.ر.، ع 44 بتاريخ 2008/07/20.

31) القانون رقم 10-04 الصادر بتاريخ 2010/01/04 المحدد لكيفيات إعداد الخريطة المدرسية وتنفيذها ومراقبتها، ج.ر.، ع1 بتاريخ 2010/01/06.

32) القانون رقم 12-05 الصادر بتاريخ 4 يناير 2012 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات التربية والتعليم المتخصصة للأطفال المعوقين، ج.ر.، ع05 بتاريخ 29 يناير 2012.

33) القانون رقم 15-12 المؤرخ 15 يوليو 2015 يتعلق بحماية الطفل، ج.ر ع 39 بتاريخ 19 يوليو 2015م الموافق لـ 03 شوال 1436 هـ.

34) القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 يتعلق بالصحة، جريدة رسمية، العدد 46، بتاريخ 29 يوليو 2018.

3- النصوص التنظيمية

1) المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر.ج.ج، ع.76، 1996.

2) المرسوم الرئاسي رقم 04- 433 الصادر بتاريخ 2004/12/29 المحدد لشروط فتح مؤسسات التعليم المدرسي الأجنبية.

3) المرسوم رقم 59/80 المؤرخ في 8 مارس 1980 المتضمن إحداث المراكز الطبية التربوية والمراكز المتخصصة في تعليم الأطفال المعوقين وتنظيمها وسيرها، ج.ر. بتاريخ 24 ربيع الثاني 1400 هـ.

4) المرسوم رقم 80-83 الصادر بتاريخ 1980/03/12 المتضمن إحداث دور للأطفال المسعفين وتنظيمها وسيرها، ج.ر. بتاريخ أول جمادى الأولى عام 1400 م.

5) المرسوم التنفيذي رقم 92- 24 المؤرخ في 13 يناير 1992 المعدل و المتمم للمرسوم رقم 71 . 157 المؤرخ في 03 جوان 1971 المتعلق بتغيير اللقب.

6) المرسوم التنفيذي رقم 92-276 الصادر بتاريخ 6 يوليو 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر. عدد 52 المؤرخة في 1992/07/08.

7) المرسوم التنفيذي رقم 93-120 الصادر بتاريخ 1993/05/15 المتعلق بتنظيم طب العمل، جريدة رسمية عدد 33 الصادرة بتاريخ 1993/05/19، ص9.

8) المرسوم التنفيذي رقم 04-90 الصادر بتاريخ 2004/03/24 الذي يحدد شروط إنشاء مؤسسات التربية والتعليم الخاصة وفتحها ومراقبتها.

9) المرسوم التنفيذي رقم 10-02 الصادر بتاريخ 2010/01/04 الذي يحدد الأحكام المتعلقة بإجبارية التعليم الأساسي، ج.ر.، ع1 بتاريخ 2010/01/06.

10) المرسوم التنفيذي رقم 10-02 المرسوم رقم 76-66 الصادر بتاريخ 1976/04/16 المتعلق بالطابع الإجباري للتعليم الأساسي، جريدة رسمية العدد الأول بتاريخ 2010/01/06.

ثالثا: الصكوك الدولية

1) اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة التي تم اعتمادها من قبل الجمعية العامة لدى الأمم المتحدة بتاريخ 2006/02/13 والتي تم المصادقة عليها عن طريق المرسوم 09-188 الصادر بتاريخ 2009/05/12.

2) اتفاقية حقوق الطفل المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة وذلك بتاريخ 1989/11/20 والتي صادقت عليها الجزائر مرفقة بتصريحات تفسيرية بمقتضى المرسوم الرئاسي 92-461 الصادر بتاريخ 1992/12/19.

3) البروتوكول الإختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بخصوص بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية، الذي تم اعتماده بنيويورك بتاريخ 2000/05/25 وتمت المصادقة عليه بموجب المرسوم الرئاسي 06-299 الصادر بتاريخ 2006/09/02.

4) البروتوكول الإختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بخصوص بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية، الذي تم اعتماده بنيويورك بتاريخ 2000/05/25 وتمت المصادقة عليه بموجب المرسوم الرئاسي 06-299 الصادر بتاريخ 2006/09/02.

5) البروتوكول الإختياري لاتفاقية حقوق الطفل الخاصة باشتراك الأطفال في المنازعات المسلحة المعتمدة بنيويورك بتاريخ 2000/05/25 والتي تم المصادقة عليها بموجب المرسوم 06-300 الصادر بتاريخ 2006/09/02.

6) القانون العربي الإسترشادي لتنظيم زراعة الأعضاء البشرية.

7) القانون المدني الفرنسي، دالوز(.D)، بيروت، لبنان، س 2012، ص522، المادة.389 وما يليها.

8) القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين.

9) القانون النموذجي العربي لرعاية القاصرين، المعتمد من قبل المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العدل العرب قانون استرشادي نموذجي وذلك بالقرار 323/ج 24 بتاريخ 4 مارس 2002.

10) الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته الذي تم اعتماده بأديس أبابا وذلك في جويلية 1990 وتم المصادقة عليه بموجب المرسوم الرئاسي 03-242 الصادر بتاريخ 2003/07/08.

11) الإعلان الأمريكي لحقوق الإنسان وواجباته لسنة 1948.

12) الإتفاقية الأمريكية في مؤتمر منظمة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان بتاريخ 1969/11/22 ودخلت حيز النفاذ بتاريخ 07/18 1978.

13) البروتوكول الملحق بالإتفاقية الأمركية لحقوق الإنسان الذي تم اعتماده من قبل الجمعية العامة لمنظمة الدول الأمريكية بتاريخ 1988/11/17 ودخل حيز النفاذ في 1999/11/16.

14) الإتفاقية الأمريكية لمنع كافة أشكال التمييز اتجاه المعوقين سواء كانوا بالغين أو قصرا من قبل الجمعية العامة لمنظمة الدول الأمريكية بتاريخ 1999/06/07.

رابعا: القوانين الأجنبية

1) القانون 03-70 المتضمن مدونة الأسرة المغربية، جريدة رسمية، العدد 5184 الصادرة بتاريخ 2004/02/05.

2) القانون المدني المصري.

3) مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

4) المرسوم رقم 119 الصادر بتاريخ 1952 المتضمن قانون الولاية على المال.

5) القانون رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية المصري.

6) قانون تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية رقم 15 /1993 المعدل سنة 2010 الإماراتي.

7) قانون نقل وزراعة الأعضاء البشرية البحريني رقم 16 لسنة 1998.

خامسا: الممارسات القضائية

1) مجلس الدولة: قرار صادر عن الغرفة الثالثة، العدد الثاني س2002، مجلة مجلس الدولة، قضية مستشفى الأمراض العقلية بتيزي وزو ضد "أرملة مولاي".

2) المحكمة العليا : قرار صادر بتاريخ 1982/11/24، ملف تحت رقم 27711، المجلة القضائية، العدد الأول، 1983.

3) المحكمة العليا: الغرفة المدنية، قرار بتاريخ 1988/07/16، المجلة القضائية، عدد رقم 1991/1.

4) المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 51612 الصادر بتاريخ 1988/11/21.

5) المحكمة العليا: الغرفة الجنائية، قرار رقم 363794 بتاريخ 1990/05/15.(قرار غير منشور).

6) المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية. ، العدد الأول، 2014، ملف رقم 0813942 قرار بتاريخ 2013/06/13.

7) المحكمة العليا: قرار رقم 35992، ملف بتاريخ 1985/03/11، قضية (ق.ف) ضد (ن.م).

سادسا: المعاجم والقواميس والتفاسير

1) أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي: تفسير القرآن العظيم، المجلد الأول، دار ابن حزم، الطبعة الاولى، بيروت، لبنان، سنة 2002.

2) أحمد الصاوي المالكي: حاشية العلامة الصاوي على تفسير الجلالين، المجلد الاول، دار الفكر، سنة 1977.

3) مجد الدين محمد يعقوب الفيروز آبادي: القاموس المحيط،الطبعة الثامنة،مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثامنة، بيروت، لبنان، سنة 2005.

4) محمد بن مكرم بن منظور: لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، دون تاريخ النشر.

5) محمد علي الصابوني: صفوة التفاسير، شركة الشهاب، البليدة، الجزائر، الجزء الاول، دون تاريخ النشر.

6) محمود عبد الرحمن عبد المنعم: معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، الجزء الثاني، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، دون تاريخ النشر.

سابعا: البحوث والمقالات

1) أحمد داود رقية: الفحص السابق لزرع الأجنة البشرية في الرحم ممارسة علاجية أم وسيلة للإنتقائية، مجلة دراسات قانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، العدد 09، سنة 2011.

2) أحمد داود رقية: مقال حول تحسين النسل البشري في ميزان الأخلاقيات الطبية والاحيائية، مجلة دراسات قانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، نشر ابن خلدون، تلمسان، الجزائر، العدد11، سنة 2014.

3) بن صغير مراد: مقال تحت عنوان الوجه التعاقدي في العلاقات الطبية، مجلة الدراسات القانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، ع 4، 2007.

4) بن عودة حسكر مراد: مقال بعنوان المسؤولية الجزائية عن ممارسة حق التأديب داخل الأسرة، مجلة محكمة صادرة عن جامعة أبو بكر بلقايد، منشورات ابن خلدون، تلمسان، الجزائر، ع9، 2011، ص 11.

5) داودي ابراهيم: الشخصية القانونية للحمل المستكن، مجلة الراشدية، جامعة معسكر.

6) رقية عواشرية: حماية الأسرة في الاتفاقيات الدولية، مجلة دراسات قانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، العدد 01، سنة 2004.

7) عبد الرحمن بن عبد الله النجدي: رسالة في أحكام الصبي المميز في النكاح، مخطوط فقهي على المذهب الحنبلي حققه مجاهد محمود إسماعيل الهيتي وفراس مجيد ، كلية العلوم الإسلامية، الرمادي، جامعة الأنبار، العراق.

8) محمد الزحيلي: استثمار أموال القصر في العصر الحاضر، مقال بمجلة كلية الشريعة والدراسات الاسلامية، جامعة قطر، سنة 2007، (مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، ع25، س 2007، جامعة قطر).

9) مكي خالدية: مقال تحت عنوان الحماية الصحية للعامل القاصر في القانون الجزائري، دفاتر حقوق الطفل، ع 4، 2013.

10) يوسف فتيحة: النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، مجلة دراسات قانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، نشر ابن خلدون، تلمسان، الجزائر، العدد05، سنة 2008.

ثامنا: المذكرات والرسائل العلمية والمداخلات

1) إسمي قاوة فضيلة: الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تمت المناقشة بتاريخ 2011/11/14.

2) بختاوي سعاد: المسؤولية المدنية للمهني المدين، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية، 2011-2012.

3) بغدالي جيلالي: الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري –دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، بن عكنون، 2013 – 2014.

4) بن صغير مراد: الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية-دراسة مقارنة- ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسي، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2010-2011.

5) بوخرس بلعيد: خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، نوقشت بتاريخ 2011/10/05.

6) بوكزازة أحمد: المسؤولية المدني للقاصر –دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، السنة الجامعية 2013-2014.

7) خدام هجيرة: التلقيح الإصطناعي – دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري- ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 200-2007.

8) عباشي كريمة: الضرر في المجال الطبي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، تارخ المناقشة 2011/11/09.

9) علاق عبد القادر: الفحص الطبي للمقبلين على الزواج-دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2012-2013.

10) عيساني رفيقة: مذكرة تحت عنوان المسؤولية الطبية أمام القضاء الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، السنة الجامعية 2007-2008.

11) عيساوي زاهية: المسؤولية المدنية للصيدلي نوقشت بتاريخ 2012/04/16، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.

12) بن عزوز بن صابر: مداخلة تحت عنوان مشاركة العمال القصر في انتخاب ممثلي العمال داخل الهيئة المستخدمة، يوم دراسي منعقد بتاريخ 29 /11/ 2011، كلية الحقوق، جامعة وهران.

II. المراجع باللغة الفرنسية

A) Ouvrages

1) Daniel GADBIN : Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen, BRUYLANT,Bruxelles, Belgique,2004.
2) Djillali TCHOUAR : Reflexions sur les questions epineuses du code algérien de la famille, OPU, Edition 2004.
3) Ghaouti BENMELHA : Le droit algérien de la famille, OPU, Alger, Algérie, Edition 1993.
4) Laurence Gareil : L'exercice de l'autorité parentale, L.G.D.J, Paris, France, 2004.
5) Suzanne DALLIGNY : Essai sur les principes d'un droit civil socialiste, L.G.D.J, Paris, France, 1976.

B) Thèses

1- Cecile ROCHE : difficultés de respecter le secret medical chez les mineurs par les medecins, Thèse de doctorat , Université Paris Diderot –Paris 7, Faculté de Médecine, France, 2013.
2- Bertrand ARRION, Le mineur, son corps et le droit, criminel, Thèse de doctorat, Université de LAURENNE, Faculté de droit, soutenue le 26/06/2010.
3- Morgan LEGOUES : Le consentement du patient en droit de la santé ; Thèse de doctorat, Université d'AVIGNON ; Faculté de droit, soutenue le 05//06/2015.

C) Revues et séminaires

1- André Colomer : La tutelle des mineurs dans la Moudawwana du statut personnel marocain, In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 13 N°2, Avril-juin 1961.
2- Les cahiers LADREN : Université d'Oran, Faculté de droit, 2008.
3- Malika BOULANOUAR AZMOU, Le travail des enfants, journée d'étude organisée le 29/11/2011, Université d'Oran, Faculté de droit.

D) Dictionnaires

1- LAROUSSE, dictionnaire de français, OMEGA international S.A.R.L, ALGER, ALGERIE, sans date d'édition.
2- *Zad El Tollab, Français – Arabe, Dar El Rateb, Edition 2004.

الفهـــــرس

مقدمة 1

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للقاصر ومركزه القانوني في التشريع الجزائري..... 8

المبحث الأول : النظرية العامة للقاصر في الشريعة والقانون 9

المطلب الأول : مفهوم القاصر في الفقه الإسلامي..... 9

الفرع الأول : المقصود بالقاصر عند فقهاء الشريعة..... 9

أولا: تعريف القاصر 9

ثانيا: أطوار القِصَر في الفقه الإسلامي..... 10

الفرع الثاني : أنواع القصر في الفقه الإسلامي 14

أولا: فاقدي الأهلية..... 14

ثانيا: ناقصي الأهلية..... 16

المطلب الثاني: مفهوم القِصَر والأحكام المرتبطة به في القانون الوضعي..... 17

الفرع الأول : مفهوم القاصر ومن في حكمه في عرف القانون 19

أولا : المقصود بالقاصر في القوانين الوضعية 19

ثانيا: امتداد أحكام القِصَر إلى حالات أخرى 21

ثالثا: حكم التصرفات الصادرة عن ناقصي الأهلية وفاقديها 27

الفرع الثاني: الولاية على القصر في التشريع الجزائري..... 30

أولا: النيابة الشرعية على القصر ومن في حكمهم 30

ثانيا : الحجر كوسيلة قانونية لمواجهة عوارض الأهلية..... 40

المبحث الثاني : المركز القانوني للقاصر في التشريع الجزائري..... 42

المطلب الأول: الحماية المقررة للقصر ضمن قواعد القانون الخاص 43

الفرع الأول : أحكام القاصر في المواد المدنية موضوعيا وإجرائيا 43

أولا : تعديل أحكام الأهلية في القانون المدني 44

ثانيا: إجراءات حماية القاصر وفقا للقانون 09/08 46

الفرع الثاني : الترخيص للقاصر بمباشرة التصرفات القانونية في قوانين خاصة..... 51

أولا : الإذن بتزويج القصر في ضوء تعديل قانون الأسرة 51

ثانيا: الترخيص للقصر بمزاولة التجارة طبقا لأحكام القانون التجاري 56

ثالثا: حماية العامل القاصر وفقا للتشريعات الداخلية ومدى التزامها بالصكوك الدولية 58

المطلب الثاني : الحماية المقررة للقصر ضمن قواعد القانون العام..... 62

الفرع الأول : تكريس حقوق القاصر دستوريا ودور الأحكام المتعلقة به في التنظيم الإداري..... 62
أولا: حماية حقوق الطفل في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016 62
ثانيا: استفادة القانون الإداري من فكرة االوصاية المدنية..... 64
الفرع الثاني : حماية الأحداث في المجال الجنائي موضوعيا وإجرائيا 65
أولا : المسؤولية الجنائية للأحداث في ضوء تعديل قانون العقوبات..... 66
ثانيا: إجراءات حماية الطفل في المجال الجنائي..... 68

الفصل الثاني : لحماية المقررة للمريض القاصر في المجال الصحي..... 81

المبحث الأول : المركز القانوني للقاصر قبل صدور القانون 85-05..... 82

المطلب الأول : وضع القاصر صحيا في التشريعات الداخلية قبل صدور القانون 85-05..... 82

الفرع الأول: الحماية المقررة للقاصر طبيا واجتماعيا بمقتضى قانون الصحة العمومية..... 82
أولا: التدابير الطبية المقررة للطفل ودور الطبيب في حالة الإستعجال 83
ثانيا: الحماية المقررة للقصر في مجالات خاصة..... 84
ثالثا: الحماية المقررة للقصر الموجودين في وضع خاص..... 86
الفرع الثاني: حق الطفل في الرعاية الصحية ضمن قوانين خاصة..... 92
أولا: صدور قوانين لحماية القصر بوجه عام..... 92
ثانيا: القوانين الخاصة بالأطفال في وضع خاص..... 96

المطلب الثاني: دور الفقه الإسلامي والتشريعات االدولية في ترقية حقوق الطفل في المجال الصحي..... 97

الفرع الأول: دور الشريعة الإسلامية في حفظ صحة الإنسان..... 98
أولا: عناية القرآن الكريم بصحة البشر 99
ثانيا: إقرار السنة النبوية وفقهاء الشريعة بنظام الرعاية الصحية..... 101
الفرع الثاني: حق القاصر في الرعاية الصحية المقررة على الصعيد الدولي 103
أولا: الرعاية الصحية للقاصر بموجب الإعلان العالمي لحقوق الطفل 104
ثانيا: الرعاية الصحية للقاصر بموجب المواثيق الدولية..... 105

المبحث الثاني : التطور التشريعي لحق القاصر في الرعاية الصحية 109

المطلب الأول: مركز الطفل بعد صدور قانون حماية الصحة وترقيتها 109
الفرع الأول: أحكام القاصر المريض في القانون 85-05..... 110
أولا: الأحكام المحتفظ بها مع تعديلها وتتميمها..... 110
ثانيا: الأحكام المستجدة بخصوص القاصر في قانون حماية الصحة والتعديلات اللاحقة به..... 116
الفرع الثاني : توازن المصالح بين القاصر ونائبه القانوني بخصوص رضاه في الأعمال الطبية..... 117
أولا: رضاء المريض القاصر أثناء التدخلات الطبية 118
ثانيا: رضاء المريض القاصر في العمليات الجراحية -نقل وزرع الأعضاء البشرية نموذجا-..... 126
الفرع الثالث: مضمون الصكوك الدولية المصادق عليها من قبل الجزائر بشأن ترقية صحة الطفل 132
أولا: حماية صحة القاصر بموجب اتفاقية حقوق الطفل..... 132
ثانيا: حماية صحة القاصر بموجب الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته..... 135
ثالثا: الحقوق الصحية المكرسة للطفل في ميثاق الحقوق الأساسية للإتحاد الأوربي..... 136

hالمطلب الثاني: مدى مسايرة التشريعات الصحية الجزائرية الحديثة للأحكام الدولية المعاصرة..... 136

الفرع الأول: تعديل واستحداث الأحكام بشأن صحة القاصر في قوانين خاصة 137
أولا: الأحكام المرتبطة بالرعاية الصحية الوقائية للقصر ضمن قوانين خاصة..... 137
ثانيا: الأحكام المرتبطة بالرعاية الصحية ذات الطابع العلاجي للقصر ضمن قوانين خاصة 140
ثالثا: الأحكام المرتبطة بالرعاية الصحية ذات الطابع الخاص للقصر ضمن قوانين خاصة..... 145
الفرع الثاني: تحديث الأحكام المرتبطة بصحة القاصر ضمن قانون الصحة الجديد..... 148
أولا: أهم المبادئ التي أقرها قانون الصحة الجديد..... 148
ثانيا: تعديل وتتميم أحكام القاصر ضمن قانون الصحة الجديد..... 149
ثالثا: الأحكام المتعلقة بصحة القاصر المستحدثة في قانون الصحة الجديد..... 157

الخاتمة 166

قائمة المصادر والمراجع..... 172

الفهـــــرس 187

ملخص المذكرة: النظام القانوني للقاصر في التشريعات الصحية الجزائرية

تتطلب حالة القِصَر في القانون الطبي حماية مزدوجة وهذا لعدم اكتمال أهلية القاصر من جهة، ومن جهة أخرى باعتباره طرفا ضعيفا في العقود الطبية، فرغم كثرة نصوص قانون الصحة العمومية لسنة 1976 إلا أنه لم يخصص ما يكفي منها لتقرير الحماية القانونية المتطلبة التي كان يبتغيها المشرع للقصر، وبصدور قانون حماية الصحة وترقيتها لسنة 1985 تحسن مركز القاصر من خلال التغيرات التي طرأت على الأحكام المرتبطة به تعديلا وإلغاء واستحداثا لنصوص قانونية تعطي حماية أوفر بخصوص الأعمال الطبية سواء العلاجية أو الجراحية التي يباشرها الطبيب عليه، غير أن هذه الحماية تجد أساسها في نظام الولاية، ونفس الحكم مقرر في قانون الصحة الجديد لعام 2018، والمنتظر في التعديلات اللاحقة لهذا القانون هو إعطاء مركز إيجابي للقاصر إزاء التدخلات الطبية.

الكلمات المفتاحية: قانون، تشريع، صحة، التدخلات الطبية، رضاء القاصر، موافقة الأولياء، الولي الشرعي.

Résumé : Le système juridique du mineur dans les législations algériennes de la santé.

Dans le droit médical, le statut de minorité exige une double protection, à cause l' incapacité du mineur d'une part, et d'autre part de sa vulnérabilité dans les contrats médicaux. Malgré la pluralité des textes juridiques dans la loi de la santé publique de 1976 ,toutefois, il n'a pas réservé assez de textes pour assurer la protection voulue par le législateur au profit des mineurs, mais lors de la promulgation de la loi relative à la protection et à la promotion de la santé de 1985 le statut du mineur est amélioré à travers des changements qui modifient les dispositions lui concernant par des amendements, des abrogations et des insertions des textes juridiques qui octroient une protection plus large en matière des actes médicaux soit thérapeutiques ou bien chirurgicaux entamés par le médecin sur le mineur. Nonobstant, cette protection se base sur le système de la tutelle, et c'est la même disposition édictée dans la loi de santé de 2018, ce qui serai prévu dans les prochains amendements de cette loi c'est d'attribuer une place positive au mineur à l'égard des interventions médicales.

Mots clés : Loi, législation, interventions médicales, le consentement du mineur, l'accord des parents, tuteur légal.

Summary : The legal system of the minor in the Algerian health legislations.

In the medical law, the statute of minority requires a double protection, because of the minor's incapacity on the one side, and on the other side of its vulnerability in the medical contracts. In spite of the plurality of the legal texts in the law of the public health in 1976. However, it didn't reserve enough texts to ensure the protection aimed by the legislator toward the minors, but since the promulgation of the law relating to the protection and the promotion of the health in 1985 the statute of the minor is improved through changes affecting his dispositions with amendments, abrogations and insertions of the legal texts granting the best protection as regards the medical acts therapeutic or surgical conducted by the doctor on the minor.Notwithstanding, this protection is based on a system of guardianship. and it is the same provision enacted in the law of health of 2018, which will be envisaged in the next amendments of this law to allot a positive place to the minor with regard to medical interventions.

Key words : law, legislation, medical interventions, the assent of the minor, the agreement of the parent, legal tutor.