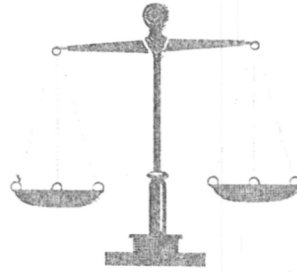


الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي  
جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان



كلية الحقوق



الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة  
الجزائري والمعاهدات الدولية

مذكرة لنيل شهادة الماجستير قانون خاص

تحت إشراف:

أ.د. بن الشيخ الحسين هجيرة دنوني

من إعداد:

أحمد داود رقية

لجنة المناقشة:

- |        |                                    |                              |
|--------|------------------------------------|------------------------------|
| رئيساً | أستاذ التعليم العالي-جامعة تلمسان  | 1- أ.د. بن حمو عبد الله      |
| مقرراً | أستاذة التعليم العالي-جامعة تلمسان | 2- أ.د. بن الشيخ دنوني هجيرة |
| عضواً  | أستاذ التعليم العالي-جامعة تلمسان  | 3- أ.د. قلفاط شكري           |
| عضواً  | أستاذ مكلف بالدروس-جامعة تلمسان    | 4- د. بن مرزوق عبد القادر    |



# شكر

تجود الأيام والسنون بأناس هم شموع تحترق لتضيء على الآخرين وهم  
أساتذة أفاضل نهلوا العلم حتى لا يخلوا به من قصد مجالسهم. لذا وذلك أتوجه باديء  
ذي بدء بالشكر الجزيل والتقدير الكبير إلى الأستاذة المحترمة: هجيرة بن الشيخ  
دونبي، على قبوطها الإشراف على هذه الدراسة، والتي أنارت لي سبيل البحث  
بتأطيرها المتميز، برعايتها العلمية، توجيهها المنهجي وملاحظاتها القيمة، وعلى كل  
التسهيلات التي كان لها الدور الفعال في إخراجها ته الدراسة على ما هي  
عليه، والتي كانت قدوة لي من أول درجة على سلم دراستي الجامعية.  
وأتوجه ثانيا بالشكر والتقدير إلى أساتذة كلية الحقوق بجامعة تلمسان وأخص منهم  
من أفادوني بتوجيهاتهم العلمية: إلى الأستاذ بن حمو، الأستاذ قلفاط، الأستاذ  
بن مرزوق، الأستاذ فرجي، الأستاذ مكالي.  
إلى كل من علمني حرفاً وبث في روح العلم والمعرفة.  
إلى كل من الأنسة كريمة والسادة: بومدين وإسماعيل، والذين لم يخلوا  
علي بمرديد المساعدة.

# إهداء

إلى من هم مسيبتات لوجودي ورمز للصمود، إلى منهل قدوتي وسر نجاحي،  
إلى من أفنوا عمرهم من أجلي، إلى رمز العطاء ومنبع العفو والحنان، إلى من  
أناروا لي الطريق وكانوا لي القدوة حتى فقهت معنى الثقة والمسؤولية.

إلى أبي العزيز وأمي الفاضلة

إلى نظيراتي في الحياة، إلى من زاحمت عشهما، أختاي: غزالة وبجائية.

إلى رمز العفوية والنشاط، إخوتي: محمد، كمال وفؤاد.

إلى زوج أختي، السيد المحترم نور الدين وإلى الكوكبة الغالية هناء.

إلى من كن مانسي وملاذي في غربتي، إلى من جمعني

بهن الأقدار: إلى ثقية فاطمة، لعراف ماما، ربيعة، فاطمة، قتيحة، نادبة كرادبي، الزعيم

الزهرة، بن زعيم رشيدة، شيرة حليلة، رفيقة، دليلة وثيرة.

إلى السادة المحترمين: علي بن يحيى أحمد وطبسي محمد واللذان لم

يخلا علي بمد يد المساعدة، لامن قريب أو من بعيد.

إلى زملاء قسم الماجستير - دفعة القانون الخاص - بكلية الحقوق وأخص بالذكر: حياة، لطيفة،

سمية، سناء وبشرى.

إلى كل من عرف رقية من قريب أو بعيد.

إلى كل من عجزت عن تذكره.

أهدي هذه المذكرة: حباً وتقديراً

رقية

قائمة المختصرات

اختصارها	العبارة
ق.أ.ج.	قانون الأسرة الجزائري
ق.م.ج.	القانون المدني الجزائري
ق.ع.ج.	قانون العقوبات الجزائري
ق.ح.م.	قانون الحالة المدنية
د.م.ج.-O.P.U.	ديوان المطبوعات الجامعية
إ.ق.غ.أ.ش.	الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية
ن.ق.	نشرة القضاة
م.ع.غ.أ.ش.	المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية
م.ق.	مجلة قضائية
د.ر.ط.	دون رقم طبع
د.ت.ط.	دون تاريخ طبع
ج.ر.	الجريدة الرسمية
ج.	الجزء
ص. p.	الصفحة، Page
ط.	الطبعة
م.ج.ع.ق.إق.س.-R.A.	المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية
R.I.D.C.	Revue internationale de droit comparé



مقامہ  
پروفیسر محمد رفیق  
پروفیسر محمد رفیق

الحمد لله حمداً كثيراً مباركاً فيه، سبحانه الحق وقوله الحق في كتابه المبين "الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا..."(1)، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم الأنبياء والمرسلين، القائل وقوله الصدق لما بُشِّرَ بفاطمة عليها السلام "ريحانة أشمها ورزقها على الله"(2). الله الذي خلق الإنسان، خلقه من نطفة ثم أخرجها طفلاً ليكون وديعة والديه وأمانة جيله إلى الجيل القادم، حيث تقوم الدعائم الجوهرية لحياة الإنسان على خصائص طفولته، ففي هذه الفترة يتكيف الفرد مع بيئته العائلية، ومن ثم الاجتماعية، ولهذا كانت الطفولة ولا زالت ميداناً خصباً تتقاسمها علوم مختلفة تُحاول فهم النواحي المتعددة لحياة الطفل(3).

هذا وإن حقوق الطفل غريزية، تنشأ معه منذ تخلقه جنيناً في بطن أمه، إلى أن يخرج إلى الدنيا، كما تفرضها الفطرة في جميع مراحل نموه، وإنما في نفس الوقت انعكاس لحاجاته، تتقرر بقصد الإفادة منها عن طريق استعمالها، على أن هذه الإفادة لا تتم ولا تكتمل بصورة عملية إلا عن طريق كفالة حمايتها بواسطة القانون، وبالتالي فإن اقتضاء الاحترام الواجب للحقوق لا يتحقق إلا بتوافر الحماية القانونية لها(4).

وإن أول حق يثبت للطفل هو حقه في الحياة والخروج إلى الدنيا، بالنمو والبقاء، ومن ثم تتفرع بقية الحقوق التي تقتضي الحماية القانونية له في محيطه العائلي والاجتماعي. وطالما كانت الأسرة هي الخلية الأساسية التي يستمد منها المجتمع مقومات وجوده، عوامل بقائه وعناصر قوته، وجب الاهتمام البالغ بها وبكل أفرادها، وبخاصة الطفل، من خلال إحاطتها بكل ما يحفظ كيانها ويؤكد، لأن حماية هذه العناصر هي في النهاية وسيلة المجتمع في الحفاظ على استقراره، الأمر الذي يُشكل أهمّ انشغال للمشرع الجزائري، حيث تنص المادة 58 من الدستور على أنه "تحتل الأسرة بحماية الدولة والمجتمع"، وتضيف المادة 63 من ذات التشريع أنه "يُمارس كل واحد جميع حرياته في إطار احترام... حماية الأسرة والطفولة"، وبالتالي فإنّ هناك اتصال لا ينقطع بين الطفل، الأسرة والمجتمع، حيث الأسرة ضرورة فطرية لا بدّ من وجودها في حياة الطفل، لأنّ هذا الأخير يعتمد، وبصفة شبه مطلقة، على بيئته العائلية في العناية به، رعايته وتلبية حاجياته المادية

(1) سورة الكهف- الآية 46

(2) انظر مجاهد محمد- الطفل والحكاية الشعبية-منطقة تلمسان نموذجاً- أطروحة الماجستير-كلية الآداب والعلوم

الإنسانية-جامعة تلمسان-2001-ص 06

(3) ث/يوسف العاصي-تربية الطفل-نظريات وآراء-دار المعرفة الجامعية-مصر-1994-ص 10

(4) م/حسن القاسم-مبادئ القانون-المدخل إلى العلوم القانونية-منشأة المعارف-مصر-1995-ص 208

والوجدانية، وهو ما تؤكد عليه المادة 65 من الدستور بنصّها أنه "يجازي القانون الآباء على القيام بواجب تربية أبنائهم ورعايتهم"، أضف إلى ما سبق ذكره أنّ الطفل يتأثر بهذه البيئة وينمو في أحضانها، ومن ثمّ كان لابدّ لهذه الخلية الاجتماعية أن تقوم على أسس متينة، وأن يحكمها نظام عادل محكم، يُنظّم العلاقات بين أفرادها. ولقد عُتبت الشريعة الإسلامية بترابط هذه الخلية وأكدت على المودّة والرحمة بين أفرادها، وهي ذات الشريعة التي جعل لها المشرّع الجزائري دوراً هاماً كمصدر احتياطي للقاعدة القانونية، حسب نصّ المادة 01 ق.م.ج<sup>(1)</sup> والتي تنصّ على أنه "يسري القانون على جميع المسائل التي تناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نصّ تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية"، بالإضافة إلى كونها مصدراً أصلياً لبعض المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، وهي المسائل التي لم يرد بشأنها نصّ في قانون الأسرة الجزائري<sup>(2)</sup>.

وليس معنى ذلك أنّ ذات التشريع قد غضّ النظر عنها وتركها بدون تنظيم، ولكنه أثر أن يجعل القاضي يلتمس الحلول بشأنها في الأخذ بالأيسر من أحكام الشريعة الإسلامية سيراً في التيسير ورفع الحرج، وهذا ما ورد في المادة 222 ق.أ.ج، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ الخلية الأسرية قد تعدم لأسباب مختلفة، إما لأنها لم تتكوّن أصلاً، خاصّة مع ما نلمسه من جانب الفوضى الاجتماعية من تفشٍ للعلاقات خارج القانون بسبب دوامة الانحلال الأخلاقي والتفكك الأسري، والذي يؤثر سلباً على الطفل بالخصوص. فالواقع مرّ يجعل المشكل يتفاقم ويكبر شيئاً فشيئاً حصداً لما وصلت إليه الأوضاع المتردّية والتي يذهب ضحيتها الطفل الناتج عن هذه العلاقات، طفل النسب غير الشرعي، أضف إلى ذلك التقدّم الحاصل في مجال العلوم البيوطبية والمتمثل في أحوال الإسقاط، وسائل الحمل المعاصرة ومنعه، الاستنساخ البشري، الفحص المقارن الخاصّ بالدمّ وبال بصمات الوراثية في مجال النسب، وغيرها من الاكتشافات الحديثة. وإما لأنّ الأسرة لا تلبث أن تماسك حتى تنهار، فتكون الآثار وخيمة على الطفل خاصّة، لأنه يعيش بعد انفصال الوالدين مأساة قد تنتهي إلى الانحراف والجنوح<sup>(3)</sup>، فمعادلة وجود الأبناء

(1) الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

(2) وهو تشريع خاص جاء لتنظيم العلاقات العامة للحياة الزوجية وبناء الأسرة وسن القواعد المبيّنة لحقوق وواجبات كل من الزوجين اتجاه الآخر واتجاه الأبناء، الأقارب والأصهار، ولقد تضمنه الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 جوان 1984-

(3) سناء الخولي- الأسرة والحياة العائلية- دار النهضة للطباعة والنشر- لبنان- 1984- ص 271



يكفي للحيلولة دون الطلاق، بمعنى أن الأطفال هم حجر الزاوية في ركن الحياة الزوجية، لم تعد ثابتة، إذ تفوّقت عليها عناصر أخرى مختلفة ومعقدة، الأمر الذي يؤدي إلى تفاقم الظاهرة، وما يترتب عليها من مشاكل يدفع ثمنها الطفل عادة، ومن ثمّ وجب التعرّض إلى مفاد الحماية القانونية للطفل، خاصّة أمام ما يشهده العلم من تطوّر، وما يتعرّض له المجتمع من أزمات، وما تعرفه الأسرة من تغيير، الكلّ الذي يؤثر على نموّ الطفل وبقائه، فالحديث عن حقوق الطفل مهمّ، لكنّ الأهمّ هو البحث في تحقيقها واحترامها، الأمر الذي تُوفّره، تُؤكّده وتضمنه الحماية<sup>(1)</sup>.

وإنّ لهذه الحماية أثرها على المجتمع الدولي، والذي أخذ يُنظّم الأمور والمسائل ضمناً لوحدة الأسرة واستقرارها، اعتباراً لما تُمثله في حياة الطفل، أضف إلى ذلك إيمان المجتمع الدولي وانشغاله بوضعية الطفولة ومصيرها، الانشغال الذي عبّرت عنه المواثيق والمعاهدات الدولية المتعلّقة بحقوق الإنسان، وبالخصوص حقوق الطفل، المواثيق والمعاهدات التي من العسير حصرها في عالم استهواه الحديث عن الديمقراطية والتغني بحقوق الإنسان والطفل في المنابر، المحافل، والمؤتمرات الدولية، الإقليمية والمحلية، كما في الندوات والملتقيات وفي وسائل الإعلام المسموعة، المكتوبة والمرئية، والتي تُطرح فيها النظريات والآراء، وتضجّ بالحوارات والمجادلات، وتُعلن فيها التوصيات والقرارات.

وعلى هذا الأساس سيتمّ التركيز في هذه الدراسة على معاهدة حقوق الطفل لسنة 1989 باعتبارها نموذجاً للمعاهدات الدولية المتعلّقة بحقوق الطفل، لأنها أكّدت على ما سبقها من مجهودات دامت ما يُقارب 70 سنة لإقناع المجتمع الدولي والوطني بكون المرونة المادية والمعنوية للطفل تستوجب حاجته لحماية ورعاية خاصتين.

وفي هذا الإطار جاءت مصادقة الجزائر على عدد من المعاهدات في إطار منطقي لتوجيه المجتمع، السلطات والهيئات الخاصّة نحو منح الطفل ضمانات أكثر في الحماية والاهتمام الجادين، خاصّة وأنّ المعاهدات المصادق عليها تسمو على القانون حسب المادة 132 من الدستور.

وبناءً عليه، ورغم ما يُعانيه موضوع "الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية" من ندرة في المراجع، ونقص في الدراسات المتخصّصة والبحوث العلمية الجامعية، فلقد وقع عليه الاختيار نظراً لأهميته العلمية والعملية، وذلك لكون هذه الدراسة ستُساهم

(1) انظر P/Wachsmann-Les droits de l'homme-3<sup>ème</sup> édition-Dalloz-1999-p. 30

في إزالة الكثير من اللبس والغموض عن آليات وأسس الحماية القانونية المتناثرة في التشريع العائلي الجزائري والمعاهدات الدولية، خاصة مع ما يُمثله الطفل من كونه نبت الحياة وذرة الوجود، ومعبر الإنسانية من جيل إلى آخر، وأملها في غدها وعدتها لمستقبل زاهر، وهو ما يؤكد الإمام محمد الغزالي بقوله: "الصبيّ أمانة عند والديه وقلبه الطاهر جوهره نقيه، وهو قابل للنقش ومائل إلى كلّ ما يُمال إليه"<sup>(1)</sup>. أضف إلى ذلك كونها تُسلط الأضواء على التأثير المباشر للوسط الأسري على حياة الطفل، وكذا دوره في توفير الحماية له، وهو ما اقتنع به واضعو معاهدات حقوق الإنسان والطفل، وبالأخصّ واضعو معاهدة 1989 لحقوق الطفل، زيادة على أنها ستسمح بمواصلة المسار لتكريس أفضل لحقوق الطفل المعترف بها في قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية، من خلال معرفة هذه الحقوق معرفة حقيقية وفعالية، وكذا ضمانها لكفالة إحاطة الطفل بأفضل حماية قانونية، حيث الحقوق مطلب جوهري حيوي يجب تسخير الإمكانيات والوسائل الضرورية لضمانها وحماية الطفل تبعاً لذلك، خاصة مع ما تشهده العلوم البيوطبية من تطوّر يؤثّر على مفهوم الأسرة، وضعها ومصيرها، الأمر الذي ينعكس مباشرة على الطفل، زيادة على التغيرات التي يعرفها المجتمع وعلى المستويين الدولي والوطني.

أضف إلى ذلك كون الاهتمام بوضع الطفل وحمايته من أهمّ المعايير التي يُقاس بها تقدّم هذه المجتمعات وتطوّرها، حيث ومما لاشكّ فيه أنّ حماية الطفل والعناية به جزء لا يتجزأ من الطبيعة البشرية السليمة، والتي قد تختلف باختلاف المجتمعات في مداها وتطوّرها، تبعاً لاختلاف المستويات، منها الاقتصادية، وهو ما أخذته المعاهدات بعين الاعتبار، وخاصة معاهدة 1989.

ومن هنا يثور التساؤل حول آليات الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية، وبالتحديد معاهدة حقوق الطفل لسنة 1989، كما يُطرح الإشكال المتعلق بجوهر هذه الحماية، حيث تضمّن تشريع العائلة الجزائري نصوصاً متناثرة تعلّقت بمظاهر الحماية القانونية للطفل من خلال تقرير حقوقه لكفالة احترامها والتأكيد عليها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى ارتبطت نصوص معاهدة 1989 بحقوق الطفل وألوية تفعيلها، معتمدة في ذلك على مبادئ أساسية، آخذة بعين الاعتبار مجموعة من الحقائق الاجتماعية والاقتصادية، القيم والتقاليد، حكمة ما في الأمر التأكيد على الحماية التي يحتاجها الطفل.

(1) م/صالح الصديق-نظام الأسرة في الإسلام-دار هوما للطباعة، النشر والتوزيع-الجزائر-1999-ص 185

وبناءً عليه يُطرح الإشكال الذي ستتضمّن هذه الدراسة الإجابة عليه، ورفع اللبس والغموض عنه، كما يلي:

ما هي أسس ومعايير الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة الجزائري ومعاهدة حقوق الطفل لسنة 1989؟

لذا وذاك، استقر بي الرأي أن يكون منحى الدراسة على نحو يكون من خلاله الفهم ميسراً مستصاغاً للكُلِّ، من خلال تقسيم البحث إلى فصل تمهيدي سبقته مقدّمة، وفصلين آخرين تستتبعهما الخاتمة، حيث حدّدت في المقدّمة موضوع البحث، الدافع إليه، الإشكال ثمّ منحى الدّراسة ومنهجها، كما ضمّنت الفصل التمهيدي ضبطاً لمفاهيم ومعطيات أساسية ترتبط بالطفل من جانب أو من آخر، خاصّة وأنّ الحديث عن بعض المسائل المتعلّقة بالأسرة والتي عرفت وتعرف تطوّراً مذهلاً، لم يبق محصوراً في التصورات الكلاسيكية بل قد تعدّاهما بكثير. ثمّ تسليط الضوء على مجهودات المجتمع الدولي في إجراء الاعتراف بحقوق الطفل وبمجاخته المميّزة إلى الحماية.

في حين تعلقّ الفصل الأول بمعطيات عن الحماية القانونية للطفل، من خلال مبحثين جاءا على الترتيب موضحين لمظاهر هذه الحماية في التشريع العائلي الجزائري ثمّ في معاهدة 1989 لحقوق الطفل.

أما الفصل الثاني فلقد ارتبط بتوضيح جوهر هذه الحماية بين قانون الأسرة الجزائري ومعاهدة 1989، حيث تضمّن هذا الفصل مبحثين، تعلقّ أولهما بذات المعاهدة، في حين ارتبط ثانيهما بالتشريع العائلي الجزائري وبدور قضاء الأحوال الشخصية اعتماداً في ذلك التوضيح على المقارنة بين أساس الحماية في معاهدة 1989 وقانون الأسرة الجزائري.

وبناءً عليه فإنّ موضوعاً كالذي نحن بصدد بحثه ودراسته لا يُمكنه أن ينحصر أو يحصر نفسه ضمن منهج علمي واحد لا يتعدّاه إلى مناهج أخرى، حيث اعتمدت على المنهج التحليلي في طرح المفاهيم، أحكام نصوص قانون الأسرة الجزائري المتعلّقة بالطفل وشرحها، عرض موقف القضاء وكذا حين سرد أحكام معاهدة 1989. كما استندت إلى المنهج المقارن في عرض موقف القانون والقضاء المقارن.

ولقد تمّت معالجة الموضوع من خلال ثلاثة فصول، فجاءت الخطة كاملة كالتالي:

مقدمة.

الفصل التمهيدي: عموميات.

المبحث الأول: مفاهيم أساسية عن الطفل.

المطلب الأول: مقومات شخصية الطفل.

I - مفهوم الطفل.

II - الشخصية القانونية للطفل.

المطلب الثاني: بداية الحماية القانونية للطفل.

I - الحق في الحياة.

II - الاعتداء على الحق في الحياة.

المبحث الثاني: مبادئ دولية عامة.

المطلب الأول: سوابق معاهدة حقوق الطفل لسنة 1989.

I - الإعلانات العالمية المتعلقة بحقوق الإنسان.

II - الإعلانات العالمية المتعلقة بحقوق الطفل والمرأة.

المطلب الثاني: معاهدة حقوق الطفل لسنة 1989.

I - مدخل إلى معاهدة 1989 لحقوق الطفل.

II - مصادقة الجزائر على معاهدة 1989 لحقوق الطفل.

الفصل الأول: مظاهر الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة الجزائري ومعاهدة 1989

لحقوق الطفل.

المبحث الأول: مظاهر الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: الحماية في الوسط الأسري.

الفرع الأول: الحماية الأدبية.

أولاً: الحق في الهوية.

ثانياً: الحق في الحضانة.

ثالثاً: الولاية على النفس.

- الفرع الثاني: الحماية المادية.
- أولاً: الحق في النفقة.
- ثانياً: الحق في تلقي التبرعات.
- ثالثاً: إدارة أموال الطفل.
- المطلب الثاني: الحماية في الوسط البديل.
- الفرع الأول: التكييف القانوني لنظام الكفالة.
- الفرع الثاني: أحكام الكفالة.
- المبحث الثاني: مظاهر الحماية القانونية للطفل في معاهدة 1989.
- المطلب الأول: المساواة وعدم التمييز.
- الفرع الأول: الحق في الحياة، البقاء والنمو.
- الفرع الثاني: الحق في الهوية.
- المطلب الثاني: البيئة العائلية.
- الفرع الأول: الاجتماع العائلي.
- الفرع الثاني: فصل الطفل عن بيئته العائلية.
- الفصل الثاني: المصلحة: أساس الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة الجزائري ومعاهدة حقوق الطفل لسنة 1989.
- المبحث الأول: معيار المصلحة في معاهدة 1989.
- المطلب الأول: ماهية المصلحة في معاهدة 1989.
- الفرع الأول: المصلحة العليا والحماية الأسرية.
- الفرع الثاني: المصلحة العليا والحماية البديلة.
- المطلب الثاني: دولية معيار المصلحة في معاهدة 1989.
- الفرع الأول: البعد الدولي للمصلحة.
- الفرع الثاني: التطبيق المباشر.

المبحث الثاني: معيار المصلحة في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: التكييف القانوني للمصلحة.

الفرع الأول: إغفال النصوص.

الفرع الثاني: دور القضاء.

المطلب الثاني: التكييف الشرعي للمصلحة.

الفرع الأول: ماهية المصلحة في الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني: ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية.

الخاتمة.

الفصل الثامن  
حماة الأسماء

عموميات

انطلاقاً من فكرة مؤدّاهَا أنّ البنية المادية والمعنوية للطفل تتطلّب إحاطته بأكبر قدر من الحماية والرعاية سواء على المستوى الوطني أو الدولي، وإيماناً بما يُمثله الطفل من كونه أرضية لبناء المجتمعات، واعتباراً للأسرة الخلية الأساسية في المجتمع، تمّ الاهتمام بخلق قواعد وأسس قانونية وطنية ودولية تُكرّس حماية للطفل، وذلك من خلال نصوص قانون الأسرة الجزائري، والتي هي موضوع الدراسة، وكذا من خلال الاتفاقيات الدولية والتي سيتمّ التعرّض إليها سواء المعبّرة عن حقوق الطفل في إطار حقوق الإنسان، باعتبار الطفل إنساناً وباعتبار حقوق الطفل فئة خاصة من حقوق الإنسان، أو تلك المعبّرة عن حقوق الطفل وحمايته بصفة خاصة، على أنّ الأمر لا يخصّ إجراء دراسة وبحث في كلّ النصوص المتعلقة بحقوق الإنسان، بل إنّ الغرض هو التذكير فقط بالأهمّ والتمعّن بالخصوص في النصوص المتعلقة بالطفل ورعايته.

وعليه سيتمّ التطرّق في المبحث الأول إلى ضبط لبعض المفاهيم الأساسية التي تتعلّق بالطفل، ظهرت ضرورة تحديدها في هذا الفصل التمهيدي لارتباطها الوثيق بهذه الدراسة، ومن ذلك مفهوم الطفل، ابتداء مرحلة الطفولة وكذا انتهاءها، أما المبحث الثاني فسيتضمّن قراءة في نصوص بعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان والطفل، على أنه سيتمّ التركيز على معاهدة 1989 لحقوق الطفل وهذا بعد التعرّض لسابقتها.



## المبحث الأول

## مفاهيم أساسية عن الطفل

إنّ طفل اليوم هو رجل الغد، وإنه عُدّة الأمة لمستقبل مزدهر. وإنّ المدخل لحقوق الطفل مناطه بداية الحماية، والأمر يتعلّق بأهمّ حماية ومصدر كلّ رعاية. إنه الحق في الحياة والنموّ والذي نصّت عليه الشريعة الإسلامية، وكافة التشريعات، كما تضمّنته نصوص العديد من المواثيق الدولية ومثاله المادة 03 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والتي تنصّ على حق الإنسان ومنه الطفل في الحياة.

وبناءً عليه سيتمّ التطرّق في هذا المبحث إلى دراسة مقوّمات شخصية الطفل وكذا إلى حقه في الحياة، وذلك في المطلبين المواليين وعلى التوالي:

## المطلب الأول: مقوّمات شخصية الطفل.

إنّ الطفولة مرحلة من حياة الإنسان يكتسب فيها العادات، المهارات، الاتجاهات العقلية والاجتماعية. ويعتبرها علماء الاجتماع "فترة الاعتماد على الأبوين أو بديلهما". ويُعتبر مفهوم الطفل من المفاهيم التي يصعب تحديدها<sup>(1)</sup> خاصة إذا تمّ التساؤل حول الجنين، وهل يُعتبر طفلاً أم لا؟

كما أنّ دراسة بدء الشخصية القانونية في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري تُسفر عن القول أنّ مناطها الصفة الإنسانية وذلك من المنظور الفقهي والقانوني. ولما كان الطفل إنساناً وجبت دراسة الشخصية القانونية له، بمعنى كيف تثبت له ومتى؟ وعلى هذا الأساس سيتناول هذا المطلب تحديداً لمفهوم الطفل، كما سيتمّ فيه التطرّق إلى دراسة الشخصية القانونية له.

(1) أنصوري يوسف علي-محاضرات في قضايا السكان والأسرة والطفولة-المكتب الجامعي الحديث-مصر-1999-

## I- مفهوم الطفل.

إنّ الطفل لغة: هو الصغير من كلّ شيء، بمعنى الرخص الناعم<sup>(1)</sup>.

أما عن قانون الأسرة الجزائري: فإنّ الدّارس لمواده لا يخرج بتعريف للطفل، حيث ترك المجال مفتوحاً للاجتهاد مع مراعاة مصلحة الطفل، فقانون الأسرة الجزائري لم يتحدّث لا عن الجنين إذا ما كان يُضاف إلى معنى الطفل أم لا؟ ولا عن الحدّ الأقصى لتحديد انتهاء مرحلة الطفولة، ومن ثمّ كان لزاماً الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية والتي كانت سبّاقة إلى تحديد سنّ الطفولة وإلى اعتبار الجنين طفلاً، على أنّ الرجوع يتمّ بمقتضى المادة 222 ق.أ.ج، حيث اعتبر الإمام أبي حامد الغزالي الطفولة مرحلة من حياة الإنسان تبدأ مع بداية خلق الجنين في بطن أمه إلى أن يولد ويبلغ سنّ الرشد. فالطفل إذن هو الآدمي -الإنسان- الصغير بدءاً بتكوين الجنين في بطن أمه وانتهاءً ببلوغه مرحلة البلوغ<sup>(2)</sup>.

والملاحظ في مصادر الفقه الإسلامي أنّ بعض الفقهاء رجّحوا استعمال مصطلح "الحمل" بدلاً عن "الجنين"<sup>(3)</sup>. كما شاع في اصطلاح فقهاء القانون لفظي "الجنين" و"الحمل المُستكن" -Enfant conçu- وهو الجنين في بطن أمه إلى أن ينفصل حياً أو ميتاً<sup>(4)</sup>، في حين أنّ الملاحظ في نصوص قانون الأسرة الجزائري استعمال لفظ "الحمل"<sup>(5)</sup>.

أما عن انتهاء مرحلة الطفولة أو الحدّ الأقصى لانتهائها، فيتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أنه البلوغ مع الرشد العقلي في كثير من الأحكام خاصة المالية منها، ومن ثمّ اعتبروا البلوغ علامة ومعياراً، لكنهم يختلفون في تحديده بالوصف أو بالسن.

في حين أنّ تشريع الأسرة الجزائري قد حدّد البلوغ بالسن، فبمقتضى المادة 86 منه يُعتبر كامل الأهلية من بلغ سنّ الرشد وهي 19 سنة كاملة ما لم يتمّ الحجر عليه حسب المادة 40 ق.م.ج وما دون ذلك فهو:

(1) المنجد في اللغة والأعلام، ط<sup>36</sup>-دار المشرق-لبنان-1997-ص 436

(2) ابن منظور جمال الدين-لسان العرب-ط<sup>1</sup>-ج11-دار صادر-لبنان-1992-ص 401

(3) م/أحمد الزرقا-المدخل الفقهي العام-ط<sup>10</sup>-ج2-دار الفكر العربي-لبنان-[د.ت.ط]-ص 746

(4) م/كمال حمدي-الولاية على المال-منشأة المعارف-مصر-1987-ص 25

(5) ومثاله المادتين 173 و209 من ذات القانون

- إما عدم الأهلية، فاقد التمييز لصغر السن وهو ما دون 16 سنة حسب المادة 82 ق.أ.ج والمادة 42 ق.م.ج.

- أو ناقص الأهلية يتراوح سنه بين 16 و 19 سنة كاملة حسب المادة 43 ق.م.ج.

وبالتالي فإنّ الحدّ الأقصى لمرحلة الطفولة حسب التشريع العائلي الجزائري هو ما قبل إتمام 19 سنة كاملة، لكن المنطق يقضي عدم التسليم بهذا الحدّ، حيث لا يُمكن لمن كان يبلغ 18 سنة و363 يوماً وهو عندئذ طفل أن يُصبح راشداً بين عشية وضحاها عندما يُكمل 19 سنة. ومن ثمّ كان لزاماً الجزم بكون الطفل هو من كان دون 18 سنة كاملة<sup>(1)</sup> وليس 19 سنة وهو عندئذ قاصر.

ومما سبق يُمكن القول أنّ الطفل هو الآدمي الصغير بدءاً بتكوين الجنين في بطن أمّه وانتهاءً ببلوغه 18 سنة كاملة.

## II- الشخصية القانونية للطفل.

لقد سارت التشريعات العربية على نفس المنحى في تحديدها لبدء الشخصية القانونية للإنسان بولادته حياً، وفي هذا نصّ المشرّع الجزائري في المادة 01/25 ق.م.ج على أنه "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته"<sup>(2)</sup>.

يتضح إذن أنّ بدء الشخصية القانونية للإنسان موقوف على ما يلي:

- أن تتمّ ولادته بانفصاله عن أمه انفصلاً تاماً.
- أن يتمّ خروجه حياً، بظهور إمارة من إمارات الحياة كالبكاء ولو لم يكن قابلاً للحياة اليقينية.

(1) أضف إلى الأسانيد السابقة أن سن المسؤولية الجنائية الكاملة هو 18 سنة ومن كان دون ذلك يعتبر حدثاً، كما أن المادة 07 ق.أ.ج تحدد السن القانونية للزواج بـ 18 سنة للفتاة وما دون ذلك يستوجب إذن القاضي، أما الفتى فقد حددت بـ 21 سنة أي بفرق بينه وبين الفتاة بثلاث (03) سنوات على أساس أنّ مسؤولية الأجل في الزواج واستعداده يفوقان مسؤولية المرأة واستعدادها.

(2) هـ/بن الشيخ دنوني-موجز المدخل إلى القانون-النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق وتطبيقاتها في التشريع الجزائري-منشورات دحلب-الجزائر-1992-ص 154-155

ولقد تعددت تعاريف الشخصية القانونية إلا أن معناها بقي ذاته عند الكل وهو صلاحية الشخص لوجوب الحقوق له أو عليه بمعنى تحمّله إيجاباً أو سلباً<sup>(1)</sup>.  
ولما كان الطفل جنيناً يخرج إلى الدنيا وجبت دراسة الشخصية القانونية للطفل قبل وبعد ميلاده.

### أولاً: شخصية الجنين.

لما كان الجنين يتمتع بالصفة الإنسانية وهو مؤهل للحياة باعتبار المآل، فهل تثبت له الشخصية القانونية بهذا الاعتبار؟  
تثبت الشخصية القانونية للجنين بمجرد ولادته حياً، أي أنها تبدأ أصلاً واستثناءً بالولادة وتستقرّ بها كقاعدة عامة، كما يُمكن أن تثبت للجنين قبل ولادته استثناءً باعتباره يتمتع بالصفة الإنسانية وهو مؤهل للحياة باعتبار المآل.

فالأصل إذن ثبوت الشخصية بالولادة حياً، إلا أن هذه القاعدة قد تُفوّت حقوقاً وتُضَيّع مصالحاً للجنين المُستكن في البطن، ولرفع هذا الضرر تثبت للجنين شخصية من نوع خاص تؤهّله لاكتساب بعض الحقوق بحسب ما تقتضيه الضرورة ورفع الحرج دون توسعة في الرخصة بما يزيد عن الحاجة، يُعبّر عنها بالشخصية الحكيمة، فإن وُلد الجنين حياً استقرّت له الحقوق وإن وُلد ميتاً انتفت عنه هذه الشخصية كأنها لم توجد أصلاً تبعاً للقاعدة الشرعية "ما جاز لعذر بطل بزواله".  
وما يُثبت الاستثناء أن النصوص القانونية التي تُعيّن حقوق الجنين وردت في نفس المواد التي ذكرت بدء الشخصية القانونية بالولادة حياً، ومن ذلك نصّ المادة 02/25 ق.م.ج "على أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حياً"، بالإضافة إلى أنه يترتب على حرمان الجنين من هذا الاستثناء حرمانه من حقوقه بأثر يمتد إلى ما بعد ولادته.

فتعيّن بذلك تقدير الاستثناء بقدر الضرورة التي دعت إليها<sup>(2)</sup>. فإذا خرج الجنين ميتاً سواء بالولادة أو الإسقاط انعدمت هذه الشخصية الحكيمة، كأن لم تثبت له أصلاً وزالت الحقوق من ملكه ورُدّت إلى مستحقّيها الأصليين<sup>(3)</sup>.

(1) حسن كبيرة-المدخل إلى القانون-ط<sup>4</sup>-منشأة المعارف-مصر-[د.ت.ط]-ص 513

(2) سليمان مرقس-مدخل للعلوم القانونية-المطبعة العالمية-مصر-1967-هامش 1-ص 516

(3) حسن كبيرة-المرجع السابق-ص 526

فمن شأن الحق أن يثبت لشخص معيّن تتوافر فيه خصائص الشخصية القانونية، أما أن يكون صاحب الحق غير مقطوع بوجوده وصفاً ولا حالاً كما هو الحال بالنسبة للجنين، فذلك أمر آخر، لأنّ الجنين مآله الحياة الحقيقية باعتبار أنّ ماء الرجل بعد وقوعه في الرحم مآله الحياة، فيكون له حكم الحيّ، وفي هذا القول السرخسي في المبسوط "نعم تلك النطفة في الرحم، ولأنّ منها شخص حيّ فيُعطى له حكم الحياة باعتبار المآل"<sup>(1)</sup>.

والجنين منذ بداية تكوينه يأخذ طريقه في النمو حتى يكتمل خلقه ويخرج للحياة مخلوقاً سوياً، فبالنظر إلى هذا الوجه يُحكم بثبوت الذمة له<sup>(2)</sup>، لأنه مؤهّل للحياة ولأجلها أقرّه الله تعالى في الرحم، إلّا أنه متردّد بين الوجود والعدم مما جعل شخصيته القانونية تدور مع حياته وجوداً وعدمًا، فكانّ الحياة علّة وثبوت الشخصية حكم لا يستقر ولا يكون باتاً إلّا لثبوت علته وهي الحياة، ولما كان كذلك فإنّ الجنين يتمتع بأهلية وجوب ناقصة تُعطيه صلاحية لاكتساب الحقوق والتي تبقى موقوفة إلى أن يولد<sup>(3)</sup>.

#### ثانياً: شخصية الطفل بعد الميلاد.

إنّ غاية القوانين هي تنظيم سلوك الأفراد وحماية مصالحهم وضمائمها، لأجل هذه الغاية أناطت القوانين كلّ إنسان بصلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات وممارستها، وتدرّج هذه الصلاحية اتّساعاً مع تطوّر سنّ الإنسان، فتبدأ مستوعبة الحقوق ثمّ تتسع لتستوعب الواجبات دون المقدرة على ممارسة هذه الحقوق والواجبات وهي أهلية الوجوب.

وعليه فإنّ الطفل وهو القاصر أي دون 18 سنة إما أن يكون غير مميّز أي أقلّ من 16 سنة وهنا يكون فاقداً للأهلية لأنه فاقداً التمييز لكنه يتمتع بأهلية الوجوب.

وإما أن يكون مميّزاً ولكنه ناقص الأهلية لأنّ سنّه يتراوح بين 16 و18 سنة وتثبت له هنا أيضاً أهلية الوجوب وأهلية الأداء لكنها ناقصة حيث تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له نفعاً محضاً وباطلة إذا كانت ضارة ضرراً محضاً، ومتوقفة على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت

(1) ع/محمد بن معصر-حقوق الجنين في الفقه الإسلامي-مجلة البحوث الفقهية المعاصرة-العدد 26-السنة السابعة-1995 ص 41-42

(2) م/بن أحمد الصالح-الطفل في الشريعة الإسلامية-مطبعة النهضة-مصر-[د.ت.ط]-ص 26

(3) ب/أبو العنين بدران-الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون-ج1-الزواج والطلاق-دار النهضة العربية-لبنان-1967-ص 319

مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يُلجأ إلى القضاء لحلّه وذلك حسب ما نصّت عليه المادة 83 ق.أ.ج.

### المطلب الثاني: بصاية الحماية القانونية للطفل.

إنّ الحق أبرز موضوع تناوله الشرع والقانون ولعلّه الأساس لنشأة القوانين الوضعية، ولقد تعدّدت التعاريف بشأنه بحسب نوعيته. وهو عموماً مزية أو قدرة يُقرّها القانون ويحميها لشخص معيّن على آخر أو على شيء معيّن<sup>(1)</sup>. وحقوق الطفل في قانون الأسرة الجزائري هي أمر ثابت لا ريب في وجوده لا يسوغ إنكاره.

وإنّ المدخل إلى حقوق الطفل يتعلّق بحقّه في الحياة والنمو في بطن أمّه ليستكمل نموّه وحياته خارجه بعد ولادته، فالحق في الحياة يُعتبر منبع ومصدر جميع الحقوق الأخرى. ولما كان الطفل آدمياً يبدأ جنيناً فيتطوّر شيئاً فشيئاً ليخرج إلى الدنيا إنساناً سوياً ليكتمل نموّه، فلقد ارتأيت التطرّق لحق الطفل في الحياة والتركيز خصوصاً على الجنين، أي حقّه في الحياة، بدايته لأنه ابتداء مرحلة الطفولة، ثمّ التعرّض إلى الاعتداء على هذا الحق أي الإجهاض خاصة مع ما تشهده علوم الطب والبيولوجيا من اكتشافات حديثة.

### I- الحق في الحياة.

لعلّ الحق في الحياة يطرح مشكلة التعقيم.

أولاً: مدى مساس التعقيم بالحق في الحياة.

إنّ التعقيم نوعان: موقّف الحمل وهو المؤقت وآخر مانع له وهو المؤبد. وسيتمّ التعرّض فيما يلي إلى كلّ نوع على حدة وكذا موقف الشرع منه.

(1) (التعقيم (المؤقت): بمعنى وقف الحمل<sup>(2)</sup>)، ويختلف الغرض منه باختلاف الأوضاع والظروف رغم أنّ غالبيتها تنطوي على غرض تنظيم النسل بالتباعد بين الولادات تنظيمياً للأسرة. وفي نفس السياق تجدر الإشارة إلى الندوة الدولية المنعقدة بالرباط سنة 1971 والتي تمحورت حول

(1) /إبراهيم منصور-نظريتا القانون والحق وتطبيقهما في القوانين الجزائرية-ط<sup>2</sup>-د.م.ج-الجزائر-1990-ص 210  
(2) باستعمال الأقراص، اللوالب أو العزل وهو أن يجامع الرجل أهله فإذا قارب الإنزال نزع أو أنزل خارج الفرج حتى لا تستقر النطفة في الرحم.

"الإسلام ونظام الأسرة"، والتي توصلت إلى "أن تنظيم الأسرة هو أمر خاص بالزوجين بعد موافقتهما وبدون أيّ ضغط، يُمكن لهما استعمال الوسائل الشرعية والفعلية لتأخير الحمل بالنظر إلى صحتهما، وإلى الظروف الاقتصادية والاجتماعية، وفي إطار مسؤوليتهما تجاه أطفالهما"<sup>(1)</sup>. كما جاء عن الغزالي أنه "يجوز العزل في الأمور الجسام كالخوف من فساد النشاء جسماً، فكراً ووجداناً"<sup>(2)</sup>، أضيف إلى ذلك عدّة فتاوى صدرت من جهات مختلفة في الدول الإسلامية<sup>(3)</sup>.

وفي نفس الإطار يرى الأستاذ بلحاج العربي أن التعقيم المؤقت جائز باتفاق الفقهاء، بحيث يجوز للمرأة أن تسدّ فم الرحم منعاً من وصول ماء الزوج إليه لأجل منع الحمل مؤقتاً، لكنه يشترط أن يُثبت الحالة المرضية بالطرق العلمية والتجريبية وحينئذ يجوز اللجوء إلى التعقيم المؤقت لدفع الضرر القائم فعلاً والمتيقن حدوثه على أنه يُمكن رفعه وتستمر الصلاحية للإنجاب متى زالت الضرورة<sup>(4)</sup>.

ومن ثمّ فإنّ ضرورة المحافظة على التناسل تستوجب أن تكون أسباب اللجوء إلى التعقيم المؤقت جدّية وليس فقط خشية مرض احتمالي لم يُتأكد منه علمياً، بالإضافة إلى ضرورة توقّفه على إذن وموافقة الزوج لا على إرادة الزوجة وحدها، وإلاّ انطوى التعقيم المؤقت على مساس ببداية الحياة.

(2) (التعقيم المؤبد): أو ما يُعرف بالتعقيم الأبدي المانع للحمل وللإنجاب حالاً ومستقبلاً، وهو غير جائز شرعاً<sup>(5)</sup> لأنه ينطوي على القضاء على إحدى الغايات السامية للزواج في الإسلام ألا وهي التناسل لقول الرسول ﷺ: "تَزَوَّجُوا الْوُدُودَ الْوُلُودَ فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمْ الْأُمَمَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ"<sup>(6)</sup>. كما يتعارض مع الضروريات التي يجب المحافظة عليها والمجمع عليها فقهاً وهي خمس: النفس، الدين، العقل، النسل والمال.

(1) تشوار جيلالي-الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية-د.م.ج-الجزائر-2001- ص 88-89

(2) ل/قصري عبد اللاوي-ظاهرة تنظيم النسل-أبعادها الثقافية والاجتماعية-مذكرة ماجستير-كلية الآداب والعلوم الإنسانية-تلمسان-2000/2001- ص 101

(3) بلحاج العربي-حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستحدثة-م.ج.ع.ق.إق.س-العدد 1993/03- ص 603

(4) بلحاج العربي-المرجع نفسه-ص 603

(5) بلحاج العربي-المرجع نفسه-ص 602

(6) رواه أحمد عن أنس بن مالك.

أما عن الجزائر فلقد أصدر المجلس الإسلامي الأعلى على لسان الشيخ عباس بن الشيخ الحسين فتوى بصدد تحديد النسل<sup>(1)</sup> والذي يتم باللجوء إلى التعقيم المؤبد<sup>(2)</sup> جاء فيها أن "تحديد النسل جائز لكن بشروط معينة منها:

- 1- أن يتم اللجوء إليه بصفة فردية، بحيث لا يصبح قاعدة عامة تعمّ الناس.
- 2- أن يكون للضرورة الموجودة أو الاحتمالية الخاصة بالأم أو الطفل.
- 3- أن تحديد هذه الضرورة يخضع لإرادة واختصاص المعنيين بالأمر فقط.

ومن ثمّ يُمكن اللجوء إليه حالة كون الزوجة مثلاً مصابة بداء وراثي لا يأمل في شفائه يخشى انتقاله من الأصول إلى الفروع وتمّ إثباته طبياً<sup>(3)</sup>، رغم أن رأي المجلس الإسلامي الأعلى انطوى على تمكين الزوجين من ذلك دون الحاجة إلى رأي الطبيب المختص أو ذوي الخبرة، وفي ذلك تعدّد على حق الطفل في الجيء وفي التكوين بعد ذلك.

وبناء عليه فإنّ التعقيم المؤبد غير جائز باتفاق الفقهاء، غير أنه يُمكن اللجوء إليه في حالات الضرورة والتي تحض الأمّ أو الطفل على أن يتمّ ذلك بمراعاة المصلحة العامة وضرورة تغليبها على المصلحة الخاصة للطفل في الجيء على أساس قاعدة "الحفاظ على المعلوم ولو بإتلاف المغيّب إذا تأكّد ضرر المعلوم".

### ثانياً: بداية الحياة.

إنّ لنا أن نتساءل الحين عن الوقت الذي يبدأ فيه وجود الجنين أي حياته؟

لقد اختلفت الآراء في ردّها على هذا السؤال إذ أنها متفقة من حيث مبدأ الاعتراف للجنين ببعض الحقوق، إلاّ أنها قد اختلفت حول بداية هذا الاعتراف. وعلى كلّ فإنّ أطوار النشأة الإنسانية قد عبّر عنها القرآن الكريم في قوله ﷻ: "وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ ﴿١﴾ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ ﴿٢﴾ ثُمَّ خَلَقْنَا النَّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ" <sup>(4)</sup>.

(1) تحديد النسل هو "وقف النسل الإنساني عن النمو والزيادة"، انظر أبو الأعلى المودودي-حركة تحديد النسل-

دار الشهاب للطباعة والنشر-الجزائر-1988-ص 03

(2) جاءت الفتوى بجريدة الشعب بتاريخ 23 أبريل 1968.

(3) تشوار جيلالي-المرجع السابق-ص 90

(4) سورة المؤمنون-الآيات 12-13-14



وقوله **عَلَيْكُمْ**: "يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّ كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِنَ الْبُعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِنْ مُضْغَةٍ مُخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لِنُبَيِّنَ لَكُمْ وَنُقِرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ..." (1).

ومن تحليل هذه الآيات يظهر أن الجنس الإنساني نشأ من سلالة من طين، وأما تكرار أفراده بعد ذلك وتكاثرهم فقد جرت سنة الله أن يكون عن طريق نقطة مائية تخرج من صلب رجل فتستقر في رحم المرأة (2)، وهي مرحلة التشبث والعلوق بجدار الرحم، ثم مرحلة المضغة وهي لحمة قليلة بقدر ما يُمضغ، ثم يظهر بعد ذلك النسيج العظمي الذي يُغلف باللحم (3). وهنا يقف الإنسان مندهشاً أمام ما كشف عنه القرآن الكريم من حقيقة في تكوين الجنين لم تُعرف على وجه الدقة إلا بعد تقدّم علم الأجنة التشريحي وتطور الاكتشافات الطبيّة والعلمية. وعندئذ فإن معنى الحياة والتي تحمل معنى الكرامة الإنسانية يبدأ منذ استقرار النطفة في المكان المعدّ لنموّ الجنين أي الرحم بحيث تكون مهياًة للحياة والنمو، ومن ثمّ فإنّ الجنين يتمتّع بالحياة من أول دقيقة من عمره (4).

## II- الاعتداء على الحق في الحياة.

يختلف هذا الاعتداء على أساس وقت حدوثه وطرق ذلك، وهو كلّ يندرج ضمن إحدى الفئات الثلاث التالية:

### أولاً: اعتداء على الحق في الحياة يتمّ قبل إرجاع البويضة المخصبة إلى الرحم.

حيث من المعلوم أنّ الطبّ تمكّن من دراسة الجينات البشرية لخلية الجنين بفضل ظهور علم التشخيص المبكر للأمراض الوراثية، إذ يتمّ إتلاف خلايا الأجنة المريضة قبل إرجاعها إلى الرحم وإرجاع الأجنة الأصحاء فقط، وهذا بفضل ظهور علم تحسين النسل Eugénisme بحيث يتمّ الاختيار بين الأجنة على أساس الصفات التي تحملها خلاياهم، كما يتمّ كذلك إعدام الأجنة

(1) سورة الحج- الآية 05

(2) قال الله تعالى في سورة الفرقان، الآية 54: "وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا".

(3) انظر تشوار جيلالي-المرجع السابق-ص 75

(4) انظر بلحاج العربي-الأحكام الشرعية والطبية للمتوفى في الفقه الإسلامي-مجلة البحوث الفقهية المعاصرة-

العدد 1999/42-ص 38

الفائضة والتي تم إجراء الأبحاث العلمية والطبية عليها وإرجاع الضروري فقط إلى رحم المرأة كالأبحاث المتعلقة بالتلقيح الصناعي<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: الإجهاض.

يُعتبر الإجهاض اعتداءً على حق الجنين في الحياة، التكوين والنمو في بطن أمه، بالإضافة إلى كونه يُشكل خطراً على صحة الأم، وعليه فما المقصود به وما حكمه الشرعي والقانوني؟.

#### 1- تعريف الإجهاض<sup>(2)</sup>:

إنه إلقاء المرأة لجنينها قبل أن يستكمل مدة الحمل حياً أو ميتاً دون أن يعيش بفعل منها كاستعمال دواء أو غيره أو بفعل من غيرها<sup>(3)</sup>، وعليه فإن الإجهاض هو إسقاط الجنين قبل الأوان حيث ينقطع الحمل بطريقة غير عادية، وهو يختلف عن الوضع قبل الأوان.

#### 2- الحكم الشرعي والقانوني للإجهاض:

1-2 الحكم الشرعي: لقد جرّم التشريع الإسلامي إجهاض الحامل لما فيه من اعتداء على حق الجنين في الحياة والنمو من جهة، وتعريض حياة الأم وصحتها للخطر من جهة أخرى، ناهيك عن الأثر السلبي الذي يُشكّله على الاستقرار الأسري، ودليله قوله ﷺ: "...وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرُزِقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ وَلَا تَقْرُبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ..."<sup>(4)</sup>، ووجه الدلالة أن الآية حرّمت الاعتداء على النفس إلا بالحق وبهذا يُحرّم الاعتداء على الأصل<sup>(5)</sup>.

ولما كان الماء بوقوعه في الرحم آيلاً إلى الحياة فيكون له حكم الحياة<sup>(6)</sup>، أما ما يُبيح الإجهاض في الشريعة الإسلامية فيدخل ضمن باب تعارض المصالح والمفاسد، وإن الأعذار التي اعتدّ بها الشرع الإسلامي وجعلها سبباً للإباحة للحفاظ على المعلوم ولو بإتلاف الغيب إذا تأكّد ضرر المعلوم، تتمثل في حالتين هما:

(1) بلحاج العربي-الأحكام الشرعية والطبية للمتوفى في الفقه الإسلامي-المرجع نفسه-ص 32

(2) وسمي الإسقاط أو القطع الإرادي للحمل "Interruption volontaire de grossesse I.V.G".

(3) بلحاج العربي-حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستحدثة-المرجع السابق-ص 601

(4) سورة الأنعام-الآية 151

(5) حسن الشاذلي-حق الجنين في الحياة في الشريعة الإسلامية-مجلة الحقوق والشريعة-العدد 01-السنة الثالثة-1977-

الكويت-ص 27

(6) ع/محمد بن معصر-المرجع السابق-ص 42

أ) الإجهاض العلاجي Avortement thérapeutique: والمقصود به أن في استمرار الحمل خطر محقق على الأم كأن تكون مريضة بمرض لا يُمكنها معه تحمّل الجنين ونموّه<sup>(1)</sup>، بمعنى أنه متى ثبت عن طريق موثوق علمياً أن بقاء الجنين في بطن أمّه يؤدي إلى موتها لا محالة وجب إسقاطه تطبيقاً للقاعدة الشرعية "ارتكاب أقلّ الضررين وأهون الشرّين"، وقاعدة "إتلاف الفرع حفاظاً على الأصل"، والأم أصل الجنين، كما أنّها عماد الأسرة في حين أن الجنين لم يستقل بحياته بعد<sup>(2)</sup>. وعليه فإنّ الإجهاض العلاجي جائز حالة الضرورة العلاجية وفقاً للضوابط الشرعية وبأن يُقرّه هيكل طبي مختص وذلك بعد أن تُستنفد كافة الوسائل لإنقاذ حياة الأم<sup>(3)</sup>.

ب) تشوّه الجنين: بأن يكون فيه احتمال كبير من طرف الأطباء المؤهلين أن الطفل الذي سيزداد مصاب بداء خطير لا أمل في شفائه، ويُقصد بالداء الخطير سوء التركيب الخلقي للجنين أو العاهة مهما كانت نوعيتها<sup>(4)</sup>، على أن يتمّ الإسقاط قبل مضيّ الشهر الرابع الرحمي، أي قبل نفخ الروح فيه.

أما عن الأعذار غير المقبولة شرعاً فهي ما قد يُعتمد عليه أحياناً إما صراحة وإما بعدم ضبط وتقييد الحالات المسموح بها وتتلخص فيما يلي:

\* خوف كثرة النسل والفقر: إنّ خوف كثرة النسل لا يُبرّر القول بإسقاط الجنين، وقد يُبرّر منع الحمل بشرط ألا يكون خوف الفقر وإنما للخوف من عدم التمكن من الرعاية الكافية والتربية الصحيحة لقول الله ﷻ: "وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ..."<sup>(5)</sup>.

\* خوف العار: وهنا تظهر حالتان هما:

- حالة الزنا: لا يجوز للحامل من علاقة غير شرعية إسقاط ما في بطنها خشية انكشاف أمرها، لمخالفة ذلك لنصوص الشرع ومقاصده.

(1) أ/منصور يوسف علي-المرجع السابق-ص 68

(2) تشوار جيلالي-المرجع السابق-ص 80

(3) بلحاج العربي-حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستحدثة-المرجع السابق-ص 601

(4) تشوار جيلالي-المرجع السابق-ص 82

(5) سورة الإسراء-الآية 31

- حالة الاغتصاب<sup>(1)</sup>: إن الاغتصاب أشدّ جرائم الاعتداء على العرض جسامة لأنه يمسّ الاستقرار العائلي، ويفرض على المرأة أمومة غير شرعية تضرّها على كلّ المستويات، المادية والمعنوية على السواء. ولقد ذهب بعض الفقه إلى جواز إجهاض المغتصبة لحملها، إلا أنّ المسألة تبقى اجتهادية من باب تعارض المصالح والمفاسد ووجوب الترجيح.

\* زرع أعضاء الجنين في إنسان آخر: لقد تبث علمياً أنّ الخلايا العصبية المأخوذة من الجنين قابلة للاستخدام في علاج الأمراض المستعصية، بمعنى الاستفادة من أعضاء الجنين بزرعها أو إجراء تجارب علمية وبحوث طبيّة عليها، وهو غير جائز شرعاً<sup>(2)</sup>.

2-2 الحكم القانوني للإجهاض: تنصّ المادة 35 من الدستور الجزائري على أنه: "يُعاقب القانون... كلّ ما يمسّ سلامة الإنسان البدنية والمعنوية"، أضف إلى ذلك أنّ قانون العقوبات الجزائري<sup>(3)</sup> قد جرّم فعل الإجهاض وفقاً لسياسته الجنائية في حماية حق الطفل في الحياة، ومن ثمّ الجنين في بطن أمّه. ولقد نصّت المادة 304 ق.ع.ج على أنه: "كلّ من أجهض امرأة حاملاً 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 تُوافق أو شرع في ذلك يُعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة مالية من 500 دج إلى 10000 دج وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت تكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة".

ويتربّب على هذه المادة أنّ المشرّع قد أسّس قيام جريمة الإجهاض على مجرّد وجود الحمل فعلاً أو افتراضاً أي عند وجود البويضة الملقحة منذ التلقيح حتى الولادة الطبيعية.

وفي المادة 309 لم يقتصر المشرّع على معاقبة القائم بالإجهاض بل سلّط العقوبة<sup>(4)</sup> كذلك على المرأة التي أجهضت نفسها عمداً أو حاولت ذلك، أو وافقت على استعمال

(1) إن الاغتصاب هو الواقعة الجنسية مع امرأة بغير رضاها. انظر معوض عبد التواب- الموسوعة الشاملة في الجرائم المخلة بالأداب- دار المطبوعات الجامعية- مصر- 1993- ص 277. ولقد أكدت المديرية التنفيذية لصندوق الأمم المتحدة للسكان أنّ "هذا الضرر وهذا العنف يتسبب في حدوث أضرار شديدة بالصحة النفسية للمرأة، هذا ما يسفر عنه حالات حمل غير مرغوب فيها قد تنتهي بالإجهاض". جريدة الخبر اليومي الصادرة بتاريخ 23/04-2001- العدد 3148.

(2) بلحاج العربي- الأحكام الشرعية والطبية للمتوفى في الفقه الإسلامي- المرجع السابق- ص 42

(3) الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق لـ 8 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم

(4) وتتمثل هذه العقوبة في الحبس من 6 أشهر إلى سنتين وبالعقوبة من 250 إلى 1000 دج.

الطرق التي أرشدت إليها.

فالملاحظ إذن هو تشدد المشرّع الجزائري في تجريمه لفعل الإجهاض نظراً لآثاره السلبية كونه يُمثل اعتداءً على حق الجنين ومن ثمّ الطفل في الحياة. وكونه يُهدّد الاستقرار العائلي خاصة إذا تعمّدت الزوجة إجهاض نفسها دون مبرّر شرعي ودون علم زوجها، مما قد يدفعه إلى طلب الطلاق الذي لا يُعدّ بتاتاً طلاقاً تعسّفياً، إذ أنّ المشرّع أوجب على الزوجين المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة وذلك في المادة 36 ق.أ.ج.

إلاّ أنه ينبغي أن نتساءل حول ما إذا سار المشرّع الجزائري في نفس مسار الشريعة الإسلامية في إباحتها للإجهاض العلاجي؟

تنصّ المادة 72 من قانون الصحة وترقيتها<sup>(1)</sup> أنه: "يُعدّ الإجهاض لغرض علاجي إجراءً ضرورياً لإنقاذ حياة الأمّ من الخطر أو للحفاظ على توازنها الفيزيولوجي والعقلي المهثّد بخطر بالغ، يتمّ الإجهاض في هيكل متخصصّ بعد فحص طبيّ يجري بمعية طبيب اختصاصي". والظاهر من النصّ أنه تمّ إدراج الحالة الفيزيولوجية والعقلية للأمّ بعد أن تعلق الأمر في البداية بحياتها.

وتنصّ كذلك وفي نفس الإطار المادة 33 من قانون أخلاقيات الطب<sup>(2)</sup> أنه: "لا يُمكن للطبيب إجراء عملية الإجهاض إلاّ وفقاً للشروط المنصوص عليها في القانون"، وتُضيف المادة 308 ق.ع.ج أنه: "لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبته ضرورة إنقاذ الأمّ من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء وبعد إبلاغه السلطات الإدارية".

إذن المادة 308 ق.ع.ج فتحت الباب أمام رفع المسؤولية حالة الضرورة والخطر دون تحديد للضرورة ولا للخطر خاصة مع غياب عبارة "حياة" والتي وردت في نصّ المادة 72 من قانون الصحة وترقيتها.

وإذا كانت حالة الضرورة أمراً مبيحاً للإسقاط ورافعاً للمسؤولية على النحو المبين، فهل من المعقول أن يُباح الإجهاض بناءً على إثبات ما يُشير إلى حدوث تشوّه للجنين؟

(1) القانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1405 الموافق لـ 16 فبراير 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

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

فمن زاوية القانون المقارن يسمح على سبيل المثال القانون الفرنسي الإجهاض في هذه الحالة حيث وبموجب القانون رقم 15-75<sup>(1)</sup> يُميز بين نوعين من الإسقاط هما:

- الإجهاض الذي يُمكن ممارسته في اثني عشر (12) أسبوع الأول للحمل.
- الإجهاض العلاجي "I.V.G. pour motif thérapeutique" والذي يُمكن إجراؤه في أي وقت متى أثبت طبيبان بأنه بعد الفحص اتضح أنه في استمرار الحمل خطر على صحّة الأمّ أو أنّ هناك احتمال قوي في أنّ المولود سيكون مصاباً بداء خطير وميؤوس من شفائه عند الفحص، وعندئذ يحقّ للأمّ طلب الإجهاض إلى غاية عملية الولادة<sup>(2)</sup>.

ولقد أثارَت مناقشة هذا القانون الكثير من الفقه آنذاك بخصوص حالة إصابة الأمّ بمرض الحسبراء<sup>(3)</sup> كسبب يُبيح الإجهاض لأسباب صحّية خاصة بالجنين أهمّها الإعاقة. ولعلّ ما عقّد الأمور صدور القانون رقم 94-654<sup>(4)</sup>، وما يُميّز هذا القانون أنه يخضع للمراجعة كلّ خمس (05) سنوات من قبل البرلمان، والإشكال الذي طرحه الباحثون في الطبّ وأخلاقيات مهنة الطب هو الإذن بإجراء الأبحاث على الجنين، ويبدو إذن أنّ الجنين في القانون الفرنسي "شيء Objet" لم تُحدّد معالمه بدقة وإباحته للإجهاض مبرّرة بحماية حقوق هي ملك للمرأة.

ومما يزيد الطين بلّة هو موقف محكمة النقض الفرنسية في قرار Péruche والذي أثار زوبعة إعلامية، القرار الذي مكّن الطفل Nicolas Péruche من التعويض على أساس مسؤولية الطبيب الذي تركه ليولد معوّقاً، حيث لم يكن من مصلحته أن يولد وولدت أمّه رغم ذلك، إذن مصلحته تقتضي تعويضه عن ميلاده معوّقاً وعدم إجهاضه مسبقاً.

فلقد قضت المحكمة بتاريخ 17 نوفمبر 2000 الحكم بالتعويض عن عدم الإسقاط وعن هذا الميلاد على أساس أنّ الطبيب والمخبر لم يُخطرا المرأة الحامل بإصابتها بمرض الحسبراء في حين كانت صرّحت مسبقاً للطبيب أنّها إذا أصيبت بالعدوى، باعتبار أنّ ابنتها البالغة من العمر أربع ( )

(1) القانون المؤرخ في 17 جانفي 1975 المتعلق بالإجهاض أو إسقاط الجنين أو القطع الإرادي للحمل - أنظر تشوار

جيلالي - المرجع السابق - ص 81

(2) أنظر تشوار جيلالي - المرجع نفسه - ص 82

(3) وهو الحصبة La rubéole.

(4) القانون المؤرخ في 29 جويلية 1994 والمتعلق بالتبرع وباستعمال أعضاء ومنتوج جسم الإنسان الإنجاب الإصطناعي والفحص ما قبل الولادة - أنظر هـ/بن الشيخ دنوني - مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية - اليوم الدراسي حول حماية الطفل - كلية الحقوق - تلمسان 18 مارس 2002 - 10.

04) سنوات كانت مصابة بالحسراء، ستقوم بإسقاط جنينها، وولد الطفل Nicolas مصاباً بكلّ الأعراض المعروفة للحسراء، وعليه فإنّ البعد الإنساني والوجداني لمصلحة الطفل أصبح في أن لا يولد طالما كان سيولد معوقاً<sup>(1)</sup>.

وعلى كلّ فإنّ إطلاق المبدأ يجعل الطبيب مسؤولاً عن نوعية الجنس البشري وهو أخطر بعد يتحدّى مصلحة الطفل بل وجوده<sup>(2)</sup>.

وفي الواقع فإنّ أسباب الإسقاط لا تقتصر في القانون المقارن على الأصناف التقليدية المبنية على الحالة الصحيّة للأمّ أو على تشوّه الجنين، بل إنّها أحياناً جدّ واسعة، ففي فنلندا مثلاً يُعدّ السنّ سبباً مبرّراً للإجهاض إذا كانت المرأة تبلغ أقلّ من 17 سنة أو أكثر من 40 سنة، وفي الدانمارك يُمكن الإجهاض بسبب الظروف الاقتصادية والاجتماعية للمرأة<sup>(3)</sup>.

أما عن التشريع الجزائري فمن يُمكن النظر فيه يُلاحظ أنه ليس فيه ما يُبيح الإسقاط فيما عدا حالة كون الأمّ في خطر تستوجب الإسقاط حيث يُصبح ضرورياً، ومن ثمّ فلا يُسمح للطبيب بتاتا القيام بإجهاض المرأة الحامل عندما يثبت ما يُشير إلى تشوّه الجنين.

لكن التساؤل يُطرح في هذا المقام بشأن المغتصبات اللواتي فُرضت عليهنّ أمومة غير مرغوب فيها، وموقف التشريع الجزائري من هذه الحالة؟

ليس في التشريع الجزائري ما يسمح بالإسقاط حالة الاغتصاب، لكن المجلس الإسلامي الأعلى أصدر فتوى بشأن النساء المغتصبات<sup>(4)</sup>، والتي جاء فيها أنّ "الأصل أنه لا بدّ من الحفاظ على الأمّ وعلى جنينها إلاّ في حالات شادة جداً توجد فيها الأمّ في حالة خطر الموت، ولكن يجب أن يكون الخطر موصوفاً دقيقاً يؤكّد أنّ المرأة في خطر 100% يُمكن أن تموت، في ذلك الوقت يُمكن التضحية بالجنين"<sup>(5)</sup>. ولقد أكّد رئيس المجلس الإسلامي الأعلى أنّ "فتوى الإجهاض إنّما تخصّ النساء المغتصبات جماعياً من قبل الإرهابيين، هؤلاء النساء اللاتي يوجدن في حالة نفسية واجتماعية صعبة للغاية، لأنّ الأصل حماية الأمّ"<sup>(6)</sup>. لكن يؤخذ على هذه الفتوى أنّها فتحت المجال

(1) هـ/بن الشيخ دنوني-مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية-المرجع نفسه ص 11-13

(2) يقول تعالى في سورة الحج، الآية 5: "وَتَقْرَأُ فِي الرُّحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى".

(3) تشوار جيلالي-المرجع السابق-ص 158

(4) بلغ عدد النساء المغتصبات بين سنتي 1993 و1998 ما يُعادل 2084 حالة نتيجة للأوضاع التي عاشتها الجزائر في

تلك المرحلة. انظر جريدة الخبر اليومي بتاريخ 23 أبريل 2001-العدد 3148.

(5) جريدة الخبر اليومي بتاريخ 15-04-1998.

(6) جريدة الخبر اليومي بتاريخ 18-04-1998.

أمام إسقاط المغتصبات لأجنتهنّ بادّعاء بعضهنّ أنه تمّ اغتصابهنّ من الإرهابيين في حين أنّ ذلك كان بفعل شخص آخر.

### ثالثاً: اعتداء على الحق في الحياة أثناء عملية ولادة الطفل.

بحيث يُمكن وفي ظلّ التشريعات التي تُبيح الموت السهل Euthanasie للطبيب الذي اكتشف أثناء الولادة تشوّه الطفل أن يتركه عرضة للوفاة يرفض منحه العلاج الطبي اللازم لبقائه حياً ولو لمدة قصيرة، في حين أنّ الشريعة الإسلامية تعتبره إثماً كبيراً لكونه اعتداء على حق يمنحه الله وحده ألا وهو الحياة لمن يشاء وعلى أيّ شكل يشاء، ومن ذلك قوله تعالى: "...وَتُقَرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى..."<sup>(1)</sup>.

ولذلك فإنّ مفهوم القضاء والقدر يقوم على أساس التقوى والإيمان القوي لدى المسلم، لذا كان من أقدس القيم الإنسانية تكريم الإنسان وحفظ وجوده.

أما عن التشريع الجزائري فالتصوّح لنصوصه ومواده لا يجد مكاناً ولا تصوّراً لإباحة هذا الاعتداء، ومنه تنصّ المادة 02/06 من قانون أخلاقيات الطب على أنه "يُمارس الطبيب وجراح الأسنان مهامهما ووظائفهما في إطار احترام الحياة والشخصية والكرامة الإنسانية"، وتُضيف المادة 17 من نفس القانون أنه "يجب على الطبيب وجراح الأسنان الامتناع عند إعطائه العلاج للمريض أن يُلحقوا به ضرراً خطيراً غير مبرّر".

هذا وأنّ المواد 314 إلى 318 ق.ع.ج تُعاقب كلّ من ترك طفلاً غير قادر على حماية نفسه بسبب حالته البدنية أو تعريضه للخطر في مكان خال أو غير خال من الناس والعقوبة في ذلك تتراوح من 03 أشهر إلى السجن المؤبّد.

(1) سورة الحج-الآية 05.



ومما سبق يُمكن القول أنّ الطفولة تُختزل تُعرّف على أنّها بضع سنوات محصورة ضمن حدّين زمنيّين أدنى وأعلى، وإنّ هذه المسألة بالذات ورغم بساطتها في الظاهر، إلّا أنّها من أعقد الموضوعات التي تخصّ الطفل وأكثرها اتّساعاً.

وإنه ومن خلال دراسة مواد قانون الأسرة الجزائري تمكّن الخروج بتحديد لتلك السنوات ضمن بداية ونهاية زمنية لمرحلة الطفولة، وذلك على أساس المقارنة بين التشريع الجنائي الجزائري وما كانت الشريعة الإسلامية سبّاقة إليه في اعتبارها لمرحلة الاجتنان مرحلة من مراحل الطفولة.

كما يُمكن القول أنّ حفظ كرامة الطفل، شخصيته ووجوده الإنساني قبل ميلاده، أثناءه وبعده، يستوجب ألاّ تتعدّى البحوث العلمية والتجارب الطبية الضوابط الشرعية، وألاّ تخرج عن إطار المنهج الأخلاقي بما يضمن مصلحة الطفل، بل ووجوده.

وإضافة إلى ذلك فإنّ الموضوع يستوجب الإناطة بما تناولته وأقرّته الإعلانات العالمية والمعاهدات الدولية بشأن حقوق الطفل وحمائته، وكيف تمّ ذلك؟ وهو ما سيعالجه المبحث الموالي.

## المبحث الثاني

### مبادئ دولية عامة

لقد شكّلت حماية الطفل ورعايته، مادياً ومعنوياً، انشغالاً قديماً للمجتمع الدولي، الأمر الذي يتجلى في الإعلانات العالمية والاتفاقيات الدولية<sup>(1)</sup>، سواء تلك التي تناولت قضية الطفولة تحت ظلّ قضايا تعزيز حقوق الإنسان وحمايته أو تلك التي اعتمدت بخصوص تقرير حقوق الطفل وحمايته أصلاً.

وبهذا الخصوص يُطرح الإشكال المتعلق بمضمون الإعلانات العالمية والاتفاقيات الدولية، وكذا عن مدى الالتزام الدولي بها؟

إنّ الإجابة عن هذا الإشكال تستوجب الإحاطة بالمحاولات الأولى لتقرير حقوق الطفل وتوفير الحماية له والمتمثلة في الإعلانات العالمية والاتفاقيات الدولية السابقة على معاهدة حقوق الطفل لسنة 1989، ثمّ التعرّض إلى هذه الأخيرة في حدّ ذاتها، وهو ما سيتضمّن هذا المبحث.

### المطلب الأول: سوابق معاملة حقوق الطفل لسنة 1989.

لقد كان أول ظهور دولي للانشغال بوضعية الطفل في سنة 1923، حيث وضع المجلس الدولي لحماية الطفولة وهو منظمة دولية غير حكومية إعلاناً بخمسة (05) مبادئ، ولقد أقرّت جمعية عصبة الأمم بالإجماع تلك الوثيقة، والتي تعترف للطفل بمجموعة من الحقوق وذلك غداة الحرب العالمية الأولى بتاريخ 26 سبتمبر 1924، ودعت المجتمع الدولي إلى تعزيزها، وتُعرف هذه الوثيقة "بإعلان جنيف"<sup>(2)</sup>، هذا الإعلان الذي شكّل قاعدة عمل لإعلان 20 سبتمبر 1959<sup>(3)</sup> الذي اعتمده هيئة الأمم المتحدة والمعترف به قبل ذلك في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة 1948.

(1) إن المقصود بالاتفاقية الدولية هو تلاقى في إرادة شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي لتنظيم العلاقات القانونية القائمة بينهما أو بينهم فحسب، وفقاً لأحكام القانون الدولي، ويراعى أن مضمون الاتفاقية على النحو السابق ذكره يظل وحده، وكان أطرافه يرمون إلى إحداث الأثر القانوني والذي يمثل مضمون الاتفاقية، كما أن طبيعة الاتفاقية لا تتغير مهما تعددت التسميات التي تطلق عليها، فقد يطلق عليها اصطلاح "معاهدة". وموجز القول أن الاتفاقية الدولية هي "اتفاق دولي يعقد بين دولتين أو أكثر كتابة ويخضع للقانون الدولي سواء تمّ في وثيقة واحدة أو أكثر، وأياً كانت التسمية التي تطلق عليه" وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة 02 من معاهدة فيينا لقانون المعاهدات الدولية المبرمة عام 1969. انظر م/السعيد دقاق-م/سلامة حسين-القانون الدولي المعاصر-دار المطبوعات الجامعية-مصر-1997-ص 69 وما بعدها.

(2) انظر N/Cantwell-Normes internationales relatives aux droits de l'enfant-Dossier d'information de l'UNICEF-1995-p. 01

(3) انظر C/Neirink-Enfance-Répertoire de droit civil-Tome 5-Encyclopédie juridique-Dalloz-1998-p.28

بالإضافة إلى العهدين الدوليين المتعلقين بالحقوق الاقتصادية، الاجتماعية والثقافية، وكذا الحقوق المدنية والسياسية، زيادة على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. وعليه سيتضمن هذا المطلب الإحاطة بالإعلانات العالمية لحقوق الإنسان عموماً، وكذا الإعلانات العالمية المتعلقة بحقوق الطفل والمرأة.

### I- الإعلانات العالمية المتعلقة بحقوق الإنسان.

يتعلق الأمر بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، بالإضافة إلى العهدين الدوليين المتعلقين على التوالي بالحقوق الاقتصادية، الاجتماعية والثقافية، وكذا الحقوق المدنية والسياسية.

#### أولاً: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والحريات الأساسية.

ينبغي التذكير بادئ ذي بدء بأن الأمر لا يتعلق بإجراء دراسة في كل مواد ونصوصه بل إشارة إلى الأهم فقط، بالنظر إلى ما يتعلق بالطفل وأسرته، ولقد اعتمدت هيئة الأمم المتحدة هذا الإعلان بتاريخ 10 ديسمبر 1948<sup>(1)</sup>. ويتكوّن من ديباجة و30 مادة تُبيّن أهمّ حقوق الإنسان وحرّياته الأساسية، ولقد خصّ هذا الإعلان الطفل بمجموعة من الحقوق وهو يضمن تقرير مبدأ المساواة بين الأطفال ضمن الحقوق المقدّرة لهم<sup>(2)</sup>، وهي كما يلي:

- الحق في الحياة والاعتراف بالشخصية القانونية للطفل حيث يُعتبر الحق في الحياة الأساس الذي يقوم عليه تمتّعه ببقية الحقوق، وهو ما نصّت عليه المادة 03 بقولها "لكلّ فرد حق في الحياة والحرية وفي الأمان على شخصه"، ويثبت الحق في الحياة قبل كما بعد ميلاد الإنسان، وكذا المادة 06 بقولها "لكلّ إنسان وفي كلّ مكان الحق في أن يُعترف له بالشخصية القانونية". وإن كانت هذه النصوص تُخاطب الإنسان عموماً فإنها تعني به أيضاً الطفل باعتباره المرحلة الأولى من الحياة البشرية.

- الحق في الرعاية والحماية الاجتماعية: اقتناعاً من الأمم المتحدة بأنّ الأسرة هي الوحدة الأساسية للمجتمع والبيئة الطبيعية لنموّ ورفاهية جميع أفرادها<sup>(3)</sup>، وبخاصة الأطفال، كما أنّها تضع

(1) لقد صادقت الجزائر على هذا الإعلان، وذلك ما جاء في المادة 11 من دستور 1963-ج.ر.60.

(2) حسب المادة 2 من الإعلان.

(3) حسب المادة 2/16 من الإعلان.

في اعتبارها أنّ الطفل بسبب عدم نضجه البدني والعقلي يحتاج إلى إجراءات وقائية ورعاية خاصة.

ولقد جاء في المادة 02/52 من الإعلان أنّ "للطفولة الحق في مساعدة ورعاية خاصتين ولجميع الأطفال حق التمتع بذات الحماية الاجتماعية سواء وُلدوا في إطار الزواج أو خارج هذا الإطار".

وعليه فلا بدّ من أن تُولى الطفولة بالحماية والمساعدة اللازمين لتمكّن الأسرة من الاضطلاع الكامل بمسؤولياتها داخل المجتمع، حيث ينبغي أن ينشأ الطفل في بيئة عائلية وفي جو من السعادة والتفاهم حتى تتعرّع شخصيته تعرّعاً كاملاً ومتناسقاً، ويدخل في هذا الإطار تربية الطفل إذ تنصّ المادة 02/26 "إنّ للوالدين وبالأولوية حق اختيار نوع التربية لأطفالهم".

ثانياً: العهدين الدوليين المتعلقين.

1- بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية: لقد اعتُمد هذا العهد بتاريخ 19 ديسمبر 1966 ودخل حيّز التنفيذ بتاريخ 03 فبراير 1976. ويتضمّن هذا العهد مبادئ إعلان حقوق الإنسان لسنة 1948 حول حماية الأسرة وذلك في المادتين 01/10 و01/11، حماية الأطفال وهو ما تناولته المادة 03/10، أضف إلى ذلك الحق في التربية وهو ما نصّت عليه المادة 13 من العهد.

2- بالحقوق المدنية والسياسية: لقد اعتُمد هذا العهد بنفس تاريخ اعتماد العهد الأول، لكنه دخل حيّز التنفيذ شهراً بعد دخول الأول حيّز التنفيذ<sup>(1)</sup>. ولقد تضمّن التصريح المتعلّق بالحقوق المدنية والسياسية ترتيبات خاصة بالأطفال، حيث نصّت المادة 02/24 منه على أنّ للطفل الحق في التسجيل مباشرة بعد ميلاده وأنّ له الحق في الاسم.

## II- الإعلانات العالمية المتعلقة بحقوق الطفل والمرأة.

انطلاقاً من مبدأ مفاده أنه إذا لم يستطع العالم احترام حقوق المرأة فلن يستطيع الاضطلاع بمسؤولياته إزاء جميع الأطفال، باعتبار أنّ حقوق المرأة وحمايتها تؤثر على الأطفال في مختلف مجالات الحياة. وسيتمّ التطرّق فيما يلي إلى إعلان حقوق الطفل لسنة 1959 وكذا اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة.

(1) لقد صادقت عليهما الجزائر بتاريخ 16/05/1989-ج.ر-20 ليوم 17/05/1989.

## أولاً: إعلان حقوق الطفل لسنة 1959.

غداة الحرب العالمية الثانية، أراد المجلس الاقتصادي والاجتماعي لهيئة الأمم المتحدة إعادة النظر في إعلان جنيف لسنة 1924، لكن أعماله باءت بالفشل بحجة أن الإعلانات المتعلقة بحقوق الإنسان تتضمن توصيات متعلقة بالطفل<sup>(1)</sup>. لكن اقتناعاً من المجتمع الدولي بأن الاحتياجات الخاصة بالطفل تتطلب إعلاناً خاصاً ومنفرداً، حرّرت لجنة المجلس الاقتصادي والاجتماعي في سنة 1950 نصاً تمهيدياً للإعلان الجديد لحقوق الطفل، وجاء قرار الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1959 تأكيداً على نوع من الحقوق التي ينصّ عليها إعلان حقوق الإنسان ألا وهي "حقوق الطفل"<sup>(2)</sup>.

ولقد تضمن هذا الإعلان عشرة (10) مبادئ هامة تُعتبر في الأساس كفيلة بحماية الطفل، وتتلخّص فيما يلي:

- حق الطفل في التمتع بكلّ الحقوق وبدون أيّ تمييز، وهو ما جاء في المبدأ الأول (01).
- أهمية التشريع في خلق قواعد قانونية تكفل للطفل حماية فعّالة، وهو ما تضمنه المبدأ الثاني (02) من الإعلان<sup>(3)</sup>.
- حق الطفل في الاسم وفي حمل جنسية منذ ولادته، وهو ما تناوله المبدأ الثالث (03).
- حق الطفل في الحماية الاجتماعية وضرورة تأمين السكن، وهو ما جاء في المبدأ الرابع (04).
- حق الطفل في التربية، وهو ما جاء في المبدأ الخامس (05).
- حق الطفل في توفير جوّ مناسب مفعم بالحب والتفاهم، لنموّه تحت مسؤولية والديه. كما لا يُفصل الطفل الصغير عن أمّه إلاّ في الحالات الاستثنائية، بمعنى الوسط الأسري المستقر، وهو ما جاء في المبدأ السادس (06).
- البحث عن المصلحة العليا للطفل والتي تُعتبر الموجه للمسؤولية التي تترتب على والديه بالأولوية وكذا تربيته، وهو ما تناوله المبدأ السابع (07).

(1) انظر F/Moneger-Enfant-Droit de l'-Répertoire de droit international-Encyclopédie juridique-Dalloz-1998- p.03

(2) انظر N/Cantwell-المرجع السابق-ص 01

(3) محمد كريز-الرعاية الاجتماعية للأحداث الجانحين-مطبعة الإنشاء-سوريا-1980-صفحة الملاحق

وبعد هذا الإعلان، وبالضبط في سنة 1978، قدّمت الحكومة البولونية للجنة حقوق الإنسان نصاً تمهيدياً لحقوق الطفل، لكنه لم يُعتمد سنة 1979 مع أنّ الجمعية العامة للأمم المتحدة قد اعتبرت هذه السنة، أي سنة 1979 السنة الدولية للطفولة، هذا ويرجع سبب عدم اعتماده إلى أنّ اللجنة قرّرت أنّ هذا النص يحتاج إلى دراية دقيقة وإعادة نظر معمّقة<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة.

وتُدعى باتفاقية كوبنهاغن، والتي اعتمدت سنة 1979، ثمّ دخلت حيّز التنفيذ بتاريخ 03 سبتمبر 1981، هذا ولقد صادقت عليها الجزائر في 22/01/1996<sup>(2)</sup>.

ولقد أشارت هذه الاتفاقية إلى مساهمات المرأة في جميع المجالات، وخصوصاً في تربية الأولاد، إذ تنصّ المادة 11 منها على ضرورة اتخاذ التدابير الملائمة من طرف الدول لتشجيع إنشاء مرافق عامة خاصّة بالأطفال، وهذا من أجل تمكين الوالدين من التوفيق في الجمع بين الالتزامات العائلية ومسؤوليات العمل، كما تُضيف المادة 05 أنّ مسؤولية تربية الأولاد يتقاسمها كلا من الوالدين.

وتجدر الإشارة إلى أنّ الجمعية العامة للأمم المتحدة قد اعتبرت سنة 1979 السنة الدولية للطفولة، حيث تُسجّل سنة 1979 السنة العشرين لعيد ميلاد تصريح حقوق الطفل لسنة 1959.

### المطلب الثاني: معاهدة حقوق الطفل لسنة 1989<sup>(3)</sup> CIDE<sup>(4)</sup>.

لا يتعلّق الأمر في هذا المطلب بإجراء دراسة مفصّلة لمضمون معاهدة 1989 بل يتعلّق بالتعرّض إلى ظروف اعتمادها، موقف المجتمع الدولي منها، وكذا تلخيص مبادئها، كما يتعلّق بالإجابة عن الإشكال المتعلّق بمضمون مصادقة الجزائر عليها؟

#### I- مدخل إلى معاهدة 1989 لحقوق الطفل.

لقد تبنّت الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة في دورتها 44 وبالإجماع اتفاقية حقوق الطفل<sup>(5)</sup> وذلك بعد ثلاثين (30) سنة من إعلان حقوق الطفل لسنة 1959، وبعد عشر (10) سنوات من

(1) انظر N/Cantwell-المرجع السابق-ص 01

(2) ج.ر. 96/06

(3) انظر الملحق رقم 1.

(4) CIDE : Convention Internationale des Droits de l'Enfant.

(5) انظر 07-1999-p-UNICEF-المرجع السابق-ص 01

إعلان سنة 1979 سنة عالمية للطفولة، حيث تمّ تبني النص النهائي لمعاهدة حقوق الطفل بتاريخ 20 نوفمبر 1989، والذي شكّل مجهوداً وعملاً طويلاً في إطار لجنة حقوق الإنسان لهيئة الأمم المتحدة<sup>(1)</sup>.

وإنّ هذه المعاهدة تهدف إلى وضع معايير دولية تُعتمد كمبادئ لحماية الطفل لأنها تضمّ حقوق الطفل ضمن شرعة شاملة بعد أن كانت مبعثرة في اتفاقيات دولية متفاوتة من حيث نطاقها ووضعها. وعليه فإنّ معاهدة 1989 تُعتبر كخلاصة لاقت ترحيباً من دول العالم وكقفزة نوعية في إجراء الاعترافات بحقوق الطفل<sup>(2)</sup> لأنها حدّدت الإطار القانوني والفلسفي الذي يهدف إلى ضمان احترام حقوق الطفل الأساسية وكرامته والحماية التي يحتاج إليها نموّه.

وتجدر الإشارة إلى أنّ إعلان 1959 قام على فكرة حماية للطفل قبل كما بعد ميلاده، ولقد تمّ إدراج هذه الفكرة في معاهدة 1989 وبتأثير من الدول الإسلامية<sup>(3)</sup> وأمريكا اللاتينية، وهو تضمّنته الفقرة 09 من ديباجتها والتي تنصّ على أنه "وإذ تضع في اعتبارها أنّ الطفل بسبب عدم نضجه البدني والعقلي، يحتاج إلى إجراءات وقاية ورعاية خاصة، بما في ذلك حماية قانونية مناسبة قبل الولادة وبعدها" وذلك كما جاء في إعلان حقوق الطفل، لأنّ معاهدة 1989 تحتوي في مضمونها على ديباجة تُذكر بالمبادئ الأساسية لهيئة الأمم المتحدة، وتُحيلنا على مختلف الصكوك الدولية المتعلقة بحقوق الطفل. والديباجة تؤكد على حاجة الطفل للحماية والرعاية والعناية الخاصة بسبب ضعفه، كما تُعطي الأهمية من خلال النصوص لاحترام القيم الثقافية لمجتمع وبيئة الطفل، وإلى الدور الرئيسي والمهمّ للتعاون الدولي في إطار تنمية وترقية ظروف حياة الطفل في كلّ الدول<sup>(4)</sup> لجعل حقوق الطفل حقيقة وواقعاً.

كما أنّ الديباجة تؤكد على الدور الأساسي والضروري الذي يجب أن تلعبه الأسرة وكذلك مسؤوليتها بخصوص الرعاية والحماية والعناية خاصة وأنه من الصعب أن يُفصل الطفل عن عائلته على أن يكون الجوّ مفعماً بالسعادة، الحبّ والتفاهم. وهو ما تناولته الفقرة 06 من هذه الديباجة<sup>(5)</sup>.

(1) انظر N/Ait Zaï-La convention des droits de l'enfant-1989-R.A-N°02/1990-p.31

(2) انظر H/Benhammou-L'application de la convention relative aux droits de l'enfant-R.A-N°01/2000-p.233

(3) هـ/بن الشيخ دنوني-مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية-المرجع السابق-ص 02

(4) انظر N/Ait Zaï-المرجع السابق-ص 34

(5) انظر F/Moneger-المرجع السابق-ص 04

وإنه بالإضافة إلى الديباجة احتوت المعاهدة بعد ذلك على 54 مادة مقسّمة إلى ثلاثة (03)

أجزاء:

**الجزء الأول:** أطول جزء من المادة 01 إلى المادة 41، مخصّصة لسرد الحقوق التي تتراوح بين حقوق لصيقة بالشخصية وحقوق اجتماعية وأخرى اقتصادية، وعليه فلقد جاءت الاتفاقية شاملة لجميع جوانب حقوق وحماية الطفل<sup>(1)</sup> بشرط أن يكون وفقاً للتعريف الذي جاء في المادة 01 من هذه الاتفاقية والتي تنصّ على أنّ الطفل "هو كلّ إنسان لم يتجاوز الثامنة عشر، ما لم يبلغ سنّ الرشد قبل ذلك بموجب القانون المطبّق عليه" ويمتدّ النصّ إلى الطفل قبل وبعد ميلاده.

**الجزء الثاني:** وهو من المادة 42 إلى المادة 45، يضع لجنة حقوق الطفل مكلفة برقابة سريان وتطبيق أحكام المعاهدة، وهي ميكانيزم أنشئ بغرض دراسة التقدّم الذي تُحرزه الأطراف في تنفيذ الالتزامات التي تعهّدت بها في الاتفاقية طبقاً للمادة 01/43. وهذه اللجنة المكوّنة من 18 خبيراً<sup>(2)</sup> من ذوي الكفاءة في الميدان الذي تُعطيّه هذه الاتفاقية حسب المادة 02/43 تجتمع عادة مرّة كلّ سنة بمقر الأمم المتحدة أو بأيّ مكان آخر مناسب وفقاً للمادة 10/43 من المعاهدة كجنيف مثلاً لأنّ للجنة أمانة دائمة بمقر المفوضية العليا لهيئة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان في جنيف لدراسة التقارير الوطنية في إطار التتبع الدولي والمراقبة الدائمة لتطبيق أحكام المعاهدة حيث تتعهّد الدول الأطراف بتقديم تقارير وطنية منتظمة إلى هذه اللجنة عن التقارير المعتمدة لفاذ وإعمال الحقوق المعترف بها في ذات المعاهدة وعن التقدّم المحرّز في التمتع بتلك الحقوق بهدف مراقبة الخطوات المتّبعة من طرف الدول الموقّعة<sup>(3)</sup> طبقاً للمادة 01/44 على أن يتمّ تقديم التقارير في غضون سنتين (02) من بدء نفاذ هذه الاتفاقية بالنسبة للدول الطرف المعنية<sup>(4)</sup>. وبعد ذلك مرّة كلّ خمس (05) سنوات، كما يجب أن تُوضّح التقارير المعدّة، الظروف والعوائق المؤثرة على تنفيذ الالتزامات المتعهّد بها المادة 02/44 على أن يتمّ تحضير هذه التقارير على أساس معطيات كاملة ودقيقة.

(1) انظر N/Ait Zaï-المرجع السابق-ص 34

(2) المرسوم الرئاسي رقم 97-102 المؤرخ في 28 ذي القعدة 1417هـ الموافق لـ5 أبريل 1997 يتضمن المصادقة على تعديل الفقرة الثانية من المادة 43 من معاهدة حقوق الطفل لسنة 1989. ج-ر-97/20.

(3) نظام الإنترنت-موقع w.w.w.Ajeeb.com.

(4) دخلت المعاهدة حيز التنفيذ بتاريخ 02/09/1990-نظام الإنترنت-موقع w.w.w.Unicef.org.



ثم إن المادة 01/45 تُعطي دوراً واضحاً للمنظمات الدولية وغير الحكومية، كمنظمة الأمم المتحدة لرعاية الطفولة<sup>(1)</sup> في إعداد تقارير، اقتراحات، منشورات وتوصيات عامة. وتقوم اللجنة بدراسة تقارير الحكومات مع تقارير هذه المنظمات ومقارنتها ببعضها البعض، وبالتالي إيجاد الثغرات والفجوات في تقارير الدول، وتُبلّغ النتائج إلى الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة.

الجزء الثالث من المادة 46 إلى المادة 54، تفتح المجال على المصادقة، التعديل والتحفظ على المعاهدة لجميع الدول. ويبقى المجال مفتوحاً للانضمام إليها.

## II - مصادقة الجزائر على معاهدة 1989 لحقوق الطفل.

إيماناً من الجزائر بفكرة مفادها أنه "يجب أن يُشكّل الأطفال مركز اهتمام المجتمع الدولي"، جاءت مصادقتها<sup>(2)</sup> على معاهدة حقوق الطفل لـ 20 نوفمبر 1989 بتاريخ 19 ديسمبر 1992<sup>(3)</sup>، المصادقة مع التصريحات التفسيرية، بحيث أن الجزائر أخذت معاهدة 1989 مأخذ الجدّ، ووضعتها

(1) منظمة الأمم المتحدة الدولية لرعاية الطفولة UNICEF Fond des Nations Unies de l'Enfance: لقد قررت الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة في 11/09/1946 إنشاء فرع لها وصندوق دولي لمساعدة الأطفال عبر أنحاء العالم يحمل اسم "اليونيسف" وهي المنظمة الوحيدة للأمم المتحدة التي تركز عملها لحماية الطفولة، وتركز نشاطها على الطفل والأسرة. وإن هذه المنظمة أبعدت إلى الوراء المصالح السياسية أو غيرها، لأنها وسيلة تضامن دولية مختصة بشؤون الطفل وحمايته وتقدير مستوى معيشته. وإن لهذه المنظمة دور فعال في خدمة مصلحة الطفل وحمايته حيث عالجت حتى وضعيته أثناء الحرب، وهذا بالخصوص في الدول السائرة في طريق النمو والدول الأكثر فقراً، مع الإشارة إلى أن اليونيسف تعتمد في تنظيمها وتنفيذ غاياتها على التبرعات سواء من قبل الحكومات، المنظمات الدولية أو الأفراد-انظر بوزبوجة عبد الحكيم-إعلان حقوق الطفل لسنة 1959 ومدى مساهمة اليونيسف في تنفيذ مبادئه عبر العالم-د.م.ج.-الجزائر-1986-ص 6-7، وانظر-ALGERIE-UNICEF-1993-Une coopération au service de l'enfance-Dossier d'information de l'UNICEF en Algérie-p.13.

هذا ولقد كان للمعاهدة التأثير البالغ على عمل اليونيسف ومهمتها وفلسفتها، بحيث أصبح وصف اليونيسف وأصبحت مهمتها سنة 1996 على النحو التالي "اليونيسف مكلفة بالدفاع عن حقوق الطفل والعمل على أن تدون حقوق الطفل وفي إطار أخلاقي واجتماعي وفي تقنين للسير والعمل الدولي لصالح الطفولة"-انظر N/Cantwell-المرجع السابق-ص 11

(2) إن المصادقة هي الإجراء الذي تقبل به الدول الالتزام وبصورة نهائية أحكام معاهدة ما وفقاً للإجراءات الدستورية لكل دولة، وهو إجراء وطني بحت، إذ أنه يتم وفقاً لقواعد القانون الوطني في كل دولة طرف-م/السعيد الدقاق-م/حسين سلامة-المرجع السابق-ص 92-93. وبعد المصادقة تصبح المعاهدة نافذة بالنسبة للدولة المصادقة عليها، بل وتعلو هذه المعاهدة النصوص القانونية الداخلية، إلا فيما يتعلق بالتحفظ حسب المادة 132 من الدستور الجزائري. هذا وإن التحفظ إجراء يحق لكل دولة التمسك به، غرضه إما:

- إبعاد وإقصاء الأثر القانوني لبعض القواعد التي جاءت بها المعاهدة في تطبيقها في البلد المتحفظ.
- أو تعديل الأثر القانوني لبعض القواعد التي تضمنتها المعاهدة بشأن نفاذها في البلد المتحفظ بأن يتم إعطاء البديل، أي معنى ملائم للطرف المتحفظ على أساس نظامه القانوني، وهو ما يصطلح عليه أحيانا بالتفسير وذلك حسب الفقرة الأولى من المادة 2 من معاهدة فيينا لقانون المعاهدات الدولية المبرمة سنة 1969-انظر بهذا الشأن-م/السعيد الدقاق-م/حسين سلامة-المرجع السابق-ص 101

(3) المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 24 جمادى الثانية 1413 هـ الموافق لـ 19 ديسمبر 1992 يتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989-ج.ر.-92/91. انظر الملحق رقم 02.

أساس كل انطلاقة في مجال حماية الطفولة، كما اعتبرت أحكامها مبادئ وجب احترامها والعمل بناءً عليها، لكنها وكبقية الدول الإسلامية كإيران والأردن، لم تُخف التحفظ الذي انطوى على التفسير، وذلك على أساس النظام القانون الجزائري<sup>(1)</sup>.

وما يهم في سياق هذه الدراسة هو التفسير الوارد بشأن المادة 14 بفقرتيها الأولى والثانية من معاهدة 1989، والمتعلقة بعقيدة الطفل، حيث أن معاهدة 1989 تُقرّ فعلاً حق الوالدين في التوجيه، الإرشاد والتربية كما تتحدّد عقيدة الطفل بعقيدة الوالدين، والرعاية البديلة بعقيدة الطفل، ولقد تمّ تفسير المادة 02-01/14 على أنه تتمّ تربية الطفل على دين أبيه لا غير، أي الإسلام، لأنه دين الدولة حسب المادة 02 من الدستور الجزائري، وكذا المادة 62 ق.أ.ج والتي تنصّ على أنه تتمّ تربية الطفل على دين أبيه.

وبناءً عليه يُمكن القول بأن ما سبق معاهدة 1989 من إعلانات قد تضمّن مبادئ عامة ومجرّدة خالية من أي أثر ملزم، فلقد احتوت هذه الإعلانات على تعهّدات وبنود اعتُبرت توصيات فقط، رغم أنها تضمّنت مبادئ دولية هامة في قضايا دولية بالغة الأهمية<sup>(2)</sup>، أضف إلى ذلك أن معاهدة القضاء على جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة قرّرت بعض حقوق الطفل من خلال حقوق المرأة هذا من جهة، ومن جهة أخرى قرّرت تلك الحقوق على أساس مصالح المرأة، حقوقها وحرّيتها على حساب حقوق الطفل، مصلحته وحمائته، ومن ذلك مثلاً اعتبار الإجهاض مظهراً من مظاهر حرّية المرأة على جسمها.

ومن ثمّ وفي جوّ مناسب لتطوّر حقوق المرأة والدفاع عن استقلاليتها، بدأت حماية الطفل من الناحية الاجتماعية والسياسية كعائق في وجه تحرّر المرأة<sup>(3)</sup>.

أما عن معاهدة حقوق الطفل لسنة 1989 فلقد اعتُبرت قفزة نوعية في إجراء الاعتراف بحقوق الطفل وتوفير الحماية له، ولقد تلقّت بناءً على ذلك، ترحيباً من أغلب دول العالم، المنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية على السواء.

(1) N/Ait Zaï-المرجع السابق-ص 31

(2) م/السعيد الدقاق-الحماية القانونية للأطفال في إطار مشروع اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل-«في حقوق الإنسان»-المجلد 02-دراسات حول الوثائق العالمية والإقليمية-دار الملايين للعلم-لبنان-1989-ص 334

(3) هـ/بن الشيخ دنوني-مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية-المرجع السابق-ص 11

الفصل الأول  
حماية الأسرة

مظاهر الحماية القانونية للطفل

في قانون الأسرة الجزائري ومعااهدة حقوق

الطفل لسنة 1989

انطلاقاً من كون حماية الطفل هي حماية للإنسان، ظهرت عالمية موضوع تقرير حقوق الطفل وتوفير الحماية له، الأمر الذي يتجلى في الإعلانات العالمية والمواثيق الدولية التي تناولت قضية الطفولة، هذه الإعلانات والمواثيق التي تُلخّص كلّها ضمن شرعة كاملة من خلال معاهدة حقوق الطفل لسنة 1989.

وإنّ المتصفّح لهذه المعاهدة تظهر له ومن أوّل وهلة العلاقة بينها وبين التشريع العائلي الجزائري، هذا الأخير الذي يتعلّق بمسائل وأحوال أفراد الأسرة ومنهم الطفل. كما أنّ المعاهدة السابق الإشارة إليها قد أولت عناية كبيرة بالوسط الأسري للطفل اقتناعاً من واضعيها بالدور وبالتأثير الذي يُحدثه في نموّ الطفل وتربيته، أضف إلى ذلك أنّ هذه المعاهدة أولت اهتماماً بمسائل النفقة، الصلات العائلية والهوية.

ومن ثمّ فإنّ كلا من معاهدة سنة 1989 وتشريع الأسرة الجزائري قد اهتم بتقرير الحقوق للطفل وتوفير الحماية له من خلال النصوص والمبادئ.

وبناءً عليه سيتضمّن هذا الفصل التوسّع فيما تناولته هذه النصوص واشتملت عليه تلك المبادئ لتوفير الحماية للطفل، بتخصيص المبحث الأول لمظاهر الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة الجزائري، أما المبحث الثاني فسيتناول مظاهر الحماية القانونية للطفل في معاهدة 1989.

## المبحث الأول

### مظاهر الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة الجزائري

إنّ قانون الأسرة الجزائري والذي صدر سنة 1984 بعد طول انتظار، وبعد المناقشة وإعادة المناقشة دامت العشرين سنة تقريباً، بعد أن مرّ خلالها في قنوات مختلفة من القمة إلى القاعدة، ومن القاعدة إلى القمة<sup>(1)</sup>، قد تضمّن نصوصاً وقواعد متناثرة تخصّ حقوق الطفل وحمايته، الحماية التي تقع بادئ ذي بدء على عاتق أسرته التي يجد نفسه منتمياً إليها شكلاً وموضوعاً، لينمو ويتربّع بين أحضانها. أما إذا كان الطفل ممن لا يجد نفسه منتمياً لعائلة كالجهول النسب أو ممن يُشكّل بقاءه في أسرته تعارضاً مع ضرورة حمايته أو ممن يجد نفسه وحيداً دون أسرة أو عائل كاليتيم، فإنّ الأمر يستوجب ضرورة استبدال البيئة الأسرية ببيئة أخرى تُدعى البيئة البديلة، حكمة ما في الأمر التكفل بهذا الطفل لرعايته والعناية به، الحكمة التي قرّر قانون الأسرة الجزائري وللتأكيد عليها نظام الكفالة كوسيلة وآلية للحماية في الوسط البديل.

وتوضيحاً لمناط الحماية القانونية سواء تعلّق الأمر بالوسط الأسري أو البديل، سيتضمّن المطلب الأوّل الحماية في الوسط الأسري، في حين سيُعالج المطلب الثاني الحماية في الوسط البديل.

#### المطلب الأول: الحماية في الوسط الأسري.

انطلاقاً من فكرة مؤداها أنّ الذرية هي ثمار الحياة الزوجية وامتعة الحياة الدنيا، أوجبت الشرائع، سماوية كانت أو وضعية، للطفل حقوقاً على أسرته حقبة من الزمن لأنه لا يستطيع الاعتماد على نفسه، لصغره وضعفه، ومن ثمّ تظهر حاجة الطفل إلى أسرة ينمو فيها ويتربّع مما يقتضي ضرورة احترام دور الخلية الأسرية في توفير الحماية للطفل، وكذا التأكيد عليها وضمائها. وبناءً عليه سيتمّ التفصيل، وفي الفرعين المواليين، في مضمون هذه الحماية، أي مظاهرها وعناصرها، وهي على كلّ حال تتعلّق بالحماية الأدبية والمادية للطفل.

(1) نصر الدين ماروك-قانون الأسرة الجزائري بين النظرية والتطبيق-مجلة المجلس الإسلامي الأعلى-  
العدد 2000/03-ص 28

### الفرد الأول: الحماية الأدبية.

إنّ الطفل لبنة ضعيفة تحتاج إلى الرعاية والعناية، فهو صغير عن تدبير أموره وصيانة نفسه، ومن ثمّ وجب الوقوف إلى جانبه، لأنّ الصغر في حدّ ذاته عجز والعاجز لا يقوم بأمور نفسه ولا يستغني عن معونة غيره. ومن ذلك تنطوي الحماية الأدبية للطفل على حقه في الهوية، أي في الانتساب إلى من كان سبباً في وجوده، حقه في الحضانة، بالإضافة إلى الولاية على نفسه<sup>(1)</sup>، رعاية له وعناية به.

### البند الأول: الحق في الهوية.

يُعتبر الحق في الهوية من أهمّ الحقوق المتعلقة بشخص الطفل والتي تمسّ كيانه الأدبي، ويتعلّق الأمر بثبوت نسبه<sup>(2)</sup>، ثمّ نتائج ذلك الثبوت من حق في حمل اسم أصله واكتساب جنسية واستحقاق ميراث مورثه، ويُعتبر النسب أحد أهمّ القواعد في تشريع الأسرة لأهمية دورها في ضمان الانسجام والتكامل الخلقي في المجتمع بهدف منع اختلاط الأنساب وحفظها من الاضطراب والفساد.

حكمة ما في ذلك رفع الظلم الذي يتعرّض له طفل يُجهل نسبه، فالنسب هو العلاقة الطبيعية، الشرعية والقانونية التي تربط بين الطفل ومن كان سبباً في إنجابها، ونسب الطفل يلحق بأبيه شرعاً وقانوناً باعتبار الأصل الذي تفرّع عنه، أما من جهة الأمّ فيثبت نسب الطفل إليها بسبب الحمل المرثي والولادة المعلومة بغض النظر عن كونه ابناً شرعياً أو غير شرعي، ولقد قضت الإرادة الإلهية بأن يُخلق الإنسان من ماء دافق يخرج من بين الصلب والترائب<sup>(3)</sup>. وطبيعي أنّ الولد يُخلق من ماء الرجل الذي يصبّ في رحم المرأة فيختلط به اختلاطاً.

لهذا وذاك، أمر الله تعالى بربط العلاقة بين الرجل والمرأة برابطة مقدّسة هي رابطة الزواج، ومن ثمّ فلقد جعل النسب سبباً واضحاً وكراماً يتفق مع كرامة الإنسان ألا وهو الاتصال الشرعي،

(1) يقصد بها تولي عقد زواج الصغير-محمد أبو زهرة-الأحوال الشخصية-ط<sup>2</sup>-دار الفكر العربي-مصر-1950- ص 347

(2) إن التناسل نتيجة من نتائج الزواج الرئيسية حفظاً للبقاء واستمرار النوع، كما أنه حق للأولاد-انظر م/كمال الدين إمام-الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي-المؤسسة الجامعية للدراسات، النشر والتوزيع-مصر-1996- ص 162

(3) قال الله تعالى: " فليَنْظُرْ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ ﴿٥﴾ خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ ﴿٦﴾ يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ " - سورة الطارق-الآيات 5-6-7-

والسؤال الذي يُطرح ما هو المقصود بالاتصال الشرعي خاصة مع تأثير الاكتشافات الحديثة للعلوم البيوطبية؟

وعليه سيتمّ التعرّض وتفصيلاً فيما يلي إلى أسباب ثبوت النسب، طرقه ونتائجه، ثمّ إلى أحكام النسب في كلّ من التلقيح الاصطناعي والاستنساخ البشري.

### I- ثبوت النسب في الإنجاب الطبيعي:

لقد حدى المشرّع الجزائري في تشريع الأسرة حدو الشريعة الإسلامية، فاهتمّ بثبوت نسب الأولاد وإلحاقهم بأبائهم حماية لهم، فأوضح أسباب ثبوت النسب وطرق إثباته لتحقيق غاية الحفاظ على نعمة النسب، على أنّ المقصود بأسباب ثبوت النسب ما يلزم من وجوده وجود النسب ومن عدمه انعدام النسب، وبالثبوت ما يُزيل الشك ويدفع الاعتراض، والسبب الأصلي والحقيقي لإثبات النسب هو تحقق الفراش وهو النكاح الشرعي الصحيح، لأنّ النسب نتيجة من نتائجه ولا تكون النتيجة إلاّ بعد تحقّق سببها، ويلحق به النكاح الفاسد والوطء بشبهة من باب الاحتياط ومراعاة لمنفعة الولد. أما طرق الإثبات فتظهر متى شابت الأسباب شائبة، أين يحتاج الأمر إلى وسائل أخرى زيادة على مجرد السبب وهي الإقرار والبيّنة<sup>(1)</sup>.

#### 1) ثبوت النسب:

أولاً: أسباب ثبوت النسب.

1- الزواج الصحيح: إنّ من أهمّ ما يترتب على الزواج الصحيح من آثار هو إثبات نسب المولود إلى والده، فالعقد الصحيح هو سبب شرعي لثبوت نسب الولد في حالة قيام الرابطة الزوجية وذلك طبقاً لشروط يجب توافرها لقول الرسول ﷺ: "الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ"، والمراد بالفراش هو الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة، وعليه فإنّ الأصل هو نسب المولود إلى فراش الزوجية بقوة القانون لكن يُمكن للزوج أن ينفي النسب بالطرق المشروعة طبقاً لنصّ المادتين 40 و41 ق.أ.ج.

(1) من المقرر قانوناً أن يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار والبيّنة وبنكاح الشبهة، ومن ثم فإن القضاء بهذا المبدأ يعد تطبيقاً سليماً للقانون - ملف رقم 74712 بتاريخ 1991/05/21 - م.ق. - العدد 1994/02 - ص 56

والزواج الصحيح Mariage valide هو كل عقد استوفى أركانه وشروطه المطلوبة في المادة 09 ق.أ.ج<sup>(1)</sup>، ألا وهي رضا الزوجين، الولي، الشاهدين والصدّاق، واستكمال العاقدين فيه الأهلية ببلوغ الذكر 21 سنة والأنثى 18 سنة طبقاً لنص المادة 07 ق.أ.ج<sup>(2)</sup>، وكان كل من الزوجين خالياً من الموانع الشرعية المؤبّدة والمؤقتة طبقاً لنص المادة 23 ق.أ.ج<sup>(3)</sup>، على أنه لا تُشترط الشكلية لصحة عقد الزواج حسب المادة 22 من ذات القانون<sup>(4)</sup>، ومن ثمّ تظهر مشكلة النسب في الزواج العرفي الذي لم يستوف الصيغة القانونية والرسمية له، بحيث تتوافر كلّ شروط الزواج الصحيح ويتمّ الدخول لكن دون أن يُسجّل الزواج طبقاً للقانون التنظيمي وحينئذٍ يجب إثباته بحكم من المحكمة ليتمّ تسجيله في الحالة المدنية طبقاً للمادة 22 ق.أ.ج. وإنّ القانون لا يُرتّب أيّ أثر على الزواج بالفاتحة لافتقاره إلى التسجيل، على أن أسباب اللجوء إلى هذا الزواج تتعدّد وتختلف باختلاف الحالات، ومثالها الزواج دون السن القانوني وخاصة بالنسبة للمرأة حيث تنتفي المصلحة أو الضرورة التي يُمكن للقاضي بناءً عليها الإذن بالزواج، وكذا التحايل على المادة 08 ق.أ.ج والتي تُفيد تعدّد الزوجات<sup>(5)</sup>، إلى غير ذلك من أسباب يصعب حصرها في هذا المجال.

وعلى كلّ فإنّ قانون الأسرة الجزائري قد خصّص للزواج العرفي نصّين هما المادة 06 والمادة 22، أقلّ ما يُقال عن الأولى أنّها خلقت التباساً بل خلطاً بين الزواج العرفي والخطبة، حيث تنصّ في الفقرة 01 و02 أنه "يُمكن أن تقترن الخطبة بالفاتحة أو تسبقها بمدة غير محدّدة. وتخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام المبيّنة في المادة 05 أعلاه".

ومعروف أنّ المادة 05 فصلّت في طبيعة الخطبة يجعلها وعداً بالزواج ولكلّ من الطرفين العدول عنها.

(1) المادة 09 ق.أ.ج "يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصدّاق".

(2) المادة 07 ق.أ.ج "تكتمل أهلية الرجل للزواج بتمام سن 21 سنة وللمرأة بتمام 18 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة".

(3) المادة 23 ق.أ.ج "يجب أن يكون كلا من الزوجين خالياً من الموانع الشرعية المؤبّدة والمؤقتة".

(4) المادة 22 ق.أ.ج "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توفرت أركانه وفقاً لهذا القانون ويتمّ تسجيله بالحالة المدنية".

(5) المادة 08 ق.أ.ج "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل ويتمّ ذلك بعد علم من الزوجة السابقة واللاحقة ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا".



بمعنى أنّ المشرّع قد ساوى بين الخطبة والفاتححة في كلّ ما ينتج بعد العدول عن آية واحدة منهما، في حين أنّ الفاتحة زواج شرعي يُرتّب آثاره وينتج عنه التزام شرعي متبادل إذا تمّ الدخول، أما الخطبة فتقف عند حدّ التعارف واختيار الطرفين لبعضهما البعض وإظهار الرغبة في الارتباط دون أن ينشأ أيّ أثر شرعي<sup>(1)</sup>، فكيف تخضع لنفس أحكام الزواج بالفاتححة، وكيف للقاضي أن يفصل في النزاع، وما مصير هذه العلاقات، وما مصير الأطفال إذا رفض القضاء إثبات الزواج؟ إنّ القرارات التي فُصل فيها والتي تمّ الاطلاع عليها توحى بأزمة خانقة رغم مجهودات القضاء للأسباب التالية:

1- غموض القانون حيث لا يفصل القضاء بوضوح في مسألة الحدود الفاصلة بين الخطبة والزواج بالفاتححة، فهو أحيانا يُضفي الصفة الشرعية على الخطبة فترقى إلى الزواج وأحيانا أخرى يرفض تثبيت الزواج العرفي بحجّة أنه مجرد خطبة<sup>(2)</sup>.

2- يختلف الحكم في الدعوى باختلاف المدّعي فيها، بحيث يُمكن تصنيف دعاوى تثبيت الزواج العرفي من حيث الطرف المدّعي إلى ثلاثة أصناف:

أ) دعوى يرفعها الطرفان غالباً ما يُثبت القاضي عقد الزواج، خاصة عند وجود الأولاد، ليُثبت نسبهم إلى أبيهم<sup>(3)</sup>.

ب) دعوى ترفعها المرأة، وفي هذه الحالة وإن كان لها الحظ في تثبيت زواجها رغم اعتراض الرجل، فغالبا ما يحدث نفي الولد من جانب الزوج انتقاماً من المرأة التي تمكّنت من تسجيل الزواج، وفي هذا النوع من القضايا يبقى الولد هو الضحية<sup>(4)</sup>.

(1) عبد العزيز سعد- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري- دار هوما للطباعة والنشر والتوزيع- الجزائر- 1996- ص 90-91

(2) هـ/ بن الشيخ دنوني- إجحاف قانون الأسرة الجزائري بحقوق المرأة- مجلة المجلس الإسلامي الأعلى- العدد 2000/03- ص 481

(3) "متى كان الزواج العرفي متوفراً على أركانه التامة والصحيحة، فإن القضاء يقوم بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد بأبيهم يكون قضاءً موافقاً للشرع والقانون"- ملف رقم 58244 بتاريخ 25/12/1989- م.ق- العدد 1991/04- ص ب 11

(4) وإنه لا يمكن إنكار تمكن المرأة من تسجيل الزواج حتى بعد وفاة الزوج، حيث جاء من المحكمة العليا بملف رقم 37501 بتاريخ 23/09/1985 أنه "إذا كان من المبادئ الشرعية السائدة فقها وقانوناً أن إثبات عقد الزواج في حالة وفاة أحد الزوجين يكون مؤسساً على شهادة الشهود يؤكدون صحته انعقاداً وفقاً لتعاليم الشريعة الإسلامية، لذلك فإنه يستوجب نقض القرار القاضي بإثبات عقد زواج المدعية بشخص متوفى تأسيساً على شهادة ثلاثة أشخاص ليست كافية لهذا الإثبات ودون تحليف المدعية"- م.ق- العدد 1989/01- ص 65

ج) دعوى يُياشرها الرجل، وإقرار الرجل بقيام علاقة الزوجية بالفاتحة غالباً ما يكون دليلاً قوياً أمام القضاء من أجل تسجيل الزواج<sup>(1)</sup>، وذلك حسب ما تسنى دراسته من خلال بعض مواقف القضاء دون الادعاء بتعميمها<sup>(2)</sup>.

وعليه ونظراً للمخاطر والمشاكل المترتبة عن الزواج العرفي، والتي غالباً ما يكون ضحيتها الأبناء، وأمام عدم نجاعة وسائل التوعية والتنبيه إلى الخطورة وإلى ضرورة تسجيل عقود الزواج خاصة وأنها بعيدة عن فكرة الردع والعقاب، فعمل الحل يكمن في ضرورة تنظيم الزواج حتى لا يبقى الزواج العرفي مجرد واقعة مادية آثارها ملموسة لكنها غير منظمة تشريعياً، وذلك لعلق باب التحايل على القانون بأن يجعل الشكلية ركناً في عقد الزواج ومن ثم إلغاء الزواج العرفي بنص صريح ولتفادي المشاكل خاصة قبل النصّ بالإلغاء، يُعلن عن فترة انتقالية فينصّ مثلاً:

"الزواج الذي تمّ قبل سنة 2002 ولم يتمّ تسجيله، يجب إثباته بحكم من قبل ذوي المصلحة في أجل سنة واحدة من هذا النص، وفي حالة القوة القاهرة يلجأ إلى وكيل الجمهورية"، أو أن يُعطى الأئمة الموجودون على مستوى كلّ المساجد في البلديات والقرى وغيرها والذين يتولّون انعقاد الزواج بالفاتحة سلطة أو مكنة تسجيل هذا الزواج أو حتى إعلام السلطات المختصة وإبلاغها لتفادي وتجنّب أيّ مشكلة خاصة فيما يتعلّق بنسب الأطفال.

وبعد توضيح أسباب صحة الزواج نستخلص أنّ لها شروطاً وأركاناً كافية لإثبات الزواج لكنها غير كافية لإثبات النسب، حيث هناك شروط أخرى لإثبات النسب وتمثل فيما يلي:

1- إمكانية الالتقاء الجنسي أو المخالطة الجنسية: فالمنطق يقضي بأنّ العقد ليس وحده كافياً لإثبات النسب إذ لابدّ من الدخول الحقيقي أو الالتقاء الجنسي بين الطرفين وهو مغزى الإنجاب الطبيعي، فإن كان الزوج غائباً، مريضاً أو عقيماً ولم يُجامع زوجته وحملت، ففي هذه الحالة لا يُعقل إثبات النسب إليه وعليه حينئذ برهنة ذلك بكلّ الحجج والأسانيد المشروعة.

(1) "من المقرر شرعاً أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود أو غيرهم أن الطرفين كانا متزوجين، لذلك وجب رفض دعوى إثبات الزواج العرفي لأن الطاعن لم يأت بأي من شهادة العيان أو شهادة السماع لإثبات زواجه" - قرار عن المحكمة العليا بملف رقم 53278 بتاريخ 27/03/1989 - م.ق. العدد 03/1990 - ص 82

(2) هـ/بن الشيخ دنوني - إجحاف قانون الأسرة الجزائري بحقوق المرأة - المرجع السابق - ص 483

ويتّضح موقف المشرّع الجزائري من خلال المادة 41 ق.أ.ج والتي تنصّ على أن "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".

2- ولادة الطفل بين أدنى مدّة الحمل وأقصاها: لكي يثبت نسب الطفل لأبيه فلا بدّ أن تأتي به أمّه خلال المدّة المحدّدة كما يلي:

أ) أدنى مدّة الحمل: لقد حدّد فقهاء الشريعة الإسلامية أدنى مدّة الحمل بستة أشهر من يوم الدخول أو الاتصال الجنسي، وجاء هذا التحديد تبعاً لقول الله تعالى: "وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهَنَا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ..."<sup>(1)</sup>، وقوله كذلك: "وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا..."<sup>(2)</sup>.

ومن الآيتين السابقتين وعن طريق عملية خصم مدّة الفصال المذكورة في الآية الأولى من المدّة المذكورة في الآية الثانية يتبقى أدنى مدّة الحمل وهي ستة أشهر، وعليه إذا أتت الزوجة بولد في أقلّ من هذه المدّة فلا يُمكن أن يثبت نسبه بالزوج الحالي لها والذي دخل بها. ولقد حدّد المشرّع الجزائري حدو الفقهاء في تحديده لأقلّ مدّة الحمل حين جاء في المادة 42 ق.أ.ج أن "أقلّ مدّة حمل ستة أشهر"، وعلى هذه القاعدة سار القضاء الجزائري في أحكامه، فلقد جاء عن المحكمة العليا أنه "من المقرّر شرعاً أنّ الولد للفراش الصحيح، وأنّ أقلّ مدّة الحمل هي ستة أشهر ومن ثمّ فإنّ الولد الذي وُلد بعد مضيّ 64 يوماً لا يُثبت نسبه لصاحب الفراش، ولما كان كذلك فإنّ النعي على القرار القاضي بنفي النسب غير مؤسّس ويستوجب الرفض"<sup>(3)</sup>.

كما جاء عنها أنه "من المقرّر قانوناً أنّ أقلّ مدّة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، ومثى ثبت في قضية الحال أنّ مدّة الحمل المحدّدة قانوناً وشرعاً غير متوفرة، لأنّ الزواج تمّ في 1994/05/02 والولد وُلد في 1994/05/07 وعليه فإنّ قضاة الموضوع بقضائهم يرفض دعوى إثبات النسب لأنّ النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية، طبّقوا صحيح القانون"<sup>(4)</sup>.

ب) أقصى مدّة الحمل: لقد اختلف فقهاء الشرع الإسلامي حول تحديد أقصى مدّة الحمل، أما عن المشرّع الجزائري فلقد حدّدها بعشرة أشهر طبقاً لنصّ المادة 42 ق.أ.ج حيث

(1) سورة لقمان-الآية 14

(2) سورة الأحقاف-الآية 15

(3) ملف رقم 35087 بتاريخ 1984/12/17-م.ق.-العدد 1990/01-ص 86

(4) ملف رقم 210478 بتاريخ 1998/11/17-أ.ق.غ.-أ.ش.-عدد خاص-2001-ص 85

"...وأقصاها عشرة أشهر". ولقد جاء في بعض القرارات عن المحكمة العليا أنه:

- "من المقرر قانوناً أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشر أشهر"<sup>(1)</sup>.
- "من المستقرّ عليه شرعاً أن الولد للفراش وللعاهر الحجر، ومن المستقرّ عليه أن مدة نفى النسب لا تتجاوز ثمانية (08) أيام ومن ثمّ فإنّ الحكم بإثبات نسب الولد الذي وُلد بعد 16 شهراً من غياب والده تطبيق صحيح للقانون ومادامت الزوجية قائمة وما دام الأب لم ينفه إليه بالطرق المشروعة"<sup>(2)</sup>.
- "ومن المستقرّ عليه شرعاً أن الزواج في العدة باطل ومن المقررّ شرعاً أن أقلّ مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر"<sup>(3)</sup>.

وبالتالي فإنّ القضاء غير مستقرّ بشأن أقصى مدة الحمل، مراعاة لمصلحة الطفل، كما أنّ الملاحظ على نصوص قانون الأسرة الجزائري أنّها لم تُحدّد المقصود بالتقويم: الميلادي أم الهجري؟ وعلى كلّ فإنّ القضاء يُحدّد المدد على أساس التقويم الميلادي لا الهجري استناداً إلى المادة 03 ق.م.ج والتي تنصّ على أنه "تُحسب الآجال بالتقويم الميلادي ما لم ينصّ القانون على خلاف ذلك"، ومن ذلك القرار الذي جاء فيه أنه:

"والإقرار بالولد يجب أن يكون دون تردّد ولا تراجع مع توافر شروط صحة الزواج، حيث أنّ الزواج المزعوم وقع بين الطرفين بالفاتحة في 20 أوت 1965 رغم أنّ المطعون ضده كان محبوساً بمؤسسة إعادة التربية بالحراش منذ 23 نوفمبر 1966، إلى 25 جويلية 1967. كما أنّ الطلاق المزعوم وقع بين الطرفين في 1966 وأنّ الولد المسمّى "وحيد" المتنازع فيه، وُلد في 28 أوت 1966، وأنّ هذه الوقائع لم تثبت ولم تعرض البيّنة لإثبات صحّتها، لأنّ الزواج يثبت فقهاً وقضاءً بقراءة الفاتحة وتحديد الصداق وحضور الولي والشهود، وأنّ اعتراف المطعون ضده أمام القاضي الأوّل وقع بالتردد وتراجع عنه، ومن ثمّ فإنّ القرار المطعون فيه سليم ولم يُخطئ في تطبيق القانون"<sup>(4)</sup>.

(1) ملف رقم 57756 بتاريخ 02/01/1990-م.ق.-العدد 02/1992-ص 71

(2) ملف رقم 165408 بتاريخ 08/07/1997-أ.ق.غ.أ.ش-عدد خاص-2001-ص 68

(3) ملف رقم 193825 بتاريخ 19/05/1998-أ.ق.غ.أ.ش-عدد خاص-2001-ص 73

(4) ملف رقم 40114 المؤرخ في 24/02/1986-بلحاج العربي-قانون الأسرة الجزائري-مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً

لقرارات المحكمة العليا-د.م.ج-الجزائر-1994-ص 55

3- عدم نفي الولد بالطرق المشروعة: فما المقصود بهذه الطرق المشروعة، وما تأثير الاكتشافات الحديثة للعلوم البيوطبية على نفي النسب؟ بمعنى ما مدى اقتناع القاضي بالطرق الحديثة؟

إن المقصود أساساً بالطرق المشروعة هو اللعان Désaveu de paternité حين نصّت المادة 41 ق.أ.ج على أنه "ينسب الولد لأبيه.. ولم ينه بالطرق المشروعة"، وفي هذا جاء في قرار عن المحكمة العليا أنه "من المستقرّ شرعاً أنّ الولد للفرّاش وللعاشر الحجر، ومن المستقرّ عليه أنّ مدّة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام، ومن ثمّ فإنّ الحكم بإثبات نسب الولد الذي وُلد بعد 16 شهراً من غياب والده تطبيق صحيح للقانون مادامت الزوجية قائمة، ومادام الأب لم ينف هذا النسب إليه بالطرق المشروعة"<sup>(1)</sup>.

لكنّ المشرّع الجزائري لم يُشير إلى اللعان صراحة في باب النسب بل في باب الميراث حيث جاء في المادة 138 ق.أ.ج أنه "يُمنع من الإرث اللعان والردّة"، أضف إلى ذلك أنه لم يُحدّد لا الإجراءات ولا الآثار المترتبة على ذلك.

وعلى كلّ فإنّ اللعان وسيلة لاثهام الزوجة بالزنى والتنصّل من المولود الذي أتت به أثناء قيام حياة الزوجية من زواج صحيح وشهادته أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين فيما رماها به من الزنا والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ومصدر اللعان قوله تعالى: "وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿١٠٦﴾ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿١٠٧﴾ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿١٠٨﴾ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ" <sup>(2)</sup>.

هذا وإنّ أوّل أثر مباشر من آثار اللعان والذي يُعتبر وسيلة ظنية لا يقينية لنفي النسب والواقع أمام القاضي، أنّ على هذا الأخير وبعد الانتهاء من إجراءات الملاعنة بين الزوجين أن يقضي وفي نفس الجلسة بالتفريق بين الزوجين بطلقة بائنة، أما عن أهمّ أثر للعان فهو نفي نسب الولد عن زوج أمّه<sup>(3)</sup>، حيث ومجرّد اللعان تقوم قرينة قانونية مفادها نفي النسب.

(1) ملف رقم 165408 بتاريخ 1997/07/08-المرجع السابق-ص 68

(2) سورة النور-الآيات 6-7-8-9

(3) فضيل سعد-شرح قانون الأسرة الجزائري-الزواج والطلاق-المؤسسة الوطنية للكتاب-الجزائر-1986-ص 214

وبهذا الصدد جاء في قرار عن المحكمة العليا أنه "من المقرر شرعاً وقانوناً إذا وقع اللعان يسقط نسب الولد ويقع التحريم بين الزوجين"<sup>(1)</sup>. وإن عبارة "الطرق المشروعة" تدلّ على عدم التدقيق في المادة 41 ق.أ.ج الأمر الذي يوحي أن المقصود بها كلّ وسيلة مادامت مشروعة يُمكن للقاضي الاقتناع بها ويُمكن من خلالها إبراز الحقيقة ليبيّن حكمه على أساسها، وبالتالي قد يعتقد أن المقصود بها مثلاً القيافة أو القافة<sup>(2)</sup>، والتي جاء بها الفقه الإسلامي بحيث أخذ بها جمهور الفقهاء، في حين أن الأحناف لا يأخذون بها لأنهم يعتقدون بالوسيلة اليقينية لا الظنية<sup>(3)</sup>. كما يُعتقد أن المقصود بها ليس اللعان<sup>(4)</sup>، بل ما ارتبط بالاكشافات العلمية البيوطبية، وأهمّها في مجال النسب ما يلي:

(أ) الفحص المقارن للدم La science hématologique: حيث يتمّ ذلك بمقارنة الفئات الدموية.

(ب) الفحص المقارن الخاص بالبصمات الوراثية Les empreintes génétiques: والمتمثل في دراسة البصمة الوراثية ابتداءً من بعض عينات الدّم، المني، الريق، العظام أو جذور الشعر، حيث تُقدّر إمكانية العثور على بصمتين متشابهتين بـ1/مليار، إلاّ إذا تعلّق الأمر بالتوائم الحقيقي.

وعليه فإنّ هذه التطوّرات المحقّقة في مجال البيولوجيا وعلم الوراثة أصبحت تفتح آفاقاً جديدة فيما تعلّق بتحديد أبوة الطفل أو نفيها إلى يقين تقريبي بنسبة 99,99%<sup>(5)</sup>.

(1) ملف رقم 69798 بتاريخ 1991/04/23-م.ق-العدد 4-1994-ص 54  
(2) القيافة هي تتبع الأثر ومعرفة والنظر بفراصة في مقدار الشبه لتحديد البنوة أو نفيها- تشوار جيلالي-إثبات النسب ونفيه عن طريق البصمات الوراثية-الملتقى الوطني حول الحماية القانونية للأسرة- كلية الحقوق-جامعة تلمسان-يومي 28 و 29 أفريل 2002.

(3) تشوار جيلالي-المرجع نفسه.  
(4) والذي يقوم على الظن كذلك لا اليقين، وهو ما يؤكده القضاء في عدد من القرارات بقوله "علم الزوجة بالحمل" أو "الوضع"، أضف إلى ذلك أن اللعان والذي مصدره الشريعة الإسلامية لم يعد له مغزى في الوقت الحاضر بسبب التدهور الاجتماعي ونقص الوازع الديني والانحلال، خاصة وأن اللعان يمين يؤديه الملاعن، وعليه فإن قانون الأسرة الجزائري لم يأخذ هذه المسألة بعين الاعتبار وبالتالي وجب إحاطة دعاوى اللعان بكل ما من شأنه أن يثير الرهبة وإيقاظ الضمير في الملاعن حماية للطفل.

(5) تشوار جيلالي-الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية-المرجع السابق-ص 166

وعلى كل فإنّ القضاء وبسبب عدم الدقة في صياغة المادة 41 ق.أ.ج قد تحمّل العبء الكبير في تحديد الطرق المشروعة، وإنّ النتائج التي يُمكن الخروج بها من خلال ما تمّ الاطلاع عليه من قرارات المحكمة العليا تتمثل فيما يلي:

1- أنّ القضاء الجزائري يحصر الطرق المشروعة لنفي النسب في طريقة واحدة ألا وهي اللّعان ومن ذلك القرار التالي "من المقرّر قضاءً أنّ نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللّعان"<sup>(1)</sup>.

2- أنّ القضاء الجزائري لا يُواكب في تحديده التطوّر العلمي في المجال البيوطي لأنه لا يقبل بالتطوّرات المحققة في مجال إثبات النسب أو نفيه، في حين أنه يُمكن اللجوء إلى هذه التطوّرات وإلى الوسائل الحديثة في فرنسا بعد إذن القاضي بذلك حسب المادة 1116 من القانون المدني الفرنسي<sup>(2)</sup>. ومن قرارات المحكمة العليا أنّ "القضاء بتعيين خبرة طبية بقصد تحليل الدّم للوصول إلى تحديد النسب خلافاً لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعاً وقانوناً لـ المادة 40 ق.أ.ج وما بعدها من قانون الأسرة الجزائري، قضاء غير صحيح"<sup>(3)</sup>.

3- عدم استقرار القضاء الجزائري على مدّة معيّنة لنفي نسب الولد، ومن قرارات المحكمة العليا في هذا السياق ما يلي:

أ) "من المقرّر شرعاً أنّ دعوى اللّعان لا تُقبل إذا تأخّرت ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا"<sup>(4)</sup>.

ب) "من المستقرّ عليه قضاءً أنّ مدّة نفي النسب لا تتجاوز 08 أيام من يوم العلم بالحمل"<sup>(5)</sup>.

ج) "من المستقرّ عليه قضاءً أنه يُمكن نفي النسب عن طريق اللّعان في أجل محدّد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل"<sup>(6)</sup>.

(1) ملف رقم 204821 بتاريخ 1998/10/20-أ.ق.غ.أ.ش-عدد خاص-2001-ص 08

(2) انظر:-F/Laroche Gisserot-Les droits de l'enfant-Connaissance du droit-Encyclopédie juridique-Dalloz-1996- p.08

(3) ملف رقم 222674 بتاريخ 1999/06/15-أ.ق.غ.أ.ش-عدد خاص-2001-ص 88

(4) ملف رقم 35934 بتاريخ 1985/02/25-م.ق-العدد 1989/01-ص 83

(5) ملف رقم 99000 بتاريخ 1993/11/23-أ.ق.غ.أ.ش-عدد خاص-2001-ص 64

(6) ملف رقم 172379 بتاريخ 1997/10/28-أ.ق.غ.أ.ش-عدد خاص-2001-ص 70

(د) "من المقرر قضاءً أنّ نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حدّدت مدتها في الشريعة والاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو رؤيا الزنا"<sup>(1)</sup>.

ومهما كانت هذه النتيجة أو تلك فما من شكّ أنّها تُوصّل إلى خلاصة لا تخدم حماية الطفل ولا تُوفّرها، مفادها عدم مواكبة التشريع العائلي الجزائري للتقدّم العلمي في الميدان البيوطي، هذا التقدّم الذي يُدعم قاعدة الولد للفراس.

وعلى هذا الأساس تمّ اقتراح تعديل المادة 40 ق.أ.ج كما يأتي "يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبحث عنه وبالبيّنة بما في ذلك الطرق العلمية وبنكاح الشبهة وبكلّ نكاح تمّ فسخه بعد دخول طبقاً للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون".

\* ثبوت نسب حمل المطلقة والمتوفى عنها زوجها: لقد جاء موقف المشرّع الجزائري صريحاً بشأن مسألة ثبوت نسب المولود بعد الفرقة بين الزوجين بالوفاة<sup>(2)</sup>، وذلك في المادة 43 ق.أ.ج والتي تنصّ على أنه "ينسب الولد لأبيه إذا وُضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ... الوفاة". وعليه إذا أتت الزوجة المدخول بها بمولود خلال مدّة عشرة أشهر من يوم وفاة زوجها ثبت نسب الطفل إلى الزوج الذي توفي عنها<sup>(3)</sup>.

أما بخصوص مسألة ثبوت نسب مولود المطلقة فإنّ المشرّع الجزائري قد اشترط أن تتمّ ولادته قبل مضي أقصى مدّة الحمل ألا وهي عشرة أشهر من تاريخ الانفصال، وهو ما نصّت عليه المادة 43 ق.أ.ج حيث "ينسب الولد إلى أبيه إذا وُضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال". لكنّ نصّ هذه المادة م يُفرّق بين المطلقة طلاقاً رجعيّاً والمطلقة طلاقاً بائناً، كما أنه لم يُحدّد المقصود بتاريخ الانفصال، هل هو تاريخ التلّفظ بالطلاق أم تاريخ الحكم به؟ وعليه وبخصوص نسب مولود المطلقة ستتمّ التفرقة بين المطلقة رجعيّاً والمطلقة بائناً وكذا المطلقة قبل الدخول بها.

1- ثبوت نسب مولود المطلقة قبل الدخول: لا يثبت نسب ولدها من زوجها، إلاّ إذا جاءت به لسته أشهر فأكثر من حين العقد أو إمكانية الوطاء، ولا يقلّ من ستة أشهر من حين

(1) ملف رقم 204821 بتاريخ 1998/10/20-أ.ق.غ.أ.ش-عدد خاص-2001-ص 82

(2) حسب المادة 47 ق.أ.ج والتي تنصّ أنه "تحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة".

(3) بالإضافة إلى الشروط الثلاثة المشار إليها سابقاً.



الطلاق، لأنّ مجيئها به لأقلّ من ستة أشهر من حين العقد أو إمكانية الوطاء تدلّ على أنّها حملت به قبل أن تكون فرأشاً لهذا الزوج، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر من حين الطلاق يُحتمل أن يكون، لأنّها حملت به بعد الطلاق، واحتمال أنّها حملت به قبل الطلاق لا يكفي هنا لإثبات النسب لانقطاع الزوجية بالطلاق انقطاعاً تاماً<sup>(1)</sup>.

## 2- ثبوت نسب مولود المطلقة بعد الدخول:

المطلقة طلاقاً رجعيّاً<sup>(2)</sup>: إذا أقرّت بانقضاء عدتها بعد مدّة تحتمل انقضاءها، ثمّ جاءت بولد لأكثر من ستة أشهر من حين الإقرار، لم يثبت نسبه من مطلقها، لأنّ إقرارها بانقضاء العدة يقطع الزوجية، ويُرجّح أنّها حملت به بعد ذلك وستة أشهر كافية لذلك، أما إذا جاءت به لأقلّ من ستة أشهر حين الإقرار فإنّ نسبه لا يثبت وتُعتبر كاذبة في إقرارها، ويُعتبر الزوج مراجعاً لها في العدة إذا زادت المدّة بين الطلاق والولادة عن أكثر مدّة الحمل، فإن لم تزد عنها لم يعد مراجعاً لها، بل تنتهي عدتها بوضع حملها، لأنّ ثبوت النسب حينئذ لا يستلزم الرجعة لاحتمال حصول الحمل قبل الطلاق، وإذا لم تُقرّ بانقضاء عدتها ثبت نسب ولدها من مطلقها ولو جاءت بعد الطلاق بستين عند الحنفية لأنّ عدتها تمت عندهم بامتداد الطهر حتى تبلغ سنّ اليأس فتبقى الزوجية قائمة حكماً وثُبت نسب ولدها سترّاً على الأعراض وصيانة للولد من الضياع.

المطلقة طلاقاً بائناً<sup>(3)</sup>: إذا زادت المدّة بين الطلاق والولادة عن أكثر مدة الحمل، لم يثبت نسب ولدها من مطلقها، وإن لم تزد ثبت نسب ولدها منه بثبوت لا يقبل النفي، لعدم صحة اللعان منهما، كما في النكاح الفاسد، إلّا إذا كانت قد أقرّت بانقضاء عدتها بعد مدّة تحتمل انقضاءها، ثمّ جاءت بالولد لأكثر من ستة أشهر من حين الإقرار فإنّ نسبه لا يثبت<sup>(4)</sup>.

(1) هـ- يوسف إبراهيم- أحكام الزواج العرفي- دار المطبوعات الجامعية- مصر- 1999- ص 91

(2) يمكن الرجوع في الطلاق الرجعي وبدون عقد جديد على أن يتم ذلك قبل انتهاء العدة- انظر محمد أبو زهرة-

الأحوال الشخصية- ط<sup>2</sup>- المرجع السابق- ص 304

(3) الطلاق البائن نوعان أولهما البائن بينونة صغرى كالطلاق على مال، يمكن فيه الرجوع وبعقد جديد وفي أي وقت ولو انتهت العدة، وثانيها البائن بينونة كبرى وهو ما لا رجوع فيه إلا بتزوج المطلقة من رجل آخر وطلاقها

منه- انظر م/كمال الدين إمام- المرجع السابق- ص 42

(4) هـ/يوسف إبراهيم- المرجع السابق- ص 92

أما بخصوص المقصود بعبارة "تاريخ الانفصال" فالظاهر حسب نص المادة 49 ق.أ.ج<sup>(1)</sup>، أنّ المقصود هو تاريخ الحكم بالطلاق لا تاريخ التلفظ به، رغم ما تُحدثه هذه المسألة من مشاكل تتعلق بإثبات نسب الأطفال، بحيث كشف تعامل القضاء مع مثل هذه الحالات عن وضعيات معقدة ومأساوية أحياناً، كحالة المرأة المطلقة شرعاً أي عرفياً دون الحكم القضائي والمتزوجة عرفياً ثانية دون العقد الرسمي، المنجبة لأبناء مع الزوج الثاني، والذي يقتضي تصحيح وضعيتها مع الزوج الثاني تصحيح وضعيتها رسمياً من الزوج الأوّل، خاصة وأنّ قانون الأسرة الجزائري لم يُحدّد آية إجراءات تُنظّم سير ومراحل دعوى إثبات الطلاق الذي يكون وقع شرعاً<sup>(2)</sup>.

ولذا يُقترح أن يتمّ تعديل المادة 49 ق.أ.ج على النحو التالي: "يثبت الطلاق بحكم مع محاولة الصلح من قبل القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر ويسري من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق المسجّل في العقد الرسمي".

لأنّ الطلاق الرجعي يختلف عن الطلاق البائن بينونة صغرى والطلاق البائن بينونة كبرى حيث يُمكن في الأوّل أن يتمّ الرجوع ودون الحاجة إلى عقد جديد على أن يتمّ ذلك قبل انتهاء العدة، أما الطلاق البائن بينونة صغرى فيجب فيه العقد الجديد لكي يتمّ الرجوع.

أما الطلاق البائن بينونة كبرى فلا رجوع فيه إلاّ بتزوّج المطلقة من رجل آخر وطلاقها منه، وإنّ النص الحالي للمادة 49 ق.أ.ج لم يأخذ بعين الاعتبار الطلاق اللفظي أي العرفي والذي يسري من تاريخ التلفظ به، ويثبت بحكم قضائي وبأثر رجعي وجوباً حسب أحكام الشريعة الإسلامية. وبناءً على ما سبق تمّ اقتراح اعتبار تاريخ التلفظ بالطلاق عند ثبوته في شكل رسمي مع سريانه من تاريخ النطق به. وفي هذا السياق جاء في قرار المحكمة العليا أنه "من المقرّر شرعاً أنه يجوز للزوجين بعد فراق ولو نهائي ولكن غير بائن بينونة كبرى مثل الذي يحصل في طلاق الثلاث أن يتراجعا باقتران جديد ينتج عنه قانوناً شرعية الولد الناتج عنه والقضاء بهذا المبدأ قضاء صحيح"<sup>(3)</sup>.

(1) المادة 49 ق.أ.ج "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز مدة محاولة الصلح ثلاثة أشهر".

(2) الطيب لوح-إشكالية تطبيق بعض أحكام قانون الأسرة الجزائري في غياب القواعد الإجرائية الخاصة بتطبيقها والحماية الجزائية لبعض مبادئه-مجلة المجلس الإسلامي الأعلى-العدد 2000/03-ص 259

(3) ملف بتاريخ 1968/11/27-بلحاج العربي-قانون الأسرة الجزائري-مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا-المرجع السابق-ص 71

## 2- ثبوت النسب بالزواج الفاسد والوطء بشبهة:

1-2 الزواج الفاسد Mariage nul: هو زواج غير صحيح بالإضافة إلى الزواج الباطل، وإنّ الزواج الفاسد هو كلّ عقد زواج توافر فيه الإيجاب والقبول ولكنه فقد شرطاً من شروطه الأساسية الواردة في المادة 09 ق.أ.ج أي عدم وجود الولي أو الشاهدين، أو عدم تسمية الصداق، بمعنى أنه العقد الذي اختلّ فيه شرط من شروط الصحة وتبيّن أمره قبل الدخول، وهو ينتهي بالفسخ.

وتجدر الإشارة إلى أنّ الرضا ركن في عقد الزواج بدليل المادة 33 ق.أ.ج في حين أنّ الشاهدين والصداق والولي هي شروط صحّة لا أركان<sup>(1)</sup>.

لكنّ المشرّع الجزائري ونظراً لعدم التفرقة بين الركن<sup>(2)</sup> والشرط<sup>(3)</sup> يجعل أثر تخلف أحد الأركان الثلاثة المتمثلة في الشاهدين، الصداق والولي فساد العقد مخالفاً بذلك القواعد الفقهية، لأنّ الفساد هو أثر تخلف شرط من شروط الصحة<sup>(4)</sup> لا ركن<sup>(5)</sup> من الأركان، وليس هذا فحسب، فقد جعل المشرّع الجزائري أثر تخلف ركنين غير الرضا البطلان وذلك في المادة 33 ق.أ.ج في حين أنّ المادة 32 ق.أ.ج<sup>(6)</sup> تتحدّث عن البطلان حالة اختلال ركن واحد فقط.

ونظراً للخلط الذي وقع فيه المشرّع الجزائري فيما يتعلّق بأركان الزواج وشروطه، فقد وقع خلط آخر يتمثل في عدم التفرقة بين الزواج الباطل والفساد على أسس فقهية سليمة مخالفاً بذلك الآراء الفقهية التي تعتبر الزواج الباطل هو الزواج الذي فقد أحد أركانه وهي شروط انعقاده، وأنّ الزواج الفاسد هو زواج فقد شروط صحته.

وننتهي مما سبق إلى القول أنّ الزواج الباطل هو الزواج الذي فقد أحد أركانه أي شروط انعقاده ويكون كذلك في الحالات التالية :

(1) المادة 33 ق.أ.ج "إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد".

(2) يعبر عنه الفقه الإسلامي بشروط الانعقاد.

(3) إن الشرط هو ما يتوقف عليه الشيء الذي جعل شرطاً له ولم يكن جزءاً من حقيقته-م/كمال الدين إمام-

المرجع السابق-ص 80

(4) إن شروط الصحة هي ما يترتب على توافرها صلاحية العقد لترتيب آثاره الشرعية-م/كمال الدين إمام-

المرجع السابق-ص 82

(5) إن الركن هو شرط من شروط الانعقاد ما كان لازماً لانعقاد العقد إذا تخلف بطل العقد-م/كمال الدين إمام-

المرجع السابق-ص 82

(6) المادة 32 ق.أ.ج "يبطل النكاح إذا اختل أحد أركانه أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج"

I- عدم توفر شرط من شروط الانعقاد أي الأركان ويكون في الفرضيات التالية:  
1- عدم توفر شرط من شروط العاقدين: كالرضا، الأهلية<sup>(1)</sup>، الأنوثة المحققة في المرأة والرجولة المحققة في الرجل، عدم الحرمة بين الرجل والمرأة حسب المادة 23 ق.أ.ج.<sup>(2)</sup>.

وجدير بالإشارة إليه في هذا السياق أن الحرمة بين الرجل والمرأة تتحقق فيما يلي:  
أ) القرابة<sup>(3)</sup>، المصاهرة<sup>(4)</sup> أو الرضاع<sup>(5)</sup> وهي الحرمة المؤبدة حسب المادة 24 ق.أ.ج.<sup>(6)</sup>، والمادة 34 ق.أ.ج.<sup>(7)</sup> من ذات القانون.

ب) الزواج بزوجة الغير أو معتدته، الجمع بين الأختين أو من في حكمهما، زواج الرجل بخامسة فوق الرابعة أي زواجه بالخامسة وفي ذمته أربع زوجات، زواج الرجل بمطلّقة ثلاث طلاقات متتالية أي البائن بينونة كبرى<sup>(8)</sup>، زواج المسلمة بغير المسلم حسب المادة 31 ق.أ.ج.<sup>(9)</sup>، وزواج المسلم بالمشركة وهي التي تدين بدين غير سماوي، حكمة ما في الأمر حراسة الدين الإسلامي في المجتمع الإسلامي<sup>(10)</sup>، وهذه الحالات تخصّ الحرمة المؤقتة طبقاً للمادة 30 ق.أ.ج.<sup>(11)</sup>.

2- عدم توفر شرطين من شروط الصحة كالولي والشاهدين.

3- ردّة أحد الزوجين قبل الدخول وبعده وبعد انعقاد الزواج صحيحاً.

(1) جاء في هذا الإطار في قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1966/12/07 أنه "من المقرر شرعا وقانونا أن عدم توافر أهلية الزواج ينتج عنه بطلان الزواج" بلحاج العربي-قانون الأسرة الجزائري-مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا-المرجع السابق-ص 31

(2) المادة 23 ق.أ.ج "يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة".

(3) المادة 25 ق.أ.ج "المحرمات بالقرابة هن: الأمهات والبنات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت".

(4) المادة 26 ق.أ.ج "المحرمات بالمصاهرة هن: أصول الزوجة بمجرد العقد عليها، فروعها إن حصل الدخول بها، أرامل ومطلقات أصول الزوج وإن علوا، أرامل ومطلقات فروع الزوج وإن نزلوا".

(5) المادة 27 ق.أ.ج "يحرم بالرضاعة ما يحرم من النسب".

(6) المادة 24 ق.أ.ج "موانع النكاح المؤبدة هي القرابة، المصاهرة والرضاع".

(7) المادة 34 ق.أ.ج "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء".

(8) انظر محمد أبو زهرة-الأحوال الشخصية-ط2-المرجع السابق-ص 306

(9) المادة 01/31 ق.أ.ج "لا يجوز زواج المسلمة بغير المسلم".

(10) م/كمال الدين إمام-المرجع السابق-ص 88

(11) المادة 30 ق.أ.ج "يحرم من النساء مؤقتا المحصنة والمعتدة من طلاق أو وفاة والمطلقة ثلاثا والتي تزيد على العدد المرخص به شرعا ويحرم الجمع بين الأختين وبين المرأة وعمتها أو خالتها ويستوي أن تكون الأختان شقيقتان أو لأب أو لأم أو من الرضاع".

ومتى كان ذلك ثبت النسب إذا تمّ الدخول رعاية للأولاد من الضياع وبشرط وجوب توافر حسن النية في ذلك أي عدم العلم بالتحريم مثلاً، أما في حالة سوء النية فإنّ الطفل لا يثبت نسبه ويلحق بابن الزنا على أساس أنّ العلاقة غير شرعية<sup>(1)</sup>، في حين أنّ من الفقه من لا يشترط توافر حسن النية من عدمه ولا يُقيم اعتباراً لذلك ويقضي بعدم ثبوت النسب<sup>(2)</sup>، أما عن القضاء الجزائري فلقد وقع بدوره في الخلط بين الركن والشرط بسبب الخلط الذي وقع فيه المشرع الجزائري، ويظهر من خلال ما تمّ الإطلاع عليه من القرارات وهي كالتالي:

أ) "من المقرّر شرعاً وقانوناً أنّ الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقرّرة شرعاً يكون باطلاً ومن ثمّ لا تُعتبر العلاقة غير الشرعية بين الرجل والمرأة زواجاً، والقضاء بتصحيح هذا الزواج وإلحاق نسب الولد بأبيه قضاء مخالف للشريعة الإسلامية"<sup>(3)</sup>.

ب) "من المقرّر شرعاً وقانوناً أنّ للزواج أربعة أركان وهي الرضا، الصداق، الشاهدين والولي بالإضافة إلى نخلو الزوجين من الموانع الشرعية، كما أنّ اختلال ركنين من أركان الزواج غير الرضا يترتب عليه بطلان الزواج"<sup>(4)</sup>.

ج) "من المقرّر شرعاً أنّ المحصنة محرّمة على الزوج الثاني وأنّ هذا الزواج يُفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب"<sup>(5)</sup>، أي أنّ الزواج الباطل يترتب عليه ثبوت النسب.

د) "إنّ اقتران الزوجة بزوجة ثان رغم وجود الروابط الشرعية مع زوجها الأوّل، فإنها قامت باقتراف جريمة الزنا بكلّ إرادة ولا مجال لتفسير آخر"<sup>(6)</sup>، أي عدم الاكتراث بتوافر حسن النية من عدمه في هذا الاقتران أفضى إلى عدم ثبوت النسب على أساس أنّ العلاقة غير شرعية.

هـ) "من المقرّر شرعاً أنّ الزواج في العدة باطل"<sup>(7)</sup>.

(1) بلحاج العربي-الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري-مقدمة، الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث والوصية-ج1- د.م.ج-الجزائر-1996-ص 150

(2) م/كمال الدين إمام-المرجع السابق-ص 83

(3) ملف رقم 34137 بتاريخ 1984/10/08-م.ق.-العدد 1989/4-ص 79

(4) ملف رقم 51107 بتاريخ 1989/01/02-م.ق.-العدد 1990/3-ص 53

(5) ملف رقم 39362 بتاريخ 1986/02/24-انظر بلحاج العربي-قانون الأسرة الجزائري-مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا-المرجع السابق-ص 34

(6) ملف رقم 271 بتاريخ 1989/06/06-انظر بلحاج العربي-قانون الأسرة الجزائري-مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا-المرجع السابق-ص 34

(7) ملف رقم 193825 بتاريخ 1998/05/19-أ.ق.غ.أ.ش.-عدد خاص-2001-ص 73

في حين أنّ الزواج الفاسد والذي يترتب عليه الفسخ مع ثبوت النسب إذا تمّ الدخول فهو في الحالات التالية:

\* فقد شرط من شروط الصحة: الولي، الشاهدين أو الصداق، ويثبت الزواج إذا تمّ الدخول.

\* اشتمال العقد على شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو يتنافى وأحكام قانون الأسرة الجزائري طبقاً للمواد 19<sup>(1)</sup> و 32 ق.أ.ج بحيث إذا تمّ الدخول يُعتبر الشرط باطلاً ويُصحّح الزواج ويثبت النسب على إثره<sup>(2)</sup>. وهو على كلّ ما يُستنتج من تناقض المادتين 35<sup>(3)</sup> و 03/32 ق.أ.ج حيث تقضي هذه الأخيرة ببطان حالة اشتماله على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد، في حين تنصّ المادة 35 أنه يعتبر الشرط باطلاً والزواج صحيحاً.

2-2 الوطء بشبهة: هو أن يتّصل الرجل بالمرأة اتصالاً جنسياً دون إرادة الزنا في ذلك بل خطأ يقع فيه، وبعد الوطء يتضح أنها ليست حلّ له<sup>(4)</sup>، والمخالطة بشبهة لا يثبت بها أنّ للمرأة فراشاً وإنما يثبت لها شبهة فراش، ولا يثبت النسب في الوطء بشبهة بالرغم من توافر الشروط المنصوص عليها سابقاً إلاّ بناءً على إقرار القائم بالدخول، أي أنّ الفراش وحده لا يكفي لثبوت نسب المولود، ويُشترط حسن النية في الدخول بشبهة لأنّ الشبهة لا تمحو وصف الجريمة ولا تُسقط الحدّ إلاّ إذا ثبت الغلط والحمل في هذه العلاقة بحسن نية وإلاّ فالولد ابن زنا حتى وإن ادّعاها هذا الرجل، وبهذا الصدد جاء في قرار المحكمة العليا "من المقرّر قانوناً أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبيّنة وبنكاح الشبهة وبكلّ نكاح تمّ فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 23-33 و 34 من هذا القانون ومن ثمّ فإنّ القضاء بهذا المبدأ يُعدّ تطبيقاً سليماً للقانون"<sup>(5)</sup>. والملاحظ في النصّ الفرنسي المادة 40 ق.أ.ج استعمال اصطلاح غير ملائم هو Mariage apparent وهو الزواج الظاهر طبقاً لترجمة الصحيحة أي المعاشرة Concubinage وهو ما لا

(1) المادة 19 ق.أ.ج "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتنافى مع هذا القانون".

(2) وهو ما قال به الفقه الإسلامي-م/كمال الدين إمام-المرجع السابق-ص 82

(3) المادة 35 ق.أ.ج "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلاً والعقد صحيحاً".

(4) عبد العزيز سعد-الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري-ط<sup>1</sup>-دار البحث للطباعة والنشر-الجزائر-1986-

ص 214

(5) ملف رقم 74712 بتاريخ 1991/05/21-م.ق-العدد 1994/2-ص 56

يتحقق في المجتمع الجزائري المسلم، ومن ثم فالاصطلاح الصحيح هو Mariage vraisemblable

ثانياً: طرق إثبات النسب.

تتمثل أساساً في الإقرار والبيّنة:

1- الإقرار La reconnaissance: هو الإخبار عن ثبوت حق الغير على النفس ويكون

تصحيحاً لوضع سابق لكن ليس من زنا.

ولقد اعتبر المشرع الجزائري الإقرار طريقة لثبوت النسب ومفاده الإعلان صراحة بإلحاق

نسب شخص بشخص آخر، وينقسم الإقرار إلى قسمين:

1-1 إقرار محمول على النفس: هو الإقرار بأصل النسب<sup>(1)</sup>، وليس فيه تحمّل نسب على

الغير ويكون بالولد الصلي ابناً أو بنتاً والوالدين المباشرين له، وهنا يكون الإقرار على المقر فقط لا

تتعدى حجته إلى الغير، وهو إما إقرار بالبنوة أو إقرار بالأبوة أو الأمومة، ولكي يُعتبر الإقرار مثبتاً

للسب لا بدّ من:

\* أن يكون المقرّ له بالنسب مجهول النسب، لأنّ الأصل أنّ للشخص أب واحد لا أكثر.

\* أن يكون هناك فارق السن بين المقرّ والمقرّ له وبأن يكون الإقرار مما يُصدّقه العقل

والعادة طبقاً للمادة 44 ق.أ.ج<sup>(2)</sup>.

ألا يُقرّ الشخص أنّ المقرّ له ابناً له من علاقة غير شرعية: لأنّ جريمة الزنا لا تثبت نعمة

النسب<sup>(3)</sup>، كما لا يُشترط التصديق من قبل المقرّ له لسكوت المادة 44 ق.أ.ج عن ذلك<sup>(4)</sup>.

1-2 إقرار محمول على الغير: هو الإقرار بنسب فرعي وفيه تحمّل النسب على الغير حين

يتمّ بين شخصين كلا منهما ليس أصلاً للآخر ولا فرعاً له، وإنما قرابة حواشي فقط "هذا أخي"

أو "هذا عمي" ومتى قيلت نشأت بينهما رابطة الأخوة أو العمومة، لكن يبقى إقرار المقرّ عليه وهو

الأب عند الإقرار بالأخوة والجد عند الإقرار بالعمومة وذلك طبقاً للمادة 45 ق.أ.ج والتي تنصّ

على أنّ "الإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على المقرّ إلا بتصديقه"، وبهذا الصدد

(1) م/كمال الدين إمام-المرجع السابق-ص 304

(2) المادة 44 ق.أ.ج "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدّقه العقل أو العادة".

(3) انظر محمد أبو زهرة-الأحوال الشخصية-ط<sup>2</sup>-المرجع السابق-ص 392

(4) فضيل سعد-المرجع السابق-ص 218

جاء في قرار عن المحكمة العليا أنه<sup>(1)</sup> "من المقرر شرعاً أنه يثبت النسب بالإقرار لقول خليل في باب بيان أحكام الإقرار" ولزم الإقرار لحمل في بطن امرأة"، ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده أقرّ بحمل الطاعنة بشهادة جماعة أمام الموثق بتاريخ 1997/04/06 فإنّ هذه الشهادة لا تُعتبر صلحاً بل هي توثيق لشهادة جماعة عن إقرار المطعون ضده بحمل الطاعنة، وعليه فإنّ القضاة لما لم ينتبهوا إلى وجوب سماع جماعة الشهود الذين حضروا إقرار المطعون ضده أمام الموثق فإنهم خالفوا الشرع والقانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>(2)</sup>.

## 2- البيّنة:

وهي كلّ حجّة أو دليل يؤكّد واقعة مادية وجوداً حقيقياً سواء بالسمع أو البصر، وهي لا يقتصر أثرها على المدعى عليه فقط بل يسري ذلك في حق غيره كذلك بعكس الإقرار الذي يُعتبر حجّة قاصرة على نفس المقرّ فقط، ومثال البيّنة ادّعاء الزوجة أنّها حملت من زوجها وولدت في غيابه أو في حضوره وأنكر الزوج واقعة الولادة أو صدّق الزوجة في الولادة ولكنه أنكر المولود بأنه ليس هو نفسه الذي ولدته<sup>(3)</sup>.

ولقد اعتبرها المشرّع الجزائري طريقاً لإثبات النسب وذلك في المادة 40 ق.أ.ج ولكنه لم يُبيّن المقصود بها : هل كلّ ما يُعتبر حجّة أم أنّها تقتصر على الشهادة؟ إنّ ما اجتمع عليه جمهور الفقهاء أنّ البيّنة من الإثبات هي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ولا يتمّ اللجوء إلى البيّنة إلّا في حالة ما ادّعى شخص على آخر أنه أبوه، عمّه أو أخوه وأنكر هذا الأخير.

## 2-1 حالة دعوى الأبوة والبنوة: وتكمن في ثلاث حالات:

- إذا كان المدعى عليه ميتاً: لا تُقبل دعوى إثبات النسب كونها دعوى على غائب (ميت) إلّا إذا كانت مصحوبة بحق آخر كحق الميراث.
- إذا كان المدعى عليه حياً: تُقبل دعوى المدعي وإن لم تتضمن حقاً آخر، حيث تُسمع الدعوى مجردة بالنسب لأنه هو المقصود بذاته.

(1) أضيف إلى ذلك القرار الصادر بالملف رقم 40114 المشار إليه سابقاً.

(2) ملف رقم 202430 بتاريخ 1998/12/15-أ.ق.غ.أ.ش-عدد خاص-2001-ص 77

(3) حميدة مبارك-الجوانب المادية لأحكام الطلاق-ن.ق-العدد 1995/47-ص 121



● إذا كان النزاع قائماً بين الزوجين: وهذه الحالة بذاتها موضوعان:

- إذا كان النزاع قائم أثناء قيام العلاقة الزوجية بينهما: في هذه الحالة يُمكن قبول شهادة امرأة منفردة تتوفر فيها شروط الشهادة كأن تكون القابلة أو الطبيبة التي تولت عملية التوليد.
- أما إذا كان النزاع قائماً بعد فكّ الرابطة الزوجية ومثاله أن تدعي المطلقة ولادة ولد لأقلّ من مدّة الحمل من تاريخ الطلاق، فهاهنا حالتان: إما أن يكون الحمل ظاهراً وقد أقرّ به الزوج فلا حاجة إلى الشهود أو أن يكون الحمل غير ظاهر فهاهنا تجب شهادة رجل وامرأتين.

2-2 حالة دعوى الأخوة والعمومة وما يشابهها من الدعاوى المحملة للنسب على

الغير:

لا تُقبل دعوى النسب لشخص على شخص آخر أنه عمّه، أخوه أو جدّه إذا تضمّنت ادعاءً آخر كالفقعة، فهي تؤكّد حكم دعوى الأبوة أو البنوة في حالة وفاة المدعى عليه<sup>(1)</sup>.

(2) نتائج ثبوت النسب:

بعد ثبوت نسب الطفل لأبيه تترتب مجموعة من الآثار تتمثل أساساً في الاسم الذي يربط الطفل بعائلته والجنسية التي تربط بدولته ثم الميراث الذي يستحقه من مورثه.

أولاً: الاسم والجنسية.

إنّ هويّة الطفل تكتمل بالاسم والجنسية.

1- الاسم: تنصّ المادة 28 ق.أ.ج على أنه "يجب أن يكون لكلّ شخص اسم ولقب

فأكثر، ولقب الشخص يلحق أولاده ويجب أن تكون الأسماء جزائرية"، وتُضيف المادة 29 ق.أ.ج أنه "يسري على اكتساب الألقاب وتبديلها القانون المتعلّق بالحالة المدنية"، وعليه فإنّ الاسم يختاره الأب أو الأم<sup>(2)</sup> بمجرد ميلاد الطفل<sup>(3)</sup>، وفي حالة عدم وجودهما المصرّح، على أن يكون هذا الاسم ذو خاصية جزائرية أو نطق جزائري، بحيث لا يجوز اختيار اسم للطفل يكون غريباً أو خارجاً عن الأسماء المتداولة بحكم الاستعمال المتواتر<sup>(4)</sup>. فالأولياء ليسوا أحرار فيما يختارونه من أسماء لأولادهم

(1) عبد العزيز سعد- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري-المرجع السابق-ص 217

(2) انظر F/Laroche Gisserot-المرجع السابق-ص 25

(3) انظر: C/Labrusse Riou- Droit de la famille-1-Les personnes- Masson-Paris-1984-p.54

(4) وهو ما جاء في المادة 64 ق.ح.م.

حيث لضباط الحالة المدنية رفض كل اسم يظهر له أنه غريب وغير معتاد استعماله<sup>(1)</sup>. أما اللقب العائلي للطفل، فإن النظرية العامة لا تعتبره مجرد بيان من بيانات وثيقة الميلاد فقط، بل تعتبره أيضاً حقاً من الحقوق التي تؤول من الأب إلى ابنه والحقيقة أن الابن الشرعي هو وحده الذي يحق له حمل لقب العائلة تبعاً للقب أبيه.

2- الجنسية: إن الجنسية هي انتساب المواطن إلى وطنه تلقائياً وارتباطه بعلاقة الولاء للدولة التي ينتمي إليها وتتقرر الجنسية الجزائرية للطفل إذا كان والده جزائرياً أو كانت أمه جزائرية وأبوه مجهول أو عديم الجنسية طبقاً لمعيار الدم، وهو ما تضمنته المادة 06 من قانون الجنسية<sup>(2)</sup>. أما إذا كان مجهول الوالدين وتم العثور عليه في الجزائر فإن الجنسية الجزائرية تتقرر تبعاً لمعيار الإقليم كما جاء في المادة 07 من قانون الجنسية، فحق الطفل في الجنسية إذن حق أصيل لصيق بميلاد الطفل مما يجعله غير قابل للإنكار، ناتج عن علاقة الولاء للدولة وهو حق لا يُقابلة واجب إلى أن تكتمل أهلية الطفل.

### ثانياً: الميراث.

إن الميراث حق أقره الشرع والقانون، وهو اصطلاحاً: اسم لما يستحقه الوارث من مورثه<sup>(3)</sup> بسبب من أسباب الإرث سواء كان المتروك مالاً أو عقاراً أو حقاً من الحقوق الشرعية<sup>(4)</sup>، وتمثل أسباب الإرث في قانون الأسرة الجزائري في سببين هما: الزوجية والقرابة، ويستحق الطفل ميراث مورثه إذا ثبت نسبه إلى هذا المورث على النحو السابق ذكره. ولقد تولّى الشارع تحديد أنصبة كل وارث وذلك في قوله تعالى: "يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِن لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا فَرِيضَةٌ مِنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ حَكِيمٌ"<sup>(5)</sup>، بشرط أن يكون حياً وقت افتتاح التركة أو حملاً،

(1) عبد العزيز سعد-نظام الحالة المدنية في الجزائر ط2-دار هوما للطباعة، النشر والتوزيع-الجزائر-1994-ص 93

(2) الأمر الصادر بموجب الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15/12/1970

(3) عبد الودود محمد السريتي-الوصايا، الأوقاف والمواثيق-الدار الجامعية-مصر-1990-ص 123

(4) بلحاج العربي-الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري-مقدمة، الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث والوصية-ج2-

د.م.ج-الجزائر-1999-ص 11

(5) سورة النساء-الآيتان 11-12

مع ضرورة ثبوت سبب الإرث. وما يهم في هذا الإطار هو القرابة كسبب للميراث أي ثبوت نسب الطفل إلى مورثه، مع عدم وجود مانع من الميراث حسب المادة 128 ق.أ.ج كالألغان الذي ينفي سبب الميراث والمتمثل في القرابة طبقاً للمادة 138 ق.أ.ج أو اختلاف الدين مثلاً حالة الأم غير المسلمة<sup>(1)</sup>، مصداقاً لقول الرسول ﷺ: "لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ وَلَا الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ"<sup>(2)</sup>. وبهذا الخصوص جاء في قرار عن المحكمة العليا أنه "من المقرر شرعاً أن الشريعة الإسلامية لا تشترط الجنسية في باب الميراث ولكنها تأمر بإثبات التمسك بالدين الإسلامي"<sup>(3)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن الطفل الوارث إما أن يكون ذكراً أو أنثى، ويختلف مقدار نصيبه حسب الظروف حفظاً لمصلحته الشخصية ومصلحة من يُشاركه في الميراث، على أنه يجب أن تتم القسمة أمام القضاء طبقاً للمادة 02/181 ق.أ.ج. وفي هذا الإطار جاء في قرار عن المحكمة العليا أنه "من المقرر قانوناً وقضائياً أن إجراء قسمة تركة مع وجود قاصر بين الورثة تستدعي اللجوء إلى القضاء وإلا اعتبرت القسمة باطلة"<sup>(4)</sup>.

هذا وإن اختلاف الحالات التي يكون عليها الطفل وارثاً واختلاف نصيبه تبعاً لذلك يدفع إلى عدم التطرق إلى ميراث الطفل بشكل مفصل حيث لا يتسع مجال الدراسة لذلك. لكن هذا الأمر لا يمنع من الحديث عن التزويل لأنه يمسّ الطفل غالباً، كيف لا وهو يخصّ الأحفاد! ويُطرح السؤال في هذا الإطار عن مفهوم التزويل وعن كيفية تطبيقه؟

### I- مفهوم التزويل:

إنّ التزويل هو إحلال الأحفاد الذي توفي والدهم قبل أو مع جدّهم أو جدّتهم محلّ والدهم في تركة الجدّ أو الجدّة بمقدار حصّة مورثهم لو بقي حياً بالشروط القانونية<sup>(5)</sup>. وهو ما نصّت عليه المادة 169 ق.أ.ج بقولها "من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تزويلهم مترلة أصلهم في التركة بالشرائط التالية"، والملاحظ إذن أن:

(1) انظر: H/Benchick Dennouni-Les dispositions du code Algérien de la famille- Annuaire de l'Afrique du Nord- 1986-p.724.

(2) حديث متفق عليه.

(3) ملف رقم 33509 بتاريخ 09/07/1984-م.ق-العدد 03/1989-ص 60

(4) ملف رقم 11273 بتاريخ 31/01/1995-ن.ق-العدد 03/1989-ص 60

(5) بوحلاسة عمر-كيفية تطبيق أحكام التزويل في قانون الأسرة الجزائري-مجلة الموثق-العدد 04-جوان 1998-

\* كلمة "الأحفاد": إن الحفيد لغة هو فرع الفرع من أولاد البنات وأولاد الأبناء على السواء، أما اصطلاحاً وفي لغة الفرائض، فإنه فرع الابن دون فرع البنت، وهذا تحديد مهم جداً حيث تضمنت المادة 169 عبارة "...مورثهم..." ولم تتضمن عبارتي "...مورثهم أو مورثتهم"، فاقصر الترتيل على أولاد الذكور دون أولاد البنات مثلما أخذ به الشرعان السوري والمغربي، وهو رأي الإمامين أحمد بن حنبل وابن حزم، بخلاف ما أخذ به الشرعان الكويتي والمصري اللذان أعطيا الحق في الترتيل لأبناء البنات وأبناء الذكور.

وحجة المشرع الجزائري أن أولاد البنات من ذوي الأرحام ولا يرثون مع وجود أصحاب فروض أو عصبات، وهذا الاتجاه منتقد، لأن الأصل أن الترتيل شرع لمن حُجب من الميراث من أحفاد المورث، أضف إلى ذلك أن نص المادة 169 اكتفى بذكر الأحفاد أولاد الابن دون أن يذكر أولاد أبناء الأبناء وإن نزلوا، على غرار ما نصت عليه كل التشريعات التي أخذت بنظام الترتيل<sup>(1)</sup>.

\* كلمة "وجب": هي الكلمة التي حلت بها إرادة المشرع محل إرادة الجد أو الجدة، حيث أنها جاءت بصيغة الوجوب، وعليه فإن الترتيل وصية واجبة وليس إراثاً<sup>(2)</sup>. فالعلاقة بين المورث وحفدته في هذه الحالة هي علاقة الموصي بالموصى لهم بموجب القانون، حيث لا يجب أن يتعدى مناب الأحفاد عند الترتيل عن ثلث  $\frac{1}{3}$  التركة.

## II- شروط وجوب التنزيل: لقد أوجب المشرع الجزائري مجموعة من الشروط

تضمنتها المادتان 171<sup>(3)</sup> و172<sup>(4)</sup> ق.أ.ج نلخصها فيما يلي:

1- أن يكون المتوفى قد مات في حياة أبيه أو أمه حقيقة أو حكماً أو مات معه.

(1) جيجيك صالح-التنزيل في قانون الأسرة الجزائري-مجلة الموثق-العدد 01-نوفمبر 1997-ص 25

(2) المادة 169 ق.أ.ج بالنص الفرنسي تعبر عن "الميراث بالتنزيل" وهو خطأ.

(3) المادة 171 ق.أ.ج "لا يستحق هؤلاء الأحفاد التنزيل إن كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة أو كان قد أوصى لهم أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحق بهذه الوصية فإن أوصى لهم أو لأحدهم بأقل من ذلك وجب التنزيل بمقدار ما يتم به نصيبهم أو نصيب أحدهم من التركة".

(4) المادة 172 ق.أ.ج "الأ يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه، ويكون هذا التنزيل للذكر مثل حظ الأنثيين".

2- ألا يكون هؤلاء الأحماد وارثين للأصل جداً كان أو جدة حسب المادة 171. كما في حالة ما إذا توفي الجد عن بنت وأحماد، ففي هذه الحالة يكون الأحماد عصبه لا يستحقون التزويل.

3- ألا يكون هؤلاء الأحماد قد تلقوا من جدهم أو جدتهم آية وصية أو عطية بلا عوض أثناء حياتهما حسب المادة 171.

4- ألا يكون هؤلاء الأحماد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه لو كان حياً حسب المادة 172.

وتجدر الإشارة أخيراً أنه يتم اللجوء إلى القضاء بشأن القسمة والتوزيع في الحالة التي تمنا وهي كون الأحماد أطفالاً.

غير أن هناك حالات تخفى فيها أحوال الورثة فتتعدد الاحتمالات لإرثهم كحالة الحمل. ولقد اعتنى الشارع بهذا الأخير فوضع له احتمالات وافتراضات تتناسب مع مصلحته ورعايته من جهة، ورعاية من يُشاركه في الميراث من جهة أخرى. وعلى هذا كان ميراث الجنين مبيئاً على التقدير والاحتياط وموقوف على شروط ينبغي توافرها ليستقر له هذا الحق، وتمثل هذه الشروط والتي أجمع عليها الفقهاء في أمرين هما:

1- أن يعلم أنه كان موجوداً في بطن أمه في الوقت الذي مات فيه مورثه، ذلك أن وجود الوارث عند وفاة المورث شرط لثبوت الإرث<sup>(1)</sup>، ولا يُمكن معرفة ذلك إلا إذا وُلد الطفل بين أقصى مدة الحمل وأدناها. والجنين ليس في كل الأحوال ولداً صلياً للمتوفى، بل قد يحدث أن يكون من غيره إلا أنه يرثه، وهذا ما جعل الفقهاء يفصلون بين حالتين هما:

(أ) **إفرا كان الجنين من المتوفى**: من زوجية قائمة وقت الوفاة، أو ترك زوجته معتدة، فإنه يثبت الميراث للجنين بأن تضعه أمه في مدة أقصاها أكثر مدة الحمل، وفي حال قيام الزوجية يبدأ احتساب المدة من تاريخ وفاة الزوج.

أما إذا كانت الأم معتدة من طلاق فيبدأ احتساب المدة من وقت الفرقة

(1) م/علي الصابوني-المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة-ط2-دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة-السعودية-1996-ص 50

لا وقت الوفاة<sup>(1)</sup>.

ب) (إزا كان (الجنين من غير المتوفى): كمن توفي وترك زوجة أب حامل، فإن الحمل لا يرث إلا إذا وضعت أمه في مدة تقل عن ستة أشهر وهي أقل مدة حمل، فإذا أتت به لأكثر من ذلك، فلا يرث لإمكان علوقه بعد وفاة المورث، فينعدم بهذا شرط استحقاق الميراث<sup>(2)</sup>.

2- أهليته للتملك بأن يولد حياً.

وبناءً على ما تقدم فإنه قد وضعت أحكام لخال التقسيم والاحتياط لمصلحة الحمل ما أمكن الاحتياط وكان ذلك الاحتياط بأن يُعطى الورثة الموجودون أقل ما يستحقه كل واحد على فرض الذكورة والأنوثة، ويُفرض الحمل واحداً ولكن ولاحتمال أن يكون أكثر من واحد يؤخذ كفيل من الورثة الذين يتأثر نصيبهم بالتعدد بأن يُعطى عند الولادة ما يُنقصه التعدد في نصيبه إن تبين أن الحمل أكثر من واحد.

ولبيان هذا الإجمال، نقول أن للحمل في وراثته أربعة أحوال:

أول حال: ألا يرث مطلقاً على فرض الذكورة ولا على فرض الأنوثة كما في المسألة

التالية:

توفي رجل عن زوجة، أختين شقيقتين وأمّ وزوجة أب حامل. فإنه في هذه الحالة لا يرث الحمل على فرض الذكورة ولا على فرض الأنوثة، لأنه إن كان ذكراً فسيكون أختاً لأب يأخذ الباقي، وليس في المسألة باق بعد أصحاب الفروض، إذ للزوجة الربع ( $\frac{1}{4}$ )، للأختين الثلثان ( $\frac{2}{3}$ ) وللأمّ السدس ( $\frac{1}{6}$ )، فيكون أصل المسألة من 12 تعول إلى 13، فلا باق فيها.

وإن فرض أنى فستكون أختاً لأب محجوبة لاستحقاق الأختين الشقيقتين ( $\frac{2}{3}$ ) مع عدم

وجود من يعصبهما.

ثاني حال: أن يرث قدراً واحداً على فرض الذكورة والأنوثة بمعنى أنه يُشارك الورثة في

نصيب لا يتغير ويكون ذلك إذا كان الحمل من أولاد الأمّ ومثاله أن يكون الورثة أما حاملاً من غير أب المتوفى، وأختاً شقيقة، وأختاً لأب، ففي هذه الحالة يكون الحمل ولد أمّ يستحق السدس

(1) محمد أبو زهرة-أحكام التركات والمواريث-دار الفكر العربي-مصر-[د.ت.ط]-ص 207

(2) عبد الرحمن الجزيري-الفرقة على المذاهب الأربعة-المجلد 3-دار الإحياء التراث العربي-لبنان-1996-ص 319

( $\frac{1}{6}$ )، لا فرق بين أن يكون ذكراً فيكون أماً وبين أن يكون أنثى فيكون أختاً لأم، وفي هذه الحالة يُحفظ له السدس ويُعطى الورثة أنصبتهم<sup>(1)</sup> لأنه يُشارك الورثة في التركة بنصيب لا يتغير.

ثالث حال: أن يرث على أحد الفرضين ولا يرث على الفرض الآخر، ومثاله أن يكون الورثة زوجاً، أختاً شقيقة، أخوين لأم وزوجة أب حامل، ففي هذه الحالة، لو فرض الحمل ذكراً لا يستحق شيئاً لأنه سيأخذ الباقي ولا باق في هذه المسألة، لأن الزوج يأخذ النصف ( $\frac{1}{2}$ )، الأخت الشقيقة النصف ( $\frac{1}{2}$ ) وللأخوين لأم الثلث ( $\frac{1}{3}$ )، فيكون أصل المسألة من 6 تعول إلى 8، فلا باق.

وإن فرض الحمل أنثى كان أختاً لأب فتستحق السدس ( $\frac{1}{6}$ ) تكملة للثنتين، إذ استحققت الأخت الشقيقة النصف ( $\frac{1}{2}$ ) وعلى ذلك تعول المسألة إلى 9.

وفي هذه الحالة يُحفظ للحمل نصيبه على أنه أنثى، ويُعطى أصحاب الفروض فروضهم على ذلك الأساس، فإن وُلد الحمل وظهر أنه أنثى أُعطي ما حُفظ له وإن ظهر أنه ذكر رُدّ ما حُفظ له إلى الورثة، وكُمّلت لهم أنصبتهم على فرض الذكورة. واستخراج هذه الحال يقتضي أن تُحلّ المسألة حلين:

- أحدهما على فرض الذكورة.
- والآخر على فرض الأنوثة.

وما يثبت أن يرث فيه يُحفظ له نصيب على أساسه ويُعطى الورثة أنصبتهم على هذا الأساس.

رابع حال: أن يرث بكلا الفرضين، الذكورة والأنوثة، ويختلف نصيبه في أحدهما عن الآخر، وفي هذه الحال تُحلّ المسألة حلين: حلّ على فرض الذكورة وآخر على فرض الأنوثة، ويُعطى الورثة ممن تتأثر أنصبتهم أقلّ الفروض والأنصبة في الحالين، ويُحفظ للحمل أوفر النصيبين مضافاً إليه فروق الأنصبة، ومن يتأثر نصيبه بالتعدد يأخذ منه كقيل، فإن وُلد الحمل حياً مستحقاً

(1) محمد أبو زهرة-أحكام الشركات والمواريث-المرجع السابق-ص 214

لذلك النصيب الأوفر له أخذه ذكراً كان أو أنثى، وإن استحق الأقل أخذه، ويرجع على الورثة الذي تأثرت أنصبتهم بالنقصان بالفارق<sup>(1)</sup>، ومثاله:

زوجة حامل بنت أب أم

- على فرض أن الحمل ذكر :

$$\frac{1}{8} = \text{زوجة} \quad \frac{1}{6} = \text{أب} \quad \frac{1}{6} = \text{أم}$$

ابن وبنت = الباقي تعصيباً وللذكر مثل حظ الأنثيين

أصل المسألة من 24 وعندئذ تأخذ:

$$\frac{3}{24} = \text{زوجة} \quad \frac{13}{24} = \text{ابن وبنت} \quad \frac{4}{24} = \text{أب} \quad \frac{4}{24} = \text{أم}$$

فإذا كان مقدار التركة 240 دج، تستحق الزوجة 30 دج، الأب 40 دج، الأم 40 دج، والابن والبنت 130 دج تُقسم بينهما على أساس للذكر مثل حظ الأنثيين فيأخذ الذكر تقريباً 87 دج والبنت 43 دج.

- على فرض أن الحمل أنثى:

$$\frac{1}{8} = \text{زوجة} \quad \frac{2}{3} = \text{بنتان} \quad \frac{1}{6} = \text{أب} + \frac{\text{الباقي}}{6} = \text{أم}$$

أصل المسألة من 24 وتعول المسألة إلى 27:

$$\frac{3}{27} = \text{زوجة} \quad \frac{16}{27} = \text{بنتان} \quad \frac{4}{27} = \text{أب} + \frac{\text{الباقي}}{27} = \text{أم}$$

ومن ثمّ للزوجة 26 دج تقريباً، البناتان 142 دج، الأب 36 دج تقريباً، الأم 36 دج تقريباً. وبالموازنة بين النصيبين نجد أن أقلّ نصبة هي للزوجة 26 دج، للبنت 43 دج، للأم 36 دج، للأب 36 دج يأخذونها، ويُحفظ أوفر النصيبين للحمل وهو 87 دج، كما يُحفظ فرق الأنصبة وهو 16 دج، ويُؤخذ كفيل ممن يتأثر نصيبه بالتعدد وهو البنت، لأنه إن تعدّد الحمل قلّ نصيبها بمقدار عدده، وإن ظهر بعد الولادة أنّ الحمل ذكر وهو الابن أعطي ما حُفظ له وكُمّل نصيب الزوجة إلى 30 دج، الأم 40 دج، الأب 40 دج.

وإن وُلد الحمل أنثى كُمّل نصيب البنت إلى 71 دج وأُعطي الحمل 71 دج، وبقيت أنصبة

الباقيين كما هي.

(1) محمد أبو زهرة-أحكام التركات والمواريث-المرجع السابق-ص 216



وإن وُلد الحمل أكثر من واحد، فإنه يُكَمَّل المحفوظ له من نصيب البنت.

أما عن المشرِّع الجزائري فلقد اشترط لاستحقاق الجنين للميراث ما اشترطه الفقه الإسلامي من وجود الحمل طبقاً المادة 128 ق.أ.ج مع مراعاة المادة 43 من ذات القانون، بالإضافة إلى اشتراط ضرورة ولادته حياً.

إلا أن الملاحظ على المشرِّع الجزائري أنه لم يُحدِّد مدَّة للحمل في حالة وجود الحمل من امرأة غير زوجة المتوفى والزوجية قائمة بينها وبين زوجها وقت وفاة المورث، حيث نصَّ المادة 42 ق.أ.ج قرينة على وجود الحمل إذا وُلد في الفترة ما بين 6 و10 أشهر وهي قرينة قانونية قاطعة نصَّت عليها المادة 43 من ذات القانون وهو النصُّ الذي ينطبق على المعتدات من طلاق أو وفاة، بحيث إذا وضعت الحامل حملها بعد ستة (06) أشهر من زواجها بمؤيِّمها أو مطلقها حسب المادة 42 ق.أ.ج أو قبل انقضاء عشرة (10) أشهر من وفاة زوجها أو مطلقها فإنَّ حملها يرث حسب المادة 43 ق.أ.ج، ومثاله: وفاة شخص عن زوجة حامل بعد شهر واحد من الزواج، فإنَّ الحمل يرث إذا ولدته أمه بعد ستة أشهر من تاريخ الزواج أو قبل انقضاء عشرة أشهر من تاريخ الوفاة.

وخارج حالة المعتدَّة من طلاق أو وفاة فإنَّ القرينة القانونية المنصوص عليها في المادة 42 قابلة لإثبات العكس في غير الحالات المنصوص عليها في المادة 43، وهذا أمر تداركته المادة 174 ق.أ.ج بنصها: "إذا ادَّعت امرأة حملها وكذبها الورثة فإنها تُعرض على أهل المعرفة والخبرة مع مراعاة أحكام ثبوت النسب طبقاً المادة 43 من هذا القانون".

ويُلاحظ على هذا النصِّ أنه أكَّد على مراعاة تطبيق أحكام المادة 43 بالنسبة للمعتدات حيث لا ادَّعاء بالحمل ولا تكذيب ولا عرض على أهل الخبرة، فالحمل الذي يولد خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة يُنسب لأبيه دون نقاش، أما خارج الحالة السابقة فقد ترك المشرِّع الأمر فيه للورثة، ولم يتدخل فيه بتقصير المدَّة عن 10 أشهر أو تمديدتها لأكثر من 6 أشهر لأنَّ تحديد المدَّة قد يُضار به الحمل والورثة. فإذا ادَّعت المرأة<sup>(1)</sup> بأنها حامل وصدَّقها الورثة في

(1) وهي بطبيعة الحال غير زوجة المتوفى لأنَّ زوجة المتوفى ينطبق عليها نصُّ المادة 43.

ذلك، فإن هذا الحمل يحظى بحق الإرث إذا ثبتت له هذه الصفة بعد الولادة، وإذا كذب الورثة المرأة فيكون إلزامياً عرضها على أهل الخبرة للتقرير في وجود الحمل من عدمه<sup>(1)</sup>.  
أما عن طريق توريث الحمل في ق.أ.ج فإن الأمر يتوقف على ما يلي:

أ) أن يوقف للحمل نصيب من التركة حسب المادة 173 ق.أ.ج.

ب) أن تتم القسمة والتوزيع عن طريق القضاء حسب المادة 161 من ذات القانون.

هذا وإن الملاحظ على المادة 173 والتي تنصّ أنه "يوقف من التركة للحمل أكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة إذا كان الحمل يُشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكلّ ولا تُقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها"، أن المشرّع الجزائري قد أوجز القول في ذكر حالات توريث الجنين المذكورة سابقاً، فكان هذا بمثابة الإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 من نفس التشريع.

ونسوق مثلاً فيما يلي حول حالة العمل الذي يحجب الورثة حجب حرمان وحجب نقصان:

توفي عن أخ شقيق وزوجة ابن حامل.

فالمولود هنا سيكون ابن ابن إن وُلد ذكراً فيحجب الأخ الشقيق للمورث حجب حرمان،

أما إذا كان المولود أنثى فستكون بنت ابن يرث معها الأخ الشقيق للمورث النصف  $\frac{1}{2}$ ، ومادام

هناك حجب حرمان يوقف الكلّ ولا تُقسم التركة إلاّ بعد وضع الحامل لحملها.

وبناءً على ما سبق فإنه يُمكن القول بأنّ الأولاد هم ثمرة الحياة الزوجية، وهم سنة الحياة

الدنيا، والحفاظ على النسل بالإيجاب من غايات الزواج المهمة في الإسلام، فإذا كانت آثار الزواج

المادية تعود على الزوجين فإنّ آثارها الطبيعية لا يُعبّر عنها إلاّ قدوم الولد وإقبال الحياة بمولده.

وإنّ الحياة نشوء وانتماء، نشوء بواقعة الميلاد وانتماء بثبوت النسب، فالخروج إلى الدنيا

بغير أب أو بدون أبوين حياة هي الجحيم بعينه.

والأساس في النسب هو إثباته، فإن كان الميلاد واقعة، فالنسب إثبات، وإن كان المولود

وجود فالنسب انتماء<sup>(2)</sup>.

(1) جمال ليشاني-المواريث-ج1-مجلة الموثق-العدد 1999/06-ص 46

(2) م/كمال الدين إمام-المرجع السابق-ص 297-298

وإن النسب إما شرعي Filiation légitime وهو الذي يتبع فيه الولد أباه في الدين، الحضارة والقانون، تنبني عليه حقوق أبوية<sup>(1)</sup>، من حمل الاسم العائلي واستحقاق الميراث، وهو الناتج عن العلاقة الشرعية، كما قد تقدّم به بيانه.

وإما أن يكون النسب غير شرعي وهو الناتج عن العلاقة غير الشرعية، وحينئذ يُنسب الطفل الناتج عن هذه الحالة إلى أمّه بالحمل المرئي والولادة المعلومة، فيحمل لقبها وجنسيته حسب المادة 06 من قانون الجنسية ويرث منها ومن جهتها كإخوته من أمّه.

وإن قانون الأسرة الجزائري لم يتحدّث عن هذا النسب صراحة، بل تحدّث فقط عن النسب الشرعي، كما سبق تفصيله خاصة في المواد 40-41-42 و 43 ق.أ.ج، وجاء ذكر الطفل المجهول النسب فقط في المادة 119 والمتعلقة بالكفالة، وعلى هذا الأساس فلقد أهمل قانون الأسرة الجزائري نسب الطفل عن علاقة غير شرعية ولم يُعالجها، ومن ثمّ وجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 ق.أ.ج والتي يُنسب على أساسها هذا الطفل إلى أمّه بالحمل المرئي والولادة المعلومة.

تلك هي القواعد الثابتة التي تتحدّد بها علاقة المولود بوالديه أو بوالدته والتي بُنيت على أساسها قواعد النسب، فما الذي حدث إذن. بموجب تأثير الاكتشافات الحديثة للعلوم البيوطبية؟

## II- أحكام النسب في كلّ من التلقيح الاصطناعي والاستنساخ البشري:

إنّ الذي حدث، أنه ومنذ ظهور التلقيح الاصطناعي والاستنساخ، انقلبت هذه الحقائق المتعلقة بالنسب والتي كانت ثابتة حتى وقت قريب.

### 1) أحكام النسب في التلقيح الاصطناعي:

يُعتبر موضوع التلقيح الاصطناعي من أهمّ المواضيع التي تُثير إشكالات عديدة في مسألة ثبوت النسب، لأنه يمسّ الأسرة وبالتالي المجتمع، فما المقصود به وما حكمه شرعاً وقانوناً في مجال ثبوت النسب؟

(1) انظر: N/Ait Zaï-L'enfant illégitime dans la société musulmane-R.A-N°02/1990-p.229

أولاً: مفهوم التلقيح الاصطناعي.

إن المقصود به هو عملية اتصال أو التقاء لمني رجل ببويضة امرأة بشكل غير طبيعي<sup>(1)</sup>، أي بتدخل عوامل أخرى مساعدة بفضل تطوّر الاكتشافات البيوطبية، وتقدّم البحوث التجريبية، والتلقيح الاصطناعي عدّة أنواع نوجزها فيما يلي:

أ) التلقيح الصناعي الداخلي: ويتمّ داخل رحم المرأة مباشرة في حالة عجز الناقل<sup>(2)</sup>، أو في الناقل مباشرة في حالة سلامته، ويتمّ الإخصاب في هذه الطريقة إما بماء الزوج أو بماء غيره.

- الإخصاب بماء الزوج<sup>(3)</sup>: حيث يتمّ التلقيح بين مني الزوج وبويضة الزوجة داخل الرحم مباشرة أو في ناقل.

- الإخصاب بغير ماء الزوج<sup>(4)</sup>: يتمّ التلقيح بين بويضة الزوجة ومني رجل آخر مباشرة في الرحم أو في الناقل، ولقد أصبح الحديث فوق هذا وذلك عن اختيار النسل "Eugénisme"، باختيار المعطي، أي حول إنشاء بنك لجمع المنى Banque de sperme<sup>(5)</sup>، وكذا إنشاء مراكز لدراسة وحفظ البويضات والمني CECOS-Centre d'étude et de conservation des œufs et des spermes<sup>(6)</sup>.

2- التلقيح الاصطناعي (الخارجي)<sup>(7)</sup>: ويتمّ هذا التلقيح في أنبوب اختبار خارج الرحم، لتُعاد البويضة المنخصبة إلى رحم الزوجة، وهو نوعان:

أ) التلقيح بأنبوب اختبار بدون تدخل الغير: حيث يجري التلقيح بين بويضة الزوجة ومني الزوج.

ب) التلقيح بأنبوب اختبار بتدخل الغير: وفي هذه الحالة يجري التلقيح بين مني غير الزوج وبويضة الزوجة ثم تُعاد البويضة الملقحة إلى رحم الزوجة.

(1) م/علي البار- طفل الأنبوب والتلقيح الصناعي ومحاذيره- المجلة العربية-السعودية-1986-ص 54

(2) الناقل : عضو تناسلي لدى المرأة وظيفته نقل البويضة من المبيض إلى الرحم.

(3) Insinuation artificielle conjugale.

(4) Insinuation artificielle par donneur.

(5) تشوار جيلالي- الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية-المرجع السابق-ص 135

(6) أحمد عمراني- التلقيح الصناعي بعد الوفاة مخاطره ومحاذيره-الملتقى الوطني حول الحماية القانونية للأسرة

كلية الحقوق-جامعة تلمسان-يومي 28 و 29 أبريل 2002-ص 02

(7) Les fécondations In Vitro (FIV)

3- الحمل لصالح الغير: أو ما يُسمى باستئجار البطون أو شتل الجنين، بأن تُساهم امرأتان في إنجاب ولد واحد، إحداهما ببويضتها والأخرى بالحمل والولادة، حيث وفي إطار الاكتشافات العلمية، أصبح بالإمكان تلقيح بويضة امرأة بمبي زوجها، ل يتمّ زرع هذه البويضة الملقحة داخل رحم امرأة أخرى، يُسلم الطفل بعد ولادته إلى الزوجين بعد إبرام عقد بينهما يُسمى عقد تأجير الرحم، كما يُمكن أن تُلقح بويضة امرأة بمبي زوج الأم، بسبب عقم زوج المرأة الأولى، يتمّ بعد ذلك زرع اللقحة في رحم الحامل وتُسمى هذه المرأة بالأمّ الحاملة أو البديلة (Mère porteuse)<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: الحكم القانوني للتلقيح الاصطناعي في مجال ثبوت النسب.

أمام النجاح المذهل الذي حققه العلم في المجال البيوطي، خاصة إذا علمنا أن الأطباء الجزائريين قد حققوا نجاحاً باهراً في مجال التلقيح الاصطناعي خصوصاً ذلك الذي يتمّ خارج الرحم<sup>(2)</sup>، بحيث تمّ إجراء أوّل عملية تلقيح اصطناعي خارج الرحم في الجزائر في شهر أوت 1999 بعيادة الفرابي بعنابة وكانت نتيجتها أوّل طفل لزوج من ولاية ميله<sup>(3)</sup>، مما يؤدي إلى ضرورة الإسراع بوضع إطار قانوني لضبط عملية الإنجاب بالطرق الحديثة بما يتماشى والقواعد الدينية، الأخلاقية والنظام العام، ومن تمّ يحقّ التساؤل حول موقف الشرع والقانون من هذه الوسيلة العصرية للحمل، فهل يثبت بها النسب أو أنّ العبرة بالاتصال الجنسي فقط؟

لقد أسّس قانون الأسرة الجزائري قواعد ثبوت النسب الشرعي على وجود الزوجية وهو ما تضمّنته المواد 40 و 41 منه، ويجب لفت النظر في هذا الإطار إلى عبارة "وأمكن الاتصال" التي وردت في المادة 41 ق.أ.ج والتي قصد بها المشرّع الجزائري اشتراط إمكانية الاتصال الجنسي. ولكن الفقه الإسلامي المعاصر لا يشترط ذلك حتى يثبت نسب الابن لأبيه، فالعبرة إذن بحمل الزوجة من ماء زوجها ذاته متى تمّ باحترام الضوابط الشرعية لذلك. وبعبارة أخرى فقد ثار الجدل والنقاش في الفقه الإسلامي المعاصر بخصوص مسألة التلقيح الاصطناعي، وما من شكّ أنّ النتيجة التي تمّ التوصل إليها جاءت متماشية مع المبادئ العامة للنسب. ومن يتأمل الأحكام الشرعية المعاصرة يجد أنّها قضت أنّ الصورة المباحة من صور التلقيح الاصطناعي هي التي تتمّ بين رجل وامرأة يرتبطان بعلاقة زوجية، على أن يتمّ توفير شروط معيّنة، على أن كلّ تلقيح مخالف للشروط

(1) مجلة الحقوق-العندد 02-جوان 1998-الكويت-ص 202-هامش رقم 04

(2) جريدة الخبر بتاريخ 04 أوت 1999-ص 24

(3) جريدة الخبر بتاريخ 01 نوفمبر 2001-صفحة أحوال الناس.

يُعدّ حراماً مهماً كانت طرقة أو أهدافه لأنه يلتقي مع الزنا<sup>(1)</sup>، حيث يؤدي إلى اختلاط الأنساب وإقحام عنصر دخيل على الأسرة أجنبي عنها، مع اعتباره منها نسباً، معاملة وميراثاً<sup>(2)</sup>. مع أن قانون العقوبات الجزائري يُجرّم فعل الخيانة الزوجية ويُعاقب الفاعل كما الشريك في المادة 339 منه بعقوبة الحبس من سنة إلى سنتين حفاظاً على الأنساب وعدم تضييعها، وحماية لظاهرة النسل وأصالته.

هذا وإنّ المشرّع الجزائري لم يتطرق إلى مسألة التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري وعليه سيتمّ الاعتماد على القواعد المتضمنة ثبوت النسب في هذا التشريع، على أساس ما قضى به الفقه في هذه المسألة، إذ أنه سمح بالتلقيح الاصطناعي وأجازته لكن بشروط وضوابط يجب الوقوف عندها واحترامها، توجز كما يلي:

1- ألاّ يتمّ التلقيح إلاّ إذا دعت إليه داعية: لأنّ الأمر هنا مرهون بالضرورة القصوى حين يستحيل على المرأة أن تحمل من المرافقة الطبيعية وحيث تُعلّل الأمور بمصالحها، ومادامت الضرورة تُبيح المحظورات.

2- ألاّ يخضع لهذه العملية إلاّ الزوجان: بحيث يقضي الفقه الإسلامي أنه لا يجوز التلقيح الاصطناعي بعد الطلاق بين الزوجين أو الوفاة أو الفسخ<sup>(3)</sup>. وبخصوص الوفاة مثلاً لا يُجيز أغلب الفقه الإسلامي التلقيح الاصطناعي بعد وفاة أحد الزوجين، بحيث إن تمّ هذا الإخصاب فسيتمّ بنطفة غير الزوج على أساس أنّ الرابطة الزوجية انتهت بوفاة الزوج، وعليه لا يُنسب المولود إلى هذا المتوفى بل يُعتبر ابن زنا، وفي هذا القول يقول الشيخ مصطفى الزرقا: "إنّ هذه الصورة محتملة الوقوع ومن الواقع أنّ الإقدام عليها غير جائز شرعاً لأنّ الزوجية تنتهي بالوفاة، وعندئذ يكون التلقيح بنطفة من غير الزوج، فهي نطفة محرّمة"<sup>(4)</sup>. لكن هناك جانب من الفقه يقول بجواز هذه الطريقة أثناء عدّة الوفاة أي الأربعة أشهر و10 أيام، على أن يتمّ الأمر وفقاً لضوابط شرعية وأخلاقية، وفي هذه الحالة يثبت نسب المولود من والده، إلاّ أنّ الرأي الراجح والأقرب إلى

(1) تشوار جيلالي-الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية-المرجع السابق-ص 97

(2) وفي هذا السياق جاء تأكيد الدكتور محمد سيد طنطاوي شيخ الأزهر أن "عدم الالتزام بضوابط وأخلاقيات الإخصاب الطبي يؤدي إلى فساد المجتمع واختلاط الأنساب وأنه لابد من الاحتماء بقيم وأخلاقيات الدين في هذا المجال"، وهو نفسه ما أكدّه الدكتور سامح جاد نائب رئيس جامعة الأزهر-جريدة الرأي-العدد 1161 بتاريخ 02/17/2002

ص 12

(3) تشوار جيلالي-الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية-المرجع السابق-ص 101

(4) أحمد عمراني-المرجع السابق-ص 03

الصواب والمنطق والقواعد الثابتة لثبوت النسب هو عدم جواز هذه الوسيلة للتلقيح الاصطناعي للأسباب التالية:

(أ) من المقرر في قانون الأسرة الجزائري وحسب المادة 47 منه أن الرابطة الزوجية تنحلّ بالوفاة، وبمقتضى هذا، يُصبح الزوج ومجرّد وفاته أجنبياً عن الزوجة.

(ب) أن هذه الطريقة من التلقيح تتعارض مع المادة 43 ق.أ.ج والتي تُحدّد أقصى مدّة حمل المتوفى عنها زوجها بعشرة 10 أشهر.

(ج) أن هذه الوسيلة للتلقيح تتعارض مع أحكام الميراث فيما يخصّ ميراث الحمل، فالسماح بهذا التلقيح سيفسح لا محالة الباب أمام الادّعاء بالحقاق الأولاد بالأزواج بعد وفاتهم بدعوى أنّهم لقّحوا بمني أزواجهم بعد وفاتهم، بغرض الحصول على الميراث، ثمّ إنّ المادة 174 ق.أ.ج تنص على أنه "إذا ادّعت المرأة الحمل وكذبها الورثة تُعرض على أهل المعرفة مع مراعاة أحكام المادة 43 ق.أ.ج"، أضف إلى ذلك المادة 128 من ذات القانون والتي تشترط أن يكون الوارث حملاً أو حياً وقت افتتاح التركة مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث.

(د) أن هذه الوسيلة للتلقيح الاصطناعي تؤدي لا محالة إلى التضحية بمصلحة الطفل الذي يولد حتماً يتيماً، بل إنّ يتمه كان قبل الحمل به أصلاً<sup>(1)</sup>.

(1) يجدر لفت الانتباه إلى موقف القانون الفرنسي، بحيث احتدم الجدل حول قضية التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج ابتداء من قضية باربلاكس Parpalaix حين طلبت السيدة كورين باربلاكس من مركز دراسة حفظ النطاف والبويضات CECOS مني زوجها المخزن به، بغرض أن تلّجح نفسها وتحمل عن زوجها المتوفى بالسرطان وتعلم مولودها العزف على البيانو كما أراد والده، فرفض المركز هذا الطلب بحجة أن المتوفى لم يترك أية تعليمات بهذا الشأن، فرفعت السيدة باربلاكس دعوى أمام محكمة كريناي والتي حكمت لصالحها بتاريخ 01/08/1984 على أساس أن هذا ر يتعارض مع أهداف الزواج وهو الإنجاب، وفجرت هذه القضية جدلاً كبيراً وتعرض القضاء لانتقادات شديدة مركزة كلها على التضحية بمصلحة المولود الذي قررت أمه أن تئده يتيماً، أما عن تبرير المحكمة فكان أنه من أهداف الزواج، فأين هذا الزواج؟ ألم ينتهي بالوفاة!-انظر أحمد عمراني-المرجع السابق-ص 05

وعلى هذا الأساس جاء في قرار آخر عن محكمة تولوز في حكمها الصادر بتاريخ 20 نوفمبر 1989 أنه "لا يمكن أن يسلم مني الزوج إلى زوجته بعد وفاته بغية أن تلّجح به"، ولا ريب في أن لهذا النص حكمته ألا وهي القضاء على كل تفكير في إقامة أسرة من زوج واحد، وحتى لا يمكن برمجة الأطفال اليتامى مسبقاً-تشوار جيلالي-الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية-المرجع السابق-ص 102 أما عن المشرع الفرنسي فلقد اشترط في المادة 02/152 من القانون رقم 94/654 أن يكون الزوجان اللذان يلجآن إلى التلقيح الصناعي على قيد الحياة، ولكنه استثنى حالة استعمال زوجين آخرين اللقيحة المجمدة بعد وفاة أحد طرفيها مع موافقة الطرف الباقي على قيد الحياة، وبناء على قرار قضائي بعد أن يتأكد القاضي من توفر الشروط الضرورية والكفيلة باحتضان المولود في وسط لائق-أحمد عمراني-المرجع السابق-ص 06 أما عن المشرع الإنجليزي فلقد نص في المادة 285 من قانون الخصوبة البشرية وعلم الأجنة الصادر سنة 1990 بأن المولود بهذه الطريقة لا ينسب بالزوج المتوفى-نصر الدين ماروك-التلقيح الصناعي في القانون المقارن والشريعة الإسلامية-مجلة المجلس الإسلامي الأعلى-1999-ص 195

هـ) إنَّ التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج يؤدي إلى إهدار أساس فكرة التلقيح الاصطناعي أصلاً والمتمثلة في أنه وسيلة للإنجاب في حالات العقم<sup>(1)</sup>.

3- أن يتم تلقيح بويضة المرأة بماء زوجها: حيث تخضع عملية التلقيح إلى القاعدة الشهيرة التي تحكم مسألة العموم، والتي مفادها أن "الولد للفراش وللعاهر الحجر". والمقصود بالفراش هو الزوجية التي تُبيح الاستمتاع بين الزوجين، ومن ثمَّ تتمَّ عملية تلقيح بويضة المرأة بماء زوجها دون شكِّ في استبداله أو اختلاطه بماء غيره، وفي هذا يقول الشيخ جاد الحق "إذا كان تلقيح الزوجة من رجل آخر غير زوجها فهو محرّم شرعاً، ويكون في معنى الزنا ونتائجه، وكلّ طفل ناشئ بالطرق المحرّمة قطعاً من التلقيح الاصطناعي لا يُنسب إلى الأب جبراً وإنما يُنسب لمن حملت به ووضعتة"، باعتباره حالة ولادة طبيعية كولد الزنا الفعلي تماماً<sup>(2)</sup>.

كما يجب أن تُباشر هذه العملية جهة علمية موثوق في دينها، علمها وخبرتها، ووفقاً للأخلاقيات العلمية والطبية التي تحكم الممارسة الطبية، وأن تتم العملية في حضور الزوج<sup>(3)</sup>.

ومما سبق يُمكن الخروج بنتيجة مفادها أنه لا يُمكن تأييد عملية تلقيح بويضة الزوجة بماء غير زوجها لأنها محرّمة شرعاً، وهذا ما أكّده مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي بقوله "أنَّ تلقيح بويضة امرأة بمني رجل ليس زوجها واستبدال أو خلط مني الإنسان بغيره، وكذا إنشاء مستودع تُستحلب فيه نُطف رجال لهم صفات معيّنة لتلقيح نساء هنّ صفات معيّنة كلّها محرّمة وممنوعة على الإطلاق، لما يترتب عليها من اختلاط الأنساب وضياع الأُسُر"<sup>(4)</sup>.

ولقد أثبت الواقع أن استعمال مني الغير يؤثر ببيكولوجيا وأخلاقياً على الطفل خاصة إذا علم أنه من غير ماء الأب الذي قام بتربيته، هذا من جهة، ومن جهة أخرى ينتج عن هذه الممارسة أي التلقيح بغير ماء الزوج، وجود نوعين من الأبوة:

1- أبوة بيولوجية: ترجع للأب المتبرّع وهو الأب البيولوجي.

2- أبوة قانونية: ترجع للزوج وهو الأب القانوني.

(1) أحمد عمراني-المرجع السابق-ص 05

(2) تشوار جيلالي-الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية-المرجع السابق-ص 104

(3) محمد شلتوت-الفتاوى-دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية العامة-ط<sup>1</sup>-دار الشروق-مصر-1980-

ص 328

(4) تشوار جيلالي-الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية-المرجع السابق-ص 106



أضف إلى ذلك أن هذا النوع من التلقيح يُضحّي بالزوجين وبوحدتهما الأخلاقية في سبيل الوظيفة التناسلية، وهذا ما لم يُقرّ به الشرع الإسلامي ولا قانون الأسرة الجزائري إذ أن ما يُهدّد وحدة واستقرار الأسرة يُعدّ منبعاً للفتنة والانشقاق والظلم في الحياة الاجتماعية.

وبناءً على ما سبق يُمكن القول أن التلقيح الذي يتم بين بويضة الزوجة ومني زوجها، في حالة قيام علاقة الزواج، وأثناء حياتهما إذا دعت الضرورة، يُعتبر الطريق السليم والصحيح شرعاً وقانوناً حيث يُمكن بذلك إثبات نسب الولد الناتج عنه وإحاقه بوالديه، فيحمل اسم والده كونه من صلبه، كما تثبت الأمومة لأمه صاحبة البويضة وكونها هي التي حملته ووضعته.

لكن ما حكم النسب حالة البويضة الملقحة من غير المرأة التي تحملها؟

يُطرح في هذا الإطار مشكل الأبوة والأمومة حالة استئجار الأرحام أو شتل الجنين، وإذا ألقينا نظرة على المشاكل التي تطرحها هذه المسألة، والتي تختلف باختلاف أحوال الطفل، المرأة مؤجّرة الرحم والزوجين. حيث في حالات كثيرة تُقرّر مؤجّرة الرحم الاحتفاظ بالطفل، وفي حالات أخرى رفضت الأم البديلة وكذا الزوجين أخذ الطفل لأنه ولد مشوّه، ناهيك عن مشكل النسب ومشاكل يصعب حصرها في هذا المقام، وعلى كلّ فلقد استقرّ الفقه الإسلامي على المنع القطعي لوسيلة الحمل بالإنابة<sup>(1)</sup> للأسباب التالية:

1- يُعدّ محلّ العقد غير مشروع: لأنه يتعلّق بالطفل ذاته، والذي لا يُمكن أن يكون بتاتاً محلاً لعقد ما، هذا من جهة، ومن جهة أخرى كونه يتعلّق بالأعضاء التناسلية للمرأة الحاملة أي الرحم وهو في الإسلام حرم يُصان وعرض يُدافع عنه لأنه أساس في تكوين النشء وأصل تنبثق منه الذرية، ويبلغ التحصّن في الفروج والأرحام قمتّه، ويصل التصوّن إلى ذروته بالعقد الشرعي بين الرجل والمرأة، ومن ثمّ فإنّ الرحم حصن لا يُقتحم، وهو ما أكّده الدكتور سعيد محمد صالح<sup>(2)</sup>، وبالتالي فهو لا يحلّ لعقد إجازة بالإضافة إلى كون هذا العقد يحتوي على شروط اعتدائية على الحرية الفردية ومثاله التزام الأمّ البديلة بالتخلّي عن الطفل قبل أن يولد أصلاً. وفي هذا الإطار جرّم قانون العقوبات الجزائري فعل تحريض أبوين أو أحدهما على التخلّي عن طفلها المولود أو الذي سيولد، وذلك بنية الحصول على فائدة، وفعل التحصّل من أبوين أو من أحدهما على عقد يتعهّدان

(1) أو ما يسمى الأمومة بالإنابة Maternité de Substitution.

(2) مقال "بين التقديس والقياس غير الشرعي-الأرحام حصن لا يقتحم"-جريدة الرأي-العدد 1161 بتاريخ 2002/02/17-ص 12.

بمقتضاه بالتخلي عن طفلها الذي سيولد أو شرع في ذلك، وكذا فعل حيازة مثل هذا العقد أو استعماله أو الشروع في استعماله، بالإضافة إلى فعل الوساطة للحصول على طفل بنية التوصل إلى فائدة أو الشروع في ذلك<sup>(1)</sup>.

2- إفساد لمعنى الأمومة: إذ ما حكم نسب المولود في هذه الصورة من صور التلقيح من جهة الأم خاصة، ومن جهة الأب في حالة كون صاحب النطفة هو زوج الأم الحاملة؟ إنه وبالنسبة للحكم من الناحية الشرعية بالنسبة لحالة كون المتبرع بالنطفة هو زوج الأم الحاملة فإنه محرّم، وفي هذا الأمر يقول الشيخ مصطفى الزرقا أنّ "هذه الحالة واضح فيها سبب التحريم لأنّ اللقيحة متكوّنة من مصدرين غير زوجين فهي تؤدّي إلى نسب منتحل غير مبني على الزوجية<sup>(2)</sup>".

أما عن الأمّ الحقيقية، فإنه ورغم الاختلاف الفقهي، فإنّ الرأي الراجح والأقرب إلى المنطق والصواب هو أنّ الأمّ الحقيقية ليست صاحبة البويضة الملقحة وإنما هي الأمّ التي حملت وولدت، للأسباب التالية:

(أ) إنّ جوهر الأمومة ليس إفراز بويضة بدون اختيار المرأة وبدون مكابدة ومشقة، بل إنّ جوهرها بذل وعطاء، صبر وتحمل ومعاناة<sup>(3)</sup> بالحمل في الأحشاء وتغذية الجنين من دم الحامل أشهراً طويلاً<sup>(4)</sup> حتى يغدو الجنين جزءاً من كيان الحامل، إذ أنّها احتملت في ذلك مشقات الحمل وأوجاع الوحوم وآلام الوضع ومتاعب النفاس، فهي ليست مجرد مضيعة، فالصحبة الطويلة، المؤلمة، الحبيبة للجنين بالجسم، النفس، الأعصاب والمشاعر هي التي تولد الأمومة.

(ب) أشارت بعض النصوص القرآنية إلى أنّ الأمّ هي التي حملت وولدت ومنها قوله تعالى: "...إِنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ..."<sup>(5)</sup>، وقوله تعالى: "حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا..."<sup>(6)</sup>.

(1) لقد حددت لهذه الجريمة عقوبة الحبس من شهرين إلى ستة أشهر والغرامة المالية تتراوح بين 500 و20000 دج حسب المادة 320 ق.ع.ج.

(2) عبد الرحمن البسام-أطفال الأنابيب-مجلة مجمع الفقه الإسلامي-العدد 1986/02-السعودية-ص 260

(3) أحمد عمراني-نسب المولود بالتلقيح الصناعي-دراسة حالة الشراكة في الإنجاب بين امرأتين بين أقوال الفقهاء والحقائق العلمية-مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية-العدد 11-فيفري 2002-ص 43

(4) بلحاج العربي-الأحكام الشرعية والطبية للمتوفى في الفقه الإسلامي-المرجع السابق-ص 101

(5) سورة المجادلة-الآية 02

(6) سورة الأحقاف-الآية 15

(ج) أما من الناحية القانونية: فإنه يُمكن ومن خلال المادة 43 ق.أ.ج ربط الأمومة بالوضع بنصّها "....إذا وضع الحمل..."، كما أن الفقه والقضاء مستقرّان على أنّ الأمومة تثبت بالحمل المرئي والولادة المعلومة.

ويُمكن القول مجملاً أنه ومهما تعدّدت تقنيات التلقيح الاصطناعي وحتى وإن علقّ الشرع إجراءاتها على عدّة شروط، فإنه لا يُمكن في الميدان القانوني توحيد أنواع التلقيح الاصطناعي من حيث الآثار التي سُرّبها فيما يتعلّق منها بنسب الطفل، حيث يولد الطفل وليس له أب معلوم يُنسب إليه، كما لا يحظى هذا الطفل بالحنان من أمّ فعلية تقوم بحمله ووضعه وتربيته، كلّها آثار تُصيب ركائز الأسرة بالشلل، ولذلك تقتضي مصلحة الطفل أن يُنسب إلى أبيه متى لُقّحت أمّه بماء والده الشرعي أثناء قيام الزوجية، وفي حياتهما ومتى حملته ووضعت أمّه (الزوجة). وعلى إثر ذلك نقول مع الأستاذ روجي نرسون أنه "يجب الدفاع لا على حرية الفرد، وإنما كرامته ضدّ حرّيته، حماية الإنسان ضدّه شخصياً"<sup>(1)</sup>.

## 2) أحكام النسب في الاستنساخ (البشري):

إنّ الحديث عن الاستنساخ البشري ربما أصبح أمراً غير شائك لكثرة ما كُتب عنه من بحوث علمية ودينية ونحوها، وإذا قيل أننا بعيدون تقنياً عن الوصول للاستنساخ بمعنى أنّ المستوى العلمي يُنقذنا من الوقوع في مشكلة الاختيار والرأي في مواجهة هذا الموضوع، إلّا أنّ هذا لا يمنع من الوقوع فيه كمستهلكين<sup>(2)</sup>، وهو أمر خطير يتطلّب الحديث عنه، إلّا أنّ المقام لا يتسع للتفصيل فيه، وعليه سيتمّ التعرّض إلى مفهومه ثمّ إلى حكمه الشرعي والقانوني، فلمؤكّد أنّ لا موانع تقف حائلاً دون تطبيق الاستنساخ الجيني على البشر، وحينئذ ما سيكون حال الأسرة، وكيف ستُصبح مقوّمات النسب؟

## أولاً: مفهوم الاستنساخ البشري.

هو فرع من فروع علم الأحياء، ومجال من مجالات هندسة الوراثة وهو عملية مفادها إنتاج كائن حي مطابق تماماً جينياً وشكلاً لكائن حي آخر وكأنه صورة طبق الأصل<sup>(3)</sup>، وهو بتعريف أدقّ وبتعبير أبسط يتمّ وفقاً للخطوات التالية:

(1) تشوار جيلالي-الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية-المرجع السابق-ص 167

(2) م/علي البديوي-استنساخ الأجنة... ثورة علمية أم كارثة إنسانية؟-مجلة العربي-العدد 454-سبتمبر 1996-ص 167

(3) مجلة البحوث الفقهية المعاصرة-العدد 2000/47-السعودية

أ) تؤخذ خلية من إنسان يُراد استنساخه، ويتمّ زرع نواة تلك الخلية للصفات الوراثية وفقاً لطرق علمية معيّنة، ويتمّ في المقابل استخلاص نواة خلية حيّة من بويضة امرأة سليمة لتُصبح الخلية الأنثوية مستعدّة لاستقبال أيّ نواة مشابهة.

ب) يتمّ زرع نواة الخلية الوراثية للإنسان الأصلي في هذه البويضة، لتنتج خلية جديدة مكوّنة من خلية البويضة ونواة الخلية الوراثية للإنسان الأصلي، ويتمّ إجراء بعض اختيارات الهندسة الوراثية على الخلية. ثمّ تُعرض لتيار كهربائي وفق درجات معيّنة وبطرق محدّدة حتى يحدث اندماج كامل بين عناصر الخلية الجديدة للتأكّد من حملها لكلّ الصفات الوراثية للإنسان الأصلي.

ج) يتمّ زرع هذه الخلية الجينية من جديد في رحم امرأة لتستكمل نموّها الطبيعي بحيث يأخذ الجنين في الرحم دورته العادية، ثمّ يولد صورة طبق الأصل للإنسان المأخوذ منه الخلية<sup>(1)</sup>.

وعليه فالاستنساخ تكاثر أجنبي بحيث لا يعتمد على الخلايا المنوية، بل هو تكاثر جسدي، قد يكون بين جنسين مختلفين، كما قد يكون من جنس واحد<sup>(2)</sup>. ولقد خلق الله تعالى الناس متمايزين، كما خلق سبحانه للكون كله أزواجاً، كما جعل الأسرة الخلية الأولى هي التي تنقل الدين القيم والمبادئ السامية، في حين أنّ الاستنساخ البشري لا يحترم التمييز بين الناس والذي جعل الله تعالى به لكلّ كائن بشري شخصيته المستقلة والتي يُخاطب على أساسها، ومن ثمّ فالاستنساخ لا يحترم التمييز بين طفل وآخر طالما قد يكون أحدهما صورة طبق الأصل للآخر.

بالإضافة إلى كون الاستنساخ البشري يُحرّف من مبدأ الزوجية في الكون وفي الحياة، والذي فطر الله به عباده<sup>(3)</sup>، لأنّ الاستنساخ يُنشئ الحياة بطريقة التكاثر الجسدي ويُلغي في ذات الوقت التكاثر الجنسي.

رغم أنّ لمبدأ الزوجية في الكون وفي الحياة قيمة ولاشكّ، إذ الحكمة من الزواج تتمثل في كونه يُعتبر أفضل وأنجع وسيلة لإنجاب الأطفال وتكثير النسل واستمرار الحياة مع الحفاظ على الأنساب، ومن ثمّ فإنّ الاستنساخ البشري يُؤدّي إلى القضاء على مفهوم العائلة، لأنّ هذه النسخ ليست بحاجة إلى أب أو أمّ بقدر ما هي بحاجة إلى مؤسسة تقوم برعايتها.

(1) تشوار جيلالي-الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية-المرجع السابق-ص 124-

هامش 01

(2) مجلة الحقوق-المرجع السابق-ص 705

(3) قال الله تعالى في سورة النبأ، الآية 08 "وَحَلَقْنَاكُمْ أَزْوَاجًا"، وقوله تعالى في الآية 49 من سورة الذاريات "وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ".

وعندئذ تُصبح مصطلحات الأبوة، الأمومة والأخوة، التواصل الأسري والعاطفة من مخلفات الماضي، مما يؤثر سلباً على نمو الطفل وعلى نفسيته<sup>(1)</sup>.

ثانياً: الحكم الشرعي والقانوني للاستنساخ البشري في إطار ثبوت النسب. إن الاستنساخ البشري غير مشروع شرعاً وقانوناً، كونه مخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية، وفي هذا السياق جاء رأي فضيلة العلامة الدكتور يوسف القرضاوي أنه "يجب الوقوف ضدّ هذا الاكتشاف العلمي الهدّام إذ أنه خشية عدم القدرة على سدّ باب التقدّم العلمي الهدّام فالأولى أن نسدّه من أوّل مرّة"، وفي نفس الإطار يرى فضيلة الدكتور سيد طنطاوي أنّ "الأمر غير طبيعي ويجب تشديد العقوبة على من يقوم بهذه العملية، لأنّ خروج الإنسان يتمّ نتيجة تلقيح بويضة أنثى بحيوان منوي من ذكر، هذا شرع الله، أما خلاف ذلك فهو ضدّ المبادئ الأخلاقية والاجتماعية، لأنّ الإسلام مع العلم الذي يخدم البشرية، وأنّ العلم يجب أن يقوم على ثلاث أمور: الإيمان، الأخلاق وخدمة البشرية، كما يجب الحفاظ على مقاصد الشريعة الإسلامية ومنها الحفاظ على الأنساب"، ومن ثمّ فإنّ الاستنساخ يخرق القواعد والضوابط الأخلاقية والقيم السامية التي بُنيت الأبوة والأمومة وفوق هذا وذاك يوقع في إشكالية شرعية عديدة منها علاقة الأخوة وقضايا الزواج والميراث<sup>(2)</sup>.

وعلى هذا الأساس سارت المنظمة العالمية للصحة في قرارها الصادر في شهر ماي 1997 والذي جاء فيه أنّ "التوالد بواسطة استنساخ الكائنات البشرية أمر غير مقبول أخلاقياً، ويُشكّل انتهاكاً لحرمة الحياة البشرية، كما أنه يُشكّل انتهاكاً لبعض المبادئ المنظمة لمسألة التناسل"<sup>(3)</sup>. وذات الرأي جاء على لسان ريموند فيلين رئيس التحالف الوطني الكاثوليكي وسفير الولايات المتحدة الأمريكية إلى الفاتيكان، حيث جاء في بيانه أنه "ربما يُسمّيها البعض طفرة في مجال الطب وأعتقد أنّها انتكاسة أخلاقية، وأنّ إعادة إنتاج بني البشر صارت بيد الإنسان فيما هي من اختصاص الخالق"<sup>(4)</sup>.

(1) م/علي البديوي-المرجع السابق-ص 180

(2) تشوار جيلالي-الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية-المرجع السابق-ص 130 و133

(3) جريدة الخبر الصادرة بتاريخ 15/05/1997-ص 02

(4) جريدة الرأي الصادرة بتاريخ 28/11/2001-العدد 1095-ص 14

أما عن موقف القانون الجزائري، فإنّ الباحث في مجموع القوانين الوطنية لا يجد لموضوع الاستنساخ البشري فيه شأن، حيث لم يرد بخصوصه نصّ خاص، والسبب يرجع إلى كونه موضوعاً حديث النشأة، وعلى الرغم من ذلك فإنّ المنع القطعي لهذه التجربة والتقنية الحديثة لإنشاء الحياة يُمكن استخلاصه بداية من الدستور الجزائري في مادته 02/34 بنصّها "يحظر أيّ عنف بدني أو معنوي أو أيّ مساس بالكرامة"، أضف إلى ذلك قانون أخلاقيات الطب والذي تنصّ مادته 02/06 على أنه "يجب على الطبيب أن يُمارس مهامه على أساس احترام حياة وشخصية وكرامة الإنسان".

ومن ثمّ فإنّ حظر إجراء الاستنساخ البشري ما هو إلّا نتيجة منطقية للمحافظة على الكائن البشري<sup>(1)</sup>، ومن ثمّ الطفل، وكذا لتفادي القضاء على دور الأسرة وتجنّب هدم الركائز الأساسية للعلاقة الزوجية وأهدافها والمتمثلة في إنجاب الذرية والحفاظ على الأنساب، كيف لا وفتح الباب أمام الاستنساخ سيؤدّي إلى اختلاط الأنساب لعدم مراعاته الضوابط التي تقوم عليها الروابط الأسرية والنسبية.

وفي هذا السياق جاء التأكيد على لسان الدكتور أحمد عمر هاشم رئيس جامعة الأزهر "بضرورة وجود ضوابط أخلاقية للعلم، وأن يكون هناك توجيه إسلامي للعلوم، ولكي يتمّ المحافظة على الأسر والمجتمعات الإنسانية وعلى الإنسان الذي هو خليفة الله في الأرض"<sup>(2)</sup>.

(1) تشوار جيلالي-الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية-المرجع السابق-ص 126  
(2) جريدة الرأي الصادرة بتاريخ 2002/02/17-العدد 1161-ص 12

## البند الثاني: الحق في الحضانة.

يتعلق الأمر بحق الطفل، سواء اجتمعت عائلته أو انفصلت، بحقه في الرضاعة الطبيعية بالإضافة إلى حقه في الرعاية، والتي تقتضي ممارسة الأب للسلطة الأبوية، كما تقتضي العناية بالطفل، وحفظه صحياً وخلقياً وذلك للحفاظ على الجانب العقلي والجسدي للطفل وتقويته، وهو ما سيتمّ التفصيل فيه كما يلي:

### I- حق الرضاعة:

تعدّ الرضاعة غذاءً مناسباً للطور الأوّل من حياة الطفل، ذلك أنّ لبن الأم يُعتبر أنسب غذاء له، فلقد دلّت الأبحاث العلمية أنّ لبن الأم لا يُماثلُه لبن آخر لما فيه من الفوائد الغذائية والصحية، فلبن الأم متكامل للولد يمتزج بجسده<sup>(1)</sup>. والسؤال الذي يُطرح في هذا المقام هو هل الأم مجبرة على إرضاع وليدها أم أمّا مخيرة في ذلك؟

للإجابة عن هذا السؤال لابدّ أولاً من تعريف الرضاعة والتي يُقصد بها وصول حليب المرأة المرضعة إلى جوف الرضيع عن طريق المصّ بالشفتين، ويجب أن يكون محققاً، فإذا لم يتحقق ذلك لا يُعتبر الرضاع سبب من أسباب الحرمة أو الموانع.

أما عن حكم إرضاع الأم لطفلها، فالأمر يختلف بين الأم الزوجة والأم المطلقة.

فلقد انقسم فقهاء الشريعة الإسلامية بشأن حكم إرضاع الزوجة لطفلها إلى قسمين<sup>(2)</sup>:

الرأي الأول: ذهب الحنفية إلى أنّ الرضاع واجب على الأم ديناً لا قضاءً، فإذا تركت إرضاع ابنها تُعتبر آثمة عند الله، ولا يجبرها القاضي على الإرضاع إلا في حالات الضرورة وهي ثلاث:

- إذا كان الولد لا يقبل ثدي غيرها.
- إذا لم يكن للأب ولا المولود مالاً يستأجر به مرضعة، ولم توجد مرضعة متبرّعة.
- إذا لم يجد الأب من تُرضع المولود ولم توجد مرضعة متبرّعة<sup>(3)</sup>.

(1) فتوى من مجلة البحوث الفقهية المعاصرة-العدد 2000/44-السعودية-ص 244

(2) مصطفى السباعي-شرح قانون الأحوال الشخصية-المجلد 01-الزواج وانحلاله-المكتب الإسلامي-مصر-1997-ص 248

(3) الإمام أبو زهرة-الأحوال الشخصية-ط3-دار الفكر العربي-مصر-1965-ص 401

الرأي الثاني: ذهب المالكية إلى أن الأم مجبرة على إرضاع ولدها ديناً وقضاً، إلا إذا كانت طبقة نساؤها لا يرضعن أولادهن بأنفسهن، استدلالاً بقوله تعالى: "وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ..."<sup>(1)</sup>.

بجاء لا يجوز للآم أن تمتنع عن إرضاع طفلها، كما لا يجوز للأب أن يمنعها من ذلك، بالإضافة إلى كون الرسول ﷺ قد جعل مرتبة برّ الأم أعلى من مرتبة برّ الأب، وما ذلك إلا جزاء مشقتها ومراعاتها للولد، ولا شك في أن إرضاعها لها يعدّ من أهم جوانب المراعاة والرعاية، كيف لا وهي التي تمدّه بالغذاء الكافي والشافي لنموّه!

أما بشأن المطلقات، فالفقهاء يميّزون بين المطلقة طلاقاً رجعيّاً والمطلقة طلاقاً بائناً، بحيث تكون المطلقة طلاقاً رجعيّاً في حكم الزوجة في كلّ الأحوال إذا كانت لا تزال في العدة، أما المطلقة طلاقاً بائناً فهي إما أن تتعيّن لإرضاع طفلها أو ألا تتعيّن لذلك. فإن تمّ تعيينها لذلك بأن وُجدت حالة من حالات الضرورة المشار إليها سابقاً في حكم إرضاع الزوجات لأولادهنّ، كان الإرضاع واجباً عليها وتُجبر عليه ديناً وقضاً وإلا فلا تُجبر عليه، ولا فرق بين المطلقة طلاقاً بائناً حين تتعيّن لإرضاع طفلها وبين المطلقة طلاقاً رجعيّاً والتي لا تزال في عدتها وبين من كانت زوجيتها بأب الطفل قائمة لحماية لمصلحة الطفل وصيانة له من الهلاك<sup>(2)</sup>.

هذا عن الحكم الشرعي، أما عن الحكم القانوني، فالملاحظ أن المشرّع الجزائري ومن خلال نصوص قانون الأسرة الجزائري لم يُجبر الأم على إرضاع وليدها بدليل المادة 02/39 التي تنصّ أنه "يجب على الزوجة إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم".

## II- حق الرعاية:

تعتبر الحضانة مظهراً من مظاهر رعاية الطفل وتُعتبر في أثناء قيام الرابطة الزوجية جزءاً لا يتجزأ من السلطة الأبوية في الشريعة الإسلامية<sup>(3)</sup>.

(1) سورة البقرة-الآية 233

(2) م/كمال الدين إمام-المرجع السابق-ص 328

(3) انظر H/Bencheikh Dennouni--La garde: Un attribut de la maternité en droit Algérien-R.I.D.C-N°03/1986- p.902



أما في حالة الطلاق فتُسند الحضانة للأحق بها من أسرة الطفل وتبقى السلطة الأبوية للأب باعتباره ربّ العائلة ما لم يتمّ إسقاطها عنه، حيث تُسند للأمّ بعده طبقاً للمادة 87 ق.أ.ج، وعلى ذلك الأساس سيتمّ التعرّض بداية إلى السلطة الأبوية ثمّ إلى الحضانة بعد انفصال الوالدين.

1- السلطة الأبوية: إنّ ممارسة السلطة الأبوية أهمية بالغة إذ تُعدّ بمثابة حماية أكيدة لنمو الطفل ونشأته في ظروف عادية، دون أن يكون عرضة لخطر يُهدّده مادياً ومعنوياً<sup>(1)</sup>.

وتجدر الإشارة أولاً إلى الاختلاف بين الكتاب والمؤلفين حول تسمية السلطة التي يملكها الأب والأمّ قانوناً في توجيه طفلهما، إذ فضّل بعض الأساتذة الغربيون استعمال عبارة "سلطة الأوصياء" Puissance parentale والاختلاف ناتج على أساس الأشخاص الذين لهم الحق في استعمال هذه السلطة، ويُعرّفها الفريق الأول أنّها "مجموعة حقوق والتزامات منحها القانون أو فرضها على الأب والأمّ فيما يتعلّق بقيامهم بحفظ أطفالهم القصر شخصاً ومالاً من خلال التزامهم بواجب الرقابة والتربية<sup>(2)</sup>، الالتزامات المتعلقة بالحياة اليومية للطفل طبقاً للمادة 02/372 من القانون المدني الفرنسي<sup>(3)</sup>.

في حين يذهب الفريق الثاني إلى تفضيل عبارة السلطة الأبوية Puissance parentale وإلى اعتبارها نتيجة علاقة قرابة، لذلك يُفضّلها عن عبارة "سلطة الأوصياء" ويُعرّفها أنّها "مجموعة حقوق وواجبات يمنحها القانون إلى الأب وفي غيابه إلى الأمّ على شخص الطفل القاصر وماله<sup>(4)</sup>.

وبهذا المفهوم تكون السلطة الأبوية عبارة عن وسيلة حماية مضاعفة للأطفال وليست امتيازاً ولا وسيلة سيطرة الآباء على أبنائهم، بحيث تُمكن الأب من مراقبة تصرفات ابنه وحراسته ومن ثمّ الإشراف عليه وتربيته، ولا يتسنى ذلك إلاّ إذا كان الطفل يسكن مع من يتولّاه، وهو ما نصّت عليه المادة 38 ق.أ.ج بقولها "أنّ موطن القاصر... هو موطن من ينوب عنه قانوناً".

فالسلطة الأبوية تحتوي في معناها حقوق الطفل على القائم بها أو من يُمارسها وأهمّها:

(1) السلطة الأبوية تمسّ الجانبين المعنوي والمادي، وهذا الأخير سيتمّ التعرّض إليه في الحماية المادية للطفل-الولاية على المال.

(2) انظر: Dupont Délèstraint-Les personnes et les droits de la personnalité-Les incapacités-La famille-Répertoire international de droit-Dalloz-8<sup>ème</sup> édition-p.131

(3) انظر F/Laroche Gisserot-المرجع السابق-ص 30

(4) انظر: Ghaoui Ben Melha-Le droit Algérien de la famille-O.P.U-Algérie-1993-p.282.

### أولاً: حق الرقابة والحراسة.

إنّ هذا الحق يثبت للطفل من يوم ميلاده إلى غاية انتهاء مرحلة الطفولة، وهذا ما يُفسّر قدرة الأب (وبعده الأم) في الاستعانة بالقوّة العمومية لإجبار الطفل على الرجوع إلى المسكن حالة فراره منه<sup>(1)</sup>، أضف إلى ذلك أنّ له بمقتضى هذا الحق أن يُقاضي أيّ شخص اعتدى على الطفل أو حاول خطفه، كما يُحوّل هذا الحق القدرة على مراقبة علاقات الطفل ونشاطه، فله من خلال ذلك أن يمنع زيارة أشخاص له إذا كانوا ممن لا يستحبّ رفقتهم، وبصفة عامة فإنه يُمكن من التدخل في حياة الطفل الخاصة، ويكون القائم بالسلطة الأبوية مسؤولاً مدنياً عن الأضرار التي يتسبّب فيها الطفل للغير نتيجة للتبعية الموجودة بين القائم بالسلطة الأبوية والطفل تطبيقاً لنظرية مسؤولية المكلف بالرقابة<sup>(2)</sup>، حيث يقول الأستاذ تركي في هذا المجال "يجب أن يكون الطفل القاصر ساكناً مع آباءه حتى يكون أحدهما محلّ مساءلة عن الأضرار المتسبّب فيها ابنهم ويُطالبون بالتعويض عنها مدنياً"<sup>(3)</sup>.

### ثانياً: حق التربية.

إنّ التربية تنمية لشخص الطفل في جميع جوانبها وهي تُحقّق له التوازن الداخلي وتُمكنه من التفاعل مع الثوابت والتكيّف مع المتغيّرات في المجتمع، وإنّ تربية الطفل على محاسن العادات ومكارم الأخلاق تُعدّ من الأولويات التي تُسخر من أجلها كلّ طاقة، مجهود ووسيلة، لأنها إعداد الطفل لأن يحيا حياة كاملة، كما أنّها تنمية لقواه البدنية، الفكرية والخلقية تنمية منسّقة متوازنة. فالتربية فنّ وعلم يقودان الطفل بمساعدة العلوم وتأثير الأسرة الحسنة والقُدوة الصالحة إلى حالة يقدر بها على بلوغ غايات الإنسان الثلاث الدينية، الاجتماعية والوطنية. من هنا كانت حاجة الطفل شديدة لملازمته أبويه في هذه الحقبة من الزمن<sup>(4)</sup>.

(1) انظر Ghaouti Ben Melha-المرجع السابق-ص 284

(2) استناداً إلى المواد 134 و 1/135 ق.م.ج واللذان تنصان وعلى التوالي: "كل من يجب عليه قانوناً... رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصر... يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله الضار، ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز"، "يكون الأب وبعد وفاته الأم مسؤولان عن الضرر الذي يسببه أولادهما القاصرون الساكنون معهما".

(3) انظر: Nour Eddine Terki-Les obligations-Responsabilité civile et régime général-O.P.U-Algérie-1982-p.103.

(4) م/بن أحمد الصالح-الطفل في الشريعة الإسلامية-مطبعة النهضة-مصر-[د.ت.ط]-ص 61

وإنّ هذه التربية في الإسلام ينبغي أن تكون ذات أبعاد وآفاق تُمكن الطفل من تقوية الثقة بالنفس وضبطها حيث يتجسّد التوازن بين نوازعها وميولها الوجدانية بما يُمكن الاعتدال والتوسّط بين مطالب العقل والقلب<sup>(2)</sup>.

هذا وإنّ التربية يلتزم بها الوالدان معاً، فالمشرّع الجزائري جعلها واجباً مشتركاً بين الزوجين بحيث تنصّ المادة 01/60 من الدستور على أنه "يجازي القانون الآباء على القيام بواجب تربية أبنائهم ورعايتهم"، بالإضافة إلى المادة 02/36 ق.أ.ج بنصّها "يجب على الزوجين التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم"، ثمّ تُضيفه المادة 02/39 ق.أ.ج التزاماً على الزوجة بنصّها "يجب على الزوجة إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم". وبناءً عليه تجب العناية بالأطفال وتعويدهم على الأخلاق الفاضلة والنبيلة، لأنّ الأسرة هي الخلية الأولى في حياة الطفل، ومن واجب الأمّ كذلك ملاحظة أبنائها في يقظتهم، نومهم، ذهابهم وإياهم، والعمل على تنميتهم والمحافظة عليهم من كلّ ما يُعرضهم للخطر، وعلى الأب أن يشترك مع الأمّ بما فيه صالح شأن الصغير بتنميته. فعلى الأب تعليمه في حدود استطاعته بإرساله إلى المدرسة فور بلوغه السنّ القانوني لذلك، واتخاذ كلّ الإجراءات اللازمة، وهو ما تتطلّبه الرعاية الأخلاقية، وقد قال جون جاك روسو عن طفله "إنّ الغرض الأساسي من تربيته وهو أن علّمه كيف يشعر ويُحبّ الجمال في أشكاله، وأن أُرسخ عواطفه وأذواقه وأن أمنع شهواته من التزول إلى الخبيث والمردول، فإذا تمّ ذلك وجد طريقه إلى السعادة ممهداً"<sup>(3)</sup>.

والمهمّ في التربية هو اتفاق كلّ من الزوجين على خطة موحّدة وأسلوب مشترك في تربية الأطفال<sup>(4)</sup>.

وبناءً على ما سبق فإنه يُمكن الخروج بنتيجة مفادها أنّ السلطة الأبوية تنطوي على حماية الطفل، ولكن قد يتمّ المساس بالأهداف وكذا الخروج عن الحدود المرسومة لها قانوناً أثناء ممارستها مما يدفع إلى ضرورة سقوطها حماية للطفل، وفي هذا الإطار يقول كاربونييه "إنّ سقوط السلطة

(1) حسب المادة 01/06 من قانون الجنسية.

(2) سعيدات عبد القادر-الشراكة الزوجية وأثرها على البناء الأسري-مجلة المجلس الإسلامي الأعلى-العدد 2000/03-ص 509

(3) نجيب الكيلاني-أدب الأطفال في ضوء الإسلام-ط2-مؤسسة الإسراء-الجزائر-1991-ص 22

(4) أ/منصور يوسف علي-المرجع السابق-ص 85

الأبوية ليس هو جزاء بل هو في الحقيقة تدبير لحماية الطفولة<sup>(1)</sup>، بالإضافة إلى أسباب أخرى يُمكن حصرها كما يلي:

أ) الاستحالة المادية للقائم بها: ويُقصد بها الاستحالة الصحية أي العجز أو المرض سواء البدني أو العقلي، كما يندرج تحت هذه الاستحالة المادية العجز المالي والذي يمنع القيام بها على أحسن وجه.

ب) الوفاة: أي وفاة القائم بها أو وفاة الخاضع لها.

ج) الحكم على القائم بها بعقوبة جنائية حالة ارتكابه لجرائم انتهاك الآداب، وهو ما نصّت عليه المواد 334 إلى 337 ق.ع.ج، جرائم تحريض القصر على الفسق والدعارة وهو ما تضمنته المواد 342 و344 ق.ع.ج، جرائم ترك الأسرة طبقاً للمادة 01/330 ق.ع.ج، جرائم تعريض الطفل للخطر جسدياً أو معنوياً حسب المادة 03/330 من ذات القانون وحتى حالة الحكم على القائم بها بعقوبة تبعية مثل الحرمان من الحقوق المدنية حسب المادة 04/08 من ق.ع.ج، ونفس الحكم ينطبق على تدابير الأمن وفقاً للمادة 04/19 ق.ع.ج.

هذا وبعد سقوط السلطة الأبوية عن الأب تُسند إلى الأم طبقاً للمادة 87 ق.أ.ج<sup>(2)</sup> بنصّها أنه "يكون الأب ولياً على أولاده القصر وبعد وفاته تحلّ الأم محلّه قانوناً"<sup>(3)</sup>.

أما في حالة إهمال الأب لأسرته أو فقدانه فإنه يجوز للقاضي وقبل أن يُصدر الحكم بالحضانة، وبناءً على طلب الأم، أن يسمح لها بتوقيع كلّ شهادة إدارية ذات طابع مدرسي أو اجتماعي تتعلق بحالة الطفل داخل التراب الوطني طبقاً للمادة 63 ق.أ.ج، وبالتالي لا سلطة أبوية للأمّ في هذه الحالة<sup>(4)</sup>، بل فقط تمكينها بموجب ترخيص القاضي من توقيع كلّ شهادة إدارية متعلّقة بحالة الطفل أو تعليمه المدرسي داخل التراب الوطني لحماية للطفل، خاصة وأنّ الأمر مرتبط بإذن القاضي بذلك في حالتي الإهمال أو فقدان لا غير.

(1) الغوتي بن ملحّة-سقوط السلطة الأبوية والمساعدة التربوية تدبيران لحماية الطفولة-م.ج.ع.ق.إق.س- العدد 2000/01-ص 10

(2) الغوتي بن ملحّة-المرجع نفسه-ص 10

(3) إن هذه المادة تتحدث عن حالة الوفاة فقط في حين أن السلطة الأبوية تنتقل إلى الأم بعد سقوطها عن الأب.

(4) انظر:- R.A- Les droits moraux et patrimoniaux de l'enfant après le jugement de divorce- Akacha Mohieddine- N°01/2000-p.257.

## 2- حق الحضانة:

إنّ الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحياً وخلقياً طبقاً للمادة 62 ق.أ.ج، ومن ثم فإنّ المشرّع الجزائري قد جاء بتعريف جامع وشامل وبارادة قوية للحفاظ على الجانب الروحي والعائدي للطفل المحضون وتقوية الجانب العقلي والجسدي لديه، وحدّد واجبات الحاضن وبالتالي وضع نطاق للحضانة ووظائفها.

### أولاً: أحكام الحق في الحضانة.

لقد اشترطت المادة 02/62 ق.أ.ج أن يكون الحاضن أهلاً للقيام بذلك على أن يكون بالغاً، عاقلاً أو قادراً على ذلك وأميناً، بمعنى الاستطاعة على صون الصغير في خلقه وجسده حماية له. وفي هذا الإطار جاء في قرار عن المحكمة العليا أنه "من المقرّر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثمّ فإنّ القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يُعدّ خرقاً لقواعد الفقه الإسلامي"<sup>(1)</sup>، كما جاء في قرار آخر أنه "من المقرّر شرعاً وقانوناً أنّ جريمة الزنا تُعدّ من أهمّ المسقطات لحق الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون"<sup>(2)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى مسألة بالغة الأهمية تخصّ ديانة الحضانة، خاصة وأنّ المسلم يُمكنه الزواج بغير المسلمة على أنّ الأطفال الناتجين يتبعون والدهم في لقبه وديانته أي الإسلام، في حين أنّ قانون الأسرة الجزائري لم يشترط الإسلام في الحضانة رغم تأثيرها البالغ على تربية الطفل على دين الإسلام<sup>(3)</sup>، أما عن القضاء الجزائري فلقد سار على مبدأ ممارسة الحضانة بالجزائر أو ببلد إسلامي، إذ لا تمّ ديانة الحضانة مادام للأب حق الزيارة والرقابة، أي أنه يربط مصلحة الطفل بالتربية الدينية وبالبيئة الإسلامية.

(1) ملف رقم 33921 بتاريخ 09/07/1984-م.ق-العدد 04/1989-ص 76

(2) ملف رقم 171684 بتاريخ 30/07/1997-إ.ق.غ.أ.ش-عدد خاص-2001-ص 169

(3) انظر La garde: Un attribut de la maternité en droit Algérien-H/Bencheikh Dennouni-المرجع السابق-

ومن ذلك جاء في قرار عن المحكمة العليا أنه "من المقرر قضاءً في مسألة الحضانة أنه وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصماً على الأولاد بالجزائر، فإنه من يوجد بما يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة"<sup>(1)</sup>.

كما جاء في قرار آخر أنه "من المقرر شرعاً وقانوناً أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يُعدّ قضاءً مخالفاً للشرع والقانون"<sup>(2)</sup>.

أما عن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة، فلقد نصّت المادة 64 ق.أ.ج على أن الأولوية للأُمّ ثمّ تليها بأقربها من النساء أي أمها وأختها ثمّ تعود للأب فأمه ثمّ الأقربون درجة على أن يتمّ دائماً مراعاة مصلحة المحضون. ولقد سار القضاء الجزائري في مسار المشرّع الجزائري في تربيته لأصحاب الحق في الحضانة، ومن ذلك جاء في قرار عن المحكمة العليا أنه "من المقرر قانوناً أنه لا يُمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 ق.أ.ج بالنسبة للحاضنين، إلا إذا أثبت بالدليل من هو أجدر بالقيام بدور الحماية والرعاية للمحضون"<sup>(3)</sup>. وعليه فلقد راعى قضاء المحكمة العليا المصالح النفسية للطفل حيث أسندوا حضانتهم لمن هو أقدر وأصلح له.

وتنصّ المادة 65 ق.أ.ج أن مدّة الحضانة تنقضي للذكر ببلوغه عشر (10) سنوات والأنثى ببلوغها سنّ الزواج، وتُضيف الفقرة الأخيرة من نفس المادة، أنه يُمكن للقاضي أن يُمدّد الحضانة بالنسبة للذكر إلى ست عشرة (16) سنة إذا طلبته الحاضنة التي لم تتزوَّج ثانية، على أن يُراعى في ذلك في الحكم بانتهاء المدّة القانونية، مصلحة المحضون، وفي هذا الإطار جاء في قرار عن المحكمة العليا أنه "إذا أيدت المحكمة العليا الحكم الصادر القاضي بإسناد الحضانة للأُمّ رغم أنّ الأبناء المحضون تجاوزوا سنّ العاشرة، لأنّ القضاة لهم حق تمديد الحضانة للأُمّ رغم أنّ الأبناء المحضون تجاوزوا سنّ العاشرة، ولأنّ القضاة لهم حق تمديد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة ما دامت الأمّ لم تتزوَّج وبالتالي فلا وجود لخرق للمادة 65 ق.أ.ج وعليه تمّ رفض الطعن المقدم من الأب بحجّة أنّ الأبناء تجاوزوا سنّ العاشرة لأنه لم يثبت زواج الأمّ ثانية"<sup>(4)</sup>.

(1) ملف رقم 52207 بتاريخ 1989/01/02-م.ق-العدد 1990/04-ص 74

(2) ملف رقم 59013 بتاريخ 1990/02/19-م.ق-العدد 1991/04-ص 117

(3) ملف رقم 179471 بتاريخ 1998/03/17-إ.ق.غ.أ.ش-عدد خاص/2001-ص 172

(4) ملف رقم 123889 بتاريخ 1995/10/24-ن.ق-العدد 1997/52-ص 60

وإنّ الحضانة ليست حقاً أبدياً، إذ من الممكن إسقاطه إذا توافرت أسبابه التي ذكرتها المواد 66-67-68-69 و70 ق.أ.ج، ضماناً لرعاية الطفل وحمايته، وتجدر الإشارة إلى أنّ عمل المرأة لا يُعدّ من مستقطات الحضانة، وهو ما أكدّه قرار عن المحكمة العليا والذي جاء فيه أنه "من المستقرّ عليه أنّ عمل المرأة لا يُعتبر من مستقطات الحضانة، ومن ثمّ فإنّ القضاء بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة أخطئوا في تطبيق القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>(1)</sup>، على أنّ أسباب سقوط الحضانة تتمثل فيما يلي:

أ) زواج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون: طبقاً لنص المادة 01/66 ق.أ.ج حيث "يسقط حق الحضانة بالتزوّج بغير قريب محرم". وإنّ مقارنة هذه المادة مع بعض المواد الخاصة بحالات الإسقاط<sup>(2)</sup>، تُسفر عن القول أنّ المادة 01/66 لم تُعلّق الإسقاط بضرورة مراعاة مصلحة المحضون، الأمر الذي يُفهم منه أنّ تزوّج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون ينفي مصلحة هذا الأخير بتاتاً، فهو سبب قطعي لا نقاش فيه، وبالتالي فإنه يتحتّم على القاضي الحكم بإسقاط الحضانة متى تأكّد زواج الحاضنة بغير قريب محرم دون أن يتوقف ذلك على سلطة القاضي التقديرية<sup>(3)</sup>، أضف إلى ذلك أنه يُفترض إذن بالحاضنة البحث عن قريب محرم للمحضون للزواج به وإلاّ سقطت الحضانة عنها.

هذا وإنّ زواج الحاضنة بغير قريب لا يؤدي إلى إسقاط الحضانة بقوة القانون، بل يتمّ ذلك بمقتضى حكم قضائي بعد أن يتقدّم صاحب الحق فيها مع مراعاة المادة 68 ق.أ.ج، وبعد تأكّد القاضي من الشروط المذكورة في المادة 02/62 من ذات القانون والإتيان بترتيب المادة 64 من نفس القانون<sup>(4)</sup>.

ولقد أعمل القضاء القواعد السالفة الذكر، حيث جاء في قرار عن المحكمة العليا أنه "يستوجب نقض القرار الذي أسند حضانة البنت لجدّتها الأمّ المتزوّجة بأجنبي عن المحضونة"<sup>(5)</sup>،

(1) ملف رقم 245156 بتاريخ 2000/07/18-إ.ق.غ.أ.ش-عدد خاص/2001-ص 188

(2) المواد 66-67 و69 ق.أ.ج.

(3) صالح حمليل-إجراءات التقاضي في مسائل الزواج والطلاق-مذكرة الماجستير-كلية الحقوق-جامعة سيدي بلعباس-1998-ص 224

(4) حميد وزكية-تزوج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون كسبب مسقط للحضانة-م.ج.ع.ق.إ.س-

العدد 2000/01-ص 170

(5) ملف رقم 40438 بتاريخ 1986/05/05-م.ق-العدد 1989/02-ص 75

أضف إلى ذلك ما جاء في حكم عن محكمة أولاد ميمون تطبيقاً لذلك القضاء بإسقاط الحضانة عن الأم لتزوجها بغير قريب محرم وإسنادها إلى الجدّة الأمّ مع منح كلّ من الأب والأمّ حق الزيارة بالتناوب مرّة في الأسبوع<sup>(1)</sup>، وهو ما أيده مجلس قضاء تلمسان<sup>(2)</sup>.

وعلى كلّ فإنّه يجب أن يُترك المر بيد القاضي، ولا خوف على المحضون، لأنّ القاضي إنّما يُراعي ما هو خير وأصلح له، فإذا كان زوج الحاضنة الأمّ أو غيرها أجنبياً وعطوفاً أبقى القاضي الحضانة لها، وبالمقابل إذا كان القريب المحرم غير شقيق ولا مأمون انتزعها منها. ومع ذلك تبقى الأمّ الحاضنة متميّزة عن الحاضنات الأخرى، لأنه حتى مع افتراض أنّ زوج الحاضنة رؤوف لا يُمانع في شيء من إبقاء المحضون لدى حاضنته، فإنه يُمكن أن تكون هذه الحاضنة مهملة لشؤون المحضون لسبب أو لآخر، وهذا ما يضرّ بالمحضون<sup>(3)</sup>.

ورغم ذلك تبقى ضرورة سدّ هذه الثغرة القانونية، باقتراح<sup>(4)</sup> تعديل على المادة 66 ق.أ.ج بأن لا يجعل أمر إسقاط الحضانة بالتزوّج وجوبياً وحتمياً، وإنّما يُقيدها باستثناءات تتمثل فيما يلي:

- عدم وجود حاضنة للمحضون سواها.

- عدم وجود من يُخاصم الحاضنة ممن له حق الحضانة.

- أن يكون الحاضن الذي يليها غير مأمون أو عاجز.

ويُضاف إلى هذه الاستثناءات عوامل أخرى يُقدّر القاضي ملاءمتها وصلاحتها مع كلّ حالة على حدة ليخرج بما هو أصلح وأنفع للطفل، ويكون ذلك على النحو التالي:

- ألاّ يقدر المحضون على الاستغناء عن حاضنته بسبب سنه، كأن يكون رضيعاً لا يقبل سوى ثدي حاضنته، أو في الحالة الصحية التي لا تسمح بتغيير المكان أو تغيير طرق المعالجة.
- ألاّ يكون زواج الحاضنة مانعاً كلياً من الاعتناء بالمحضون، كأن تشغل عنه بأمور زوجها وتغفل عن رعاية الصغير، أو أن يرفض زوجها هذه الحضانة رفضاً باتاً وصريحاً.

(1) حكم بتاريخ 1997/12/06.

(2) ملف بتاريخ 1998/04/06.

(3) عبد الرحمن الصابوني-شرح قانون الأحوال الشخصية السوري-ج2-الطلاق وآثاره-المطبعة الجديدة-سوري 1979-ص 230

(4) حميد وزكية-المرجع السابق-ص 172 وانظر أعراب بلقاسم-مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقّه الإسلامي المقارن-دراسة تأصيلية-م.ج.ع.ق.إق.س-العدد 1994/01-ص 145-146



- أن تكون نفقة المحضون من ماله أو من مال أبيه حسب المادة 72 ق.أ.ج حتى لا يحسّ زوج الحاضنة بعبء تحمّل نفقات المحضون.

وأمام هذه العوامل وتلك الاستثناءات، فالقاضي إذن لا يجب أن يهتمّ بتزوّج الحاضنة بقدر اهتمامه بمصلحة المحضون.

ب) تنازل الحاضنة عن حقها في الحضانة: أين يسقط الحق فيها بحكم القانون على أن لا يضرّ هذا السقوط بمصلحة المحضون<sup>(1)</sup>، وهو ما تناولته المادة 66 ق.أ.ج في فقرتها الأخيرة. وفي نفس السياق جاء في قرار عن المحكمة العليا أنه "من المقرّر قانوناً أنه يسقط حق الحضانة بالتنازل عنها ما لم يضرّ بمصلحة المحضون. ومن ثمّ فإنّ القضاء بإسقاط حضانة البنت عن أمّها لتنازلها عنها وإسنادها إلى أبيها رغم أنّ الشهادات الطبية تُثبت أنّ البنت مريضة مرضاً يحتاج إلى رعاية الأمّ أكثر من رعاية الأب، يُعدّ خرقاً للقانون"<sup>(2)</sup>. كما جاء في قرار آخر أنه "من المقرّر قانوناً أنه لا يُعتدّ بالتنازل عن الحضانة إذا أضرّ بمصلحة المحضون، ومن ثمّ فإنّ القضاء بإسناد حضانة الولدين لأُمّهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين تطبيق صحيح للقانون"<sup>(3)</sup>.

ج) الإخلال بواجبات الحضانة: لقد نصّت المادة 67 ق.أ.ج أنه "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المرعية شرعاً في المادة 62 أعلاه، غير أنه يجب مراعاة مصلحة المحضون في الحكم المتعلّق بالفقرة أعلاه"، فإذا ثبت فسوق الحاضن وعدم قدرته على حماية المحضون وحفظ صحّته وتربيته على دين أبيه سقط الحق في الحضانة، لكن دائماً مع مراعاة مصلحة المحضون.

د) بمجاورة أم المحضون المتزوجة بأجنبي عن المحضون: وهذه الحالة تخصّ الجدّة والخالة، ولقد أوردتها المادة 70 ق.أ.ج.

هـ) الاستيطان في بلد أجنبي: لقد نصّت على هذا السبب المادة 69 ق.أ.ج حيث "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجوع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون". وإنّ هذه المادة وبمذه الصياغة تتماشى مع الفلسفة العامة التي انتهجها المشرّع في مادة الحضانة ومع الحكمة التي من أجلها وُضع مبدأ

(1) أعراب بلقاسم-المرجع نفسه-ص 147

(2) ملف رقم 54353 بتاريخ 1989/07/03-م.ق.-العدد 1992/01-ص 45

(3) ملف رقم 189234 بتاريخ 1998/04/21-إ.ق.غ.أ.ش.-عدد خاص-2001-ص 175

المصلحة، فمصلحة المحضون تقتضي أن لا يتم انتقاله إلى بلد أجنبي إلا بإذن القاضي لأنه راعي المصلحة والمحافظة عليها، وبالتالي عدم تخويل الأب أو الولي حق التمتع بهذه الرخصة<sup>(1)</sup>، بالإضافة إلى كون المادة 69 ق.أ.ج قد ساوت بين الرجال والنساء من أصحاب الحضانة، حيث يخضع كلاهما لإذن القاضي لأن الأمر يتعلق بمسألتين هما:

- التربية الدينية للطفل وخشية التأثير بالوسط، العادات وتقاليد البلد الأجنبي.
- عدم التهرب من السلطة الأبوية.

ومما لا شكّ فيه أنّ المادة 69 ق.أ.ج تتعلق بالانتقال بنية الاستيطان أي الإقامة الدائمة، المستمرة والمستقرة وليس فقط قضاء عطلة مثلاً.

ومما يُلاحظ على المادة 69 أيضاً أنّ المشرّع لم يُحدّد المقصود بعبارة "البلد الأجنبي"، هل قصد بها كلّ بلد غير الجزائر سواء أكان مسلماً أو غير مسلم؟، لأنّ البلد المسلم غير الجزائر هو بلد أجنبي طبقاً للتقسيم الحدودي.

وقد قدّم القضاء بتفسير لهذه العبارة بطريقة ضمنية وغير مباشرة وذلك في قرار عن المحكمة العليا جاء فيه أنه "من المقرّر قضاءً في مسألة الحضانة أنه وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصماً على الأولاد بالجزائر، فإنه من يوجد بها يكون أحقّ بهم ولو كانت الأمّ غير مسلمة"<sup>(2)</sup>، وبالتالي فإنّ الاستيطان في بلد مسلم لا يُعدّ مسقطاً للحضانة. كما أنّ الأحكام المنشورة والتي أمكن الاضطلاع عليها تُعالج الانتقال إلى فرنسا وهي بلد أجنبي غير مسلم، فضلاً عن أنّ المادة 01/62 ق.أ.ج وثيقة الصلة بالمادة 69 من ذات القانون، حيث المادة 01/62 تحرص على تربية الطفل على دين أبيه. وعليه، فالرقابة التي لا يُريد المشرّع أن يفلت منها الولد هي تلك المنصبة على دين المحضون لا محالة، وهذا ما أكّده قرار عن المحكمة العليا جاء فيه أنه "من المقرّر شرعاً وقانوناً أنّ إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثمّ فإنّ القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأمّ التي تسكن في بلد أجنبي<sup>(3)</sup> بعيد عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يُعدّ قضاءً مخالفاً للشرع والقانون"<sup>(4)</sup>.

(1) حميد وزكية-حمية الطفل عبر مكان ممارسة الحضانة-م.ج.ع.ق.إق.س-العدد 2000/01-ص 51

(2) ملف رقم 52207 بتاريخ 1989/01/02-م.ق-العدد 1990/04-ص 74

(3) ويتعلق الأمر في هذه القضية بفرنسا.

(4) ملف رقم 59013 بتاريخ 1990/02/19-م.ق-العدد 1991/04-ص 116

أضف إلى ذلك القرار الذي جاء فيه أنه "من المقرر شرعاً وقانوناً أن إقامة الأم بالخارج سبب من أسباب سقوط الحضانة عنها وإسنادها للأب ولو لم يثبت عجز الأم عن الحضانة أو سوء سيرتها، لأنه يتعدّر على الأب الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة في الخارج وكذا حق الزيارة وذلك لبعده المسافة"<sup>(1)</sup>.

هذا وتُطرح على القاضي قضية أخرى وهي مدى تقارب الآداب العامة للجزائر مع الآداب العامة للبلد الأجنبي، وبهذا قد انشغل المشرّع في المادة 69 ق.أ.ج، وفسّرهما المحاكم تفسيراً صارماً مما جعل موقف قضاء المحكمة العليا ثابتاً ومستقراً على تطبيق النصوص المتعلقة بهذه المادة، التي اعتبرها من النظام العام على الحاضن المستوطن في بلد غير إسلامي<sup>(2)</sup>، وظهر ذلك في قرارات عدّة منها:

\* "حيث أن السيدة الحاضنة تُقيم في فرنسا، وخوفاً على العقيدة الإسلامية للبنات فإنّ الحضانة تُعطى للأب المقيم بالجزائر، وحيث أن حكم الحضانة غير نهائي، فمضى رجعت الأم إلى الوطن يُمكنها المطالبة بحضانة بناتها الثلاثة"<sup>(3)</sup>.

وقد طُبّق هذا المبدأ أيضاً في حالة المطالبة بإعطاء الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبيين وذلك في القرار الذي جاء فيه أنه "من المقرر قانوناً أن الأحكام والقرارات الصادرة عن الجهات القضائية الأجنبية<sup>(4)</sup> التي تصطدم وتُخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها" قضى قائلاً "... فإنّ قضاة الاستئناف بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي برفض طلب الطاعنة الرامي إلى وضع الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبيين لكون بقاء البنين بفرنسا يُغيّر من اعتقادهما ويُبعدهما عن دينهما وعادات قومهما، فضلاً عن أنّ الأب له الحق في الرقابة وبعدهما عنه يجرمه من هذا الحق، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون"<sup>(5)</sup>.

ويجدر لفت الانتباه في النهاية إلى أنّ شرط الإقامة بالمحضون في الجزائر لا يُقرّره القاضي تلقائياً حيث تكون الإقامة في الجزائر واجبة لممارسة الحضانة إذا طلب من له مصلحة في ذلك وهو

(1) ملف رقم 11048 بتاريخ 1995/11/21-ن.ق-العدد 1997/52-ص 102

(2) حميد وزكية-حماية الطفل عبر مكان ممارسة الحضانة-المرجع السابق-ص 54

(3) ملف رقم 45186 بتاريخ 1987/03/09-غير منشور-انظر بلحاج العربي-قانون الأسرة الجزائري-مبادئ الاجتهاد

القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا-المرجع السابق-ص 131-132

(4) وإن الأمر يتعلق في هذه القضية بمحكمة فرساي الفرنسية.

(5) ملف رقم 52207 بتاريخ 1989/01/02-المرجع السابق-نفس الصفحة

غالباً صاحب حق الزيارة، أو كان هذا الأخير يُقيم بالجزائر والحاضنة غير مسلمة، ومنه جاء في قرار عن المحكمة العليا: "غير أنه وفيما يخصّ شروط ممارسة الحضانة بالجزائر الذي قضى به الحكم المستأنف وأيده القرار المطعون فيه لم يُراع فيه قضاة الموضوع أحكام المادة 69 ق.أ.ج... أيضاً ذلك أنّ شرط الإقامة بالمحضون في الجزائر لا يُقرّره القاضي تلقائياً، بل بناءً على طلب ممن له مصلحة في ذلك. كما أنّ إثبات الحضانة أو إسقاطها عن الشخص الموكّل له إذا أراد أن يستوطن في بلد أجنبي يستدعي طلب ذلك من الحاضن ومراعاة مصلحة المحضون ذاته..."<sup>(1)</sup>.

ولعلّ تعليق القضاء بإسقاط الحضانة على ما تستلزمه مصلحة المحضون يُعتبر خطوة هامة نحو تحقيق الهدف من الحضانة.

(و) سقوط الحضانة إذا لم يطلبها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة دون عذر: طبقاً للمادة 68 ق.أ.ج على أنّ حق الحضانة يعود إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري حسب المادة 71 من ذات القانون. وفي هذا الصدد جاء عن قضاء المحكمة العليا أنه "من المقرّر قانوناً أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري، ومن ثمّ فإنّ القضاء للأُمّ التي تزوّجت بغير قريب محرم للمحضون، ثمّ طلّقت منه والتي رفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة طبقاً للمادة 71 ق.أ.ج تطبيق صحيح للقانون"<sup>(2)</sup>.

ويحق القول في هذا الإطار أنّ الشرع الجزائري قد أغفل الحديث عن وضعية المحضون بعد انتهاء مدّة الحضانة رغم أنّ سياسة المشرّع كانت رعاية مصلحة المحضون والتي حوّلت بشأنها للقاضي مهمّة واسعة.

### ثانياً: آثار الحق في الحضانة.

يترتب على تقدير الحضانة حق المحضون في النفقة والسكن، وفي مقابل هذا الحق يتقرّر لمن لم تُسند له الحضانة حق الزيارة.

(أ) نفقة المحضون وسكناهم: والمقصود بالنفقة في هذا الإطار نفقة الطفل بعد الحكم بالطلاق وإسناد الحضانة<sup>(3)</sup>.

(1) ملف رقم 91671 بتاريخ 1993/06/23-م.ق-العدد 1994/01-ص 77-78  
(2) ملف رقم 201336 بتاريخ 1998/07/21-إ.ق.غ.أ.ش-عدد خاص/2001-ص 178  
(3) سيتم التوسع فيها في الحماية المادية للطفل.

أما سكن المحضون فلقد نصّت المادة 02/467 ق.أ.ج أنه وفي حالة الطلاق يجوز للقاضي أن يُعيّن من الزوجين من يُمكنه أن ينتفع بحق الإيجار باعتبار تكاليف هذا الزوج من أجل حضانة الأولاد خاصة، بمعنى أن للقاضي أن يُعيّن من الزوجين من يستفيد من حق الإيجار بالنظر إلى التكاليف المسندة إليه لاسيما حضانة الأولاد. لكن المادة 04-03-02/52 ق.أ.ج بنصّها على أنه "وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيوائها، يُضمن حقها في السكن مع محضونيتها حسب وسع الزوج، ويُستثنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيداً، وتفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها" تكون ألغت المادة 02/467 ق.أ.ج باعتبار أنّ هذه الأخيرة نصّ عام سابق على نصّ المادة 52 ق.أ.ج والذي يُعتبر نصّاً خاصاً لاحقاً ورد فيه الضمان على إسكان الزوجة المطلقة مع محضونيتها، إلا أنّ هذا الضمان قد اقترن بالشروط التالية:

- أن يُحكم بالحضانة للأمّ المطلقة وبأن تُسند إليها حضانة أكثر من طفل حيث ورد في المادة 52 عبارة "...بمحضونيتها...".

- ألا يكون لها ولي يقبل إيوائها ومحضونيتها.

- أن يكون باستطاعة الزوج مادياً أن يضمن لها مسكناً، ويُستثنى مسكن الزوجية إذا كان وحيداً.

وانطلاقاً من هذه الشروط المقيّدة للقاضي في الحكم بالسكن للزوجة المطلقة الحاضنة، وفي غياب كلّ الإجراءات القانونية الخاصة التي تسمح لقاضي الأحوال الشخصية بإجراء كلّ التحقيقات حول الأملاك العقارية للزوج المطلق والقابلة للسكن، أضف إلى ذلك حالة الإخفاء العمدي لمثل هذه الأملاك من طرف هذا المطلق بغرض حرمان الحاضنة بمحضونيتها من حقهم في السكن. فإنّ الاستحالة بالحكم بهذا الحق في مثل هذه الحالات قد تكون مطلقة، مما يؤدي إلى تشرّد الحاضنة ومحضونيتها<sup>(1)</sup>.

ولعلّ الحلّ يبقى في المطالبة بحق الحضانة في السكن على أساس المادة 72 ق.أ.ج بدلاً من المادة 52 من ذات القانون والتي تُعتبر من أكثر نصوص قانون الأسرة الجزائري إجحافاً بحقوق ومصير المحضون، وخاصة حين يُثبت الواقع أنّ الولي لا يقبل الحاضنة بمحضونيتها. أما المادة 72 ق.أ.ج والتي تنصّ على أنّ "نفقة المحضون وسكنه من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن

(1) الطيب لوح-المرجع السابق-ص 260

يُهيئ له سكناً وإن تعذر عليه أجره"، فتعتبر ضماناً أكبر للمحضون، فإذا لم يكن للأب مسكنين وجبت عليه أجرة سكن المحضون، ولعل ذلك أيسر من توفير سكن، خاصة مع أزمة السكن في الجزائر، ودون تعليق الأمر على وجود عدد من المحضونين، وحينئذ تستفيد الأم الحاضنة من الحق في الإقامة مع محضونيه في المسكن الذي يدفع الوالد أجرته طبقاً للمادة 72 ق.أ.ج.

وبهذا الخصوص جاء عن قضاء المحكمة العليا أنه "من المقرر قانوناً أن أجرة السكن حيث تُمارس الحضانة تكون على الوالد"<sup>(1)</sup>. كما جاء في قرار آخر أن "تخصيص الأب للأم الحاضنة وأطفالها الطابق السفلي من المنزل الذي يشغل الأب طابقه الأول ينطوي على خرق للمادة 72 ق.أ.ج حيث أصبحت المطلقة أجنبية عنه، ولا يُمكنهما السكن مع بعض، وكان عليه أن يُخصّص لهم نفقة إيجار السكن"<sup>(2)</sup>.

لكنّ الواقع مرّ حيث لا حماية جزائية للمحضون الذي رفض والده توفير السكن له أو دفع أجرته رغم صدور حكم قضائي يقضي بذلك، فالوالد مسؤول عن أولاده وعن حمايتهم من التشرد والانحراف قبل كما بعد الطلاق بتوفير سكن لائق لهم.

(ب) حق الزيارة: إنّ للطفل الحق في أن يعيش مع والديه وألاً يُفصل عنهما، لكنّ هذا الحق لا يُمكن أن يتحقق في حالة انفصال الوالدين، ولذلك قرّر المشرّع الجزائري حق الزيارة للمحضون من قبل الوالد غير الحاضن وذلك من خلال المادة 02/64 ق.أ.ج بنصّها أنه "على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"، ومفاد هذا الحق السلطة الأبوية وممارستها المهمة والضرورية للتكوين الديني، الخلق والتربوي للطفل.

وبناءً عليه يترتب على القاضي الحكم للوالد غير الحاضن بحق الزيارة في أوقات وأماكن معينة، حكمة ما في الأمر رؤية المحضون والاطّلاع على أحواله المعيشية، التربوية، الصحية، والخلقية هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإنه يجب على المحكوم له بحق الزيارة ألاّ يُجاوز حدود الاتفاق كأن يأخذ الطفل إلى أماكن غير أخلاقية<sup>(3)</sup>.

ويُحدّد القاضي موعداً دورياً غالباً ما يكون مرّة في الأسبوع، والموعد يكون على أساس ظروف وأحوال الوالد المحكوم له بالحضانة وكذا المحضون. وبهذا الخصوص جاء عن قضاء المحكمة

(1) ملف رقم 189260 بتاريخ 1998/04/21-إ.ق.غ.أ.ش-عدد خاص-2001-ص 213

(2) ملف رقم 215212 بتاريخ 1999/02/16-م.ق-العدد 2000/01-ص 198

(3) فضيل سعد-المرجع السابق-ص 384

العليا بإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء الأغواط، حيث حكم القضاة بحق الزيارة للأب مرتين في الشهر لولده وهذا تعسّف، لأنّ حق الزيارة يُمنح مرّة في الأسبوع، وبالتالي فإنّ القضاة قد حادوا عن الصواب، وكان عليهم القضاء للأب بحق الزيارة مرّة في الأسبوع حتى يتفقد ابنه ويُراقبه ليحميه من أيّ خطر<sup>(1)</sup>.

أما إذا امتنع من كان بيده الصغير عن تنفيذ حكم الرؤية بغير عذر أنذر القاضي، فإذا تكرر امتناعه وأثبت صاحب الحق في الزيارة هذا الامتناع أمام القاضي، أمكنه مقاضاة الحاضن أمام المحكمة المختصة على أساس جريمة الامتناع عن تسليم المحضون إلى والده الآخر ومنع زيارته طبقاً للمادة 328 ق.ع.ج حيث أضاف المشرّع الجزائري حماية للطفل من خلال السياسة الجنائية والعقابية، إذ يُعاقب بالحبس من شهر إلى سنة بالإضافة إلى غرامة مالية من 500 إلى 5000 دج، الأب أو الأمّ أو أيّ شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضنته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل، أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به، وتُطبّق نفس العقوبة على من خطف المحضون ممن أوكلت إليه حضنته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعد عنه أو عن تلك الأماكن، أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف، وتزداد العقوبة إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني<sup>(2)</sup>.

وإذا أراد المحضون أن يزور والده غير المحكوم له بالحضانة وجب على الحاضن عدم منعه من ذلك، لما في ذلك من قطع للرحم. وإذا مرض هذا الوالد لم يمنع المحضون عن عيادته، لأنّ المرض يمنع المريض من المشي إلى ولده<sup>(3)</sup>، وبالتالي يمشي الولد إلى والده لتوافر العذر الشرعي والقانوني مع ضرورة مراعاة راحة الطفل، أمنه والحفاظ على صحته سواء أثناء السفر أو في مكان تواجد الوالد.

وعلى هدي هذه المبادئ جاء في قرار عن المحكمة العليا أنه "من المقرّر شرعاً أنه لا يصحّ تحديد ممارسة حق الزيارة للأب في بيت الزوجة المطلقة، لأنّها أصبحت أجنبية عنه بعد الطلاق<sup>(4)</sup>. وبالتالي فمن يتأمّل الأحكام التي تمّ استعراضها يجد أنّ الحضانة تُقرّر مصير الطفل ووضعها الاجتماعي من حيث الاهتمام به، العناية بشؤونه المادية والمعنوية، التكفل برعايته وكذا تربيته

(1) ملف رقم 59784 بتاريخ 16/04/1990-م.ق.-العدد 04/1991-ص 126

(2) وهو ما نصت عليه المادة 328 ق.أ.ج.

(3) أ/فرج حسين-أحكام الأسرة في الإسلام-دار المطبوعات الجامعية-مصر-1997-ص 302

(4) ملف رقم 214290 بتاريخ 21/04/1998-إ.ق.غ.أ.ش.-عدد خاص-2001-ص 192

اعتماداً على تحقيق مصلحته، لأن مصلحة المحضون تبقى دائماً الغاية الأساسية التي يهدف إليها المشرع بعرض عناصرها ومظاهرها على القاضي ليستعين بها في إصدار حكمه، على اعتبار أنّ مفهوم المصلحة يختلف من محضون لآخر ومن مكان لآخر.

### البند الثالث: الولاية على النفس.

إنّ الولاية في الزواج هي سلطة إنشاء عقد الزواج لسبب من أسباب ولاية التزويج من صغر وبكارة<sup>(1)</sup>. ويُقسّمها الفقهاء إلى قسمين:

أ) ولاية الإجمار *La contrainte matrimoniale*: وهي سلطة الأب في عقد زواج الابن أو البنت الذي لم يبلغ بعد، دون استئذانه ورغم اعتراضه، والتي لها مبرراتها الشرعية، إذ من الأمور المسلمّ بها أنّ الشريعة الإسلامية تُجيز زواج علم وناقص الأهلية بواسطة الولي الذي يكون أدرى بمصلحة الموصى عليه خاصة إذا كان قاصراً<sup>(2)</sup>. لكن تجدر الإشارة إلى أنه ليس للولي تزويج المولى عليه لمصلحة الولي الشخصية، بل لمصلحة الطفل<sup>(3)</sup>.

ب) ولاية الاختيار *La contrainte facultative*: وهي ولاية المشاركة، تثبت للولي على المرأة البالغة العاقلة، فالحيار لها مع وجوب وجود الولي<sup>(4)</sup>.

هذا ولقد حسم المشرع الجزائري أمره في الولاية، إذ نصّ على أنه لا بدّ من توافر رضا الزوجين في كلّ من المواد 09 و10<sup>(5)</sup> و12 و13<sup>(6)</sup> ق.أ.ج على أساس أنّ الولاية في الزواج ليست ولاية تسلّط، تحكّم أو استبداد، بل هي ولاية مشورة، نصيحة وتوجيه<sup>(7)</sup>. وتثبت على الفتاة دون الفتى بنصّ المواد 09 و11<sup>(8)</sup> ق.أ.ج.

(1) الأكل بن حواء-نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربية-الشركة الوطنية للنشر والتوزيع-الجزائر-1982-ص 19

(2) هـ/بن الشيخ دنوني-مركز المرأة في التشريع العائلي الجزائري-مجلة الشرطة-العدد 04-أفريل 1989-ص 25

(3) انظر: F/Paul Blam-Le droit musulman-Connnaissance du droit-Dalloz-1995-p.44.

(4) بلحاج العربي-الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري-ج1-المرجع السابق-ص 119

(5) المادة 10 ق.أ.ج "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من طرف آخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً-ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة وعرفاً كالكتابة والإشارة".

(6) المادة 13 ق.أ.ج "لا يجوز للولي أياً كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها".

(7) نصر الدين ماروك-قانون الأسرة الجزائري بين النظرية والتطبيق-المرجع السابق-ص 18

(8) المادة 11 ق.أ.ج "يتولى زواج المرأة ونها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".



وإنّ الزواج لم يُفرض في جميع الشرائع بحكم القانون، وإنما تُرك الاختيار للأفراد، غير أنّ الأشخاص لا يتمتعون بهذه الحرية بلا قيد ولا شرط، فتقتضي القواعد القانونية أن يكون راجب الزواج أهلاً<sup>(1)</sup>، ولقد حدّد الفقه الإسلامي بطريقة انفراد بما أهلية الزواج وقيدتها قانون الأسرة الجزائري بضرورة توافر سنّ معيّنة، لكنّ هذا الحكم إذا كان يتماشى مع الواقع ويُطابق الحقيقة في معظم الحالات، فهو يُخالفها في حالات استثنائية وهي حالة الإذن بالزواج لمن هو دون السن القانونية، حماية له ورعاية لمصلحه بسبب الاختلاف في ظروف وأحوال الناس.

ومن ثمّ تبرز أهمية تحديد أهلية الزواج في كلّ من التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

وعلى كلّ فإنّ الفقه الإسلامي لا يأخذ في الأصل بفكرة السن في الزواج وإنما بالبلوغ الجنسي فعلاً والذي يكون بظهور إماراته الطبيعية، لكن امتلاك المتعة لا يُمثل كلّ أغراض الزواج وأسمائها بل هو واحد منها.

وهو ما دفع بالمشرّع الجزائري إلى تحديد أهلية الزواج بسنّ معيّنة بالنسبة للفتاة وللنفتى<sup>(2)</sup>، الأمر الذي نظّمته المادة 07 ق.أ.ج حيث قدّرت تلك السن وجعلتها ببلوغ الذكر سن الواحد والعشرين (21) سنة والأنثى ثماني عشرة (18) سنة<sup>(3)</sup>. ويتمّ تقدير السنّ وقت انعقاد الزواج وليس وقت الدخول، حكمة ما في الأمر حماية الأطفال من انزلاق أهلهم نحو المنفعة الفردية البحتة، لذلك منح المشرّع للقاضي سلطة تقديرية بشأن ظروف وأحوال الناس وكذا الاختلاف بينها، ومكّنه بمقتضاها وبناءً على دوافع قوية منح الإذن بالزواج حتى قبل اكتمال السن المقرّرة لذلك قانوناً وهو ما نصّت عليه المادة 02/07 ق.أ.ج.

ويحق لنا التساؤل في هذا السياق عن هذه الدوافع وعن معاييرها، وكذا عن حكم عدم احترام هذه القاعدة وهذه الإجراءات؟ هذا ما سيتمّ الإجابة عنه فيما يلي:

### I- الإذن بالزواج:

نصّت عليه المادة 02/07 ق.أ.ج، وإنّ هذا الإذن يخضع له جميع من رغب في الزواج وكان دون السن القانونية المقرّرة لذلك بما فيهم الفتيات وبدون تمييز بسبب العرف أو الأصل، بمعنى أن

(1) تشوار جيلالي-الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية-المرجع السابق-ص 47

(2) تشوار جيلالي - المرجع نفسه-ص 51

(3) المادة 07 ق.أ.ج "تكتمل أهلية الرجل للزواج بتمام 21 سنة والمرأة بتمام 18 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة".

تكون الفتاة أقل من 18 سنة والفتى أقل من 21 سنة، وعلى كل فإن القاضي يمنح الإذن بالزواج بناءً على سلطته التقديرية بشأن المصلحة أو الضرورة التي تتطلب ذلك، بمعنى أن المشرع الجزائري قد جعل من القاضي رقيباً على تزويج الأشخاص، وجعل منه ولياً مباشراً لهم وأميناً على مصالحهم ومقدراً عادلاً لظروفهم الخاصة، بحيث لا يُقدم القاضي على منح الإذن إلا إذا توافرت الشروط المستلزمة، أولها المصلحة أو الضرورة ثمّ ينعقد الزواج بتوافر الرضا، الولي، الصداق وكذا الشاهدين، بالإضافة إلى خلوّ الزوجين من الموانع الشرعية<sup>(1)</sup>.

إلا أن أهم ما يُلاحظ على المادة 02/07 ق.أ.ج هو أن المشرع عند وضعه لهذا الاستثناء لم يُجانبه صواب ذلك، حيث يؤخذ على هذه الفقرة نقائص شتى ما لم نقل أنها احتوت على غموض، الأمر الذي يجعل من الحماية نسبية، مما يدفع بعدم وضع الأمور في نصابها وعدم تحقق حكمها مع الأسس العامة المسطرة تشريعياً في مسألة أهلية الزواج<sup>(2)</sup>.

ومن هذه النقائص كون المشرع لم يسع إلى تحديد السن الأدنى لمنح الإذن بالزواج، ويكون بذلك قد أعطى للقاضي سلطة تقديرية مطلقة في شأن الإذن<sup>(3)</sup>، مما يجعل من حكمه المطلق هذا أحياناً عاملاً مساعداً في خلق تلك الحالة البغيضة، ألا وهي حالة زواج الصغار، وذلك خاصة إذا علمنا أنه وبموجب المادة 222 ق.أ.ج يتم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وأن جمهور الفقهاء ذهب إلى القول بصحة زواج الصغار ممن دون سن البلوغ ودليلهم في ذلك قول الله تعالى: "وَاللَّائِي يَكْتُمْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ..."<sup>(4)</sup>، يُقصد هنا باللائية لم يحضن، حسب المفسرين، الفتاة الصغيرة. ولذلك كان الأجداد بالمشرع الجزائري أن يسلك بالنسبة لتحديد السن الأدنى لمنح الإذن بالزواج، ما سلكه من قبله المشرع السوري<sup>(5)</sup>، من حيث المبدأ فقط، لأن تحديد السن الأدنى بالنسبة للفتاة بـ13 سنة والفتى 15 سنة حسب المادة 08 من قانون الأحوال الشخصية السوري، ينطوي على الشيء الكثير من التجاوز من حيث تطبيقه في الوقت الحاضر، بل لا يتماشى ومعطيات العصر، وعلى إثر ذلك فعلى المشرع أن يجعل في هذه الحالة أي الإذن بالزواج الحد الأدنى لسن الفتاة ست عشرة (16) سنة كاملة

(1) تشوار جيلالي-حماية الطفل عبر الإذن بالزواج-م.ج.ع.ق.إق.س-العدد 2000/01-ص 21

(2) تشوار جيلالي-حماية الطفل عبر الإذن بالزواج-المرجع نفسه-ص 22

(3) تشوار جيلالي-الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية-المرجع السابق-ص 54

(4) سورة الطلاق-الآية 4

(5) الأكل بن حواء-المرجع السابق-ص 142-143



وللفتى ثمان عشرة (18) سنة كاملة ويمنع منح الإذن مهما كانت المصلحة أو الضرورة إذا السن وقت العقد دون ذلك<sup>(1)</sup>.

وغموض آخر يكتنف عبارتي "المصلحة أو الضرورة" الواردتين في المادة 02/07 ق.أ.ج، فلقد أرسيت أحكام الإذن بالزواج على ركيزة بالغة الأهمية تكمن في المصلحة أو الضرورة، لكن إذا كان مناط الترخيص بالزواج المصلحة أو الضرورة يخضع لتقدير القاضي، فإن استعمال هذين المصطلحين من قبل المشرع لا جدوى منه، إذ كان ينبغي الاقتصار على عبارة "المصلحة"، فهي أوفى بالفرض المنشود بحيث أن دفع الضرورة أو الاستجابة لها ما هو إلا تحقيق لمصلحة متى قامت الضرورة عقبة لإتمام زواج الشخص وهو دون السن القانونية، إذن فالخلاف بين الضرورة والمصلحة ليس خلافاً في الجوهر بقدر ما هو في الدرجة، إلا أن ما يلفت الانتباه هو أن المشرع قد اكتفى بإحالة القاضي إلى تقدير المصلحة أو الضرورة أساس منح الإذن دون أن يفصّل في المعايير التي تُساعده في تحديد المصلحة أو الضرورة وتواجدها من عدمها، وعدم التفصيل هذا جاء في محله، لأن مفهوم المصلحة أو الضرورة بطبيعته مفهوم نسبي يتغير حسب الأزمنة، المجتمعات والحالات الخاصة، الأمر الذي يدفع إلى القول أن المشرع عندما يضع القواعد يضعها عامة ومجردة وللقاضي أن يُفسرها ويقضي حسب كل حالة على حدة، ولذلك كان لزاماً على القاضي أن يكون حذراً في تقدير المصلحة والتي هي مناط الترخيص وأن لا يُعطي هذا الإذن إلا إذا توافرت الشروط المستلزمة، كما لا يصحّ له بالمقابل، أن يتعنت أو يتعسف في منحه للإذن ما دام هذا الأخير لا يمسّ مصالح المجتمع ومصالح الأطراف أنفسهم ومثاله: حالة الفتاة التي بلغت 17 سنة من عمرها وليس لها ولي يأويها ولا مال يحميها، فإن من مصلحتها والتي تقتضي المحافظة على شرفها أن ترتبط برباط القران.

ومن جهة أخرى فإنه لا يجوز للقاضي أن يتمسك بهذه المصلحة لمنح ترخيص بالزواج لشخصين مقبلين عليه بمجرد تغطية فضيحة أخلاقية، وهذا يعني أنه إذا كانت المادة 336 ق.ع.ج ترفع العقوبة على الخاطف إذا تزوّج القاصرة المخطوفة أو المبعدة<sup>(2)</sup>، فإنه مع ذلك لا يُمكن لهذه الأخيرة الزواج هنا إلا بعد حصولها على ترخيص قضائي كونها دون 18 سنة.

(1) تشوار جيلالي-حماية الطفل عبر الإذن بالزواج-المرجع السابق-ص 24

(2) المادة 336 ق.ع.ج "كل من خطف أو أبعّد قاصراً لم يكمل ثمانية عشر ذلك بغير عنف أو تهديد أو تحايل أو شرع في ذلك فيعاقب بالحبس لمدة من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة مالية من 500 إلى 2000 دج. وإذا تزوجت القاصرة المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد هذا الأخير إلا بناء على

ولذلك فإنّ من بين الإشكاليات التي تعترضنا بخصوص هذه المسألة هو التساؤل عن معرفة عما إذا كان يُمكن للقاضي أن يُرخص بالزواج للفتاة ضحيّة الاغتصاب، بناءً على ما أسماه المشرّع بالمصلحة أو الضرورة؟ إنه واحتراماً للمبادئ القانونية والأحكام الشرعية، فالإجابة لا تكون هنا إلاّ بالنفي، أي أنه لا يُمكن إعفاء الفتاة التي وقع عليها الاغتصاب من شرط السن القانونية للزواج<sup>(1)</sup>، لأنّ مثل هذا الزواج ليس الهدف منه إقامة حياة زوجية حقيقية بقدر ما هو زواج صوري كون أنّ المقبلين عليه ينتظران من ورائه الوصول إلى هدف غريب عن الأحكام السامية التي بُني عليها الزواج والتي وُضعت لأجله، والمتمثل في تغطية الفضيحة بالنسبة للفتاة وإفلات الجاني من العقاب.

أضف إلى ذلك كون هذا الترخيص يقضي أن يمضي عقد الزواج على شخص غير راض به حقيقة، وذلك ما يتنافى مع مبدأ الرضائية، مما يُعرّض هذا الزواج إلى الفشل.

وفوق كلّ هذا، كيف يُمكن للقاضي ترخيص زواج قاصرة قد تكون حاملاً؟ لذلك فإنّ اشتراط تعليق منج الإذن على شهادة طبية ما هو إلاّ مبادرة حميدة لأسباب شتى، منها خاصة حماية القاصر من زواج لا يُحقق مصلحته ولا مصلحة المجتمع بأكمله. لكن ليس في المادة 07 ق.أ.ج ما يُشير أو يدلّ على إلزام القاضي أن يلجأ إلى أهل الخبرة من أجل معرفة عما إذا كان الشخص القاصر المقبل على الزواج أهلاً لذلك، فيقتضي الأمر وفي كلّ الحالات، أن لا يكتفي القاضي عند منحه للإذن بسلطته التقديرية بل يجب أن يستعين في ذلك بالمختصين من الأطباء للتأكد من قدرة المأذون له أو لها على تحمّل الأعباء الجسمانية والنفسية للزواج، وكذا قدرته على التصرف في الأمور، غاية ما في الأمر جعل حدّ وحاجز لزواج الصغار وحماية مصالحهم<sup>(2)</sup>.

ومن ثمّ فإنّ تعديلاً يجب أن يتمّ بشأن المادة 07 ق.أ.ج، بل إنّ هذا التعديل أمر ضروري في شأن زواج القاصر المبرم دون الإذن القضائي.

## II - حكم زواج الصغار دون الإذن القضائي:

إنّ الملاحظ على نصوص قانون الأسرة الجزائري أنه لم يرد فيها ما يتعلّق بشأن حكم زواج الصغار المبرم بدون الإذن القضائي، غير أنّ هذا لا ينفي القضاء بإبطاله وفقاً للقواعد العامة

شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله".

(1) تشوار جيلالي-حماية الطفل عبر الإذن بالزواج-المرجع السابق-ص 26

(2) تشوار جيلالي-حماية الطفل عبر الإذن بالزواج-المرجع نفسه-ص 28

المقررة فيه، والتي تضمنتها المواد 09-32 و33 منه، حيث لا يُمكن تصوّر الأهلية الكاملة للزواج عند انتفاء السن المقررة في المادة 07 من ذات القانون، كما أنه لا يُمكن تصوّر صحة الرضا في غياب هذه السن وبتعبير أدق، فإن وجود التراضي لا يكفي لينتج أثره، بل لابد أن يكون هذا التراضي صحيحاً، ولا يكون كذلك إلا إذا صدر من شخص يتمتع بالأهلية اللازمة لإبرام الزواج. ومن ثم فإن الأهلية تكتمل بالسن الكامل، ولقد سبق الحديث عن اعتبار المشرع الجزائري للرضا الركن الأساسي للزواج وانتفاؤه لا يؤدي إلى عدم إمكانية تصحيحه ولو تمّ الدخول. وبناءً عليه فإنه يقع باطلاً كلّ زواج تمّ إبرامه من قبل شخص لم تتوفر فيه الأهلية المنصوص عليها في المادة 07 ق.أ.ج ولم يحصل على الإذن القضائي.

وعليه فإنه وبالنسبة لزواج الصغار دون الإذن القضائي، فلقد أخذ المشرع الجزائري بعدم جوازه لعدم فائدته، وفضلاً عن ذلك فإنه ونظراً لتعقّد الحياة وصعوبة ظروف المعيشة، أضف إلى ذلك ما برهن عليه رجال الطب وعلماء الاجتماع والنفس على أن زواج الصغار يترتب عليه عدّة أضرار جسمانية، نفسية واجتماعية، وفوق هذا وذاك وكما يقول الأستاذ محمد محمّد "فإنّ الزواج أبدي وتمهيدي لتكوين أسرة ورعاية أولاد، وكلّ هذه الاعتبارات التي يفرضها عقد الزواج تفترض أن يكون المتعاقد قادراً جسمياً على تحملها ومتمتعاً بقدر كاف من التمييز يستطيع معه إدراك نتائج وعواقب ما هو مقدم عليه"<sup>(1)</sup>.

لكنّ المادة 07 ق.أ.ج من جهة أخرى لم تُعط لتحديد السن القانونية للزواج القيمة القانونية اللازمة له، ذلك أنّ نهيّاً دون جزاء في الأصل قد لا يجد نفعاً لدى البعض وخاصة أنّ المادة 22 ق.أ.ج تُمكن من تسجيل عقد الزواج بعد استصدار حكم قضائي يُثبت الزواج إذا اكتملت الأركان، فقد يتمّ العقد شرعاً أي بالفاحة قبل اكتمال السن القانونية اللازمة ويتمّ الدخول وبعد مضي مدة يتمّ تسجيل هذا الزواج في سجلات الحالة المدنية بعد استصدار حكم قضائي يُثبت ذلك بعد بلوغ الفتى أو الفتاة السن القانونية<sup>(2)</sup>.

وبناءً على ما تقدّم يُمكن القول أنّ العدالة والمساواة بين الأشخاص والانسجام الذي يجب أن يتحقق بين النصوص القانونية، كلّ ذلك يدفع إلى القول بضرورة التعديل في هذه المسألة تعديلاً

(1) محمد محمّد-الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية-ج1-الخطبة والزواج-مطبعة الشهاب-الجزائر-1985-

ص 61

(2) إحالة إلى أحكام الزواج العرفي في هذه الدراسة.

في قانون الأسرة الجزائري يقضي بإضافة نص قانوني ينص صراحة على بطلان الزواج الذي تم إبرامه بدون إذن قضائي من قبل شخص لم تتوفر فيه السن المحددة قانوناً، مع تعليق منح الإذن على شهادة طبية تثبت قدرة المقبل على الزواج نفسياً ومعنوياً وجسماً عليه وعلى تحمّل تكاليفه.

### الفرع الثاني: الحماية المادية للطفل.

إن الالتزام بحق الطفل في الإنفاق عليه وباحترام حقه في تلقي التبرعات وكذا الحرص في إدارة أمواله، يكفل له الحماية المادية بما يضمن ويؤكد على وقايتة من الانحراف والجنوح.

ويُطرح في هذا الإطار التساؤل الآتي: هل كفل التشريع العائلي الجزائري الحقوق المالية للطفل، وهل من ضمانات عليها؟

وبناءً عليه سيتضمن هذا الفرع الإجابة عن هذا التساؤل من خلال التطرق إلى حق الطفل في النفقة، حقه في تلقي التبرعات ثم إدارة أمواله.

### البند الأول: الحق في النفقة.

والمقصود بها في هذا الإطار نفقة<sup>(1)</sup> الأصول على الفروع، والأصل أن الإنفاق على الفروع واجب والتزام تفرضه الحياة والطبيعة الإنسانية والشرع، سواء تعلق الأمر بالطفل قبل ميلاده أو بعده. وإن الإنفاق على الجنين يكون بالإنفاق على أمه الحامل مصداقاً لقول الله تعالى: "...وإن كنَّ أولاتٍ حملٍ فأنفقوا عليهنَّ حتى يضعنَّ حملهنَّ..."<sup>(2)</sup>.

لكن هناك حالات في واقع الحياة الزوجية يحصل فيها أن يتخلى الزوج عن التزاماته تجاه أسرته، بحيث لا يهتم بهم ولا يُنفق عليهم، فيتركهم دون رعاية أو عناية مادية مما يؤثر سلباً على الأطفال، ومن ثم تجوز المطالبة بها أمام القضاء.

وبناءً عليه سيتم فيما يلي التطرق لحق النفقة، مفهومه ثم أحكامه.

### I- مفهوم الحق في النفقة:

إن الحق في النفقة والذي يُعتبر صورة من صور التضامن الأسري<sup>(3)</sup>، قد قرره الشرع والقانون لإحاطة الطفل بحماية هامة، ولذا فلقد أُوجبت النفقة على ذويه، ووضعت لذلك شروطاً

(1) إن النفقة في اللغة اسم لما ينفقه الإنسان على غيره-م/كمال الدين إمام-المرجع السابق-ص 129

(2) سورة الطلاق-الآية 6

(3) انظر: Christophe Vigneau-Les rapports entre solidarité familiale et sociale en droit comparé-R.I.D.C.-: N°01/1999-p.54

تضمنتها نصوص قانون الأسرة الجزائري ونفقة الطفل تجب على أبيه ما لم يكن له مال وهو ما جاء في نص المادة 01/75 ق.أ.ج حيث "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له المال"، وفي هذا السياق جاء في قرار عن المحكمة العليا أنه "من المقرر شرعاً أنّ نفقة الأولاد تجب على الأب إذا وُلدوا من فراش صحيح ناشئ من عقد صحيح شرعاً، ومن ثمّ فإنّ القضاء بالنفقة للبت دون إثبات الزوجية ودون إثبات نسبها من الطاعن خرق لأحكام الشريعة الإسلامية<sup>(1)</sup>.

هذا وإنّ المادة 76 ق.أ.ج تُلزم الأمّ بالإنفاق حالة عجز الأب إذا كانت موسرة أو قادرة على الكسب بنصّها "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأمّ إذا كانت قادرة على ذلك"، ثمّ تنصّ المادة 77 ق.أ.ج أنه "تجب نفقة الأصول على الفروع حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث" أي أنّها لم تحصر النفقة في الأب والأمّ فقط، بل مكّنت من اللجوء إلى أشخاص آخرين بحسب درجة القرابة في الإرث، وعلى هذا الأساس جاء في قرار عن المحكمة العليا أنه "من المقررّ شرعاً أنه تجب النفقة على الجدّ لابن الابن"<sup>(2)</sup>.

وبالتالي فإنه يُشترط في وجوب النفقة على الأب مجموعة من الشروط نوجزها فيما يلي:

- 1- أن لا يكون للطفل مال تحصّل عليه من التبرّع أو الميراث، لأنّ القاعدة أنّ نفقة الطفل الموسر تكون من ماله إذا كان له مال ولو كان الأب موسراً<sup>(3)</sup>.
- 2- أن يكون الأب موسراً أي له مال أو قادراً على الكسب، فإن لم يكن كذلك وجب عليه الاكتساب وفقاً لرأي جمهور الفقهاء، وهو الرأي الذي أخذ به المشرّع الجزائري في المادة 75 ق.أ.ج، فإن لم يستطع الاكتساب وجبت النفقة على الأمّ حيال أبنائها إذا كانت موسرة أو قادرة على الكسب طبقاً للمادة 76 ق.أ.ج وإلاّ وجبت على الأقارب بحسب درجاتهم في الإرث. وتستمر النفقة على الأولاد إلى حين بلوغهم سن الرشد بالنسبة للذكور وإلى حين الدخول بالنسبة للإناث حسب المادة 02/75 ق.أ.ج إلاّ أنّ الإنفاق على الذكر يستمر بعد بلوغه سن الرشد حالة عجزه لآفة عقلية أو بدنية أو إذا كان مزاولاً للدراسة، وتسقط النفقة بالاستغناء عنها بالكسب طبقاً للمادة 02/75 ق.أ.ج.

(1) ملف رقم 47915 بتاريخ 1987/02/07-م.ق-العدد 1990/03-ص 65

(2) ملف رقم 189181 بتاريخ 1998/04/21-أ.ق.غ.أ.ش-عدد خاص-2001-ص 192

(3) أحمد نصر الجندي-النفقات في الشرع والقانون-دار الكتب القانونية-مصر-1994-ص 85

وفي هذا السياق جاء عن المحكمة العليا أنه "من المقرر قانوناً أن الإنفاق على الولد المعوق رغم تقاضيه منحة المعوقين حق له، لأن المنحة الشهرية التي يتقاضاها تُعتبر مجرد إعانة لا تكفي حاجاته، ومن ثم فإنّ القضاة طبّقوا صحيح القانون لما قضوا بما"<sup>(1)</sup>.  
أما بخصوص الفتاة فنفتها واجبة إلى غاية الدخول بها إلا إذا كانت قادرة على الكسب من مهنة شريفة، فحينئذ تسقط عنها.

وفي نفس الإطار جاء في قرارين عن المحكمة العليا أنه:

\* "من المقرر قانوناً أن الأب يُعفى من واجب الإنفاق على بناته العاملات ولو لم يتمّ الدخول بهنّ، ثمّ إنّ القضاء بهذا المبدأ تطبيق صحيح للقانون"<sup>(2)</sup>.  
\* "من المقرر قانوناً أن الأنتى تستحق النفقة حتى يتمّ الدخول بها إلى بيتها الزوجي أو حصولها على مكسب والقضاء بحرمان البنتين من النفقة دون توضيح السبب مخالفة لأحكام المادة 75 ق.أ.ج"<sup>(3)</sup>.

أما عن مشتملات النفقة فإنّ الأمر يختلف بين حالة الاجتماع العائلي أي أثناء الحياة الزوجية وبين حالة الانفصال والحكم بالنفقة للطفل المحضون.

حيث وبالنسبة للحالة الأولى والتي نظّمها المادة 78 ق.أ.ج بنصّها أنه "تشتمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يُعتبر من الضروريات في العرف والعادة"، أي أن النفقة تشتمل على المأكل، المشرب، اللباس، العلاج، السكن وإذا تعذّر فأجرته وما يندرج ضمن الضروريات في العرف والعادة، بمعنى أن السكن أو أجرته يدخل ضمن النفقة أي أهما تشتمله والمقصود بالسكن وبالمفهوم الواسع ما يُعتبر من وسائل الحياة اليومية كالأغطية والأسرة.

أما الحالة الثانية وهي حالة الانفصال والحكم بالنفقة للمحضون، فلقد نصّت عليها المادة 72 ق.أ.ج حيث "نفقة المحضون وسكنه من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن يُهيئ له سكناً وإن تعذّر عليه فأجرته"، وعليه فإنّ السكن أو أجرته منفصلة عن مبلغ النفقة المخصّص لأجل المعيشة واللباس والعلاج، وعلى هذا الأساس تمّ الحديث مسبقاً عن حق المحضون في السكن

(1) ملف رقم 179126 بتاريخ 1998/02/17-أ.ق.غ.أ.ش-عدد خاص-2001-ص 68

(2) ملف رقم 138958 بتاريخ 1996/07/09-م.ق-العدد 01-1998-ص 123

(3) ملف رقم 218736 بتاريخ 1999/02/16-أ.ق.غ.أ.ش-عدد خاص-2001-ص 76



كنتيجة من نتائج الحضانة، أما النفقة المخصصة للمعيشة واللباس والعلاج فتضمّنها هذا المطلب باعتبارها حقاً مالياً محضاً.

وعلى هذا الأساس جاء في قرار عن المحكمة العليا أنّ "النفقات المحكوم بها لفائدة الأولاد مخصصة من أجل المعيشة واللباس شرعاً وقانوناً، وأنه لا يجوز إدخال طلب إيجار السكن من أجل ممارسة الحضانة ضمنها، فالسكن حرّ مستقل عن النفقات الأخرى بنصّ قانوني"<sup>(1)</sup>.

أما عن كيفية تقدير النفقة فلقد جاء في المادة 79 ق.أ.ج أنه "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يُراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"، بمعنى أنّ تقدير مبلغ النفقة يُراعى فيه حال الطرفين وظروف المعيشة وبالتالي فإنّ تقديرها يكون وفقاً لاحتياج الطفل وقدرة المنفق وظروف الحياة، على أنه لا يتمّ مراجعة التقدير إلاّ بعد مرور سنة من الحكم بالنفقة، وهذه المدّة كافية لتغيير الأسعار وتقلّبها وتبدّل ظروف المعاش، وبهذا جاء في قرار عن المحكمة العليا أنه "من المقرّر قانوناً أنه في تقدير النفقة يُراعى القاضي حال الطرفين وظروف المعاش، ومن ثمّ فإنّ الحكم بالنفقة للطفل المحضون على الأب رغم تقديمه شهادة العمل الصادرة عن البلدية والتي تُصادق فقط عن إمضاء الشاهدين تطبيق صحيح للقانون"<sup>(2)</sup>.

وعلى كلّ فإنّ الملاحظ على النصوص التي تضمّنت تقدير النفقة أنّ ثمة تناقض بين المادة 01/37 ق.أ.ج والمادتين 77 و79 من ذات القانون، بحيث تنصّ المادة 01/37 أنه "يجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب وسعه"، بمعنى أنه يتمّ تقديرها مع مراعاة قدرة الزوج ووسعه دون الاكتراث بوضع المدين بما واحتياجه، في حين أنّ المادتين 77 و79 ق.أ.ج توجب الاعتداد بقدرة الملزم بما واحتياج المدين بما وكذا ظروف المعاش.

وبسبب هذا التناقض وقع القضاء في خلط بين المادتين المادة 01/37 ق.أ.ج والمادتين 77 و79 من نفس القانون، وذلك في قرار عن المحكمة العليا جاء فيه أنه "من المقرّر شرعاً وقانوناً أنّ تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج إلاّ إذا ثبت نشوز الزوجة، ومن المقرّر أيضاً أنّ يُراعى القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يُراجع تقديره قبل مضي سنة من

(1) ملف رقم 51596 بتاريخ 1988/11/17 - بلحاج العربي - قانون الأسرة الجزائري - مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا - المرجع السابق - ص 137

(2) ملف رقم 2186 بتاريخ 1999/03/16 - أ.ق.غ.أ.ش - عدد خاص - 2001 - ص 80

الحكم ومن ثم فإنّ القضاء بتحديد النفقة للبتت اعتباراً من تاريخ رفع الدعوى القضائية دون أن يُقدّر ظروف الزوج ومدخوله ووسعه مخالف للقانون وأحكام الشريعة الإسلامية<sup>(1)</sup>.

## II- أحكام الحق في النفقة:

ما حكم الامتناع عن دفع النفقة للطفل رغم صدور حكم حائز لقوة الشيء المقضي فيه،  
يلزم الأب بالإففاق؟

إنه وبالإضافة إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري التي تضمنت حق الطفل في النفقة، قد جرّم المشرّع الجزائري وفي قانون العقوبات الجزائري فعل الإهمال العائلي والامتناع عن دفع النفقة وقرّر لذلك عقوبة جنائية، بحيث يُعاقب أحد الوالدين الذي يترك منزله أسرته لمدة تتجاوز شهرين، ويتخلّى عن كافة التزاماته الأدبية أو المادية المترتبة على السلطة الأبوية أو الوصايا القانونية، وذلك بغير سبب، كما يُعاقب الزوج الذي يتخلّى عمداً ولمدة تتجاوز شهرين عن زوجته مع علمه بأنّها حامل وذلك بغير سبب جدّي، بالحبس من شهرين إلى سنة بالإضافة إلى غرامة مالية تتراوح بين 500 و5000 دج وذلك حسب نصّ المادة 330 ق.أ.ج.

بالإضافة إلى المادة 33 ق.أ.ج والتي تنصّ أنه "يُعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة مالية من 500 إلى 5000 دج كلّ من امتنع عمداً ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقرّرة قانوناً لإعانة أسرته وعن أداء النفقة المقرّرة عليه إلى... أو فروعه، رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع النفقة إليه". كيف لا والامتناع عن دفعها أثر سلبي بليغ على سلوك الأطفال، أخلاقهم وتربيتهم! أضف إلى ذلك نصّ المادة 03/993 ق.م.ج والذي جاء فيه أنه "يكون للديون التالية الامتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار... النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الستة أشهر الأخيرة، وقد تستوفي هذه المبالغ مباشرة بعد المصاريف القضائية والمبالغ المستحقة للخرينة العامة ومصاريف الحفظ والترميم"، بمعنى أن دين النفقة يُعتبر من الديون الممتازة. هذا وإنّ نصّ المادة 368 من قانون الإجراءات المدنية<sup>(2)</sup> يمنع توقيع الحجز على ما للزوج لدى الغير إذا تعلق الأمر بمبالغ النفقة وكذا النفقات المؤقتة المحكوم بها قضائياً، وزيادة على ذلك المادة 378 من ذات القانون والتي لا تُجيز الحجز على الفراش الضروري للمحجوز عليهم ولأولادهم الذين يعيشون

(1) ملف رقم 51715 بتاريخ 16/01/1989-م.ق.-العدد 02/1992-ص 55

(2) الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 08 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعتدل والمتمم.

معهم والملابس التي يرتدونها وما يلتحفون به وكذا قوت المحجوز عليه وعائلته اللازم لتعيش لمدة شهر.

غير أن الأحكام القانونية السارية المفعول بخصوص تحصيل مبالغ النفقة المحكوم بها لفائدة الأطفال غير مجدية في أغلب الأحيان، مما دفع بواضعي مشروع تعديل قانون الأسرة الجزائري إلى إضافة أحكام جديدة إلى المادة 02/80 تقترح مصادر جديدة لتحصيل النفقة، وذلك بالحجز على أجرة الزوج أو ممتلكاته وبعد ترخيص القاضي ودون الإخلال بأحكام المادة 331 ق.أ.ج لأن الأجر بالزوج كان تسديد المبالغ في وقتها، فالنفقة متعلقة بضروريات الحياة اليومية للطفل، ومن ثم فهي متعلقة بالرعاية المادية للطفل<sup>(1)</sup>.

### المبحث الثاني: حق الطفل في تلقي التبرعات.

يُعتبر حق الطفل في تلقي التبرعات ضمان وتأكيد على حقه في الرعاية المادية، لأن الأصل في النفقة على الطفل أن تكون من ماله إذا كان له مال حصل عليه من الميراث أو التبرع، والميراث نتيجة لثبوت نسب الطفل من مورثه أما التبرع<sup>(2)</sup> فتصرف عام في الأموال وبدون حدود، ويتمثل في الوصية، الهبة والوقف ولكل أحكامه، وعليه سنعالج فيما يلي: الوصية والهبة ثم الوقف على التوالي.

#### I- الوصية للطفل:

إن الوصية تصرف أقره الشرع الإسلامي والقانون المدني الجزائري في المادة 775 بنصها أنه "يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها" والتي تُحيلنا إلى قانون الأسرة الجزائري بالإضافة إلى نص المادة 776 ق.أ.ج والذي جاء فيه بأن: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يُعتبر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيّاً كانت التسمية التي تُعطى إلى هذا التصرف". وعليه فإن لكل شخص بالغ سنّ الرشد 19 سنة كاملة طبقاً للمادة 40 ق.أ.ج سليم العقل حسب المادة 186 ق.أ.ج أن يتصرف في ماله في حدود الثلث ( $\frac{1}{3}$ ) وما زاد عن ذلك توقف على إجازة الورثة

(1) انظر C/Labrusse Riou-المرجع السابق-ص 216

(2) تناول قانون الأسرة الجزائري التبرعات في كتابه الرابع.

حسب المادة 185 من نفس القانون تصرفاً مضافاً لما بعد وفاته وبلا عوض<sup>(1)</sup>، لفائدة أي شخص يُريده، ما لم يكن وارثاً، فالأصل أن لا وصية لوارث، أما الاستثناء الوارد على الأصل فهو الجواز بشرط إقرار<sup>(2)</sup> الورثة لها بعد وفاة الموصي طبقاً للمادة 189 ق.أ.ج."

وفي هذا السياق جاء في بعض القرارات عن المحكمة العليا أنه:

\* "من المقرّر شرعاً أنّ الوصية تكون في حدود  $(\frac{1}{3})$  التركة"<sup>(3)</sup>.

\* "من المقرّر قانوناً أنّ الوصية تكون في حدود  $(\frac{1}{3})$  التركة"<sup>(4)</sup>.

\* "من المقرّر قانوناً أنّ لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة"<sup>(5)</sup>.

ولقد رغّب الشرع الإسلامي في الوصية لأنّ الموصي بما يصل بها خير دنياه الذي وهبه الله إياه بخير عقباه، ولهذا تجوز الوصية مع اختلاف الدين حسب المادة 200 ق.أ.ج وعليه يُمكن للأُمّ المسيحية مثلاً أن توصي لطفلها من الزواج بمسلم في حين لا توارث بينهما<sup>(6)</sup>، هذا من جهة، كما أنه ومن جهة أخرى، ولما كانت الوصية استخلاف في المال المملوك للموصي أو الذي سيملكه قبل وفاته عيناً<sup>(7)</sup> كان أو منفعة حسب المادة 190 ق.أ.ج، فوجب أن تتوافر في الموصى له أهلية التملك، بأن يكون موجوداً حال إنشاء الوصية، ومما لاشكّ فيه أنّ الطفل وقبل خروجه إلى الدنيا إنساناً سوياً، يستكن في ظلمات البطن ليتطوّر حتى يستطيع التملك كغيره ممن هم موجودون، وعليه سنبيّن فيما يلي أحكام الوصية للجنين أولاً ثمّ أحكامها بالنسبة للطفل وبعد ميلاده ثانياً.

## 1- أحكام الوصية للجنين:

(1) بمعنى أن الوصية لا تنتج أثرها إلا بعد وفاة الموصي.

(2) المصطلح الصحيح في المادة 189 ق.أ.ج هو الإقرار بدل الإجازة لأن هذه الأخيرة تكون من المتصرف أي الموصي في حين أنه وفي هذه الحالة المتصرف قد توفي وعليه يكون للورثة وهم من الغير في هذا التصرف حق الإقرار.

(3) ملف بتاريخ 1969/04/30-انظر بلحاج العربي-قانون الأسرة الجزائري-مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا-المرجع السابق-ص 190

(4) ملف رقم 40651 بتاريخ 1986/02/24-بلحاج العربي-قانون الأسرة الجزائري-مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا-المرجع السابق-ص 190

(5) ملف رقم 59240 بتاريخ 1990/03/05-م.ق-العدد 1992/03-ص 57

(6) انظر Les dispositions du code Algérien de la famille-H/Bencheikh Denouni-المرجع السابق-ص 724

(7) عقارا كان أو منقولاً.

تصح الوصية للجنين أي الحمل إذا تحقق وجوده وقت إنشاء الوصية، وقد اتفق الفقهاء على جوازها للحمل مادام صالحاً لأن يكون وارثاً، ويُشترط لصحة الوصية للحمل بناءً عليه، وحسب المادتين 134 و187 ق.أ.ج ما يلي:

(أ) ضرورة إثبات وجود الحمل الموصى له في بطن أمه وقت إنشاء الوصية، بأن يولد في أقل مدة الحمل وهي ستة أشهر، وفي بعض الأحيان تكون المدة المعتبرة هي أقصى مدة الحمل عشرة أشهر طبقاً للمادة 42 ق.أ.ج.

(ب) أن يولد الجنين حياً حياة مستقرة، فإن وُلد ميتاً بطلت الوصية، لأن أهلية الوجوب لا تتحقق إلا بالوجود الكامل بانفصاله كلياً حياً، وذلك ما نصّت عليه المادة 187 ق.أ.ج<sup>(1)</sup>.

(ج) أن يوجد الجنين على الصفة التي أرادها الموصي، فإذا كانت الوصية لحمل من شخص معين، وجب لصحتها أن يثبت نسب الحمل شرعاً من ذلك الشخص المعين.

وإذا وُلد توأم، استحقوا الوصية بالتساوي، ولو اختلف الجنس، وذلك حسب المادة 187 من ذات القانون وإن وُلد أحدهما حياً والآخر ميتاً كانت الوصية للحي منهما<sup>(2)</sup>.

## 2- أحكام الوصية للطفل بعد ميلاده:

في هذه الحالة تنشأ الوصية للطفل بعد ميلاده، فإذا تمت والطفل لم يبلغ بعد سنّ التمييز، أي أنه فاقد الأهلية وتعتبر حينئذ جميع تصرفاته باطلة، فيكون قبول الوصية في هذه الحالة التزاماً على وليّه أو وصيّه طبقاً للمادة 82 ق.أ.ج لأن قبول الوصية تصرف نافع للموصى له نفعاً محضاً، ويتم قبول الوصية صراحة أو ضمناً بعد وفاة الموصي حسب المادة 197 من نفس القانون.

أما إذا تمّ الإيصاء لطفل بلغ سنّ التمييز، فإنه يقبل الوصية بنفسه قبل وفاة الموصي، وذلك دون إذن وليّه أو وصيّه، لأن قبول الوصية يزيد في الجانب الإيجابي من الذمة المالية.

أما إذا توفي الطفل قبل القبول فيعود إلى ورثته حق القبول أو الرد حسب المادة 198 ق.أ.ج، لكن إذا توفي الطفل الموصى له قبل وفاة الموصي بطلت الوصية طبقاً للمادة 201 ق.أ.ج، وفي حالة إذا تمت الوصية لطفلان يكون الموصى به مشتركاً بينهما حسب المادة 194 من نفس القانون، فإذا حُدّد جزء كل واحد منهما ومات أحدهما وقت الوصية أو بعدها وقبل وفاة الموصي

(1) بلحاج العربي-الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري-ج2-المرجع السابق-ص 291-292

(2) وهبة الزحيلي-الفقهاء الإسلامي وأدلته-تتمة الأحوال الشخصية-ج8-دار الفكر-سوريا-1997-ص 67

استحق الحي منهما ما حُدّد له فقط، لكن إذا لم يتمّ تحديد ما يستحقه كلّ منهما فإنّ الحي منهما يستحق كلّ الوصية.

## II- الهبة والوقف:

### 1- الهبة:

إنّ للهبة تأثير بليغ على العلاقات والروابط الإنسانية باعتبارها تهدف إلى البرّ والإحسان، بالإضافة إلى تدعيمها لصلة الأخوة والتعاون بين الواهب والموهوب له. فالهبة إذن مظهر من مظاهر تكريم الإنسان لأخيه الإنسان، ووسيلة من الوسائل لإسعاده وهي مثال حيّ لإسعافه في عزّة نفس وإباء، لقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُبْطِلُوا صَدَقَاتِكُمْ بِالْمَنِّ وَالْأَذَى كَالَّذِي يُنْفِقُ مَالَهُ رِئَاءَ النَّاسِ... (1)"، وقوله ﷺ: "تَهَادُوا تَحَابُّوا" (2).

أما عن تعريف الهبة فلقد عرّفها بعض الفقهاء على أنّها تملك العين في الحال مجاناً، وهي لا تتمّ إلاّ بين الأحياء، الأمر الذي يُفرّقها عن الوصية التي هي مؤجّلة إلى ما بعد وفاة الموصي، كما عرّفها البعض على أنّها العطية الخالية من الأعراض والأغراض (3).

ولقد عرّفها قانون الأسرة الجزائري أنّها تملك بدون عوض وذلك حسب المادة 202 ق.أ.ج، من مقوماتها أنّها بين الأحياء، تصرف يرد على المال، دون عوض ويكون بقصد التبرّع، فللهبة عنصران:

(أ) عنصر مادي: وهو التصرف في المال.

(ب) عنصر معنوي: وهو قصد التبرّع.

ومن ثمّ فإنّ الهبة ليست إذن سوى منحة من الواهب إلى الموهوب له مجاناً (4)، ولقد أقرّها الشرع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري لكلّ شخص بالغ سنّ الرشد أي 19 سنة كاملة حسب المادة 42 ق.أ.ج، سليم العقل وغير محجوز عليه طبقاً للمادة 203 ق.أ.ج، ويكون محلّها إما ممتلكات الواهب، جزء منها منفعة أو عيناً أو ديناً لدى الغير، وعليه فهي ممكنة في كلّ الأموال وذلك حسب المادة 205 من ذات القانون، وتنعقد الهبة بإيجاب الواهب وقبول للطفل الموهوب له

(1) سورة البقرة- الآية 264

(2) محمد تقيّة- الهبة في التشريع الجزائري وفي الفقه الإسلامي- مجلة الموثق- العدد 03- جوان 1998- ص 17

(3) ابن منظور جمال الدين- المرجع السابق- ص 803

(4) مصطفى لعروم- عقد الهبة- مجلة الموثق- العدد 08/1999- ص 18

إذا كان مميّزاً أي أنه بالغ 16 سنة، أو قبول وليّه أو وصيّه إذا كان الطفل الموهوب له غير مميّز، لأن قبول الهبة تصرف نافع نفعاً محضاً للطفل الموهوب له، هذا ولا يتراخى أثر الهبة حتماً إلى ما بعد وفاة الواهب بل قد يكون أثناء حياته.

أما الجنين فهناك من الفقهاء من جعل القبض شرط صحة في الهبة ومن ثم فلم يُجزها للجنين لعدم وجود ولي يقبض عنه<sup>(1)</sup>، أما الإمام مالك فقد قال بصحة الهبة للجنين ما دام القبض شرطاً لها وليس شرط صحة، والراجح هو رأي مالك حيث ما دامت الهبة ذات نفع للجنين، فما الضرر منها! وهو الرأي الذي أخذ به المشرّع الجزائري من خلال المادة 209 ق.أ.ج حيث تصحّ الهبة للحمل بشرط أن يولد حياً<sup>(2)</sup>، وكذا من خلال المادة 02/206 من نفس القانون حيث تتمّ الهبة بالحيازة مع مراعاة أحكام قانون التوثيق بالنسبة للعقارات والإجراءات الخاصة بالنسبة للمنقولات<sup>(3)</sup>، لكن النائب القانوني عن الطفل هو الذي يتولّى الحيازة نيابة عن الطفل الموهوب له طبقاً للمادة 210 ق.أ.ج باستثناء حالة كون الواهب ولي الطفل الموهوب له أين تُغني الإجراءات الإدارية والتوثيق عن الحيازة، وذلك ما جاء في المادة 208 من ذات القانون، ومثال الإجراءات الإدارية استخراج البطاقة الرمادية للسيارة محلّ عقد الهبة باسم الموهوب له، وبخصوص الحيازة كذلك، يجد الموهوب له نفسه أمام أحد الوضعين التاليين وهما:

\* إما أن يكون الشيء الموهوب بيد الطفل الموهوب له أو نائبه القانوني قبل الهبة، فيُعتبر ذلك حيازة.

\* أو أن يكون الشيء الموهوب بيد الغير أين يستوجب إخباره من طرف النائب القانوني للطفل. حتى يُعتبر حائزاً حسب المادة 207 ق.أ.ج، حيث يُقصد بالحيازة تمكين الموهوب له صاحب الحق من الحيازة المادية لأنها عنوان السلطة القانونية التي يُباشرها الموهوب له على الشيء محلّ الهبة، فالحيازة المادية الحقيقية في أساسها تُعدّ مظهراً من مظاهر الملكية التي تُحوّل صاحبها حق التمتع والتصرف في الأشياء، وهو ما أشارت إليه المادة 674 ق.أ.ج والتي جعلت حق الانتفاع لا يتمّ إلا بالحيازة التي تُعتبر شرطاً لازماً لعقد الهبة، وفي هذا الصدد جاء في قرار عن المحكمة العليا أنه

(1) الجمهور من الحنفية، الشافعية والحنابلة.

(2) إحالة شروط صحة الوصية للجنين التي ذكرت فيما سبق.

(3) "من المقرر قانوناً وشرعاً أن الهبة تتعدّد بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة-قرار المحكمة العليا-غ.أ.ش-ملف رقم 40651 بتاريخ 1986/02/24- بلحاج العربي-قانون الأسرة الجزائري-مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا-المرجع السابق-ص 199

"من المقرر قانوناً أنه إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة اعتُبر حائزاً وإذا كان بيد الغير وجب إخباره بذلك"<sup>(1)</sup>.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه قد يشترط الواهب الاحتفاظ بحق الانتفاع طيلة حياته خوفاً مما قد يعود عليه هذا التصرف من ضرر، ويُعرض مستقبله إلى خطر بسبب إقدامه على التخلي عن أملاكه لفائدة غيره، أي أنه يهب ملكية الرقبة ويتمسك بحق التمتع الذي يشمل الانتفاع والاستغلال، إلا أن هذا التصرف يُعتبر مخالفاً لنص المادة 206 ق.أ.ج التي تشترط الحيابة كما أشرنا، لأن إبرام عقد الهبة مع اشتراط بقاء الأموال تحت تصرف الواهب إلى ما بعد وفاته يُعتبر وصية لا هبة. ومن ثم يُعتبر هذا التصرف باطلاً إذا كان لوارث حيث لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة، وهذا ما نصت عليه المادة 777 ق.م.ج<sup>(2)</sup>، وفي هذا السياق جاء في قرار عن المحكمة العليا أنه "من المقرر قانوناً أنه يُعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيابة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يُخالف ذلك، ومن المقرر أيضاً أنه لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة"<sup>(3)</sup>.

غير أن المشرع قد استثنى حق الانتفاع من هذه القاعدة، حيث يُمكن أن يكون هذا الحق محلاً لعقد الهبة مستقبلاً، وهذا ما ذهبت إليه المادة 205 ق.أ.ج السالفة الذكر، أي أن الواهب يتخلى عن حقه في الانتفاع ويستبقي لنفسه حق الرقبة وهو حق أصلي.

هذا وقد نصت المادة 204 ق.أ.ج أن "الهبة في مرض الموت والحالات المخيفة تُعتبر وصية"، ومرض الموت كما عرّفه علماء الفقه الإسلامي هو المرض الذي يغلب فيه خوف الموت، ويعجز معه المريض عن قضاء مصالحه والقيام على أموره، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء لازم الفراش أو لم يُلزمه<sup>(4)</sup>، أي أنه ولكي يكون المرض مرض الموت لا بد من الشروط التالية:

\* قعود المريض عن قضاء مصالحه والقيام على أموره وشؤونه.

(1) ملف رقم 121664 بتاريخ 1995/06/07-انظر مصطفى لعروم-المرجع السابق-ص 59

(2) المادة 777 ق.م.ج "يُعتبر التصرف وصية تجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيابة الشيء المتصرف فيه وهو الانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك".

(3) ملف رقم 59240 بتاريخ 1990/03/05-انظر مصطفى لعروم-المرجع السابق-ص 19

(4) هـ-/بن شيخ دنوني-حماية الأسرة من التصرف في مرض الموت-الملتقى الوطني حول الحماية القانونية للأسرة بتاريخ 2002/04/29-28-كلية الحقوق-جامعة تلمسان



\* أن يُغلب فيه الموت أو يُرجح على الأقل.

\* أن ينتهي المريض بالموت فعلاً، وقد حدّد الفقهاء المعيار الزمني لمرض الموت بسنة واحدة، فإذا مات المريض بعد انقضاء السنة كان في حكم الصحيح، وبالتالي تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح، أما إذا مات الواهب قبل هذه المدّة يُعتبر تصرفه وصيّة<sup>(1)</sup>، وتُطبّق عليه أحكامها حسب المادتين 204 ق.أ.ج و 01/776 ق.م.ج، وهي نفس الأحكام الواردة في الفرع الأول من هذا المطلب.

الرجوع في الهبة: إن ما يُستنتج من المادة 212 ق.أ.ج وبمفهوم المخالفة إمكانية الرجوع في الهبة ما دامت للمنفعة الخاصة، أي أنّ الرجوع في الهبة أمر استثنائي لا يجوز التوسّع فيه أو القياس عليه، هذا وإنّ للوالدين تبعاً لذلك حق الرجوع في الهبة لولدهما سواء شملت الهبة منقولات أو عقارات أو كلاهما وأياً كان سنّ ولدهما، حسب المادة 01/211 من ذات القانون، لكنّ هذا الرجوع غير ممكن في حالة ما إذا خُصّصت هذه الهبة من أجل زواج هذا الابن أي بعد إذن القاضي لهذا الطفل طبقاً للمادة 07 ق.أ.ج.

## 2- الوقف:

إنّ الوقف بمعناه العام هو الصدقة الجارية ابتغاءً للثواب، وهو حبس العين عن ملك الواقف والتصدّق بمنفعتها على جهة من جهات البرّ في الحال أو المال<sup>(2)</sup>. أما عن قانون الأسرة الجزائري فالملاحظ عموماً عليه أنه تناول الوقف أو الحبس بصفة جدّ مقتضبة، إذ لم يُخصّص له سوى بعض المواد تتسم بالغموض، وأحياناً إلى مواد أخرى كما هو حال المادة 215 منه والتي أحالت إلى المادتين 204 و 205 من ذات القانون، لكنّ المشرّع الجزائري تفتّن للأمر بإصدار القانون 91-10 المتعلّق بالأوقاف<sup>(3)</sup>.

وعلى كلّ فإنّ الوقف في نصّ المادة 213 ق.أ.ج "حبس المال عن التملّك لأيّ شخص على وجه التأييد والتصدّق"، وتعرّفه المادة 03 من القانون 91-10 أنه "حبس العين عن التملّك على وجه التأييد والتصدّق بالمنفعة على الفقراء أو على زجه من وجوه البرّ والخير"، ومن ثمّ تنتهي

(1) إذ للشخص مطلق الحق للتصرف في أمواله، لكن متى ارتبط الأمر بمرض الموت تغيرت طبيعة التصرف ويصبح الأمر حينئذ متعلق بحق الورثة.

(2) ع/محمد السريتي-المرجع السابق-ص 123

(3) القانون رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال 1411 الموافق لـ 27 أبريل 1991 يتعلّق بالأوقاف-ج.ر-1991/21.

إلى التعريف الشامل للوقف أنه "حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصديق بالمنفعة<sup>(1)</sup> على جهة من جهات البرّ في الحال أو المال".

وبالتالي فإنّ طبيعة الوقف تتمثل في كونه تبرّع مؤبّد، وذلك حسب المادتين 04 من القانون 91-10 و213 ق.أ.ج، هذا ويُشترط في الواقف أن يكون أهلاً للتصرف وأن يكون مالكاً محلّ الوقف. كما يُشترط في محلّ الوقف عقاراً كان، منقولاً أو منفعة أن يكون مشروعاً معلوماً، معيّناً أو قابلاً للتعين مملوكاً للواقف ملكاً باتاً أثناء وقفه، خالياً من النزاع فيه ولو كان مشاعاً، لأنّ وقف المال المشاع ممكن بشرط القسمة وذلك حسب المادتين 11 من القانون 91-10 و216 ق.أ.ج.

هذا ويثبت الوقف بإيجاب الواقف وحده دون توقف ذلك على قبول، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، ومن ثمّ أجازوا الوقف على الطفل الموجود وغير الموجود ممن سيولد أي الجنين<sup>(2)</sup>. وهذا النوع من الوقف الخاص والذي لم يتعرّض له قانون الأسرة الجزائري صراحة بل يفهم من عبارة "...لأيّ شخص..."، وبالتالي يكون الشخص طبيعياً، في حين أنّ المادة 02/06 من القانون 91-10 عرّفته صراحة أنه "ما يجسه الواقف على عقبه من الذكور والإناث أو على أشخاص معيّنين، ثمّ يؤرول إلى الجهة التي يُعيّنها الواقف بعد انقضاء الموقوف عليهم"، وتُضيف المادة 13 من ذات القانون أنّ "الموقوف عليه هو الجهة التي يُحدّدها الواقف في عقد الوقف ويكون شخصاً معلوماً طبيعياً... فالشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده وقبوله"، وبالتالي فإنّ شروط استحقاق الوقف اثنان يتمثلان فيما يلي:

(أ) شرط القبول: وهو تعبير الموقوف عليه عن رغبته فيما وُقف عليه، وهو ما يُمكن للطفل المميّز فعله، لأنّ الوقف من التبرّعات وهي تصرفات نافعة له نفعاً محضاً، لكن هذا القانون لا يُشير إلى حالة الطفل غير المميّز، هل يُشترط قبول وليّه أم لا؟ والراجح أنه على الولي القبول ما دام التصرف نافع للطفل نفعاً محضاً.

(ب) شرط الوجود: بمعنى أنه يجوز الوقف على الجنين، لكنه لا يستحق ما وُقف له إلاّ بعد ولادته أي وجوده.

(1) أي أنّ الوقف لا تملك فيه لأحد وإنما تخصيص منفعته حسب المادة 01/05 من القانون 91-10، أما عن أثره فهو لا يتراخى حتماً إلى ما بعد وفاة الواقف.

(2) محمد أبو زهرة-محاضرات في الوقف-ط2-دار الفكر العربي-مصر-1971-ص 302

هذا وإنّ الوقف في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة يُعتبر وصية، أي أنه يخضع لأحكام الوصية المشار إليها مسبقاً، وذلك حسب المادتين 215 و204 ق.أ.ج. وعلى كلّ حال فإنّ الوقف كان ولا زال مستحباً مهما كانت صفته المؤجّلة (المستقبلية) والمتمثلة في الوقف الخاص رغبة في زيادة التبرّعات لوجه الخير، ولكن إذا ابتعد الوقف عن هذا الهدف فلا ضرورة منه، حيث الوضع الذي آل إليه الوقف الخاص يفرض ضرورة استبعاد كلّ شرط يضعه الواقف ويُستخلص منه تحايل من طرفه، ولذلك كان لا بدّ من التطرّق لمسألة الوضع الذي آل إليه الوقف الخاص وصولاً إلى ضرورة تقييده، وهي المسألة المتعلّقة بتفضيل بعض الورثة على بعضهم الآخر.

حيث قد يقصد الواقف فعلاً وجه الخير ولكنه يُريد أن يستفيد من ماله بعض فروعاً أولاً ثمّ يؤول بعد ذلك هذا المال إلى وجه الخير، وهذا لا اعتراض عليه، بل إنّ هذا هو الهدف الذي يجب أن يظلّ عليه الوقف الخاص.

ولكن قد يقصد الواقف أغراض أخرى غير البرّ والتصدّق، كأن يُريد تفضيل الذكور من الأطفال على الإناث حيث أنّ المادة 06 من القانون 91-10 تُجيز الوقف للذكور كما للإناث، أو كأن يُريد تفضيل بعض الذكور على البعض الآخر منهم، فيوقف الأموال عليهم فقط. ويذهب أغلب الفقهاء إلى أنه إن جاز للواقف أن يُفضّل بعض الورثة على غيرهم، فالمستحبّ أن يُقسّم الوقف على الأولاد على حسب قسمة الله تعالى في الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين، إذا كان قصد الواقف هو الثواب الجاري على وجه الدوام وأولى بالوقف ورثة الواقف لقوله ﷺ: "إِنَّكَ تَرَكُ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ"، ولقوله أيضاً "صدقتك على غير رحمك صدقة وصدقتك على رحمك صدقة وصلة"<sup>(1)</sup>، فالجهد ألا تكون المفاضلة بين الورثة.

وننتهي مما سبق إلى القول بضرورة الوقف الخاص ومراقبته لمنع التحايل لتفادي تفضيل بعض الورثة على بعضهم الآخر.

(1) فريدة محمدي-الوقف الخاص-مجلة الموثق-العدد 05-ديسمبر 1998-ص 39

### البند الثالث: إداره أموال الطفل والتصرف فيها.

يحق التساؤل في هذا المقام عن مضمون الحماية إذا تعلق الأمر بإدارة أموال الطفل والتصرف فيها؟

على كلِّ فإنَّ الأهلية تتدرّج مع الشخص بحسب تطوُّره وعقله، والطفل إما عديم الأهلية إذا لم يبلغ بعد 16 سنة سنَّ التمييز طبقاً للمادة 42 ق.أ.ج، وعندئذ تكون كلُّ تصرفاته باطلة حسب المادة 82 ق.أ.ج، أما إذا بلغ سنَّ التمييز فيعتبر ناقص الأهلية طبقاً للمادة 43 ق.م.ج، وحينئذ تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له نفعاً محضاً كقبول هبة بدون عوض، وباطلة إذا كانت مضرّة له ضرراً محضاً كالتبرّعات، ومتوقفة على إجازة نائبه القانوني إذا كانت متردّدة بين النفع والضرر، حسب ما نصّت عليه المادة 83 ق.أ.ج. وبناءً عليه تظهر أهمية النيابة الشرعية، ذلك أنَّ الطفل لا يُمكنه مباشرة حقوق بنفسه، وهذا وإنَّ السلطة الأبوية تُعطي للأب الحق في إدارة أموال الطفل لصالحه طبعاً، حتى يبلغ هذا الأخير سنَّ الرشد ما لم يُحجز عليه، وحينئذ يُعتبر كامل الأهلية طبقاً للمادة 40 ق.م.ج، وهو ما نصّت عليه المادة 86 ق.أ.ج، وعلى إثر ذلك يُعهد له إدارة أمواله ومباشرة حقوقه بنفسه، لكن واستثناءً عن القاعدة يُمكن للقاضي أن يُرخص للقاصر المميّز بالتصرف في أمواله بناءً على طلب من له مصلحة.

فما المقصود بهذه القاعدة، وما مفاد الاستثناء الوارد عليها؟

وبناءً عليه سيتمّ التطرّق فيما يلي إلى النيابة الشرعية والترشيد على التوالي.

I- النيابة الشرعية:

إنه وحماية لأموال القاصر أسند المشرع الجزائري الإدارة والتصرف في أموال القاصر لأشخاص معينين: الولي، الوصي والقيم، محاولة منه لوضع ضوابط تُنظّم وتحكم مهام النائب القانوني عن الطفل.

1- الولاية على المال:

لقد تعددت تعاريف الفقهاء لها، ومن ذلك أنها "سلطة التصرف في المال استثماراً، حفظاً وإنفاقاً"<sup>(1)</sup>. ولقد جعل قانون الأسرة الجزائري الولاية على أموال القاصر، للأب وتحلّ الأم محلّه بعد وفاته طبقاً للمادة 87 من ذات القانون، بمعنى أنها محصورة في الأب وبعده الأم لما لمسه المشرع من حرص الأب والأم على حماية أبنائهم القصر، وبالتالي فإنّ الولاية تنتقل من الأب إلى الأم حالة وفاته حسب المادة 87 ق.أ.ج، لكن ما حكم حالة عجز الأب أو الحجر عليه؟ لقد تضمنت المادة 91 ق.أ.ج حكم هذه الحالة بحيث تنتهي وظيفة الولي بعجزه، بموته، بالحجر عليه، أو بإسقاط الولاية عنه، في حين أنّ المادة 87 من نفس القانون تنصّ على حالة واحدة لانتهاج وظيفة الولي عن الأب وانتقالها إلى الأم وهي حالة وفاة الأب، أي أنّ هذه المادة فصلت في حالة واحدة وهي حالة وفاة الأب، فما هو إذن الحكم في الحالات الأخرى؟ هل يجب رفع الأمر إلى القاضي أم أنه يجب الاعتماد على قياس حالات العجز والحجر القانوني أو القضائي وإسقاط الولاية على حالة الوفاة؟

على أيّ حال، وأياً كان الولي سواء الأب أو الأم، فما هي الضوابط التي وضعتها المواد 88-89 و90 ق.أ.ج بخصوص إدارة أموال الطفل والتصرف فيها؟

وإنّ الولي ينفرد بأعمال الإدارة والتصرفات النافعة نفعاً محضاً للقاصر وذلك بإتيانها دون استئذان القاضي كقبول هبة بدون عوض لصالح القاصر غير المميّز<sup>(2)</sup>، وذلك على أساس أنّ على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص حسب المادة 88 ق.أ.ج، أي أن يحافظ عليها وأن لا يساهم في تبذيرها أو الإسراف في إنفاقها، وإلاّ اعتُبر مسؤولاً عن ذلك، لأنّ

(1) وهبة الزحيلي-الفقّه الإسلامي وأدلته-الحقوق المالية-ج7-دار الفكر-سوريا-1997-ص 180  
(2) يوسف دلاندة-هل يجوز التنازل عن التعويض وهو حق للقاصر؟-مجلة الموثق-العدد 2001/01-ص 11

الأولى أن يستفيد منها الطفل عند بلوغه لكي يقوى على تبعات الحياة والاطلاع بمسؤولياتها المادية خاصة.

و ضمناً أكثر للحماية أخضع المشرع الجزائري بعض تصرفات الوالي لإذن القاضي ويتعلق الأمر بتلك الدائرة من النفع والضرر، وحتى في هذا النوع من التصرفات، قد تُشترط مراعاة إجراءات وشكليات معينة كبيع العقار بالمزاد العلني حسب المادة 02/89 ق.أ.ج، أضف إلى ذلك أنه يتم مراعاة حالة الضرورة ومصلحة الطفل، ومثال حالة الضرورة أن يكون الأب في حاجة ماسة إلى الأموال للإنفاق على أم القاصر وإخوته، وتمثل هذه التصرفات حسب ما ورد في المادة 02/88 ق.أ.ج فيما يلي:

(أ) بيع العقار، قسمته، رهنه وإجراءات المصالحة.

(ب) بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

(ج) استثمار أموال القاصر بالإقراض أو المساهمة في شركة.

(د) إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سنّ

الرشد.

ولقد سار القضاء الجزائري على هذه المبادئ في عدد من القرارات والتي تمّ الاطلاع عليها، حيث جاء عن المحكمة العليا أنه:

\* "من المقرّر شرعاً أنه على الوالي أن يتصرّف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، وأنّ عليه أن يستأذن العدالة عند بيع عقار القاصر"<sup>(1)</sup>.

\* "من المقرّر شرعاً بأنه يجب على الوالي الحاضن أن يستأذن القاضي في تصرفات بيع وقسمة ورهن الأموال المتعلقة بحقوق القاصرين"<sup>(2)</sup>.

\* "من المستقرّ عليه فقهاً وقضاءً بأنّ الأمّ لا تتصرّف في حق ابنها القاصر إلاّ بعد الرجوع إلى العدالة، والقضاء بخلاف هذا المبدأ استوجب نقض القرار الذي رتب آثاراً قانونية لصالح

(1) ملف بتاريخ 1969/03/29-م.ج-ج-1-1968-ص 151

(2) ملف رقم 40651 بتاريخ 1986/02/24-بلحاج العربي-قانون الأسرة الجزائري-مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً

لقرارات المحكمة العليا-المرجع السابق-ص 156

الوكيل المستندة إليه الوكالة من الأم في حق ابنها القاصر والمتعلقة بحقه في إيجار شقة تركها له والده<sup>(1)</sup>.

\* "من المقرر قانوناً أن تقسيم عقار القاصر يُعدّ من بين التصرفات التي يستأذن الولي فيها القاضي"<sup>(2)</sup>.

هذا ومن خلال قراءة المادة 88 ق.أ.ج يُمكن استخلاص بعض الملاحظات حول بعض المفاهيم التي وردت فيها تُلخّص كما يلي:

حول الفقرة الأولى: "بيع العقار، قسمته، رهنه وإجراءات المصالحة". إن القانون في الحقيقة لم يبيّن شكل الإذن ولا القاضي المختصّ، فإذا كان القانون الفرنسي قد أخضع مثل هذه الأمور إلى قاضي الولاية Juge du tutelle فإنّ قانون الأسرة الجزائري لم يُوضّح ذلك، فهل يتمّ اللجوء إلى رئيس المحكمة أم إلى قاضي الأحوال الشخصية؟

أضف إلى ذلك أنه إذا كان بيع العقار ورهنه مبرراً باللجوء مثلاً إلى البيع بالمزاد العلني حسب المادة 89 من ذات القانون، فإنّ القسمة وإجراء المصالحة عادة ما تستوجب تقديم مشروع قسمة أو صلح، وقد يحتاج ذلك إلى مخطّطات وبنود وتفاصيل أخرى وعمل فني، قد لا يتمكّن القاضي لوحده من التأكّد منها حفاظاً على حقوق الطفل، وبالتالي يتوجّب تعيين خبير للإحاطة بمبررات المعاملة وتقييم الحصص ومعاينتها ميدانياً، لیتمكّن القاضي من إصدار حكمه بالقسمة أو الصلح.

ثمّ إنه حتى في بيع العقار يقع مشكل يتعلّق بتحليل النصّين العربي والفرنسي للمادة 89 ق.أ.ج، حيث ورد النصّ الفرنسي<sup>(3)</sup> لينصّ على البيع بالمزاد العلني دون التمييز بين العقار والمنقول، في حين أن فعل النصّ العربي لنفس المادة خصّ العقار فقط بهذا الإجراء في البيع<sup>(4)</sup>.

(1) ملف رقم 41470 بتاريخ 1986/06/30-م.ق-العدد 1989/02-ص 81

(2) ملف رقم 51282 بتاريخ 1988/12/19-م.ق-العدد 1991/02-ص 63

(3) L'article 89:

"Le juge accorde l'autorisation en tenant compte de la nécessité et de l'intérêt du mineur sous réserve que la vente ait lieu aux enchères publiques"

(4) المادة 89 ق.أ.ج "على القاضي أن يراعي في الإذن حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني"

إنه وبالرجوع إلى طريقة الاستنتاج بمفهوم المخالفة وهي من طرق تفسير القانون، يُمكن القول بأن بيع المنقول لا يُشترط أن يتمّ بالمزاد العلني إذ أن النصّ خصّ بالذكر العقار، ولو أراد المشرّع غير ذلك لقال ببساطة "وأن يتمّ بيع العقار والمنقول ذو الأهمية الخاصة بالمزاد العلني".

قد نسير في هذا الاتجاه ومعنا النصّ الدستوري المادة 03 حيث "اللغة العربية هي اللغة الوطنية والرسمية"، أضف إلى ذلك أن النسخة الأصلية للجريدة الرسمية هي النسخة العربية وأنّ ترجمتها تعني النسخة الفرنسية، وعند الخلاف يتمّ الرجوع إلى النصّ العربي تبعاً لذلك.

ومقتضى ذلك أن بيع المنقول يُمكن أن يتمّ بصفة قانونية بمجرد الحصول على إذن ودون إجبارية طريق وإجراءات المزاد العلني.

لكنّ النصّ الفرنسي أو الترجمة تُساوي بين المنقول والعقار وتُخضعهما لحكم واحد هو الإذن والمزاد العلني، وعليه وبصرف النظر عن الخلاف بين النصّين، أيّهما أقرب إلى حماية أموال الطفل؟، إنه وبتمنّ وإعطاء مثال واحد تتضح الصورة: لنفترض أن طفلاً يملك سيارة تتجاوز قيمتها 02 مليون (2.000.000) دج، ويملك قطعة أرض غير مسقية، حجرية، صخرية، مساحتها خمسون متر مربع، وتوجد بمنطقة معزولة تنعدم فيها أدنى شروط الحياة، لا تتعدّى قيمتها خمسين ألف دينار جزائري 50.000 دج، فأيهما أكثر قيمة إذن؟ إذا توخينا الحكمة التي يقصدها المشرّع والمتمثلة في حماية الطفل من خلال قيمة ممتلكاته، عقارات كانت أو منقولات، لوجدنا أنه كم من منقول معيّن قيمته تفوق أضعاف قيمة عقار معيّن، ومنه فإنّ النصّ الفرنسي للمادة 89 هو الأقرب إلى المنطق والأكثر دقة والأكثر حماية للطفل، وهو إذن الواجب التطبيق.

**حول الفقرة الثانية:** "بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة". فما مفاد هذه الأهمية الخاصة، أي أين تبدأ أو ما هو حدّها الأدنى؟ خاصّة إذا وضعنا في تصوّرنا أن معنى الأهمية الخاصة لمنقول معيّن يختلف باختلاف ممتلكات كلّ فرد، مثلاً الملياردير يعتبر أن المنقول الذي تُساوي قيمته عشرة آلاف (10.000) دج هو غير ذي أهمية. لذلك فإنّ عدم وضع معيار معيّن لمصطلح الأهمية الخاصة يفرض بيع أيّ منقول مملوك للطفل، كبرت قيمته أو قلت، بعد إذن القاضي بذلك، ومن ثمّ يُصبح من الأجدر أن تُحرّر الفقرة كما يلي: "بيع منقول القاصر" دون أيّ تخصيص<sup>(1)</sup>.

(1) علاوة بوتغرار-التصرف في أموال القاصر-مجلة الموثق-العدد 03-جوان 1999-ص 15



حول الفقرة الثالثة: استثمار أموال القاصر بالإقراض أو المساهمة في شركة". لم تؤخذ هذه الفقرة في الحسبان والاحتياط بسبب بعض المشاكل التي قد تقع رغم الحصول على الإذن، وتوضح ذلك أن القرض، الاقتراض والمساهمة في شركة عادة ما يرتبط بمدة، أضف إلى ذلك شروط هذه التصرفات، مثلاً الخضوع إلى القانون الأساسي للشركة أيًا كان نوعها، وعندئذ هل يُعقل أن يبلغ الطفل سنّ الرشد ليجد نفسه أمام التزامات ربما تُقيده لمدة سنوات بعد رشده. ألم يكن من الأحسن لو أن المشرّع انتبه إلى ذلك وقيّد هذه المعاملات بمدة معينة لا تضرّ بالطفل!

حول الفقرة الرابعة: "إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سنّ الرشد". والملاحظ عليه هو المبالغة في مدة الإيجار، بحيث إذا زادت مدة الإيجار عن سنتين فإنّ حقوقاً تترتب على أملاك الطفل وهو مخالف لمصلحته كحق التعويض الاستحقاقي، ولذلك فمن الأجدر بالمادة 04/88 أن تُصاغ كما يلي: "إيجار عقار القاصر لمدة لا يترتب عنها حق التجديد، أو حق التعويض الاستحقاقي أو حق البقاء، وكلّ ما يضرّ بمصلحة القاصر"<sup>(1)</sup>.

هذا وإنه، وفي حالة التعارض بين مصالح الولي ومصالح القاصر، عيّن القاضي متصرفاً خاصاً إما من تلقاء نفسه أو بطلب ممن له مصلحة، حماية للقاصر ورعاية له<sup>(2)</sup>. وإنّ هذا المتصرف يخضع لنفس أحكام الولي. ومن أبرز الصور التي تتعارض فيها مصلحة الولي مع مصلحة القاصر هي حالة ما يرغب هذا الولي شراء المال المملوك حتى ولو كان منقولاً ذي أهمية تافهة.

لكن ما حكم التصرفات الضارة ضرراً محضاً بالقاصر كالتنازل عن أمواله؟ لقد أوجب المشرّع، وحماية لأموال القاصر، عدم جواز إتيان التصرفات الضرة ضرراً محضاً بالقاصر، وهي باطلة بطلاناً مطلقاً سواء بإذن القاضي وبرضى الولي أو بدونهما، ويدخل في حكم هذه التصرفات الهبة بجزء أو كلّ أموال القاصر العقارية أو المنقولة أو أيّ حق شخصي آخر يُقدّر بقيمة مالية من بينها تنازل الولي عن الحقوق الناشئة للقاصر عن إصابته بضرر بالغ، وفي هذا السياق جاء عن المحكمة العليا في مجموعة من القرارات أنه:

\* "من المقررّ شرعاً أنه يجب على الولي أن يتصرّف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص"<sup>(3)</sup>.

(1) انظر اقتراح غرفة الموثقين-مجلة الموثق-العدد 2001/01-ص 32

(2) حسب المادة 90 ق.أ.ج.

(3) ملف بتاريخ 1967/03/29-علاوة بوتغرار-المرجع السابق-ص 15

\* "من المقرّر قانوناً أنّ تنازل الولي عن حقوق القاصر والذي يخضع لإجراءات خاصة منها عدم تحديد المقابل، يُعتبر تنازلاً عن الدعوى لا عن التعويض، حيث يُمكن للولي حسب المادة 247 من قانون الإجراءات الجزائية<sup>(1)</sup> أن يُباشِر الدعوى المدنية أمام الجهات المختصة لِيُطالب بالتعويض حتى ولو ترك أيّ تنازل عن ادّعائه بعدم تحديد التعويض والقضاء بخلاف ذلك مخالف للقانون"<sup>(2)</sup>.

\* "من المقرّر قانوناً أنه لا يجوز التنازل عن حقوق القاصر لدى الغير حسب المادة 88 ق.أ.ج، حيث على الولي الرجوع لاستئذان القضاء، والقضاء الذي اعتبر تنازل الولي عن الادّعاء تنازلاً عن التعويض قضاء مخالف للقانون، حيث المادة 247 من قانون الإجراءات الجزائية لا تمنع المطالبة بالتعويض حالة التنازل عن الادّعاء"<sup>(3)</sup>.

## 2- الوصاية:

إنّ للأب أو الجدّ، وفي حياتهما إذا لم تكن للطفل أمّ تتولّى أموره أو ثبت عدم أهليتها بالطرق القانونية تعيين وصي على الطفل طبقاً للمادة 92 ق.أ.ج يُسمى الوصي المختار لأنه خليفة في الولاية على الطفل بعد وفاة الولي<sup>(4)</sup>، على أن يكون الوصي مسلماً عاقلاً، بالغاً قادراً أميناً وحسن التصرف، أما إذا لم تتوافر فيه الشروط المذكورة، أمكن للقاضي عزله حسب المادة 93 من ذات القانون.

وفي حالة تعدّد الأوصياء رجع للقضاء أمر اختيار الأصلح منهم لإدارة أموال الطفل والتصرف فيها، وهو ما تناولته الفقرة 02 من المادة 92 ق.أ.ج.

هذا وتثبت للوصي نفس سلطات الولي في التصرف حسب المواد 88-89 و90 ق.أ.ج، وهو ما جاء في المادة 95 من ذات القانون، بمعنى أن الوصي والولي أمينان على ما تحت أيديهما من أموال، وفي حالة وفاة الأب رجع أمر تثبيت الوصاية أو رفضها إلى القضاء وفقاً للمادة 94 ق.أ.ج، وتنتهي مهام الوصي على كلّ حال بانتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها، بعزله بناءً على طلب من له مصلحة إذا ثبت أنّ تصرفاته تُهدّد مصلحة القاصر، أي أنّ مصلحة القاصر

(1) الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 08 جوان 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

(2) ملف رقم 39593 بتاريخ 1985/01/23-مجلة الموثق-المرجع السابق-ص 12

(3) ملف رقم 188296 بتاريخ 1985/01/23-مجلة الموثق-المرجع السابق-ص 12

(4) محمد أبو زهرة-الأحوال الشخصية-ط<sup>2</sup>-المرجع السابق-ص 472

أصبحت في خطر بسبب سوء إدارته، إهماله أو عدم أمانته أو أيّ سبب آخر يُقدّره القضاء ويراه مسوغاً لعزله، إذ يُخشى على مصلحة الطفل مع بقاءه، بقبول عذره في التخلّي عن الوصاية، ببلوغ القاصر سنّ الرشد ما لم يصدر حكم قضائي بالحجر عليه، بموت القاصر، بزوال أهلية الوصي أو موته حسب المادة 96 ق.أ.ج، وحينئذ وجب على الوصي أن يُسلّم الأموال التي في عهده، ويُقدّم حساباً بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رشد أو إلى ورثته في مدّة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمّته، كما عليه أن يدّم صورة عن الحساب المذكور إلى القضاء ليمّم تقييم عمله وبالتالي مساءلته من عدمها. باستثناء حالتي وفاة الوصي أو فقده أين تُسلّم أموال القاصر إلى المعني بالأمر بواسطة القضاء زيادة في ضمان التسليم السليم حسب المادة 97 ق.أ.ج.

أما عن التقديم فمفاده أنه قد يجد القاضي نفسه مجبراً على ولاية عدد كبير من الأطفال ممن ليس لهم ولي ولا وصي، وعندئذ يُعيّن لهم مقدّماً ممن هو أهل للقيام بجميع ما يُحوّل للوصي القيام به في إدارة أموال القاصر والتصرّف فيها بناءً على طلب ممن له مصلحة أو بطلب من النيابة العامة، ويقوم المقدّم مقام الوصي طبقاً لنفس المادتين 99 و100 ق.أ.ج على التوالي.

والحديث عن النيابة الشرعية على الطفل باعتبارها وسيلة للحماية القانونية لأموال الطفل، يستوجب التطرّق إلى دور هذه الوسيلة بخصوص حماية أموال الجنين، إذ من حق هذا الأخير أن يوقف له نصيبه من الإرث، الوصية، الهبة والوقف، وبهذا تثبت له حقوق مالية تستقر في ملكه بميلاده حياً، وحتى لا تبقى أموال الجنين الموقوفة له ضائعة دونما حفظ وإدارة، أجاز الشرع إقامة وصي على أموال الجنين يتكفّل بحفظها<sup>(1)</sup>، حتى يتبيّن أمره، إما بولادته حياً فتستقرّ له الحقوق الموقوفة له وتستمرّ إلى ما بعد ميلاده وبلوغه سنّ الرشد ما لم يُحجر عليه، أو بولادته ميتاً فتعود الحقوق إلى مستحقيها الأصليين، وإنّ السبب في إثبات الوصاية على الجنين وتضييق مداها بالحفظ دون التصرف هو أنّ أموال الجنين غير مستقرّة له، إلّا أنّ ضرورة حفظ أمواله اقتضت إقامة وصي<sup>(2)</sup>، ومن ثمّ لا يُمكن لهذا الأخير التصرف في أموال غير مستقرّة للجنين، والذي سيولد إما حياً أو ميتاً، وعندئذ تعود الأموال إلى مستحقيها الأصليين، وعليه يُعتبر تصرف الوصي تصرفاً في ملك الغير، ومجمل القول كما جاء به الأستاذ إبراهيم بك أن: "إثبات الوصاية على الجنين في الفقه

(1) محمد أبو زهرة-الأحوال الشخصية-ط<sup>2</sup>-المرجع السابق-ص 473

(2) ع/محمد بن معصر-المرجع السابق-ص 32

الإسلامي احتياط حسن تتقبله المبادئ الفقهية<sup>(1)</sup>، وعلى كلِّ فإنَّ أحكام الوصاية على الجنين هي نفسها أحكام الوصاية على الطفل (أي بعد ميلاده)<sup>(2)</sup>.

أما المشرِّع الجزائري فقد سكت عن الولاية والوصاية على الجنين، وعليه وبموجب المادة 222 ق.أ.ج يتمّ الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

أما عن النيابة الشرعية التي وردت في المواد 87 إلى 100 ق.أ.ج، فالملاحظ على المشرِّع الجزائري أنه منح القضاء سلطة الرقيب على الإدارة والتصرّف في أموال القاصر لأنه أخضع النيابة الشرعية عموماً إلى إشراف المحكمة.

## II- الترشير:

لقد تعرّضت المادة 84 ق.أ.ج إلى الترشيد بنصّها "للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سنّ التمييز بالتصرّف جزئياً أو كلياً في أمواله بناءً على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يُبرّر ذلك"، ويتّضح من هذه المادة أنّ قانون الأسرة الجزائري يُجيز الترشيد بإذن من القاضي لمن يبلغ سنّ التمييز أي 16 سنة طبقاً للمادة 43 ق.أ.ج بالتصرّف في أمواله جزئياً أو كلياً بناءً على طلب من له مصلحة في ذلك.

وبالتالي لا يُمكن للقاصر المميّز التصرّف في أمواله إلاّ بترخيص من القاضي وإلاّ اعتبرت التصرفات باطلة، حيث للقاصر المميّز التصرّف في أمواله التصرف النافع نفعاً محضاً له فقط، بينما يُمكن الإذن القضائي من مباشرة كلّ التصرفات وبدون أيّ قيد، لكن الإذن غير نهائي بحيث وبموجب الفقرة الأخيرة من المادة 84 ق.أ.ج، يُمكن للقاضي من الرجوع في الإذن حالة ما إذا تبين له مبرّر لذلك، مثلاً: التصرف في الأموال بالتبذير أو الإسراف.

وكان أولى أن تنصّ المادة 84 على الإذن للتصرّف الجزئي فقط لا الكلي، زيادة وضماناً للحماية الفعالة لأموال الطفل.

(1) أ/ إبراهيم بك-الالتزامات في الشرع الإسلامي-ج2-دار الأنصار-مصر-[د.ت.ط]-ص 823

(2) محمد أبو زهرة-الأحوال الشخصية-ط2-المرجع السابق-ص 474

## المطلب الثاني: الحماية في الوسط البديل.

لقد تناولت المواد من 116 إلى 125 ق.أ.ج النصّ على نظام الكفالة كوسيلة وآلية للحماية الاجتماعية للطفل، هذا وإذّ الكفالة تُعتبر أحد المواضيع الأكثر جدالاً ونقاشاً خاصة مع صدور المرسوم رقم 92-24.

فعلى ما تنطوي الكفالة، وما الذي يجعلها أحد المواضيع الأكثر جدالاً ونقاشاً؟ إن الإجابة على هذا الإشكال تقتضي تناول الفرع الأول للتكييف القانوني للكفالة، في حين سيتضمّن الفرع الثاني أحكامها.

### الفرع الأول: التكييف القانوني لنظام الكفالة.

#### البند الأول: مفهوم الكفالة.

إنّ الكفالة تعهد بإيواء طفل والقيام برعايته وتربيته تربية سليمة مبنية على أسس أخلاقية سامية، وتوفير الظروف الاجتماعية والاقتصادية التي تسمح للطفل المكفول بالعيش حياة كريمة. ولقد عرّفها المادة 116 ق.أ.ج أنها "التزام على وجه التبرّع بالعناية بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتمّ بعقد شرعي".

وبناءً عليه فإنّ الكفالة تكون بدون مقابل حيث لا يأخذ الراغب في التكفل أيّ عوض ولا يُقدّمه، كما لا تأخذ المراكز أيّ عمولة، لأنّ غرضها الأساسي هو إيجاد أسرة للطفل تضمن له العيش في ظروف حسنة. فالكفالة عملية إنسانية<sup>(1)</sup> لا تجارية، كما تُحوّل لبعض الضمائر الجشعة لأصحابها في الواقع المعاش، كقضية دار الرعاية الاجتماعية لمدينة تلمسان والتي تدور مجرياتها في كون المسؤولين عنها قد أقدموا على نقل الأطفال إلى الخارج بحجّة العلاج وتمّ تسليمهم إلى كفلاء أجنب مقابل أموال بالعملة الصعبة، وكانت الصفقات تتمّ بصورة سرية عبر الهاتف، بحسب شهادة الشهود، ولقد انكشفت خيوط هذه العملية حين حاولت امرأة استرجاع ابنها الذي وضعته من أب مجهول<sup>(2)</sup>.

وأما عبارة "قيام الأب بابنه" تُفيد أنّ للكافل معاملة الطفل المكفول معاملة الأب لابنه الصليبي، ولا يتمّ ذلك إلاّ من خلال التحاق المكفول بمزّل الكافل والعيش معه بصفة طبيعية

(1) لقوله صلى الله عليه وسلم "أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا، وأشار بالسبابة والوسطى وفرّج بينهما". رواه البخاري وأبو داود والترمذي.

(2) مقال بجريدة الوطن بعنوان "كفالة مشكوك فيها" بتاريخ 16/05/1992.

ومتواصلة، إضافة إلى أن موطن الكافل هو موطن المكفول قانوناً، باعتبار أن الكافل نائب عن المكفول قانوناً بمقتضى عقد الكفالة. هذا ولقد جاء كذلك في المادة 116 أن "الكفالة... تتم بعقد شرعي"، وإن هذه العبارة تُفيد أن الكفالة عقد نظمه المشرع بصفة محدّدة ودقيقة، وألزم توافر بعض الشروط حتى يُعترف به قانوناً، وحتى يُعطي لأصحابه حقوق مدنية لا تسقط ولا تُترع منهم إلاّ بقوة القانون، كما تُعطيهم شرعية العقد، الكفاية اللازمة في الاحتجاج به تجاه الغير. ولكي تكون الكفالة شرعية يجب أن تتم إما أمام الموثق<sup>(1)</sup> أو أمام المحكمة، على أن يتم ذلك برضا من له أبوان<sup>(2)</sup> إذا كان الطفل معلوم النسب لأنّ الطفل قاصر ولا عبّرة برضاه، ورضا الولي بالنسبة لمن كان مجهول النسب، على أن الولي هاهنا هو مدير مصلحة الرعاية الاجتماعية. حكمة ما في الأمر إعطاء الكفلاء السند القانوني الذي يجعل منهم المكلفين بدون منازع في رعاية الطفل وإدارة شؤونه، هذا من جهة، ومن جهة أخرى إعطاء الأولياء شبه حرية في مواجهة الجمعيات الخيرية ومصالح الرعاية الاجتماعية، والذين لهم حق الرقابة المستمرة، سواء تمثلت هذه الرقابة في الاستدعاءات الظرفية للكفلاء أو في الزيارات الميدانية المؤقتة للمحيط العائلي للأسرة الكفيلة.

### البند الثاني: شروط الكفالة.

أما عن شروط الكفالة فإنه وباعتبارها عقداً، لا بدّ من شروط في الكافل وأخرى في المكفول، تتمثل فيما يلي:

#### I- شروط الكافل:

إنّ الشروط المطلوب توافرها في الكافل تُدرس من طرف مصلحة المساعدة الاجتماعية للطفولة، رئيس جمعية الطفولة وعائلات الاستقبال المجاني، بالإضافة إلى الطبيب النفسي، ويجمع الكلّ في هيئة تُسمّى مجلس الوضع Comité de placement، أما عن هذه الشروط والتي عبّرت عنها المادة 118 ق.أ.ج بنصّها "يُشترط أن يكون الكافل مسلماً، عاقلاً، أهلاً للقيام بشؤون المكفول وقادراً على رعايته".

(1) انظر الملحق رقم 04

(2) وهو ما نصت عليه المادة 117 ق.أ.ج.

1- الإسلام<sup>(1)</sup>: وفي ذلك موافقة لقوله تعالى: "...وَكُنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا"<sup>(2)</sup>، غاية ما في الأمر تربية الطفل على أساس تعاليم الديانة الإسلامية.

2- الأهلية الكاملة: بمعنى أن يكون الشخص بالغاً 19 سنة كاملة، غير محجور عليه، وأن يكون عاقلاً، معروف بحسن تصرفاته ومعاملاته نحو الغير، فلا يليق مثلاً أن يوضع الطفل بين أيدي شخص معروف باستغلال الأطفال القصر في أفعال محلّة بالشرف أو النظام العام، كما لا يُمكن أن يكون أهلاً للتكفل العجوز مثلاً لأنه لا يستطيع حتى الاعتناء بنفسه.

كما يُفهم من الأهلية كذلك فارق السنّ بين الكافل والمكفول، كأن يكون الكافل متزوجاً، لأنّ مجلس الوضع في بحثه عن العائلة النموذجية للطفل قد يُحبّد الزوجين اللذين قضيا خمس (05) سنوات مع بعض على الأقلّ، ولا تُشترط سنّ معيّنة، رغم أنّ المعمول به عموماً هو أكثر من ثلاثين (30) سنة، بهدف ضمان سعادة الطفل واستقرار ظروفه المعيشية<sup>(3)</sup>.

3- القدرة على رعاية الولد المكفول: وهو ما يُمكن الطفل المكفول من العيش في ظروف مادية ومعنوية مناسبة تسمح له بالنمو عقلاً، جسداً وروحاً نمواً سليماً.

وفي مراعاة الشروط السابقة الذكر تغليب دائم لمصلحة ومصير الطفل، اللذان يسموان فوق كلّ اعتبار<sup>(4)</sup>.

## II- شروط المكفول:

حتى يكون الطفل محلّ كفالة لا بدّ من توافر ما يلي:

1- أن يكون قاصراً: حيث تنصّ المادة 116 ق.أ.ج على أنّ "الكفالة... بولد قاصر..."، وتجدر الإشارة إلى أنّ الطفل الحديث العهد بالولادة أسرع اندماجاً في أسرته الجديدة، كما أنه أكثر تعلقاً من الناحية العاطفية بمن يُطعمه، يأويه ويسهر على تربيته، وإنّ نفس القول ينطبق على الأقلّ من خمس (05) سنوات، بخلاف الطفل البالغ مثلاً 15 سنة والذي يصعب اندماجه في أسرة يعلم أنّ أفرادها غرباء عنه تماماً، خاصّة إذا تعلق الأمر بالأطفال الذين أُسقطت عن أوليائهم

(1) انظر Les dispositions du code Algérien de la famille-H/Bencheickh Dennouni-المرجع السابق-ص 722

(2) سورة النساء-الآية 141

(3) معلومات من مصالح المساعدة الاجتماعية للطفولة بسيدي بلعباس.

(4) معلومات من مصالح المساعدة الاجتماعية للطفولة بتلمسان وسيدي بلعباس أثناء البحث الميداني.

السلطة الأبوية، وكذا الأطفال اليتامى الذين يجدون أنفسهم دون عائل، فقد كانوا بالأمس في وسط جوّ عائلي اعتادوا عليه، ليجدوا أنفسهم اليوم في عائلة لها جوّها المتميّز هي الأخرى. إنّ لكلّ هذه المعطيات دور في حياة الطفل خاصّة من الناحية النفسية، بحيث يُمكن أن يطول الزمن قبل أن يندمج في عائلته الجديدة.

وعلى كلّ حال، ولأهمية اجتماعية ولضرورة إنسانية قبل كلّ شيء، ومهما يكن من أمر، فللكفالة دور في الرعاية وفي القيام بشؤون الطفل المكفول رغم صعوبة الاندماج أحياناً.

2- نسب الطفل المكفول: تنصّ المادة 119 ق.أ.ج على أنّ "الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب".

#### أولاً: الطفل المعلوم النسب.

هو الطفل الذي يكون كلا والديه أو أحدهما معلوماً كالطفل الملاحن، إذ أنّ هناك حالات تتمّ فيها كفالة أطفال بالرغم من أنّ نسبهم معلوم، إلّا أنّهم وُضعوا لدى مصالح رعاية الطفولة لأسباب تختلف وتتعدّد بين كونها سقوط السلطة الأبوية عن أوليائهم، فقدان الأولياء في حادث ولا يُعرف للطفل قريب يرعاه، إلى غيرها من الأسباب.

#### ثانياً: الطفل المجهول النسب.

إنّ الطفل المجهول النسب هو الذي لا يُعرف له والد أو والدة، حيث تضعه أمّه سراً ليخرج إلى المجتمع ليجد نفسه قد تمّ التخلّي عنه إما في المستشفيات، في أحد الشوارع أو الطرقات<sup>(1)</sup>، وبناءً عليه فإنّ التخلّي عن الطفل المجهول النسب يتمّ بإحدى الصورتين التاليتين:

1- الترك بصورة قانونية -شرعية-: وتكون إما في المستشفيات حيث يتمّ استقبال الأمهات الحوامل من أجل الولادة، وما زاد الطين بلّة ما جاءت به المادة 245 من قانون الصحة الصادر في خريف 1975، بحيث يتمّ قبول الأمّ منذ الشهر السابع من الحمل مع إعداد تذكرة الدخول، والتي تحتوي معلومات تُعرّف بهوية الأمّ، وهذا في حالة ما إذا أرادت الأمّ أن تترك معلومات عنها من أجل التعرّف عليها مستقبلاً، أما ما يطرح مشكلاً هو الحالة التي تُريد فيها نزيلة

(1) اعترافات حسين الذي وجدته صدفه في مديرية النشاط الاجتماعي بعين تموشنت، وهو بلغ 16 سنة، فيقول: "ليست مأساتي العيش في مصالح الرعاية الاجتماعية ولا هي مأساة الموت، بل مأساتي هي العيش دون الارتباط الأبوي والإحساس بوجود الأمّ".



المستشفى أن تتقيّد بسرية لأجل حفظ السرّ المتعلّق بالحمل والولادة، وحينئذ يجب تلبية طلبها، ولا محلّ لطلب أية وثيقة تعريف ولا لإجراء أيّ تحقيق، بحيث تُقيّد المعلومات تحت الحرف (X) في ظرف سري، ويُحفظ هذا الظرف تحت رعاية المساعدة الاجتماعية.

ويُسمّى الطفل حينئذ الطفل المسعف والذي يتمّ تسجيله في سجلات الحالة المدنية للبلدية التي يوجد المستشفى في دائرتها استناداً إلى التصريح الذي تُقدّمه مصلحة الإسعاف العمومي<sup>(1)</sup> وفقاً لما نصّت عليه المادة 30 من ق.ح.م.<sup>(2)</sup>.

2- التوك بصورة غير شرعية: ويُسمّى الطفل حينئذ باللقيط كنية على التقاطه<sup>(3)</sup>. ولقد عرّفت المادة 246 من قانون الصحة اللقطاء أنهم "الأطفال الذين وُلدوا من أب وأم غير معلومين والموجودين في مكان عمومي أو المحظور عليهم والمتروكين في مكان خطير أو حتى غير خطير"، مثل ساحة المساجد أو محطات الحافلات. ويتعيّن حينئذ على كلّ شخص وجده أن يُصرّح بذلك إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه<sup>(4)</sup>، حسب المادة 67 ق.ح.م.

ويُعدّ ضابط الحالة المدنية بعد تحرير محضر مفصّل عن الالتقاط، ظروفه وملابساته، عقداً منفصلاً يكون بمثابة عقد الميلاد يذكر فيه جنس الطفل، كما يُحدّد فيه تاريخ ميلاد يُطابق سنّه الظاهر، وتُعيّن البلدية التي وُجد فيها مكاناً لولادته، أضف إلى ذلك أنه يُسجّل في هذا العقد،

(1) إن مصلحة الإسعاف العمومي مصلحة اجتماعية مقرها بالمستشفى تحت الإشراف العام للوالي، من أهدافها رعاية وتربية الأطفال المولودين من أبوين مجهولين والموضوعين سرا أو علنا في هذا المستشفى

والأولاد اللقطاء. عبد العزيز سعد-نظام الحالة المدنية في الجزائر-المرجع السابق-ص 121  
(2) وخاصة فيما يتعلق بساعة، يوم وسنة ولادة الطفل، جنسه ومكان ولادته، وكذلك الاسم أو الأسماء التي يمنحها إياه ضابط الحالة المدنية أو موظف مصلحة الإسعاف العمومي. أما بخصوص اللقب العائلي واسم الأم واسم الأب فإن المولود لن ينسب إلى أية عائلة ولن يذكر لا اسم أبيه ولا اسم أمه. عبد العزيز سعد-نظام الحالة المدنية في الجزائر-المرجع السابق-ص 123

(3) اللقطة: "مولود نبذه أهله وطرحوه فرار من تهمة الزنا أو لغير ذلك، مضيعه آثم ومحرزه غانم والنقاطه فرض كفاية". محمد أبو زهرة-تنظيم الإسلام للمجتمع-دار الفكر العربي-مصر-1980-ص 322

(4) تحت طائلة العقاب بموجب المادة 01/442 ق.ع.ج بنصها أنه "يعاقب بالحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 100 إلى 1000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من حضر ولادة طفل ولم يقدم عنها الإقرار المنصوص عليه في القانون في المواعيد المحددة، وكل من وجد طفلاً حديث العهد بالولادة ولم يسلمه إلى ضابط الحالة المدنية، كما نص على ذلك القانون، ولم يوافق أن يتكفل به ويقر بذلك أمام جهة البلدية التي عثر على الطفل في دائرتها". انظر في "عدم الإبلاغ عن طفل حديث العهد بالولادة" بلحاج العربي-الحماية الجنائية للأسرة في القانون الجزائري-حلقات متسلسلة في جريدة المساء...بتاريخ 16-23 و1988/11/29، وانظر بلحاج العربي-مشكلة إجرام الأحداث بين الوقاية والإصلاح في القانون الجزائري-مجلة الشرطة-العدد 37-38 و39

الاسم واللقب المعطى لهذا الطفل من طرف ضابط الحالة المدنية، حيث يقوم هذا الأخير بإعطاء الطفل أسماء جزائرية يتخذ آخرها كلقب عائلي<sup>(1)</sup>.

البند الثالث : إجراءات الكفالة.

تمرّ الكفالة بمرحلتين تتمثلان فيما يلي :

المرحلة الأولى:

- طلب خطي : يُرسل إلى مدير الصحة والرعاية الاجتماعية، وفيه نوع الجنس الذي يُراد التكفل به مصحوباً بالوثائق التالية :
- شهادة ميلاد الزوجين الكفيلين.
- شهادة عقد الزواج.
- بطاقة عائلية.
- شهادة طبية تُثبت سلامة الكفيلين.
- عقد العمل وكشف الراتب (الأجر).
- جنسية الزوجين الكفيلين.
- نسخة طبق الأصل لبطاقة التعريف لكلّ من الزوج والزوجة.
- بحث اجتماعي تقوم به المساعدة<sup>(2)</sup>.
- صورتان شمسيّتان.

ثمّ يُقدّم طلب الكفالة زائد ملف الطفل المكفول المذكور سابقاً إلى اللجنة الولائية التي تتكوّن من مختص نفسي، رئيس المصلحة، المساعدة الاجتماعية، مسؤول دار الحضّانة وممثل الملاحظة والتربية في الوسط المفتوح.

وبعد موافقة اللجنة الولائية على الكفالة، تُكتب في عقد رسمي عند الموثق أو رئيس المحكمة للقاصر الأقلّ من 18 سنة حسب المادة 122 ق.أ.ج.

(1) وتكون أسماء ذكور إذا كان الطفل ذكراً، مثل: أحمد، عمر. أما الأنثى فيكون الاسم الأول أنثى والثاني اسم ذكر مثل أمينة عثمان حسب المادة 64 ق.ح.م.

(2) انظر الملحق رقم 05

### المرحلة الثانية:

بعد ذلك يُعطى الملف للمدير يتضمّن الوثائق التالية :

- شهادة مصلحة المديرية.
- شهادة الأصل.
- شهادة الوضع.
- القرار الولائي.
- عقد ميلاد الطفل.
- عقد ميلاد الزوج والزوجة.
- عقد الزواج.
- نسخة عن بطاقة التعريف للزوجين.
- شاهدين.
- طلب خطي بالنسبة للمحكمة، أما الموثق فلا يطلبه.

بعد كلّ هذه المراحل، يستلزم موافقة الإدارة لإعطاء ورقة خروج الطفل من دار الحضانة.

### الفصل الثاني: أحكام الكفالة.

تنتج عن الكفالة كنظام قانوني مجموعة من النتائج نوجزها فيما يلي:

#### البند الأول: الاحتفاظ بالنسب.

إنّ ما يُميّز الكفالة عن التبني هو عدم ثبوت نسب المكفول من الكافل، حيث إنّ مفاد الكفالة هو احتفاظ الطفل المكفول بنسبه إذا كان معلوم النسب<sup>(1)</sup>، أما إذا كان مجهول النسب فإنه وحسب نصّ المادة 02/120 ق.أ.ج تُطبّق عليه أحكام المادة 64 من قانون الحالة المدنية، حيث يحتفظ بنسبه الأصلي رغم أنه مجهول، ويُسجّل هذا المكفول في كلّ الوثائق حسب الاسم واللقب الذي منحه إياه ضابط الحالة المدنية على النحو السابق بيانه، الأمر الذي يترتب عليه عدم أحقية المكفول في الميراث من العائلة الكفيلة لأنه أجنبي عنها حسب المادتين 126 و128 ق.أ.ج.

(1) طبقاً للمادة 01/120 ق.أ.ج.

لكن الذي حدث أنّ صدور المرسوم رقم 92-24 المتعلق بتغيير اللقب<sup>(1)</sup> والمرتبط بالكفالة قد مكّن من استلحاق المكفول بالكافل عن طريق الاسم، وهو ما سيتمّ معالجته فيما يلي:

### I- محتوى المرسوم رقم 92-24:

لقد جاء هذا المرسوم ليتمّ المرسوم رقم 71-157 المتعلق بتغيير الشخص للقبه، ليضيف أحكاماً يسمح بموجبها للأسرة الكفيلة منح لقبها للطفل المتكفل به شرط أن يكون هذا الطفل مجهول النسب، بعد تقديم طلب بذلك حسب المادة 01/01 من المرسوم، وتُضيف فقرتها الثانية أنه يجب إرفاق الطلب المقدم لوزير العدل بموافقة رسمية لأمّ الطفل القاصر إذا كانت معلومة وعلى قيد الحياة.

ويتمّ تعديل هذا اللقب بموجب أمر من رئيس المحكمة، ويتمّ النطق به بناءً على طلب من وكيل الجمهورية، بعد إخطاره من وزير العدل بطلب التغيير خلال (30) يوماً الموالية لتاريخ الإخطار من وزير العدل حسب المادة 05 مكرّر 02 من المرسوم<sup>(2)</sup>.

ويترتب على أمر التغيير التسجيل والإشارة على هامش السجلات وعقود مستخرجات الحالة المدنية أنّ اللقب هو لطفل مكفول وفقاً للمادة 05 مكرر 01 من ذات المرسوم.

### II- الطبيعة القانونية للمرسوم رقم 92-24:

لقد أثار المرسوم جدلاً واسعاً بين المؤيدين والمعارضين له لأسباب وحجج قدّمها كلاهما، يتعلّق الإشكال بشأها فيما إذا كان إعطاء اللقب للولد المكفول يؤدّي على إلحاقه بنسب العائلة الكفيلة والتي منحت لقبها؟

بين حجج هذا وأدلة ذلك، فإنّ الحقيقة أنّ منح العائلة الكفيلة لقبها للطفل المكفول المجهول النسب مع الإشارة إلى الأمر في هامش العقود لا يعني بأيّ حال من الأحوال إلحاق هذا الطفل بنسب العائلة الكفيلة، مادام لن يُنشئ سبباً للميراث، ومادام لن يُحلّل حراماً ولن يُحرّم حلالاً بحيث يُمكن للمكفول مثلاً الزواج بابنة الكافل. وبناءً عليه فلا بأس من منح الطفل المكفول لقب العائلة الكفيلة دون إعطاء البنوة له خاصّة وأنّ الألقاب الحديثة للعائلات كثيراً ما تتشابه، بحيث قد يجد الشخص نفسه حاملاً للقب ما دون أن يعثر على رابطة بشخص آخر له نفس اللقب. وأما

(1) المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 08 رجب 1412 الموافق لـ 13 يناير 1992 يتمّ المرسوم رقم 71-157 المؤرخ في 03 جوان 1971 والمتعلق بتغيير اللقب-ج.ر-1992/05. انظر الملحق رقم 06

(2) انظر الملحق رقم 07

بخصوص نصّ المادة 120 ق.أ.ج والذي هو نصّ خاص سابق ألغاه المرسوم 92-24 باعتبار نصوصه نصوصاً خاصة لاحقة تتعارض مع نصّ المادة 120 ق.أ.ج.

وننتهي مما سبق توضيحه إلى القول بضرورة إعطاء ومنح اسم الكافل للمكفول أي العمل بموجب المرسوم 92-24 لأنه لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية في كونه ليس تبنياً بل حمل لاسم الكافل دون الإلحاق بالنسب، خاصة مع الإشارة بذلك في هامش عقود الحالة المدنية، وبالتالي فلا يُثير مشكلة الحرمة والتوارث مادام لا توارث بين المكفول والعائلة الكفيلة. فلا بدّ من التشجيع على التبرّعات للطفل المكفول، وهو ما نصّت عليه المادة 123 ق.أ.ج حيث "يجوز للكافل أن يوصي أن يتبرّع للمكفول بماله في حدود الثلث، وإن أوصى أو تبرّع بأكثر من ذلك بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازته الورثة"، وإنّ الملاحظ على هذه المادة أنه لا يُمكن تقييد الهبة للكفيل بـ  $\frac{1}{3}$ ، ذلك أن الهبة لا تتقيّد بهذا المقدار إلا إذا أخذت حكم الوصية، وهو ما لا يتحقق إلا في حالتين هما:

1- الهبة في مرض الموت.

2- الهبة مع احتفاظ الواهب بالحيازة طوال حياته.

في حين أنّ المادة 123 ق.أ.ج تُقيّد الهبة بـ  $\frac{1}{3}$ ، الأمر الذي ليس له أيّ أساس، بل إنه حكم يتناقض مع المقرّر في المادة 205 من ذات القانون والتي لا تُحدّد الهبة، فكيف إذن تكون هبة الشخص لغيره غير محدّدة بمقدار معيّن في حين تكون هبة الكافل للمكفول مقيّدة بـ  $\frac{1}{3}$ ؟

ومن ثمّ وجب إلغاء المادة 123 ق.أ.ج والاحتفاظ بالمبدأ العام المنصوص عليه في المادة 205 من ذات القانون. هذا وتجدر الإشارة إلى أنه إذا توفى الكافل فيجب اعتبار التزامه برعاية المكفول والإنفاق عليه دين على التركة سيترل في حدود ما يلزم للإنفاق على المكفول أو على الأقلّ في حدود الوصية، وهذا اعتماداً لإرادة الكافل لأنّ الالتزام المادي للكفالة هو التزام واقع على الكافل، وبعد وفاته تُستقطع الأموال الضرورية لتربية المكفول وتعليمه بالدرجة الأولى من تركة الكافل باعتبار هذه الأموال دين عليها لأنه التزام الكافل أثناء حياته.

فإذا كانت النفقة التزاماً ينتهي بوفاة الملتزم به، فذلك لأنّ النفقة المقرّرة شرعاً تكون لأشخاص هم غالباً ورثة المتوفى ويكون لهم الحق في الميراث، أما المكفول فلا حق له في الميراث،

وإذا لم يوص له الكافل بشيء يضمن تربيته فلا بد أن يُخصم له من التركة القدر الضروري لتربيته وفقاً لإرادة الكافل بالالتزام بالكفالة<sup>(1)</sup>.

أما عن قضاء المحكمة العليا، فالملاحظ أنه يذهب إلى التأكيد على عدم وجود صلة تربط بين الكفيل والمكفول دون محاولة البحث في حلول تتماشى مع روح الشريعة الإسلامية وتحقيق حماية المكفول مصداقاً لقوله تعالى: "...وَأَتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ..."<sup>(2)</sup>، خاصة إذا أمكن استخلاص نية الكافل في التبرع دون تردد. وفي هذا الصدد قضى قرار عن المحكمة العليا بنقض قرار مجلس قضاء معسكر الذي اعتبر تصرف الكافل بتزويل المكفولة منزلة بنت الصلب وصية مادامت نيته في التبرع قائمة<sup>(3)</sup>.

فلماذا لا يستقرّ القضاء على اعتبار تصرفات الكافل للمكفول وصية كلما توافرت نية التبرع لدى الكافل إعمالاً لإرادته وحماية للمكفول؟

### البند الثاني: الولاية القانونية للكافل على المكفول.

فالكفالة تُشبه علاقة القرابة رغم أنها لا تسمو إلى القرابة الشرعية، وهي بذلك تجعل من الكافل ولياً للمكفول. بموجب المادة 121 ق.أ.ج ينصّها أنه "تحوّل الكفالة للكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي"، غاية ما في الأمر ضمان نموّ المكفول ونشأته في ظروف عادية وبدون أن يُهدّده أيّ خطر في جسده، أخلاقه أو دينه، وتكون هذه الولاية على نفس المكفول من جهة، وعلى أمواله من جهة أخرى، كما سيتمّ توضيحه فيما يلي:

### I- (الولاية على النفس): إن حلول الكافل محلّ الأب حسب المادة 116 ق.أ.ج يتطلب

وبدون شكّ تمكينه من كلّ الأساليب التي تجعله يُمارس دور الأب بصفة تضمن له رعاية الطفل<sup>(4)</sup>، وتجنّد الإشارة في هذا الإطار إلى دور زوجة الكافل في القيام بشؤون المكفول ورعايته، حيث تشترط الكفالة قبول زوجة الكافل ورضاها بالكفالة<sup>(5)</sup>.

(1) فريدة محمدي-من أجل توفير حماية أكبر للمكفول-مجلة الموثق-العدد 1999/08-ص 89-90 و95

(2) سورة البقرة-الآية 177

(3) ملف رقم 546222 بتاريخ 1999/09/21. انظر فريدة محمدي-من أجل توفير حماية أكبر للمكفول-المرجع نفسه-

ص 91

(4) إحالة إلى أحكام السلطة الأبوية في الفرع الأول من المطلب الأول من هذا البحث.

(5) فريدة محمدي-من أجل توفير حماية أكبر للمكفول-المرجع السابق-ص 93

II- (الولاية على المال): تُضيف المادة 122 ق.أ.ج أنه "يدير الكافل أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث والوصية أو الهبة لصالح الولد المكفول"، بحيث يُصبح الكافل ولياً على أموال المكفول بإدارتها والحرص عليها<sup>(1)</sup>.

وإنّ الأجدد اعتبار الكافل وصياً على أموال الطفل باعتبار أنّ التزامات الوصي إضافية على التزامات الولي، إذ أنه ملزم بتقديم الحساب حسب المادة 97 من ذات القانون، على أساس أنّ أموال المكفول أمانة يجب إدارتها على أحسن وجه.

وننتهي مما سبق بيانه إلى القول أنّ حلول الابن المكفول محلّ الابن الشرعي ضرورة اقتضتها الحياة العائلية اليومية، المتطلّعة دائماً إلى الاستقرار والدوام، حتى يسهل على المكفول الاندماج في الوسط الأسري البديل، ومن ثمّ في المجتمع، وحتى لا ينشأ به شعور بالنقص يوم يعلم حقيقة نسبه الأصلي، علماً أنّ هذا الميعاد آت لا ريب فيه ولا مجال للتهرّب منه، بل يُمكن الحدّ من سلبياته عن طريق الاستعداد والتحضير له خاصة من الجانب البسيكولوجي للطفل<sup>(2)</sup>. وإنّ ذلك ليس ممكناً إلاّ عن طريق خلق رابطة روحية عاطفية وثيقة بين عائلة الكافل من جهة، والمكفول من جهة أخرى، من خلال التعامل على أساس علاقة الابن بأبيه وعائلته.

### البند الثالث: زوال الكفالة.

وإنّ الكفالة لا تؤدّي دائماً إلى وجود صلة دائمة بين الكافل والمكفول، إذ أنّها قابلة للانتهاء أو السقوط، وفي أيّ وقت، إذا توافرت الأسباب المؤدّية إلى ذلك. فما هي إذن هذه الأسباب التي تحول دون دوام الكفالة؟

### I- (انتهاء الكفالة):

تنتهي الكفالة لسببين يتمثلان فيما يلي:

1- مطالبة الأبوين الشرعيين استرداد ابنهما المكفول: تنتهي الكفالة برجوع الابن المكفول إلى أبويه الشرعيين بناءً على طلب منهما أو من أحدهما سواء كان ذلك الرجوع بتدخل القاضي الذي لا يُسلمّ الطفل إلاّ بعد إذنه متى كان هذا الأخير غير مميّز، مع مراعاة مصلحته

(1) إحالة إلى أحكام إدارة أموال الطفل في هذه الدراسة.

(2) إن منح الاسم للمكفول ليس لإخفاء حقيقته، بل لحمايته، إذ من الضروري إعلام المكفول بحقيقته بشرط أن يتم ذلك بطريقة تدريجية حسب مقتضيات ومدارك الطفل من حيث نضجه الاجتماعي لنلا يكون ضحية عقد نفسية.

أو بدون تدخله<sup>(1)</sup> إذا كان الطفل المكفول مميّزاً يُخَيَّر في العودة إلى والديه حسب المادة 124 ق.أ.ج، حيث يتعلّق الأمر في هذا الانتهاء بالطفل المعلوم النسب.

ويعني آخر، إذا كان الطفل غير مميّز، يتدخل القاضي حيث لا يسمح لهذا الطفل التخيير بين من كفله وبين أبويه، خاصّة إذا اعترض الكافل على طلب الاسترداد وأصرّ الوالدان على عودة ابنهما إليهما، حيث تكون السلطة التقديرية للقاضي في هذه الحالة للفصل النهائي في هذا الخلاف مع مراعاة مصلحة المكفول، حيث لا يُمنح الإذن بالعودة مثلاً متى كان الوالدان الشرعيان للطفل المكفول لا يملكان أيّ مصدر رزق يضمن للطفل العيش كريماً.

وفي هذا الإطار جاء في قرار عن المحكمة العليا أنه "من المقرّر قانوناً أنه إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما، يُخَيَّر الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سنّ التمييز، وإذا لم يكن مميّزاً لا يُسَلَّم إلاّ بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول، أيضاً أنه في حالة وفاة الأب تحلّ الأم محلّه قانوناً.

وعليه فإنّ القضاء بإلغاء عقد الكفالة والتصريح بعودة المكفولين إلى أمّهما بناءً على رغبتهما ومراعاة لمصلحتهما هو قضاء صحيح"<sup>(2)</sup>.

أما بالنسبة للمجهول النسب فقلّمَا يحدث نزاع بشأن استرجاعه<sup>(3)</sup> لأنه، وفي معظم الأوقات، لا يُطالب الأولياء الأصليين عودة أبنائهم، وحتى في حالة تقدّم الأمّ بطلب استرداد طفلها، فإنه يُقابل بالرفض لأنه سبق لها وأن عبّرت عن تحليّها عن طفلها يوم المجيء به لدى هذه المصالح، هذا من جهة، ومن جهة أخرى تكون قد تجاوزت المدّة القانونية المحدّدة لإمكانية الاسترداد والتي تُحدّدها هذه المصالح بثلاثة (03) أشهر على الأقلّ وستة (06) أشهر على الأكثر من يوم وضع الطفل لدى هذه المصالح<sup>(4)</sup>.

2- وفاة الكافل أو المكفول: تنتهي الكفالة بوفاة أحد طرفيها، وفي حالة وفاة الكافل تنتقل الكفالة إلى الورثة، وهو ما يُسمّى بالانتقال حسب المادة 02/125 ق.أ.ج، علماً أنّ لهم الحق في

(1) انظر Ghaouti Ben Melha-المرجع السابق-ص 275

(2) ملف رقم 184712 بتاريخ 1998/03/17-م.ق-العدد 1998/02-ص 89

(3) أثناء اللقاء مع مدير مصلحة رعاية الطفولة بسيدي بلعباس أكد أنه لا يوجد نزاع حول مسألة الكفالة لأنه وبكل بساطة لا تطالب الأمهات بعودة أطفالهن إليهن لأسباب مختلفة، مادية، عائلية...الخ.

(4) تبلغ هذه المدّة إلى الأمهات يوم مجيئهم بأطفالهم لدى هذه المصالح، وتكون موافقة الأمهات على هذا الإجراء وعلى هذه المدّة كتابية وفي كل الأحوال.



القبول أو الرفض، هذا وإنه وفي حالة قبول الورثة للكفالة، فلا بدّ أن يؤخذ بعين الاعتبار توافر شروط الكافل فيهم<sup>(1)</sup>.

أما في حالة الرفض فيُوضع الطفل وبأمر من القاضي لدى مصلحة الرعاية الاجتماعية للطفولة المختصة إقليمياً، بحيث ومهما يكن من أمر فإنه لا يُمكن إجبار الورثة على الاستمرار في الكفالة لأنه واجب يؤدّى بمحض الإرادة أي طوعاً حتى يضمن حسن معاملة الطفل وتُحقق الكفالة بذلك هدفها.

هذا ولقد سبقت الإشارة إلى أنّ الكافل يلتزم بالقيام بشؤون المكفول فيما ينفعه، أما إذا طرأ ما يمنع أو يحول دون تحقّقه على الأكمل، وجب حينئذ التخلّي عن الكفالة أو إسقاطها عن الكافل، وهو ما سيتمّ معالجته فيما يلي:

## II- سقوط الكفالة:

1- التخلي عنها: حيث تسقط الكفالة بإرادة الكافل ورغبته إما لاستحالة مادية<sup>(2)</sup> أو معنوية<sup>(3)</sup>، خاصّة إذا مسّ الأمر مصلحة المكفول، على أنّ طلب التخلّي يكون أمام الجهة التي أقرّت الكفالة وبعلم النيابة العامة حسب الفقرة الأولى من المادة 125 ق.أ.ج.

2- إسقاط الكفالة عن الكافل: تسقط الكفالة عن الكافل مراعاة لمصلحة المكفول لإسقاط الولاية عن الكافل نتيجة لسوء تصرفه في أموال المكفول مثلاً.

(1) فريدة محمدي-من أجل توفير حماية أكبر للمكفول-المرجع السابق-ص 95

(2) مثال عن الاستحالة المادية: فقدان الكافل لمصدر رزقه.

(3) مثال عن الاستحالة المعنوية: إصابة الكافل بعاية مستديمة تعيقه عن القيام بشؤون المكفول.

ومما سبق بيانه ننتهي إلى القول أنّ الكفالة كنظام لا يؤثر في مسألة ثبوت النسب لأنها لا تُنشئه ولا تكشفه كما أنها لا تنفخه، أضف إلى ذلك أنها إجراء يعمل على إدماج الطفل المحروم من بيئة عائلية لسبب أو لآخر. كما يعمل على تمكينه من الاحتكاك بالوسط العائلي البديل، ومن ثمّ المجتمع خاصّة إذا كان الوسط العائلي البديل محروماً من الأطفال، وحينئذ يُصبح لهذا الوسط الحق في الطفل بعدما كانت الكفالة حقاً للطفل، رغم أنه لا يُمكن محو كلّ آثار الشعور النفسي لدى الطفل، لأنّ هذا الشعور شيء واقع لا يُمكن التوصل بأيّ حال من الأحوال إلى محو كلّ آثاره، أو القضاء على أسبابه لأنّ الحضارة المادية المسيطرة على العالم، وخاصّة مع تأثير العولمة، أدت إلى إبراز قيم فردية تدعو إلى بعض الحريات التي لا تتفق مع الأخلاق الضامنة لكرامة الأسرة مثل التبني، وسبب ذلك يرجع إلى التسيّب الخلقي، فقدان القيم السامية وإغفال الأخلاق، مما أدى إلى مدهمة الآفات للمجتمع في لبنته الأساسية ألا وهي الأسرة، لذلك وجب الانتباه في كلّ هذا إلى المبادئ الإسلامية التي تؤكد على إلزامية الأخلاق وتذكّر بكرامة الإنسان وتدعو إلى التحكّم في ميوله ورغباته.

## المبحث الثاني

### مظاهر الحماية القانونية للطفل في معاينة 1989

تعتبر معاينة حقوق الطفل لسنة 1989 خلاصة كرمّت بها القواعد والمبادئ الأساسية المتعلقة بتقرير حقوق الطفل، بتوفير الحماية له وضمانها مع إيلاء الاعتبار الأول لمصلحة الطفل الفضلى حسب المادة 03 من ذات المعاينة.

يتعلّق الأمر بالمساواة وعدم التمييز بين الأطفال، المبدأ الذي يشمل كلّ حقوق الطفل، وذلك في إجراء الاعتراف بها والتأكيد عليها، إضافة إلى دور الوسط الأسري في كفالة الحماية للطفل، هذا الدور الذي إما أن يكون إيجابياً يستوجب معه بقاء الطفل في بيئته الأسرية، ومن ثمّ تظهر ضرورة الحفاظ على الحياة الأسرية للطفل، وإما أن يكون دوره سلبياً مما يقتضي فصل الطفل وإبعاده عن هذه البيئة، خاصة ما تعرفه الأسرة من تطوّر.

ومن ثمّ سيتناول المطلبان المواليان التفصيل في المساواة وعدم التمييز، ثمّ الوسط الأسري للطفل وذلك على التوالي.

### المطلب الأول: المساواة وعدم التمييز.

إنّ المساواة وعدم التمييز مبدأ وأصل من بين المبادئ والأصول التي قامت عليها معاينة حقوق الطفل لسنة 1989، حكمة ما في الأمر توفير ضمانات دولية لحماية الطفل، حيث قرّرت المادة 02 من ذات المعاينة أنّ الأطفال متساوون في نفس الدرجة ولا يخضعون لأيّ نوع من أنواع التمييز، وأن على الدول الأطراف أن تحترم ما اعترفت به من حقوق لكلّ طفل يخضع لولايتها دون أية تفرقة، بغض النظر عن عنصر الطفل، والديه، الوصي القانوني عليه، لوّتهم، جنسهم، لغتهم، دينهم، رأيهم السياسي، أصلهم القومي، الإثني، الاجتماعي، ثروتهم، عجزهم، مولدهم أو أيّ وضع آخر حسب الفقرة الأولى من نفس المادة. وإنّ هذا المنطق يُشبع ويُخصب كلّ الحقوق المعترف بها والمقرّرة في ذات المعاينة.

وإنّ عدم التمييز يعني أنّ لكلّ طفل التمتع بحقوقه في الحياة، البقاء، النموّ والهوية، دون أيّ فرق وعلى قدم المساواة، ومن باب المخالفة هناك تمييز كلّما حُرّم الطفل من حقوقه أو أحدها بسبب ميزة معيّنة<sup>(1)</sup>.

وعليه سيتمّ التطرّق في الفرعين المواليين إلى الحق في الحياة، البقاء والنموّ، وكذا إلى الحق في الهوية على أساس أنّ أغلب الحقوق تتعلّق بهذا أو ذاك.

### الفرع الأول: الحق في الحياة، البقاء والنمو.

إنه حق أولوي للطفل، قبل كما بعد ميلاده، بأن تعترف الدول الأطراف بداية بالحق الأصيل في الحياة<sup>(2)</sup>. كما عليها أن تكفل وإلى أقصى حدّ ممكن بقاء الطفل ونموّه طبقاً للمادة 06 من هذه المعاهدة، وينطوي النموّ على جوانب الحياة النفسية، الفكرية، الضرر، الإساءة البدنية، الإهمال، المعاملة المنطوية على الإهمال، إساءة المعاملة أو الاستغلال<sup>(3)</sup>، وهو في رعاية الوالد (الوالدين)، الوصي القانوني (الأوصياء القانونيين) عليه، أو أيّ شخص آخر يتعهّد برعاية الطفل. وبناءً عليه فإنّ على كلّ الدول الأطراف أن تتخذ جميع التدابير التشريعية، الإدارية والاجتماعية الملائمة لهذه الحماية، وينبغي أن تشمل هذه التدابير ما تعلّق بالوقاية من جميع أشكال الإساءة للطفل. كما يجب أن تشمل ما يتعلّق بالتحقيق، المعالجة، والمتابعة لمثل هذه الحالات، وكذا تدخل القضاء عند الاقتضاء، حسب المادة 19 من ذات المعاهدة، بالإضافة إلى أنّ على الدول أن تعترف بحق كلّ طفل في مستوى معيشي ملائم لنموّه البدني، العقلي، الروحي، المعنوي والاجتماعي. كما يتحمل الوالدان، أحدهما أو الأشخاص الآخرون المسؤولون عن الطفل، المسؤولية الأساسية الناتجة عن التزامهم بتأمين وضمان ظروف المعيشة اللازمة لنموّ الطفل، وذلك في حدود إمكانياتهم المالية وقدراتهم، حسب الفقرتين 01 و02 من المادة 27 من معاهدة 1989، كما يقع على الدول التزام باتخاذ التدابير الملائمة لمساعدة الوالدين وغيرهما من الأشخاص المسؤولين عن الطفل على اعتماد هذا الحق في المستوى المعيشي الملائم لنموّ الطفل، وتقدّم الدولة عند الضرورة المساعدة المادية وبرامج الدعم، ولاسيما فيما يتعلّق بالتغذية، والكساء، والإسكان في حدود إمكانيات هذه الدول

(1) أنظر : N/Cantwell-المرجع السابق-ص 18

(2) إن الولايات الأمريكية لم تصادق على معاهدة 1989 لحقوق الطفل لأنها تبيح الإجهاض وتقرر عقوبة الإعدام للطفل-انظر زروتي الطيب-حماية الطفل من منظور القانون الدولي الخاص-م.ج.ع.ق.إق.س-

العدد 2000/01-ص 147

(3) حسب المواد 32-33-34-35-36 و37 من معاهدة 1989

ووفقاً لظروفها الوطنية طبقاً للمادة 03/27 من ذات المعاهدة. وتُضيف المادة 04 من نفس المعاهدة أن على الدول أن تتخذ هذه التدابير ليس في حدود إمكانياتها بل إلى أقصى حدود مواردها، وحينما يلزم في إطار التعاون الدولي. ومن أجل ضمان وكفالة تحصيل نفقة الطفل من الوالدين أو من الأشخاص الآخرين المسؤولين مالياً عنه، سواء داخل الدولة الطرف أو في الخارج، وبوجه خاص عندما يعيش المسؤول عنها في دولة أخرى غير الدولة التي يعيش فيها الطفل، يقع على الدول الأطراف التزام باتخاذ كل التدابير المناسبة لذلك، وإنه بإمكانها وللتأكيد على التدابير المتخذة، الانضمام إلى اتفاقيات دولية قائمة أو إبرام اتفاقيات من هذا القبيل، بالإضافة إلى مكنة اتخاذ ترتيبات أخرى ملائمة طبقاً للمادة 04/27 من المعاهدة

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى اتفاقية نيويورك لتحصيل مبالغ النفقة الغذائية في الخارج، بحيث قرّرت هذه الأخيرة بتاريخ 20 جوان 1956<sup>(1)</sup> من الدول مجتمعة ومقتنعة بضرورة إيجاد حلّ للمشكل الإنساني المتعلق بالأشخاص الذين يحتاجون إلى رعاية تتعلّق بالنفقة، يتواجد المسؤول عنها في الخارج، حيث تُطرح صعوبة تحصيل مبالغ في الخارج خاصّة وأنّ متابعة الدعاوى المتعلقة بها أو تنفيذ القرارات في الخارج يُواجه مشاكل وصعوبات قانونية وعملية<sup>(2)</sup>. وتهدف هذه الاتفاقية إلى تسهيل تحصيل الدائن المتواجد في دولة طرف في المعاهدة لمبالغ النفقة من المدين المتواجد في دولة أخرى طرف في ذات المعاهدة، وتُعيّن الدول الأطراف سلطة أو أكثر، إدارية أو قضائية، والتي تُمارس على أرضها مهام السلطات المرسلّة، وهيئة عمومية أو خاصة تُمارس في ثراهما وظائف المؤسسة الوسيطة، وهو ما نصّت عليه المادة 02 من هذه المعاهدة. وتُضيف المادة 03 أنه يُوجّه الدائن المتواجد في دولة طرف طلباً إلى السلطة المرسلّة هذه الدولة بقصد الحصول على نفقته من مدينه، ويجب أن يُرفق الطلب بكلّ الوثائق اللازمة وبعرض مفصّل للأسباب التي بُني عليها الطلب، وكذا كلّ المعلومات المتعلّقة بالوضعية الشخصية والأسرية للدائن والمدين ومدخيلهما، وتُرسل السلطة المرسلّة بناءً على طلب الدائن كلّ قرار مؤقت أو نهائي أو كلّ حكم قضائي متعلّق بالنفقة لصالح الدائن، صادر من محكمة مختصّة لإحدى الدولتين الأطراف في هذه المعاهدة وفقاً للمادة 05 من ذات المعاهدة. أما السلطات الوسيطة فتأخذ وباسم الدائن كلّ التدابير الكفيلة

(1) لقد صادقت الجزائر على هذه المعاهدة بموجب الأمر رقم 29-69 المؤرخ في 22 ماي 1969.

(2) انظر الملحق رقم 08

بضمان تغطية النفقات، وحين يلزم الأمر فإنها تُحرّك دعوى النفقة الغذائية وتنفذ كل حكم أو أمر أو قرار قضائي صادر بشأنها.

### الفرع الثاني: الحق في الهوية.

يتعلّق الأمر بحق الطفل ودون تمييز في التسجيل ومنذ ميلاده، وفي حمل اسم واكتساب جنسية، وبأن يكون له وبقدر الإمكان الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهما حسب المادة 07 من معاهدة حقوق الطفل لسنة 1989، ويقع على الدول التزام باحترام حق كل طفل، وعلى قدم المساواة، في الحفاظ على هويته والتي تُميّز شخصيته وذاته، بما في ذلك صلاته العائلية طبقاً للمادة 08 من ذات المعاهدة، وذلك سواء حالة الاجتماع العائلي أو الانفصال حسب المادة 09 من نفس المعاهدة.

هذا وإنّ واضعي معاهدة حقوق الطفل لسنة 1989 قد أخذوا بعين الاعتبار، وعند تحضيرهم لنصّ المعاهدة، ما وقع في سنوات 70 في الأرجنتين، حين وقعت اختفاءات متكرّرة لأطفال كانت وثائق هويتهم إما مزوّرة وإما قُطعت أو مزقت، حيث لم تعد لهم وثائق رسمية، ومن ثمّ لا وجود رسمي لهم، بالإضافة إلى أنّ التحقيقات أثبتت أنّ ثلث ( $\frac{1}{3}$ ) الأطفال المولودين غير مسجّلين رسمياً، الأمر الذي تترتب عليه مشاكل تتعلّق بالتعليم، الاختطاف والاستغلال<sup>(1)</sup>. وعلى كلّ فإنّ التحدي يبقى في محاربة التمييز بكلّ أنواعه لتطبيق فعال للمعاهدة، لأنّ هذه الأخيرة كانت سبباً في الوعي والتحرّك الدوليين لصالح حماية الطفل، لكن بدون مساواة في المعاملة، وبدون مساواة في التحرك، منه فإنّ حماية الطفل لن تتجسّد واقعاً وحقيقة<sup>(2)</sup>. وفي هذا الإطار يقول ممثل عن الطفولة من ثماني (08) دول من آسيا الجنوبية أنه "تريد عالماً لا يوجد فيه تمييز بين الأطفال"<sup>(3)</sup>.

### المطلب الثاني: البيئة العائلية.

إنّ المرونة المعنوية كما البنيوية للطفل هي ما يُميّزه، مما يجعل من الحماية مهمّة الأسرة، بمعنى أنّ تكفل هذه الأخيرة الرعاية والعناية للطفل، وحينئذ تكون الحماية المبتغاة مرتبطة بالبيئة

(1) انظر N/Cantwell-المرجع السابق-ص 42 و "La situation des enfants dans le monde 2002"-Dossier و d'information de l'UNICEF-2002-p.24.

(2) انظر N/Cantwell-المرجع السابق-ص 20

(3) انظر "La situation des enfants dans le monde 2002"-المرجع السابق-ص 24

الأسرية وبالعيش في أحضانها، لكن هناك حالات تتعلق فيها الحماية بضرورة فصل الطفل عن والديه أو عن أحدهما، وذلك حينما تتعارض حمايته مع بقاءه في تلك البيئة، وهو ما تطرقت إليه معاهدة حقوق الطفل لسنة 1989، إلى ما سبق التفصيل فيه.

وبناءً عليه سيعالج الفرعان المواليان حالتي بقاء الطفل في بيئته الأسرية ثم فصله عنها على التوالي.

### الفرع الأول: الاجتماع العائلي.

تتعلق حماية الطفل أحياناً وحسب نصوص معاهدة حقوق الطفل لسنة 1989 بضرورة وأهمية الاجتماع العائلي، وذلك بأن تتم تربيته ونموه من طرف والديه حينما يكون ذلك ممكناً، وبأن يتم ذلك في جوّ أسري مفعم بالحبّة، السعادة والتفاهم حتى يتعرّع الطفل ترعرعاً متناسقاً، حيث تمّ الاقتناع بأهمية الأسرة باعتبارها اللبنة الأساسية للمجتمع، والبيئة الطبيعية لنموه، بقاء ورفاهية الطفل، خاصّة وأنّ مرحلة الطفولة هي فترة مميّزة تحتاج بالضرورة إلى حماية خاصّة تقع بادئ ذي بدء على عاتق الأسرة<sup>(1)</sup>.

وعلى هذا الأساس يجب أن تولى هذه الأخيرة الحماية، الاحترام والمساعدة اللازمة لتمكّن من الاطلاع بمسؤولياتها تجاه الطفل داخل المجتمع وفقاً للفقرتين 05 و06 من ديباجة ذات المعاهدة، وذلك في سبيل ضمان وتعزيز الحقوق المعترف بها والواقعة على عاتق الأسرة والدولة حسب المادة 02/18 من معاهدة حقوق الطفل لسنة 1989، وزيادة على ذلك يقع على الدول التزام بضمان الاعتراف بالمسؤولية المشتركة لكلا الوالدين عن تربية الطفل ونموه، والتي يتحمّلها الوالدان رعاية للطفل وتأكيداً على حمايته داخل أسرته وفقاً للمادة 01/18 من ذات المعاهدة.

وعلى هذا الأساس، على الدول الأطراف أن تضمن عدم فصل الطفل عن وسطه العائلي عن كرهه إلاّ عندما يتعارض بقاءه فيه مع مصلحته العليا حسب المادة 01/09 من نفس المعاهدة، خاصة ما يعرفه الوسط الأسري من تطوّر.

(1) انظر C/Neirink-المرجع السابق-ص 06

### الفرد الثاني: فصل الطفل عن بيئته العائلية.

قد تتعلق حماية الطفل أحياناً وحسب نصوص معاهدة حقوق الطفل لسنة 1989 بضرورة فصله عن وسطه العائلي حالة اجتماع والديه، كما في حالة إساءة الوالدين معاملة الطفل أو حالة إهمالهما له، أو بضرورة فصله عن أحد والديه حالة التفكك الأسري طبقاً للمادة 01/09 من ذات المعاهدة.

هذا وإن معاهدة حقوق الطفل لسنة 1989 لم تُهمل جانب علاقات الطفل بوسطه الأسري المنفصل عنه سواء اجتمع والداه أو انفصلا، إذ يقع على الدول الأطراف أن تحترم حق هذا الطفل في الإبقاء والحفاظ على علاقاته الشخصية وصلاته المباشرة بوالديه وبصورة منتظمة، أي احترام صلته العائلية، ولو كان والداه يُقيمان في دولتين مختلفتين لأنها روابط مميزة<sup>(1)</sup>، وهو ما جاءت به المادة 01/08 من ذات المعاهدة، على أنه يُشترط في المحافظة على الصلات العائلية للطفل أن لا تنطوي هذه الصلات على مساس أو تعارض مع مصلحته العليا، وإلا فتقطع هذه الروابط والعلاقات بوالديه أو بأحدهما وفقاً للفقرة 03 من المادة 09 من معاهدة حقوق الطفل لسنة 1989.

هذا وبخصوص الوالدين أو أحدهما الذي يُقيم في دولة غير الدولة التي يُقيم بها الطفل، فإن على الدول اتخاذ كافة التدابير، الإجراءات والاحتياطات لمكافحة نقل الأطفال إلى الخارج وعدم عودتهم للاشريعة، وفي ذلك تظهر إمكانية إبرام معاهدات دولية ثنائية أو متعددة الأطراف أو حتى الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية القائمة حسب المادة 11 من ذات المعاهدة.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أنه ورغبة من الجزائر وفرنسا في دعم التعاون القضائي، وحرصاً على تحقيق أحسن حماية للأطفال، وضماناً لحرية تنقلهم بين البلدين، واقتناعاً منهما بضرورة رعاية مصلحة الطفل بالدرجة الأولى، ووعياً منهما بأن مصلحة الطفل تتطلب أن تكون لديه إمكانية المحافظة على علاقات هادئة ومنتظمة مع والديه الذين هما في حالة الانفصال، حيثما توجد إقامتهما، اتفقت الحكومتان في البلدين بتاريخ 21 جوان 1988 على التوقيع بالجزائر على اتفاقية تتعلق بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين

(1) انظر C/Neirink-المرجع السابق-ص 18



والفرنسيين في حالة انفصال<sup>(1)</sup>.

## I- مضمون الاتفاقية الجزائرية الفرنسية:

ينبغي الإشارة هنا إلى أنّ فلسفة واضعي الاتفاقية تتعلّق أساساً بحماية الطفل ذاته، وتحديد ضمانات ممارسة حق الحضانة، وزيارة المحضون، وحرية تنقله بين البلدين، إذ تُسيطر عليها فكرة مصلحة المحضون وحماية الطفل بالدرجة الأولى، دون الاهتمام بشروط الحاضن بخلافاً للقانون الداخلي، إذ أنّ حق الحضانة وحق الزيارة لم يعودا في الاتفاقية مقرّرين لمصلحة الوالدين بقدر ما هما مقرّران لمصلحة الطفل، والتي ينبغي أن تكون وفق علاقة مستمرة وهادئة ومنتظمة مع كلا الأبوين، حيثما وجداء، وإنّ كلّ إخلال بذلك يُعرّض صاحبه للمتابعات الجزائية المقرّرة في تشريعات كلا البلدين، واللذان يتعهّدان على اتخاذ جميع الإجراءات والتدابير الملائمة لتحقيق هذا الغرض، بما فيها تسهيل إيجاد أيّ حلّ ودّي يضمن ذلك وفقاً للمادتين 01 و02 من الاتفاقية، وأكثر من ذلك تتعهّد الدولتان بضمان عودة المحضون الفعلية إلى البلد الذي غادره بعد انتهاء الزيارة فيما بين حدودهما حسب المادة 08 من الاتفاقية.

ولقد جاءت الاتفاقية بقواعد إيجابية لم تكن موجودة من قبل، إذ استبعدت ما كان سائراً عليه القضاء الفرنسي في التشدّد في منح حق الزيارة للأب الجزائري، وتقييده بضرورة إقامته في حدود التراب الفرنسي، وإخبار السلطات الفرنسية بتواجده بفرنسا، وإيداع جواز السفر<sup>(2)</sup>.

لكنّ الاتفاقية ألحّت على ضرورة تنفيذ الأحكام القضائية بمجرد صدورها ولو مؤقتاً، وهي بمثابة رخصة لخروج الطفل من التراب الوطني، وليس هنا مجال لإخضاعها من حيث الرقابة القضائية للدفع بالنظام العام، وهو ما يُحقق بدون شكّ فعالية وضماناً أكبر لممارسة حق الحضانة

(1) المرسوم الرئاسي رقم 88-144 المؤرخ في 12 ذي الحجة 1408 الموافق لـ 26 جويلية 1988 المتضمن المصادقة على المعاهدة الجزائرية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين الفرنسيين في حالة الانفصال-ج.ر-90/30. انظر الملحق رقم 09

(2) مصطفى معوان-الحضانة وحماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988-م.ج.ع.ق.إق.س-

وحق الزيارة على حدّ سواء، وباعتبارهما جانبيين متكاملين يهدفان إلى رعاية واحدة، هي تحقيق مصلحة الطفل المادية والمعنوية.

ولعلّ ما يؤكّد تنفيذ الأحكام الصادرة بخصوص الحضانة بطريقة استعجالية مقارنة بالأحكام الأخرى، أنّ هذه الاتفاقية تمنح الصيغة التنفيذية المؤقتة ولو كان الحكم ابتدائياً، بينما الاتفاقية الثنائية المؤرخة في 1964/08/27 والمتعلّقة بتنفيذ الأحكام القضائية وما صاحبها من تبادل الرسائل بتاريخ 1980/08/18، لا تُعطي الحق في تنفيذ الحكم القاضي بالحضانة وحق الزيارة إلاّ إذا صار نهائياً، تحت رقابة القاضي المختصّ إقليمياً الذي يُراعي فكرة النظام العام<sup>(1)</sup>.

وعلى كلّ فإنّ اتفاقية 1988 لم تُحقق كلّ الأغراض المنتظرة منها من الناحية العملية، وفي الحقيقة إنّ عيوب الاتفاقية جاءت قائمة على أساس تمييز أو تفضيل للأم الحاضنة التي هي في كلّ الأحوال من جنسية فرنسية، مقيمة مع محضونها في فرنسا في أغلب الأحيان، من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ هذه الاتفاقية جاءت كاستثناء مستبعدة لبعض المبادئ العامة المستقرّة في القانون الدولي وتشريع الأسرة الجزائري، سواء تعلّق الأمر بالقواعد الشكلية أو القواعد الموضوعية المتعلّقة بممارسة الحضانة، كقواعد الاختصاص المحلي، وقواعد الحضانة فيما يتعلّق باستحقاقها وشروط إسنادها، فأدرج المشرّع الفرنسي ضمناً في الاتفاقية أحكام القانون الوضعي الفرنسي ما دام لم يُراع هذه القواعد التي أخذ بها المشرّع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري، إضافة إلى ما سبق فإنه لم تردّ فيها الإشارة إلى حالة الطفل القانونية أو المدنية من حيث تحديد جنسيته واعتبرته مجرد محلّ للتراع بين الأبوين المتنازعين، فإذا كان عنصر الجنسية فعلاً يُمثل العنصر الأجنبي والأساسي بالنسبة للزواج المختلط في تحديد وتنظيم قواعد الحضانة وحق الزيارة، فإنّ أول مستفيد من هذا المعيار هو الطفل المحضون ذاته، فبموجبه يتحدّد مركزه القانوني بالرجوع إلى جنسيته وإلى نسبه الأصلي مادام أنّ الاتفاقية تُطبّق على جميع الأطفال<sup>(2)</sup>، مهما كانت وضعيتهم القانونية تجاه الأبوين، وهذا خلافاً لأحكام الشرع الإسلامي والتشريع العائلي الجزائري.

(1) مصطفى معوان-الحضانة وحماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988-المرجع نفسه-ص 135

(2) بما فيهم الأطفال الذين تم تبنيهم.

لذلك نصّت المادة 62 ق.أ.ج أن تتمّ تربية الطفل على دين أبيه، مما يدعو إلى القول أنّ ديانة الأب من أهمّ مقوّمات ممارسة الحضّانة في البلاد الإسلامية وغير الإسلامية. لهذا الغرض ينبغي أن تكون تربية الطفل المحضون على دين أبيه إذا كان مسلماً<sup>(1)</sup>، وهي مسألة قرّرها القضاء الجزائري في عدد من القرارات<sup>(2)</sup>، في حين أن الاتفاقية لم تُقرّ بذلك.

كما أنّ الملاحظ من هذه الاتفاقية أنّها لم تُحدّد مكان ممارسة حق الزيارة، فهل يكون ذلك في مكان ممارسة الحضّانة ذاتها أو في مكان آخر عندما تنتقل الأب إلى إحدى الدولتين لممارسة حقه في الزيارة؟ لهذا كان الأجدر تعميم حق الوالد في استعمال حقه في استضافة المحضون عندما يُمارس هذا الأخير حقه في الزيارة فيما بين حدود البلدين بعيداً عن الحاضن، طالما أنّ هناك ضمانات قانونية منحتها الاتفاقية للحاضن في حماية حقه في الحضّانة وعودة الطفل إليه بعد انتهاء الزيارة، وتسهيل ممارسة حق الزيارة الفعلية الممنوحة لأحد رعايا الدولة الأخرى في تراهما أو انطلاقاً منه حسب المادة 02/06 من الاتفاقية.

## II- قاعدة الاختصاص القضائي وممارسة الحضّانة:

إنّ القاعدة الأساسية في إسناد الاختصاص القضائي في الاتفاقية تكون لمحاكم الدولتين التي يوجد بدائرة اختصاصها مسكن الزوجية باعتباره مكان الحياة الزوجية المشتركة في حالة تعدّد الأمكنة من جهة، وتحديد حالة الانفصال من جهة أخرى، طالما أنّ المعاشرة حسب الاتفاقية تُعتبر حالة من حالات الحياة الزوجية، إذ أنّ الانفصال المقصود به هنا هو الانفصال الجسماني قبل توقيع الطلاق والوارد في القانون الفرنسي.

(1) تنص المادة 01/06 من قانون الجنسية أنه "تلتحق الحالة المدنية للزوج الجزائري المسلم بأبناءه فيعدون مسلمين مثله".  
(2) ومثاله القرار رقم 59013 وكذا القرار رقم 11048-انظر الاستيطان في بلد أجنبي كسب مسقط للحضّانة.

لاشكّ أنّ الهدف من ذلك هو ضمان أكثر لحماية الطفل، ورعاية لمصلحته قبل الحكم بفكّ الرابطة الزوجية، أو في حالة انفصال الزوجين، لاسيما وأنّ إجراءات الطلاق في فرنسا تكون طويلة ومعقدة<sup>(1)</sup>، لهذا وجب النظر إلى معنى الاختصاص القضائي بمعناه الواسع، إذ يندرج تحته الاختصاص الإداري الذي تُمارسه وزارتي العدل في كلّ من البلدين، باعتبارهما سلطتين مركزيتين مكلفتين بالالتزامات المحدّدة في هذه الاتفاقية، ولهذا الغرض تتعامل هاتان السلطتان المركزيتان مباشرة، ولهما الحق في اتخاذ جميع الإجراءات لتحقيق هذا الغرض.

لهذا فإنّ الاتفاقية في جوهرها تتعلّق بالتعاون القضائي حول حماية الطفل المحضون، والحماية هنا بموجب هذا الاختصاص هي حماية مزدوجة تتمّ عن طريق القضاء، وأيضاً بطريق إداري بتبادل المعلومات المتعلقة بمكان تواجد الطفل وحالته الاجتماعية والصحية، والاختصاص القضائي هنا يكون معياره مسكن الزوجية الذي غالباً ما يكون متواجداً في فرنسا، والذي هو مرتبط بمصلحة المحضون المادية والمعنوية التي يأخذ بها القضاء الفرنسي في معظم الأحوال، لكنه يستبعد كلّ الاعتبارات الدينية، بحيث أنه يُفسّر هذه المصلحة مجردة من أيّ اعتبار ديني لما كانت فرنسا دولة علمانية.

ومن ذلك قضاء محكمة النقض الفرنسية ما يلي:

1- القرار الصادر يوم 29 سبتمبر 2000 والمؤيد للحكم الصادر عن محكمة كريتاي، والذي قرّر مسؤولية الأب الذي اغتنم فرصة حق الزيارة ليأخذ قرار ختان المحضون دون إشعار أمّه الحاضنة، ودون أن تكون العملية ضرورية لصحة الطفل، خاصّة وأنّ القضاء الفرنسي يُرجع مصدر الختان للأطفال المسلمين إلى الأعراف فقط، ومن ثمّ فإنّ القرار يندرج ضمن المصلحة المادية للطفل حسب القضاء الفرنسي، إلّا أنه يمسّ مصلحة من مصالح الطفل العليا في الشريعة الإسلامية.

(1) معوان مصطفى-المرجع السابق-ص 139

2- القرار الذي أوقف حق الزيارة للأب لبناته المؤيد لقرار المجلس المؤسس على الاعتبار الأساسي لمصلحة الأطفال، وذلك بوقفها على الضغوط الأخلاقية والنفسية التي يفرضها الأب على بناته الصُغر، خاصةً بالزامهنّ ارتداء الزي الإسلامي، ومنعهنّ من السباحة في المسابح العمومية<sup>(1)</sup>.

ولعلّ ما يُدعم ما تمّ الحديث عنه، هو ما جاءت به الفقرة 03 من المادة 06 من الاتفاقية والتي تنصّ "وإذا كانت هناك ظروف استثنائية تُعرض صحّة الطفل الجسمية أو المعنوية لخطر مباشر، فعلى القاضي أن يُكيّف طرف ممارسة هذا الحق وفقاً لمصلحة هذا الطفل، وعليه فلا بدّ على المحكمة المختصة، وعند تمسّكها بهذه الفقرة، أن تُوضّح ماهية الظروف الاستثنائية التي اعتمدت عليها لتطبيق هذه الفقرة، ومن ثمّ أين تكمن مصلحة؟، وهو ما اعتمدت عليه محكمة النقض الفرنسية في القرار المذكور أعلاه".

وفي كلّ الأحوال، يُباشِر وكيل الجمهورية المختصّ إقليمياً المتابعات الجزائرية ضدّ الوالد الذي يختطف المحضون أو يمتنع عن تسليمه للوالد الآخر، وذلك بمجرد تسليم وكيل الجمهورية شكوى الوالد، تلك المتابعات الجزائرية المنصوص عليها في التشريعات الجزائرية في كلتا الدولتين، ويكون من حق وكيل الجمهورية المختصّ في هذه الحالة أن يلتمس، وبدون تأخير، استعمال القوّة العمومية للتنفيذ الإجباري، مما يضمن رجوع الطفل فعلاً إلى التراب الذي غادره.

تلك هي أهمّ المبادئ والأحكام التي تناولتها الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988 لحماية المحضون حالة الأزواج المختلطين عند انفصاهم، وتقرير مصلحته وفقاً لما تراه السلطانان المتعاقدتان، سواء في مجال دعم التعاون القضائي أو الإداري بين البلدين والخاص بشخص المحضون وعلاقته بوالديه في حالة الانفصال.

(1) هـ/بن الشيخ دنوني-مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية-المرجع السابق-ص 09

هذا وبالإضافة إلى ما تمّ تقديمه، فإنه وحسب نصوص معاهدة حقوق الطفل لسنة 1989، يُصبح من حق الطفل المحروم، بصفة مؤقتة أو دائمة، من بيئته العائلية، أو الذي يُسمح له حفاظاً على مصلحته العليا بالبقاء في تلك البيئة، أن يحظى بمساعدة وحماية خاصتين تُوفّرهما الدولة، بأن تضمن كلّ دولة طرفاً في الاتفاقية، وفقاً لقوانينها الداخلية، رعاية بديلة لمثل هذا الطفل، وبمعنى آخر توفير الوسط البديل عوضاً عن الوسط الأسري الذي لم يعد يخدم مصلحة الطفل حسب المادة 02-01/20 من ذات المعاهدة. وتُضيف الفقرة الأخيرة من نفس المادة أنه يُمكن أن تشمل هذه الرعاية، في جملة أمور، الحضانة، الكفالة المنصوص عليها في التشريع الإسلامي، التبني للدول التي تُقرّه و/أو تُجيزه، أو عند الضرورة، الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال، على أنه وفي اختيار نوع الرعاية، يجب أن يُعتدّ بضرورة الاستمرار في تربية الطفل، كما يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار خلفية الطفل الإثنية، الدينية، الثقافية واللغوية.

تجدر الإشارة في نهاية هذا المبحث إلى أن أكثر من 90% من دول العالم قد صادقت على معاهدة حقوق الطفل لسنة 1989، وذلك بعد خمس (05) سنوات من اعتمادها، مما يُشكل سابقة في تاريخ القانون الدولي المتعلّق بحقوق الإنسان، ومما شجّع على ذلك هو نصّ المادة 04 من ذات المعاهدة<sup>(1)</sup>، بحيث يتمّ إيلاء الاعتبار إلى مختلف الحساسيات الدينية، الثقافية، الاجتماعية والاقتصادية، فتنصّ هذه المادة أنه "تتخذ الدول الأطراف كلّ التدابير التشريعية والإدارية وغيرها من التدابير الملائمة لإعمال الحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقية، وفيما يتعلّق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية تتخذ الدول الأطراف هذه التدابير إلى أقصى حدود موادها المتاحة، وحيثما يلزم في إطار التعاون الدولي".

(1) انظر C/Neirink-المرجع السابق-ص 29

ومن ثم فإن الاختلاف في القدرات والإمكانيات الاقتصادية لم يمنع الكثير من الدول النامية من المصادقة على هذه المعاهدة، حكمة ذلك توعية الدول، حكومة وشعباً، بالمكانة الخاصة للطفل وبالحماية التي يجب أن يحظى بها، قبل وبعد ميلاده، بسبب عدم نضجه البدني والفكري.

إضافة إلى ما تمّت الإشارة إليه، فإن اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 قد مكّنت الطفل من حقوق الإنسان، فالرؤية الدولية التي اعتبرت الطفل موضوعاً للحماية يقع على كاهل الكبار، قد بدأت تشهد تغييراً، فأصبحت الحماية حقاً للطفل وليست حقاً للكبار، وذلك بفضل تأثير إيديولوجية حقوق الإنسان، الحقوق التي اعترفت بها اتفاقية 1989 للطفل، ومن ثمّ فإنّ هذا التغيير مؤسّس على الاعتراف بحقوق الطفل وتوفير الحماية له، على المستويين الوطني والدولي<sup>(1)</sup>.

(1) انظر F/Laroche Gisserot-المرجع السابق-ص 03

# الفصل الثاني حماية الأسرة

المصلحة: أساس الحماية القانونية للطفل

في قانون الأسرة الجزائري ومعااهدة حقوق

الطفل لسنة 1989



لقد انشغل المجتمع الدولي، ومنذ وقت طويل، بوضع، مصير ومستقبل الطفولة، ولعلّ أهم ما يُبرز ذلك هو معاهدة حقوق الطفل لسنة 1989، والتي تُعتبر ثمرة مجهود شاق في سبيل خدمة قضية حقوق الطفل وحمايته، ثمرة طبيعية ومنطقية لتركيبية محققة من تضافر مبادئ وقواعد تصبّ كلّها في مصبّ مصلحة الطفل العليا، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ ما تضمّنه تشريع الأسرة الجزائري من قواعد ونصوص تعلّقت بحقوق الطفل، قد جاء بناءً على ما تستلزمه مصلحة هذا الأخير. ومن ثمّ فإنّ جوهر الحماية القانونية للطفل يتعلّق بمعيّار المصلحة سواء تعلّق الأمر بمعاهدة 1989 أو بالتشريع العائلي الجزائري.

أما الإشكال الذي يُطرح هاهنا فهو: ما مفهوم هذه المصلحة في كلّ من معاهدة 1989 وقانون الأسرة الجزائري؟

وبناءً عليه سيُعالج أول المبحثين الموالين محلّ هذا المعيار في نصوص معاهدة 1989، أما ثانيهما فسيُتعلّق بموقف المشرّع الجزائري - في قانون الأسرة - من المصلحة باعتبارها جوهر الحماية القانونية للطفل.

## المبحث الأول

## معيار المصلحة في معاهدة 1989

تُمثل اتفاقية 1989 لحقوق الطفل مجموعة من المبادئ والالتزامات التي تُعطي الطفل موقعاً مركزياً في السعي من أجل بناء مجتمع راق، وذلك بالبحث في تحقيق حقوق الطفل والسعي لحمايته على أساس مصلحته العليا، المصلحة الفضلى كما عبّرت عنها الاتفاقية، قد قام عليها وأسس بناءً عليها محورا الاتفاقية ذاتها، والمتمثلان في تقرير الحقوق للطفل وتوفير الحماية له. ومن ثمّ سيتمّ التطرّق في هذا المبحث إلى ماهية المصلحة. من خلال نصوص اتفاقية 1989 ومبادئها وذلك في المطلب الأول، أما المطلب الثاني فسيتناول دولية معيار المصلحة في ذات المعاهدة.

## المطلب الأول: ماهية المصلحة في معاهدة 1989.

إنّ قراءة في نصوص معاهدة 1989 يُستنبط منها ما مفاده أنّها قرّرت حماية خاصة للطفل تدرج في إطار مصلحته<sup>(1)</sup> العليا، فلقد ارتقت المعاهدة من مصلحة الطفل إلى مصلحته العليا، والتي تكون الانطلاقة على إثرها باحترام الدول الأطراف للحقوق الموضّحة في الاتفاقية والعمل على ضمائها لكلّ طفل يخضع لولايتها.

وبناءً عليه فإنّ مصلحة الطفل العليا هي جوهر كلّ انطلاقة نحو حمايته، حيث يولى الاعتبار الأول لها في جميع الإجراءات والتدابير التي تتعلّق بالطفل، سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة، المحاكم، السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية، على أن تتعهّد الدول بمراعاة حقوق وواجبات والدي الطفل أو أوصيائه أو غيرهم من الأفراد المسؤولين عنه قانوناً حسب المادة 03 من معاهدة 1989 لحقوق الطفل.

وعلى كلّ فإنّ نصوص ذات المعاهدة لم تُعط لا تعريفاً ولا تحديداً للمصلحة، كلّ ما في الأمر أنّها أصبحت ذات درجة عالية، هذا وإنّ المصلحة الفضلى للطفل ترتبط حسب نصوص معاهدة 1989 إما بالحماية التي على الأسرة أن تكفلها له، أو بالحماية الموكلة إلى الوسط البديل.

(1) إن المصلحة هي ما يبعث على الصلاح وهي المنفعة-محمود المسعدي-القاموس الجديد-ط7-المؤسسة الوطنية للكتاب-الجزائر-1991-ص 1088

وإنّ هذه الحماية تتعلّق وإلى حدّ بعيد بالعقيدة<sup>(1)</sup>، وهو ما أشارت إليه نصوص ذات المعاهدة باعتبار أنّ العقيدة هي عماد التكوين التربوي للطفل، ومن خلالها تتحدّد المعالم الحقيقية لشخصيته حتى يكبر متأثراً بهذه الدعامة.

ومن ثمّ سيتعلّق الفرعان الموليان بفكرتين أساسيتين مضمومتها: المصلحة العليا وتأثير الوسط الأسري على العقيدة، وكذا المصلحة العليا وتأثير العقيدة على نوع الوسط البديل.

### الفزج الأول: المصلحة العليا والحماية الأسرية.

إنّ الحفاظ على الحياة الأسرية كان ولازال أحد المواضيع المهمّة في المعاهدات الدولية بسبب حاجة الطفل إلى النموّ في خلية أسرية، مما يجعل من حمايته مهمّة وسطه العائلي، وذلك باتخاذ كلّ التدابير واتباع كلّ الإجراءات والوسائل الكفيلة بضمان الحماية للطفل، مع إيلاء الاعتبار الأول لمصلحته الفضلى. فلقد نصّت المادة 05 من معاهدة حقوق الطفل لسنة 1989 على أنه "تحتزم الدول الأطراف مسؤوليات وحقوق وواجبات الوالدين أو عند الاقتضاء أعضاء الأسرة... في أن يُوفّروا بطريقة تتفق مع قدرات الطفل المتطوّرة، التوجيه والإرشاد الملائمين عند ممارسة الحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقية"، أضف إلى ذلك المادة 02/14 من ذات المعاهدة والتي تنصّ على أنه "تحتزم الدول الأطراف حقوق وواجبات الوالدين... في توجيه الطفل في ممارسة حقه بطريقة تنسجم مع قدرات الطفل المتطوّرة"، ويتعلّق الأمر بحق الطفل في حرية الدين والذي تضمّن النصّ عليه الفقرة الأولى من ذات المادة حيث "تحتزم الدول الأطراف حق الطفل في حرية... الدين"، ومن ثمّ فلقد كفلت هذه الفقرة للطفل الحرية في اختيار عقيدته، وينبغي في هذا المقام التساؤل عن مضمون هذا الحق، خاصّة وأنّ ممارسته تتطلّب توافر أهلية قانونية وهو ما لا يتمّتع به الطفل<sup>(2)</sup>، ومن ثمّ فإنّ هذا الحق غير مؤكّد، فالطفل ليس مطلق الحرية في أن يعتقد فيما يشاء قبل أن يتلقى التربية الدينية التي يختارها وسطه الأسري، وبالتالي دور هذا الأخير في تحديد عقيدة الطفل ومن ثمّ التأثير عليه.

(1) إن العقيدة هي ما عقد عليه القلب والضمير، وهي ما يدين به الإنسان واعتقده-انظر محمود المسعدي-

المرجع نفسه-ص 690

(2) انظر H/Benhammou-المرجع السابق-ص 05

في حين أنّ الفقرة الثانية من ذات المادة تُبرز دور الوسط العائلي في توجيه الطفل وإرشاده في ممارسته لهذا الحق<sup>(1)</sup>، على أنّ التوجيه لا يعني الإرغام، الإكراه والضغط، كما لا يعني المنع<sup>(2)</sup>، أضف إلى ذلك أنّ هذه الفقرة تُشير إلى دور الأسرة في الممارسة فقط وليس في التحديد، رغم أنّ لعقيدة الوسط الأسري دور كبير في حياة الطفل، وتبدو أهميتها باعتبارها من الأمور التي تعجز عن استيعابها مداركه ولا يكون لإرادته أيّ دور فيها عندما ترى عيناه نور الحياة، وإنما يتلقاها من بيئته العائلية، ولهذا فالأساس الذي يستند إليه حق الطفل في اختيار عقيدته يظلّ مقصوراً على مصلحته في الانتماء إلى وسطه الأسري لأنها أولى العقائد بالانتماء إليها، وعندئذ يكون من حق هذا الوسط، بل من واجبه أن يغرس في نفس هذا الطفل مضمون هذا الانتماء.

### الفرد الثاني: المصلحة العليا والحماية البديلة.

لقد جاءت نصوص معاهدة 1989 لتؤكد على ضرورة أن تكون مصلحة الطفل العليا موضع الاهتمام الأساسي في أيّ إجراء أو تدبير غرضه توفير الحماية للطفل، ومن ذلك المادة 01/18 والتي تنص على أنه "تبذل الدول الأطراف قصارى جهدها لضمان الاعتراف بالمبدأ القائل أنّ كلا الوالدين يتحملان مسؤوليات مشتركة عن تربية الطفل ونموّه وتقع على عاتق الوالدين أو الأوصياء القانونيين، حسب الحالة، المسؤولية الأولى عن تربية الطفل ونموّه، وتكون مصالح الطفل الفضلى موضع اهتمامهم الأساسي"، وكذا المادة 20 والتي تنصّ في فقرتها الأولى والثانية على أنه "للطفل المحروم بصفة مؤقتة من بيئته العائلية أو الذي لا يُسمح له، حفاظاً على مصالحه الفضلى، بالبقاء في تلك البيئة، الحق في حماية ومساعدة خاصتين تُوفّرهما الدولة وتضمن الدول الأطراف وفقاً لقوانينها الوطنية، رعاية بديلة لمثل هذا الطفل"، ومن ثمّ فهي تؤكد على ضرورة توفير الوسط البديل للطفل المحروم من الوسط الأسري، أو الذي يُفصل ويُبعد عنه حفاظاً على مصالحه الفضلى، الوسط البديل الذي تحقق فيه لمثل هذا الطفل حماية خاصة، حماية بديلة وفقاً للقوانين الخاصة للدول الأطراف عوضاً عن الحماية التي من المفروض أن تكفلها بيئته العائلية.

(1) م/السعيد الدقاق-الحماية القانونية للأطفال في إطار مشروع اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل- "في حقوق الإنسان"- المرجع السابق-ص 334

(2) انظر F/Laroche Gisserot-المرجع السابق-ص 43

وتُضيف الفقرة الأخيرة من ذات المادة أنه "يمكن أن تشمل هذه الرعاية في جملة أمور...الكفالة الواردة في القانون الإسلامي أو التبني وينبغي إيلاء الاعتبار الواجب...لخلفية الطفل...الدينية...".

وعليه فإن لعقيدة الطفل التأثير البالغ في اختيار الوسط البديل بين الكفالة الواردة في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، والتبني<sup>(1)</sup> المحرّم في ذات التشريعين.

وتجدر الإشارة في نهاية هذا الفرع إلى نصّ المادة 01/21 من ذات المعاهدة حيث "تضمن الدول التي تُقرّ و/أو تُجيز نظام التبني إيلاء مصالح الطفل الفضلى الاعتبار الأول"، وبناءً عليه فإنّ جواز التبني رهين بالسماح به من جانب القوانين الوطنية، بمعنى أنّ الدول الإسلامية التي لا تُجيز نظام التبني يُمكنها المصادقة على هذه المعاهدة وهي مطمئنة إلى أنّها لن تلتزم بنصّ المادة 21 مادامت تشريعاتها الداخلية لا تُقره، كلّ ذلك دون الحاجة إلى التحفظ عند المصادقة<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني: مواءمة معيار المصلحة في معاهدة 1989.

لقد أصبحت حقوق الطفل وحمايته أحد الاهتمامات الرئيسة في القانون الدولي المعاصر، وذلك بفضل معاهدة 1989 لحقوق الطفل، المعاهدة التي قرّرت الحقوق وأكدت على توفير الحماية، وعلى المستويين الدولي والداخلي.

أما على المستوى الدولي فلقد أصبحت قاعدة المصلحة العليا قاعدة دولية تنطلق منها المبادرات وتُبدل على أساسها الجهود الهادفة إلى حماية الطفل، في حين يُطرح مشكل التطبيق المباشر على المستوى الداخلي.

وبناءً عليه سيتمّ التطرّق إلى البعد الدولي لمعيار المصلحة في معاهدة حقوق الطفل لسنة 1989 تمهيداً لدراسة الإشكال المتعلّق بالتطبيق المباشر أمام القضاء الداخلي.

(1) وردت بشأنه عدة تعاريف تصب كلها في نفس المصوب، وعلى كل فإن التبني هو استحقاق شخص معروف النسب أو مجهوله مع التصريح بأن يتخذه ابناً له مع أنه ليس ولداً حقيقياً له-انظر معوض عبد التواب-موسوعة الأحوال الشخصية- ط4-ج1-دار الوفاء-مصر-1988-ص 159. ويسمى هذا الابن متبنياً وسماه الإسلام دعياً أي ابناً له بالدعوى لا الحقيقة، بلفظ اللسان لا بسلالة الدم-انظر أحمد حمد-موضوع التبني في الشريعة والقانون-ط1-دار البعث-الجزائر-1983-ص 213

(2) السعيد الدقاق-الحماية القانونية للأطفال في إطار مشروع اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل-"في حقوق الإنسان"- المرجع السابق-ص 340

## الفرع الأول: البعد الدولي للمصلحة.

إنّ لقاعدة المصلحة العليا للطفل كأساس لحمايته بعداً دولياً، حيث أنّ الحرص على احترامها ومراعاة تحقيقها لم يعد منوطاً بالشؤون الداخلية للدول، ولكنه أصبح اهتماماً دولياً كرّسته معاهدة 1989، التي تمّت مصادقة 61 دولة عليها، وفي نفس اليوم الذي تمّ فيه تبنيها في سبق لم تشهده الصكوك الدولية السابقة.

ومن ذلك مثلاً ما جاء عن القضاء الفرنسي حيث قرّرت محكمة النقض الفرنسية في أكتوبر 1996 إلزام والد Benjamin بدفع مصاريف دراسة ابنه بمدرسة إنجليزية، المصاريف المقدّرة بـ 12.000 فرنك فرنسي شهرياً مادام الأب موسراً، ومادامت مصلحة الطفل Benjamin العليا تقتضي أن يُواصل دراسته في إنجلترا لأنه فشل في إتمامها بالمدارس الفرنسية<sup>(1)</sup>، كما قرّرت ذات المحكمة بتاريخ 2000/09/29 مساءلة الأب المسلم عن اغتنامه لفرصة حقه في الزيارة ليقوم بختان ابنه المحضون دون إشعار أمّه الحاضنة، ودون أن تكون هذه العملية ضرورية لصحة الطفل<sup>(2)</sup>، ومن ثمّ فإنّ القضاء الفرنسي، وفي مسائل الحضانة المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الفرنسيين والجزائريين في حالة الانفصال، يستبعد كلّ الاعتبارات الدينية، حيث أنه يُفسّر المصلحة العليا التي تقوم على أساسها الحضانة مجردة من أيّ اعتبار ديني لما كانت فرنسا دولة علمانية.

وبالتالي فإنّ المصلحة العليا حقيقة معيار دولي، لكنّ الدول تُفسّرها وتُكيّفها وفقاً لنظامها القانوني الداخلي، وهو ما جعل للمصلحة بعداً إنسانياً ووجدانياً يتطلّب عدم ميلاد الطفل طالما كان سيولد معوقاً، وهو أخطر بعد يتحدّى مصلحة الطفل بل وجوده. فلقد جاء في قرار عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2000/11/17 الحكم بالتعويض عن عدم إسقاط الجنين وعن ميلاد الطفل Nicolas Péruche معوقاً، على أساس مسؤولية الطبيب والمخبر اللذان لم يُخطرا السيدة Péruche أثناء حملها بإصابتها بمرض الحسبراء، في حين أنّها صرّحت مسبقاً لهما أنه وفي حالة إصابتها بالعدوى من ابنتها، فستقوم بإسقاط جنينها، بمعنى أنّ المصلحة التي تؤسّس عليها الحماية أصبحت تقتضي عدم ميلاد هذا الطفل<sup>(3)</sup>، وبالتالي فإنّ المصلحة العليا للطفل أصبحت تتعارض مع حقه في الحياة معوقاً.

(1) انظر C/Neirink-المرجع السابق-ص 05

(2) هـ/بن الشيخ دنوني-مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية-المرجع السابق-ص 09

(3) هـ/بن الشيخ دنوني-مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية-المرجع السابق-ص 13

### الفرع الثاني: التطبيق المباشر.

إنّ معاهدة حقوق الطفل لسنة 1989 نصّ ملزم، وهو ما يميّزها عن سوابقها، ويقع على الدول الأطراف حينئذ أن تجعل قانونها الداخلي يتماشى مع النصّ المصادق عليه، ليجد المعيار الدولي والمتمثل في المصلحة العليا مكانه في القانون الداخلي. ينتج عن هذا التحليل القول بأنه يُمكن الدفع بقاعدة المصلحة العليا أمام القضاء الوطني ودون شروط تُذكر، وفي هذا الإطار ترى F/Moneger أن "آية مصلحة للدول في مصادقتها على المعاهدات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان إذا كانت هذه الأخيرة تسمو على القانون الداخلي لهذه الدول في حين أنه لا يُمكن الدفع بها أمام محاكمها"<sup>(1)</sup>.

ومن ثمّ فإنّ المنطق يستوجب التسليم بإمكانية الدفع بالمعاهدة وبقاعدتها الدولية مباشرة أمام القضاء الداخلي المُكلّف بضمان احترامها، حيث وبعد المصادقة يجب قبول التطبيق المباشر لنصوص معاهدة 1989 لكن وأمام المشكل المرتبط بالتطبيق المباشر لبعض النصوص دون الأخرى، أصبح الفقه الأمريكي يميّز بين نصوص النفاذ الذاتي وهي النصوص الواضحة والمحدّدة والتي يُمكن للقضاء الداخلي احترامها، وبين النصوص التي لا يُمكن نفاذها المباشر بسبب صياغتها العامة أو الغير محدّدة، الأمر الذي يفرض تدخل المشرّع، ومن ذلك مثلاً موقف القضاء الفرنسي حيث جاء في قرار عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 10/03/1993 أنه "لا يُمكن الدفع بنصوص ومبادئ معاهدة حقوق الطفل لسنة 1989 أمام المحاكم، هذه المعاهدة التي لا تُلزم إلاّ الدول الموقعة عليها لا يُمكن تطبيقها مباشرة في القانون الداخلي". وتبرّر هذا الموقف بكون قبول التطبيق المباشر دون تحفظ سيُسبّب اختلالاً في القانون الوضعي الفرنسي، أضف إلى ذلك قلة التدقيق في صياغة النصوص حيث أنّ مفهوم حقوق الطفل غامض"<sup>(2)</sup>.

(1) انظر C/Neirink-المرجع السابق-ص 29

(2) انظر C/Neirink-المرجع السابق-ص 32

## المبحث الثاني

## معيار المصلحة في قانون الأسرة الجزائري

إنّ الحماية القانونية للطفل في تشريع الأسرة الجزائري تندرج ضمن معيار واحد يتناول كلّ أوجه الحماية ويُعالجها والمتمثل في مصلحة الطفل، المصلحة التي تتجلى كترعة فطرية لدى الإنسان ومن ثمّ الطفل، ورغم ذلك فإنّ التشريعات المعاصرة لا تُجمع حول مفهوم لها ولا حول مقاييسها، ولذلك فإنّها تُلقى بعبء تحديد مداها وطبيعتها إلى القضاء كما هو حال تشريع الأسرة الجزائري، والشريعة الإسلامية، وهو ما سيتمّ التوسّع فيه في هذا المبحث.

## المطلب الأول: التكييف القانوني للمصلحة.

يُعدّ مفهوم المصلحة من المصطلحات المتداولة في التشريعات المعاصرة، ولعلّه يكتسي صبغة خاصّة متى تعلّق الأمر بمركز الطفل<sup>(1)</sup>. ولقد ورد في التشريع العائلي الجزائري ذكر هذا المصطلح حوالي 15 مرّة، خُصّص أكثر من نصفها للطفل. ورغم ذلك لم يتطرّق ذات القانون إلى تعريفه أو تحديده، بل أسّس الحماية بناءً عليها دون أن يفصل في معاييرها التي تُساعد القضاء في أحكامه، القضاء الذي ترك له المشرّع بذلك المجال من خلال النصوص الواردة في قانون الأسرة الجزائري. ومن ثمّ سيتضمّن هذا المطلب توضيح موقف المشرّع من معيار المصلحة وكذا التطرّق إلى دور قضاء الأحوال الشخصية في تبيان معالم المصلحة.

## الفرد الأول: إفعال النصوص.

إنّ التشريع العائلي الجزائري تشريع تخضع له جميع العلاقات بين أفراد الأسرة حسب المادة 01 منه، الأسرة التي عرفت تطوراً تدريجياً نظراً للمتغيّرات الاجتماعية، الاقتصادية والحضارية من عالم الأسرة الواسعة إلى جوّ الأسرة الضيقة، حيث تقلّص النموذج الأسري التقليدي، لكن ورغم ذلك بقيت الأسرة محافظة على نفسها كنظام اجتماعي وقانوني يُمثل الوحدة الأساسية للمجتمع والبيئة الطبيعية لنموّ الطفل ورعايته.

(1) هـ/بن الشيخ دنوني-مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية-المرجع السابق-ص 05



هذا ولقد تعلقت نصوص قانون الأسرة الجزائري المتضمنة لحقوق الطفل بما تستلزمه مصلحة هذا الأخير رغم أن بعض النصوص لم تُشر صراحة إلى مصطلح المصلحة، حيث ثبوت النسب حق للطفل يؤكد على هويته ويضمنها، وهو ما أكد عليه ذات القانون، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ المشرع وقع في الخلط أحياناً، كما هو الحال في الزواج الفاسد والباطل، الخطبة والزواج بالفاتحة، إضافة إلى عدم اكترائه بنقص الوازع الديني والتدهور الأخلاقي خاصة في مادة نفي النسب، كما أنه لا يُسائر التطور الحاصل في المجال البيوطي، أضف إلى ذلك مسألة الزواج العرفي وما ينجر عنه من مشاكل تمسّ الطفل أولاً والاستقرار المدني في جملته ثانياً، خاصة ونحن نلمس من جانب الفوضى الاجتماعية تفشي العلاقات خارج القانون، وظهور المعيشة الحرّة خارج النظام الأسري ظهوراً مصبوغاً بالتحدي، هذه المعيشة التي أصبحت من الآفات الاجتماعية التي تمزّ كيان الأسرة، وهو ما أدى إليه فقدان القيم السامية وظاهرة التسيب الخلقي التي تجعل الطفل ضحية لا حماية لها وسط هذا التدهور الأخلاقي، وهي الوضعية والواقع الذي لا يُمكن مواجهتهما إلاّ بالتدخل الجدّي لحماية الطفل والأسرة، على أنه تجدر الإشارة إلى أنّ ذهنية التمسك بموضوعية القانون مع إغفال الأخلاق تماشياً مع المنهجية المعروفة التي تعتبر حرية الأفراد غير خاضعة للقيم الاجتماعية التقليدية، قد تسببت في كثير من التساهل الذي يمسّ كيان الأسرة، الأمر الذي يُحتمّ الانتباه التشريعي إلى المبادئ والقيم الإسلامية.

وزيادة على ذلك فإنّ قانون الأسرة الجزائري لم يهتم بالنسب غير الشرعي حيث أنه أهمله ولم يتطرق إليه، بمعنى إجحافه بحقوق الطفل الضحية الناتج عن العلاقة غير الشرعية وإهماله لوضعيته، إلاّ فيما يتعلّق بالكفالة كآلية ونظام حمايته والعناية به في الوسط البديل<sup>(1)</sup>.

هذا وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى المادة 07 من معاهدة حقوق الطفل لسنة 1989 والتي تضمّنت عبارة "يكون للطفل.. قدر الإمكان الحق في معرفة والديه"، وهي في الحقيقة عبارة واسعة تفتح المجال لأيّ تحديد أو تأطير، في حين لا وجود لمثل هذا الحق في تشريع الأسرة الجزائري، لأنّ البحث والتحري عن الأبوة غير مسموح به وغير معترف به لا قانوناً ولا قضاءً. ونفس الحكم ينطبق على البحث عن الأمومة حيث تمنع المادة 245 من قانون الصحة والمتعلقة بسرّ الأمهات البحث أو التحقيق في هويّتهم<sup>(2)</sup>.

(1) ورد ذكر مصطلح المصلحة في المادتين 122 و 124 ق.أ.ج والمتعلقين بالكفالة.

(2) انظر La convention des droits de l'enfant de 1989-N/Aït Zaï-المرجع السابق-ص 35

وإن من بين نصوص قانون الأسرة الجزائري التي لم تُشر إلى مصطلح المصلحة صراحة تلك المتعلقة بحقه في النفقة، حيث أن مصلحته تنطوي وفي هذا الإطار على حماية تقيه الانحراف والجنوح، ولذلك أوجب ذات القانون النفقة على ذويه ووضع لذلك شروطاً وبيّن مشتملاتها. أما عن النصوص التي ورد فيها ذكر مصطلح المصلحة صراحة فهي المتعلقة بالحضانة<sup>(1)</sup>، وكذا نصّ المادة 07 من ذات القانون والمتعلّق بسنّ الزواج وأسباب منح الإذن به من طرف القضاء.

إضافة إلى النصوص المتضمنة لتنظيم إدارة أموال الطفل والتصرّف فيها، فلقد أولى المشرّع اهتماماً ملحوظاً بها، بحيث اعتدّ بمصلحة الطفل في الحفاظ على أمواله والحرص في التصرف فيها<sup>(2)</sup>.

ومما سبق يُمكن القول أن المشرّع سكت عن إعطاء تعريف المصلحة أو عن إيجاد معيار لها، ومن ثمّ تخويله للقضاء سلطات واسعة بشأن تحديد إطارها ورسم معالمها بناءً على كلّ حالة على حدة.

### الفرد الثاني: دور القضاء.

يعود سبب سكوت المشرّع الجزائري عن إعطاء تعريف أو تحديد لمصطلح المصلحة باعتبارها جوهر الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة الجزائري إلى صعوبة إيجاد معيار أو ضابط لها، فالمصلحة تختلف من حالة إلى حالة ثانية ومن بيئة إلى أخرى، ومن ثمّ فلقد جاء موقف المشرّع الجزائري في محلّه، حيث مفهوم المصلحة نسبي يتغيّر بتغيّر المكان، الزمان والحالات الخاصة، ولقد ترك المشرّع بذلك المجال أمام قضاء الأحوال الشخصية بصفته رقيباً على مصلحة الطفل، لكنّ الغموض، النقص التناقض وكذا الخلط بين النصوص أحياناً يُصعّب من دور القضاء ومهمته، مما ينتج عنه الاختلاف في الأحكام وعدم الاتجاه في منحى موحد يُخدم مصلحة الطفل في كلّ الأحوال، رغم أن القضاء يعمل جاهداً للبحث عن المصلحة مع وجود نصوص قد تُعيقه عن ذلك ومثاله نصّ المادة 03-02/52 ق.أ.ج.

(1) انظر المواد 64-65-66-67 و69 ق.أ.ج

(2) انظر المواد 89-90 و96 ق.أ.ج

هذا ومن بين نصوص التشريع العائلي الجزائري والتي تُمكن القاضي من سلطات مهمة نصّ المادة 07 والمتعلّقة بمنح الطفل الإذن بالزواج، حيث منح المشرّع للقاضي سلطة تقديرية بشأن ظروف وأحوال الناس، وكذا الاختلاف بينهم، بمعنى أنّ المشرّع قد جعل من القاضي رقيباً على تزويج الأطفال وبالتالي ولياً مباشراً لهم وأميناً على مصالحهم ومقدراً عادلاً لظروفهم الخاصة، وهو ما يظهر جلياً عند منحه الإذن بالزواج، والذي لا يتمّ إلاّ بعد توافر الشروط المستلزمة لذلك، أهمّها على الإطلاق المصلحة، والتي يُقدّرهما القاضي بدوره بناءً على كلّ حالة على حدة، وبالتالي فإنّ سلطة القاضي قد تكون مطلقة في شأن منح الإذن، مما يجعل من حكمه المطلق هذا عاملاً مساعداً على خلق حالة زواج الصغار.

أضف إلى ما سبق أنّ من بين النصوص التي تُحوّل للقاضي مهاماً واسعة تلك المتعلّقة بالحضانة<sup>(1)</sup>، والتي أكثر ما يُلاحظ عليها أنّ القانون لم يشترط الإسلام في الحاضنة، بل اشترط القيام بتربية المحضون على دين أبيه، ولقد اتّجه القضاء ورغم منحه لحق الزيارة للوالد غير المحكوم له بالحضانة إلى اشتراط البيئة والوسط الإسلامي وذلك في عدّة قرارات جاءت مؤكّدة على هذا الاتجاه<sup>(2)</sup>.

أضف إلى ذلك أنّ مخالفة الترتيب الوارد في المادة 64 غير جائز إلاّ حين يتعارض هذا الترتيب مع مصلحة المحضون، وهو ما أكّده عدّة قرارات عن المحكمة العليا<sup>(3)</sup>. بمعنى أنّ الترتيب الوارد في المادة 64 من ذات القانون يقوم على ضوابط المصلحة، لكنه وحين يتعارض مع التربية الدينية فإنّ حفظ الدين يطغى ويُقدّم على بقية المصالح حيث تسقط الحضانة عن الأمّ حين استيطانها ببلد غير إسلامي رغم أحقيتها لها<sup>(4)</sup>.

كما أنه ومن بين نصوص قانون الأسرة الجزائري والتي حوّلت للقاضي دوراً واسعاً نصّ المادة 124، حيث تتوقف عودة الطفل المكفول المعلوم النسب إلى والديه أو إلى أحدهما، في الحالة

(1) انظر المواد 62-63-64-65-66-67 و69 ق.أ.ج

(2) ومن تلك القرارات والتي سبق التطرق إليها في البند المتعلق بحق الطفل في الحضانة:

- قرار رقم 45186 بتاريخ 09/03/1987.

- قرار رقم 52207 بتاريخ 02/01/1989.

- قرار رقم 59013 بتاريخ 19/02/1990.

(3) من بينها قرار رقم 89672 بتاريخ 23/02/1993 حيث أسقطت الحضانة عن الخالة وأسندت إلى الأب-

إ.ق.غ.أ.ش-عدد خاص-2001-ص 166

(4) هـ/ين الشيخ دنوني-مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية-المرجع السابق-ص 05-06

التي يكون فيها غير ممّيز للقضاء مع تقديره لمصلحة هذا الطفل، أضف إلى ذلك النصوص التي تعلّقت بإدارة أموال الطفل والتصرّف فيها<sup>(1)</sup>، حيث أعطيت المحكمة سلطة الإشراف على إدارة أموال الطفل سواء عند منحها الترخيص ببعض التصرفات، حيث تُراعى المصلحة المستقبلية للطفل في التأكيد على الحرص في التصرف، أو عند منحها الإذن للطفل المميّز بالتصرّف في أمواله وكذا الرجوع فيه إذا تبين أن في الأمر ما يضرّ أو يمسّ مصلحة هذا الطفل، وحينئذ تُراعى المصلحة الحالية والمستقبلية له، زيادة على نصّ المادة 181 من ذات القانون والتي تُلزم بإجراء قسمة التركة أمام القضاء في حالة ما إذا كان من بين الورثة قاصراً.

ومن ثمّ فإنّ القاضي وأمام موقف المشرّع يجد نفسه رقيباً على تقدير المصلحة وتقييمها والحرص على تحقيقها، سواء بوجود النصّ القانوني أو بعدم وجوده، الأمر الذي يتطلّب حينئذ الإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 ق.أ.ج، على أنّ المقصود بهذه الأحكام هو مجموع ما في الشريعة الإسلامية من حلول بصرف النظر عن اختلاف المذاهب الفقهية الإسلامية، وبمعنى آخر فإنّ القاضي، وفي حالة عدم إيجاد نصّ تشريعي في قانون الأسرة الجزائري لحلّ موضوع النزاع، يُطبّق مبادئ الشريعة الإسلامية دون التقيّد بمذهب معيّن، فيستلهم أحكامهم لسدّ الثغرات القانونية من أحكامها التفصيلية ونظراتها العامة<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني: التكيف الشرعي للمصلحة.

انتهينا من المطلب السابق إلى القول بعدم تحديد المشرّع للمقصود بالمصلحة، وبعدم ضبطه لمعايير تُساعد على الاهتداء إلى مضمونها وضوابطها، غير أنّ الشريعة الإسلامية، ومراعاة لمصالح الناس، وضعت معايير تُساعد القاضي وتهدى سبيله إلى تحديد ما هو خير للمتقاضين، من خلال بيانها للمقصود بالمصلحة وتحديد أطرافها بما لا يدع مجالاً للشكّ أو الغموض في فهمها، أضف إلى ذلك أنّ المصلحة في الفقه الإسلامي متفق عليها، لا مجال للنزاع فيها، وهو ما سيأتي بيانه في الفرعين المواليين.

(1) انظر المواد 88-89-90-92-93-94-97 و99 ق.أ.ج

(2) بلحاج العربي-الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري-مقدمة، الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث والوصية-ج1- المرجع السابق-ص 23

## الفرع الأول: ماهية المصلحة في الشريعة الإسلامية.

لقد حرص الإسلام على جعل المصلحة أساساً لما شرعه الله تعالى لعباده، فكان اصطلاحها أمّا: ما قصده الشارع الحكيم لعباده من حفظ لدينهم، نفوسهم، عقولهم، نسلهم وأموالهم طبق ترتيب معيّن فيما بينها<sup>(1)</sup>. فلقد راعت الشريعة الغراء، المصالح بحيث تكفلت بمصالح العباد الدنيوية والأخروية. وإن مقاصد الشريعة ليست سوى تحقيق السعادة الحقيقية لهم، وهو ما قامت عليه مراعاة الشريعة الإسلامية لمصالح الأفراد<sup>(2)</sup>، ومن أدلة هذه المراعاة ما يلي:

## I- من الكتاب:

قول الله تعالى: " وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ " <sup>(3)</sup>، وقوله: " هَذَا بَصَائِرُ لِّلنَّاسِ وَهُدًى وَرَحْمَةٌ لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ " <sup>(4)</sup>، وقوله تعالى: " وَمِنَ النَّاسِ مَن يُعْجِبُكَ قَوْلُهُ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَيُشْهَدُ اللَّهَ عَلَىٰ مَا فِي قَلْبِهِ وَهُوَ أَلَدُّ الْخِصَامِ ❀ وَإِذَا تَوَلَّىٰ سَعَىٰ فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ " <sup>(5)</sup>.

وآيات أخرى كثيرة جاءت في معرض التعليل لأحكام جزئية، مثل قوله تعالى: "... يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ..." <sup>(6)</sup>.

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

## II- من السنة:

قول الرسول ﷺ: "لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ" <sup>(7)</sup>، والضرر هو محاولة الإنسان إلحاق المفسدة بنفسه أو غيره، أما الضرر فهو أن يتراشق اثنان بما فيه مفسدة لهما، وقوله ﷺ: "الْخَلْقُ كُلُّهُمْ عِيَالُ اللَّهِ فَأَحْبَبُهُمْ إِلَى اللَّهِ أَنْفَعُهُمْ لِعِيَالِهِ" <sup>(1)</sup>.

(1) م/سعيد رمضان البوطي-ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية-الدار المتحدة للطباعة والنشر-سوريا-1987-  
ص 27

(2) م/سعيد رمضان البوطي-المرجع السابق-ص 69

(3) سورة الأنبياء-الآية 107

(4) سورة الجاثية-الآية 20

(5) سورة البقرة-الآية 204-205

(6) سورة البقرة-الآية 185

(7) أخرجه ابن ماجة

## III- أدلة من القواعد الشرعية المجمع عليها:

ومن بينها مراعاة الشريعة الإسلامية لأعراف الناس بشرط أن لا تجرّ عليهم ولا تمدر لهم مصلحة، لقوله ﷺ: "إِنَّمَا بُعِثْتُ لِأَتَمِّمَ مَكَارِمَ الْأَخْلَاقِ"<sup>(2)</sup>، وقول الفقهاء: "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"، ومن ثم القاعدة الشرعية "العادة محكمة"<sup>(3)</sup>.

ومن ثمّ تبين أنّ الشارع الحكيم قد راعى في تقريره لعادات الناس أو إلغائها ما تقتضيه مصلحتهم وما يستدعيه السبيل إلى سعادتهم، وبذلك تكون أحكام الشريعة كلّها قائمة على هذا الأساس، ومعنى آخر فإنّ جملة هذه الأدلة والقواعد المتفق عليها تُثمر دلالة قاطعة على أنّ الشريعة الإسلامية قائمة في جملتها وتفصيلها على أساس الرعاية لمصالح العباد ومن ثمّ الطفل، من حيث تحقيقها والحفاظة عليها. ومن ذلك حتّى ذات الشريعة على الكفالة كنظام ووسيلة للحماية في بيئة بديلة عوضاً عن بيئة الطفل الأصلية، في حين أنّها حرّمت التبني لحكمة معيّنة، فأنزل الله تعالى في كتابه المحكم قوله: "... وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ﴿١٠٦﴾ ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ..."<sup>(4)</sup>.

هذا وإن كان التبني قد حرّم شرعاً<sup>(5)</sup> فذلك لما يؤدّي إليه من نتائج سيّئة، فهو عملية شقيّة تنطوي على افتراء وكذب ومخالفة للفطرة الإنسانية<sup>(6)</sup>، وعليه فإنّ عملية التبني تليّف للحقيقة، تزيف ومخالفة لنظام الكون والشرع الإلهي، لأنها تنطوي على ما سيتمّ معالجته فيما يلي:

(أ) (التبني) (اعتداء على) (النسب): تُعتبر رابطة النسب من أسمى وأعظم نعم الله تعالى، وإذا كان النسب بهذا المفهوم، فإنّ التبني يُعتبر بحق اعتداءً عليه، من جهة المتبني بإدخاله فرداً أجنبياً في الأسرة يلتصق بها ويُشارك أفرادها في نسبهم ويأخذ مكانة الابن الصلي، أما من جهة المتبني فإنّ

(1) أخرجه الطبراني في معجمه

(2) رواه البخاري وأحمد

(3) بالإضافة إلى القواعد الفقهية التالية: "المشقة تجلب التيسير"، "الأمر بمقاصدها"، "اليقين لا يزول بالشك"،

"الضرر يزال"-انظر م/سعيد رمضان البوطي-المرجع السابق-ص 241

(4) سورة الأحزاب-الآية 4-5

(5) ومنعته المادة 46 ق.أ.ج والتي تنص أنه "يمنع التبني شرعاً وقانوناً".

(6) وهو ما اعترف به سنة 1860 في إيطاليا حافظ الأختام Pisanilli أثناء المناقشة البرلمانية، حيث صرح قائلاً:

"إنّ التبني من أصل أرستقراطي لا مجال له اليوم...إنه يسيء إلى الحالة المدنية الحقيقية للأفراد ويزور

الطبيعة التي قد يستدعي الاعتبار المدني تعديلها دون إفسادها، فهو يخلق إلى جانب الأسرة أسرة صورية

ويثير في أغلب الأحيان الغيرة والضغينة"-انظر Kelfat Chouckri-Les aspirations conflictuelles du droit de

l'adoption-R.A-N°01/1994-p.09

التعدي على نسبه يكون في تجريده من لقبه العائلي إذا كان معلوم النسب، أما إذا كان مجهول النسب فإن عيناه تُغمض عن كونه كذلك<sup>(1)</sup>. وقد يأتي يوم يُفصح فيه هذا الزور في النسب، ويكتشف فيه المتبني حقيقة العلاقة التي تربطه بالأسرة المتبنية، وحينئذ تنقلب الموازين، وهو ما ينجم عنه عواقب وخيمة أخطرها الانتحار والاختلال العقلي حينما يكتشف الطفل حقيقة أصله<sup>(2)</sup>.

(ب) (التبني تزييف للأرزاق): فلقد جعل الله تعالى داخل الأسرة تبادلاً للحقوق والواجبات من أجل توطيد المحبة والرحمة بين أفرادها، أهمها الميراث، ولما كان التبني إلحاق شخص ما ولداً بنسبه، فإن ذلك سيحمل على توريثه من هذه الأسرة، وفي ذلك مساس واعتداء على حقوق أفرادها<sup>(3)</sup>.

(ج) (التبني انتهاك للحرمات): إن تزوير التبني للواقع تزويراً يجعل شخصاً غريباً عن الأسرة فرداً منها، يؤدي إلى إمكانية اختلاء المتبني<sup>(4)</sup> بأفراد أسرة المتبني ومعاملتهم على أنهم محارمه، وهو في الحقيقة أجنبي عنهم لا يُباح له منهم ما يُباح لهم. كما أن التبني يحرم هذا المتبني، وبمقتضى هذا العلاقة الوهمية، من حق أباحه الله تعالى له في الزواج من أفراد أسرة المتبني لأن التبني لم يكن أبداً محرماً، لقوله تعالى: "يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ"<sup>(5)</sup>.

### المرفع الثاني: ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية.

إن ضوابط المصلحة في الشريعة الغراء خمسة (05) تتمثل فيما يلي:

(1) فضيل سعد-شرح قانون الأسرة الجزائري-الزواج والطلاق-ج1-المرجع السابق-ص 225

(2) م/صالح الصديق-نظام الأسرة في الإسلام-المرجع السابق-ص 237

(3) لقد سار القضاء الجزائري مسار المشرع في منعه للتبني وبصفة قطعية ونهائية، ومن بين ما جاء عن قضاء المحكمة العليا أنه "من المقرر أن يمنع التبني شرعاً وقانوناً. ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يكن ابناً شرعياً للمتبني، فإن للمدعي الحق في إخراجه من الميراث لأن التبني ممنوع شرعاً وقانوناً، وعليه فإن قضاة الموضوع لما أيدوا الحكم المستأنف القاضي برفض دعوى إبطال التبني على أساس أن المتبني لم يذكر نسب الوالد المتبني، قد أخطؤوا في تطبيق القانون، ذلك أن دعوى إبطال التبني ليست كدعوى نفي النسب، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه". ملف رقم 122761 بتاريخ 1994/06/28-انظر

إ.ق.غ.أ.ش-عدد خاص-2001-ص 155

(4) ذكرنا كان أو أنثى.

(5) سورة المائدة-الآية 87

## I- اندراج المصلحة ضمن مقاصد الشرع:

وتنحصر هذه المقاصد فيما يلي:

1- حفظ الدين.

2- حفظ النفس.

3- حفظ العقل.

4- حفظ النسل.

5- حفظ المال.

وإنّ كلّ ما يتضمّنه حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، أما عن وسيلة الحفظ

فتندرج في ثلاث (03) مراحل حسب أهميتها وهي:

(أ) **الضروريات:** وهي ما كان لابدّ منها في حفظ هذه المقاصد، ومثالها أنه شرّع لحفظ

النسل ومن حيث الوجود إباحة الطعام للبقاء على قيد الحياة، وشرّع لحفظها من حيث المنع عقوبة

القصاص للقاتل. كما أنه شرّع لحفظ النسل ومن حيث الوجود الزواج والنفقة، وشرّع لحفظها

من حيث المنع حرمة الزنا.

(ب) **الحاجيات:** وهي ما قد تتحقق من دونها المقاصد الخمس ولكن مع الضيق، فشرّعت

لتحصين أركانها أو لحاجة الناس إلى رفع الضيق عن أنفسه لكي لا يقعوا في حرج قد يفوت عليهم

المطلوب، فشرّع الطلاق مثلاً لحفظ النسل، وشرّع شرط توافر الشهود لوجوب الحدّ في الزنا

لنفس القصد.

(ج) **التحسينات:** وهي ما كان تركها لا يؤدي إلى ضيق ولكن مراعاتها متفقة مع مبدأ

الأخذ بما يليق وتجنّب ما لا يليق، ومتماشية مع مكارم الأخلاق ومحاسن العادات، ومثالها أنه شرّع

لحفظ النسل آداب المعاشرة بين الزوجين<sup>(1)</sup>.

(1) م/سعيد رمضان البوطي-المرجع السابق-ص 78 و115



## II- عدم معارضة المصلحة للكتاب:

مصدقا لقوله تعالى: "...وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ" (1)، وقوله: "...فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ..." (2)، وقوله كذلك: "وَأَنْ أَحْكَمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ..." (3).

ومن ذلك لا يمكن إقرار مبدأ المساواة وعدم التمييز بين الأطفال (4) في كل الأحوال، المبدأ الذي مرجعه لائكي، في حين أن الشريعة الإسلامية وضعت ضوابط وحدوداً لا يمكن اختراقها، حيث كان جانب الإرث محمل انتقاد المتحاملين على أحكام ذات الشريعة، على أساس أن قاعدة "للذكر مثل حظ الأنثيين" هي قاعدة تُكرّس مبدأ التمييز ضدّ الأنثى على اعتبار أن الذكر يرث ضعف ما ترثه الأنثى، بينما قاعدة التنصيف هذه ليست ثابتة، بل تتغير الأنصبة بتغير الأحوال، حيث قد يتساوى الذكر مع الأنثى كما هو الحال في قوله تعالى: "...وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً (5) أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ..." (6). كما يمكن أن يزيد نصيب الأنثى عن نصيب الذكر، حيث أن قاعدة التنصيف مفروضة فقط في أنصبة الإرث وليس على مال التركة ككله، إذ قد تزيد حصّة الإناث على حصّة الذكور في مجموع مال التركة، أضف إلى ذلك أنه يمكن للأنثى أن تستحق نصف تركة أبيها إذا انفردت وليس معها ولد ذكر لقوله تعالى: "...وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ..." (7)، فإذا توفي رجل عن طفلة وأخوين صغيرين، أخذت البنت النصف بينما يقتسم الأخوان النصف المتبقي. أما في العطايا الأخرى كالوصية والوقف، فالتسوية بين الإناث والذكور مطلوبة (8)، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن مركز الطفل الناتج عن العلاقة الشرعية يختلف عن ذلك الناتج عن العلاقة

(1) سورة المائدة- الآية 44

(2) سورة النساء- الآية 59

(3) سورة المائدة- الآية 49

(4) المبدأ الذي تقره معاهدة 1989 لحقوق الطفل وفي كل الأحوال -انظر N/Ait Zaï - La convention des droits de l'enfant de 1989

المرجع السابق-ص 37

(5) الكلاله: خلو الميت عن الوالد والولد-انظر محمود المسعدي-المرجع السابق-ص 1002

(6) سورة النساء- الآية 12

(7) سورة النساء- الآية 11

(8) عبد الرحمن طالب-حقوق وواجبات المرأة في الإسلام-مجلة المجلس الإسلامي الأعلى-العدد 2000/03-ص 05

غير الشرعية، حيث يُنسب الأول إلى والديه ويرث من كلاهما، في حين يُنسب الثاني إلى أمّه ويرث منها ومن جهتها كإخوته من أمّه، وهو ما أرسته الشريعة الإسلامية.

وزيادة على ذلك وفي نفس الإطار تجدر الإشارة إلى أنّ سلطة الأسرة على الطفل في تشريع العائلة الجزائري هي سلطة أبوية وليست بسلطة الأوصياء، لأنّ الإسلام قرّر على الرجل مسؤولية القوامة مع ما يُصاحبها من لطف ورعاية وصيانة وحماية للأسرة مع تكاليف في نفسه، ماله وآداب في سلوكه مع زوجته وعياله، حيث القوامة وظيفة يُنظّم الرجل بموجبها أسرته، وهي درجة له على المرأة وهي في ذات الوقت ليست درجة السلطان أو القهر، وإنما درجة الرياسة البيئية الناشئة عن عهد الزوجية لقوله تعالى: "الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ...".<sup>(1)</sup> ومن ثمّ فإنّ القوامة للرجل درجة طبيعية، حيث ليس من الحكمة في نظر شرع أو وضع أن يُترك مجتمع دون أن يُعرف له رئيس يُرجع إليه في الرأي وعند الاختلاف، وإذا تصوّر مجتمع على هذا النحو ليس له محور يدور حوله ويعتصم به، فهو مجتمع ماله حتماً السقوط والانحلال، مجتمع صائر لا محالة إلى الفوضى والاضطراب بالتنازع، التضارب وتناقض للرغبات، وبذلك ينقلب المجتمع رأساً على عقب، تتفكك وحداته وتتناثر لبناته<sup>(2)</sup>.

### III - عدم معارضة المصلحة للسنة:

والمقصود بالسنة هنا أنّها ما ثبت سنده متصلّاً إلى رسول الله ﷺ من قول، فعل أو تقرير، سواء ورد متواتراً أي أنه قطعي الثبوت أو آحاداً أي ظني الثبوت<sup>(3)</sup>.

ومن بين ما ثبت بالسنة في هذا السياق ما رواه عروة عن عمرو بن العاص رضي الله عنه أنّ رسول الله ﷺ قال: "إِنَّ اللَّهَ لَا يَنْزِعُ الْعِلْمَ بَعْدَ أَنْ أَعْطَاكُمْوَهُ اتِّزَاعاً وَلَكِنْ يَنْزِعُهُ مَعَ قَبْضِ الْعُلَمَاءِ بِعِلْمِهِمْ، فَيَقِي نَاسٌ جُهَالٌ يُسْتَفْتُونَ فَيَقْتُونَ بِرَأْيِهِمْ فَيُضِلُّونَ وَيُضِلُّونَ"<sup>(4)</sup>.

(1) سورة النساء- الآية 34

(2) عبد الرحمن طالب- المرجع السابق-ص 12

(3) م/سعيد رمضان البوطي-المرجع السابق-ص 144-145

(4) رواه البخاري.

## IV- عدم معارضة المصلحة للقياس:

إنّ القياس هو مساواة فرع لأصل في علّة حكمه. والفرع هو الأمر الذي لم يرد نصّ على حكمه في الكتاب ولا في السنة، أما الأصل فلقد ورد حكمه في نصّ من الكتاب أو السنة، أي حكمه ثابت، أما الحكم فهو الوصف المناسب للأصل عقلاً والمعبر معه أصلاً. هذا وإنه لا عبرة بمصلحة تعارضت مع قياس صحيح.

## V- عدم تفويت المصلحة لمصلحة أهم منها أو مساوية لها:

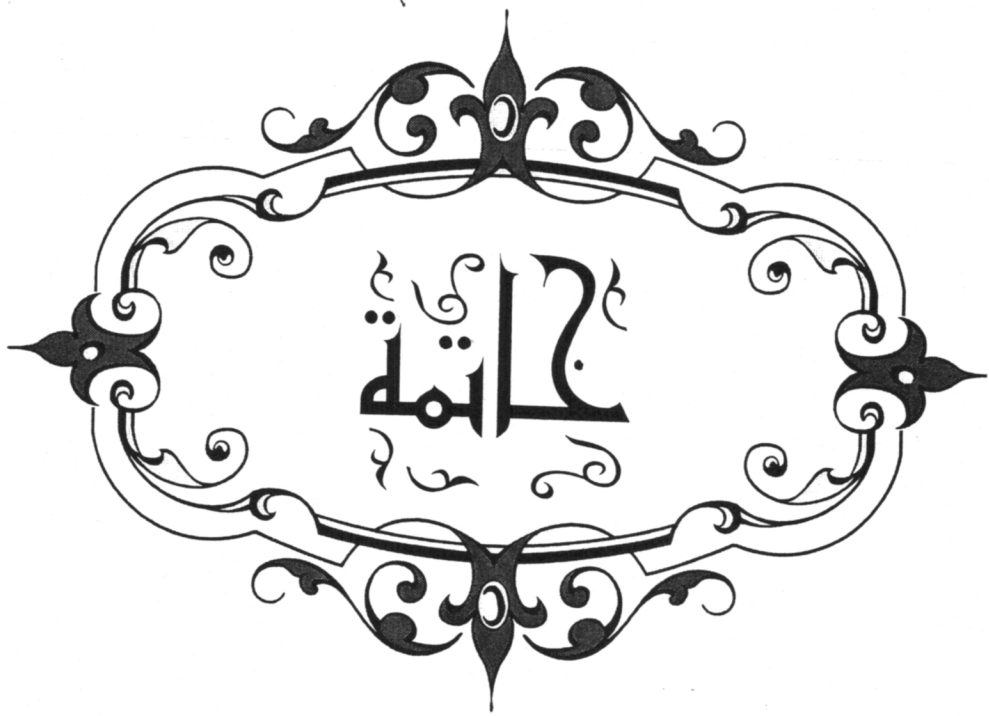
بمّ حيث وفي حالة التعارض بين المصالح، فلا بدّ من مراعاة الترتيب الأولي في المقاصد، وهو ما تمّ الإجماع عليه، ومثاله مراعاة حفظ النسل على حفظ المال. وبناءً على ما تقدّم ننتهي إلى القول أنّ المصالح في الشريعة الإسلامية تنقسم إلى قسمين:

أحدهما: مصالح نصّ على حكمها الكتاب أو السنة كالعبادات، العقود والمعاملات. وثانيهما: مصالح عُرفت بالإجماع والقياس كتلك المصالح التي تتطوّر بتطوّر الزمن والأحقاب<sup>(1)</sup>.

أضف إلى ذلك كون مصلحة الدين هي أساس المصالح الأخرى ومقدّمة عليها، وذلك وفقاً للترتيب المشار إليه آنفاً، والذي لا يعني في مجموعه سوء شيء واحد هو اعتبار المصالح الدنيوية فرعاً عن جوهر الدين، بحيث لا تتمّ التضحية بالدين في سبيل النفس مثلاً وهذا لمراعاة الترتيب، فالدين هو القاضي بشرعة أصل المصلحة، وضبط حدودها، ووضع قيودها، وليس معنى ذلك إلّا أنّها متفرّعة عنه، آتية من ورائه، لاحقة بآثاره. الأمر الذي يترتب عليه ضرورة سير المصلحة في ظلّ الدين المكوّن من النصوص والأحكام وما تمّ الإجماع عليه<sup>(2)</sup>.

(1) م/سعيد رمضان البوطي-المرجع السابق-ص 192

(2) م/سعيد رمضان البوطي-المرجع السابق-ص 144-145



وفي آخر المطاف، وبعد هذه الدراسة، خلصت إلى مجموعة من النتائج تتعلق بدايةً بأسبقية الشريعة الإسلامية في إجراء الاعتراف بحقوق الطفل وأولوية العناية به وتوفير الحماية له، أضف إلى ذلك أسبقيتها في إدراج مرحلة الاجتنان ضمن مرحلة الطفولة، فلقد خصّ الشارع الحكيم الجنين بمركز هو من باب الاستثناء حفظاً لمصالحه وضماناً لحقوقه، والتي من شأنها أن تضيع لولا هذه العناية الخاصة، وهو ما أخذ به القانون المدني الجزائري. هذا وإنّ النظرة إلى الجنين مبناهما اعتبار مآله وهو الحياة لأنه معدّها لها بمشيئة الله، ومن ثمّ كان الحق في الحياة منحة ربانية لا يجوز المساس بها أو الاعتداء عليها. كما أنّ الحقوق الموقوفة للجنين هي كذلك بشرط حياته، فإن وُلد ميتاً انتفت وعادت إلى مستحقيها الأصليين. هذا وبخصوص الحق في الحياة، تجدر الإشارة إلى أنّ تحوّل هذا الحق إلى حقوق على الحياة يؤدي إلى توظيف البشرية في ممارسات محفوفة بمخاطر عدّة تُهدّد الوجود الإنساني برمته<sup>(1)</sup>، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه ومن منطلق أنّ النهضة الحضارية لأيّ أمة لا يُمكن تحقيقها إلاّ بأجيال قادرة على بناء أسس متينة تُوطّد دعائمها وتضع لبناتها الثابتة، كان اهتمام المجتمعات بالأسرة كونها ضرورة اجتماعية، وكذا بالطفل إيماناً منها بما يُشكّله هذا الأخير من كونه البنية التحتية لهذه المجتمعات، وهو ما يُفسّر اهتمامها، دولية كانت أو وطنية، بإنشاء وترقية الأسرة كنظام اجتماعي بما تُمليه الطموحات لضمان الاعتراف بحقوق الطفل وحمايته، وجعله من أهمّ الأولويات في نطاق وضع قواعد مستقرّة ومُتّزنة تحميه وتعنيه، بإرساء أسس قانونية لذلك والتأكيد عليها، مما يُمكن من إشباع حاجات الطفل الأدبية والمادية، الأمر الذي يُوفّر له حماية فعلية لا وهمية، وعلى المستويين الوطني والدولي.

فأما على المستوى الدولي فإنّ ما سبق معاهدة حقوق الطفل لسنة 1989 من إعلانات واتفاقيات قد تضمّنت مبادئ اعتُبرت كتوصيات لا غير، في حين أنّ ذات المعاهدة هي وثيقة أساسية في التقنين الدولي الإنساني، أُبرمت في سياق تعزيز مركز الطفل، ضمان الحقوق المقرّرة له وحمايته، الحماية التي أُسّست بناءً على المعيار الدولي المتمثل في مصلحة الطفل العليا، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه يجب دائماً الاعتداد بكون المجتمع الدولي يقبل ويسمح ووفقاً لشروط معيّنة ببعض المرونة في التعامل مع المعاهدة وذلك عن طريق التحفّظ، هذا الإجراء ضروري حقاً بسبب التنوّع والاختلاف القانوني، الثقافي، الاقتصادي، الاجتماعي والديني للدول، لكنّ الأمر يجعل من

(1) هـ/بن الشيخ دنوني-مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية-المرجع السابق-ص 09

قيمة الحقوق نسبية<sup>(1)</sup>، وبالتالي فإنّ الخطر يكمن في الاستعمال المفرط لهذا الإجراء، مما يؤثر مباشرة وبصورة سلبية على درجة فعالية المعاهدة<sup>(2)</sup>.

هذا وبسبب هذا الاختلاف، خاصّة في الأنظمة القانونية الوطنية والإمكانيات، فإنه يستحيل إقرار المساواة المطلقة بين الأطفال<sup>(3)</sup> لأنّ هذه المساواة غير مقبولة في بعض الأنظمة ولا سيما إذا تعلّق الأمر بالأحوال الشخصية<sup>(4)</sup>. كما ينبغي الاعتداد بكون دور لجنة المراقبة رقابي فقط، كونها تعتمد في عملها على تقارير تُسلّمها الدول بأنفسها، حيث لا توجد أيّ رقابة مباشرة من اللجنة رغم أنّها تُعطي دوراً للمنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية، إلّا أنّها تقوم بالمقارنة لا غير، ثمّ ترفع النتائج إلى الجمعية العامّة، وبناءً عليه فإنّ الاقتصار على مجرد إلزام الدول الأطراف بتقديم تقارير عن جهودها في تطبيق أحكام المعاهدة، دون أن يُعزّز ذلك برقابة مباشرة من اللجنة، قد يؤثر كثيراً في درجة فعالية التدابير المتخذة في هذا الشأن، فنظام الحماية إذن لن يتحقق له الفعالية ما لم يتمّ وضع آليات وأساليب للمراقبة بما يكفل تحقيق الحماية القانونية للطفل<sup>(5)</sup>، ومن ذلك جهة قضائية دولية تملك سلطة الجزاء عند عدم احترام الالتزامات المترتبة عن هذه المعاهدة.

وجدير بالقول في هذا السياق إلى أنه ولو توافرت هذه الجهة القضائية، فإنّ سياسة الكيل بمكيالين وسياسة موازين القوى تقف عثرة في وجه أيّ فعالية قد تترتب أو تنجرّ عن توقيع الجزاء، ومن ثمّ وجب على كلّ دولة أن تسعى إلى وضع مبادئ ملزمة، الأمر الذي يتوقف كثيراً على النظرة إلى الطفل، والذي يجب أن يُعتبر صاحب حق وليس حقاً وملكاً للكبار<sup>(6)</sup>، مما يُساهم في تفعيل مبادئ معاهدة 1989. زيادة على سعي الدول إلى أن لا تكون موضع اتهام من قبل المجتمع الدولي بأن تُعتبر منتهكة لأحكام هذه المعاهدة ومُهذرة للحماية المقرّرة للطفل إما بتعسّفها أو إهمالها ولا مبالاها.

(1) ومثاله تحفظ الجزائر على المادة 02-01/14، ليتمّ تفسيرها حسب المبادئ الدستورية الجزائرية حيث الإسلام دين الدولة، وكذا المادة 62 ق.أ.ج والتي تنصّ أنه "تتمّ تربية الطفل على دين أبيه". انظر زروتي الطيب - المرجع السابق - ص 147

(2) انظر H/Benhammou - المرجع السابق - ص 241

(3) انظر L/Aslaoui - Le statut juridique de l'enfant au Maghreb - R.A - N°02/1990 - p.421.

(4) الضاوية دنداني - اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 وانعكاساتها على القانون الداخلي الجزائري - م.ج.ع.ق.إق.س - العدد 1990/04 - ص 650

(5) م/السعيد الدقاق - الحماية القانونية للأطفال في إطار مشروع اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل - المرجع السابق - ص 342

(6) انظر N/Cantwell - المرجع السابق - ص 23

وبناءً على ما تقدّم فإنه وبخصوص قيمة ذات المعاهدة فإنها لا تعدو أن تكون مجرد بداية الاعتراف بالحقوق الخاصة بالطفل، وبمعنى آخر فإنها نقطة الانطلاق، حقاً ضرورية لكن غير كافية من أجل حماية فعّالة للطفل. كما يرجع الضعف وعدم الكفاية كذلك إلى قلة التدقيق في تقرير الحقوق، بالإضافة إلى طبيعة الموضوع الذي قلّمًا يقبل تدخلاً خارجياً. وعلى كلّ فإنّ الأمر يختلف من دولة إلى أخرى<sup>(1)</sup>، ومعاهدة دولية بهذا الوصف والطبيعة لا يُمكنها التأثير المباشر والفوري على الحياة اليومية للطفل، فالمبادئ تُساعد كمرشد في التشريع، السياسة، برامج الحكومات، المنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية في عملهم لصالح الطفل<sup>(2)</sup>، وبالتالي ومهما تكن قيمة المعاهدة، إلاّ أنّها تبقى المحرك<sup>(3)</sup>، ولو تحت قيود التحفّظ مادام لن يمسّ أو يُنافي موضوع الاتفاقية، هدفها وغرضها حسب ما تنصّ عليه المادة 02/51 من المعاهدة ذاتها، أضف إلى ذلك أنّ مجرد توقيع الدول على المعاهدة مؤشّر عن إرادتها في الالتزام باحترام بنودها وإدراجها في التشريع، بل وسُمّوها على القانون الداخلي لهذه الدول، إلاّ ما تعلق بالتحفّظ.

وتبقى المعاهدة سامية في مبادئها، أهدافها الطموحة، رجعيّتها الدولية ونظرتها الشاملة ولو انعدم الجزاء الدولي، أو انعدمت الجهة القضائية المكلفة بذلك. ولقد كان أساس الانتقادات التي وُجّهت إلى معاهدة 1989 اعتبارها وثيقة تجديدية، في حين كان يجب النظر إليها بصفقتها قفزة تاريخية ونوعية في مشوار البحث في حقوق الطفل وحمايته على مدى سنوات، تجسّد هذا المشوار في نصّ متناسق و متميّز ذو طابع مُلزم، لأنّ هذه المعاهدة ليست مجرد نموذج أو قائمة للحقوق، إنّها نصّ كامل للالتزامات الدولية في مجال الاعتراف بحقوق الطفل، إعمالها واحترامها، على أساس أنّها حق للطفل وليست هبة من الدول<sup>(4)</sup>. وبناءً عليه يحق لأطفال الدول الأطراف الاستفادة من الالتزام الرسمي لحكوماتهم لتقرير حقوقهم وتحقيق حمايتهم.

وفي نفس السياق تجدر الإشارة إلى أنّ الكثير من الدول قد أخذت معاهدة 1989 بجديّة، بحيث وبعد المصادقة، بدأت العديد من الحكومات في العمل على ترقية حقوق الطفل والدفاع عنها، مع أخذها بعين الاعتبار وكمؤشّر للانطلاق بمبادئ ذات المعاهدة في قوانينها الوطنية، مثل

(1) انظر H/Benhammou-المرجع السابق-ص 233 و236

(2) انظر N/Cantwell-المرجع السابق-ص 08

(3) هـ/بن الشيخ دنوني-مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية-المرجع السابق-ص 07-08

(4) انظر N/Cantwell-المرجع السابق-ص 01

بوتسوانا، كينيا وتونس<sup>(1)</sup>، وذهبت بعض الدول كذلك إلى تعديل دساتيرها مثل النيبال، أوغندا وإفريقيا الجنوبية<sup>(2)</sup>. وزيادة على ذلك فإنّ معاهدة 1989 قد جعلت صوت الأطفال مسموع في المحافل الدولية، الصوت المعبر عن انشغالاتهم، معاناتهم، طموحاتهم وقضاياهم<sup>(3)</sup>، مناضلين لتحقيق عالم للطفولة البريئة، عالم يليق بهم<sup>(4)</sup>.

في حين أنه وعلى المستوى الوطني فإنّ قانون الأسرة الجزائري الذي صدر عام 1984 والذي لم يشهد أيّ تعديل أو تغيير من وقتها، رغم أنّ كلّ المجالات تعرف تطوّراً وتحوّلاً سواء اجتماعية كانت، اقتصادية أو غيرها، قد قرّر حقوقاً للطفل إلاّ أنه لا يستجيب لمتطلبات الحماية القانونية لهذا الأخير، حيث السياسة التشريعية في ذات القانون مبنية وقائمة على فلسفة الوقاية فحسب، ففي مجال النسب مثلاً الحماية القانونية للطفل ارتيائية خاصة مع الخلط، التناقض والغموض الذي وقع فيه المشرّع أحياناً، إضافة إلى مشكل الزواج والطلاق العرفيين، الأمر الذي يؤثّر على اتجاه القضاء ودوره في خدمة حقوق الطفل وحمايته.

وعلى كلّ فإنّ أساس الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة الجزائري ومعاهدة 1989 لحقوق الطفل هو مصلحة الطفل، هذا الأساس والمعيار المشترك بين ذات التشريع ومعاهدة 1989، غير أنّهما اختلفا في مفهومه، مداه وأبعاده، فالمصلحة عليا حسب ذات المعاهدة وهي بذلك معيار دولي.

في حين أنّ قانون الأسرة الجزائري لم يُعط تعريفاً لها، لم يُحدّد معالمها ولم يرسم إطارها، بل ترك الأمر للقاضي بناءً على ما له من سلطة تقديرية، مكّنه منها من خلال نصوصه التي لا ينبغي الخروج عنها، ليجد القاضي نفسه أمام نصّ المادة 222 والذي يُحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية حالة غياب النصّ القانوني، الشريعة الغراء التي كانت نظرهما إلى الطفل، حقوقه وحمايته تتسم بالشمول، الدقة والوضوح، الأمر الناتج من كون أنّ هذه الشريعة هي الشريعة الإلهية، إذ

(1) أصدرت تونس قانون حماية الطفل بتاريخ 09 نوفمبر 1995 والذي دخل حيز النفاذ يوم 11 يناير 1996 وهو تاريخ ذكرى مصادقة تونس على معاهدة 1989، وهو كذلك اليوم الوطني للطفل في تونس-انظر:

F/Belkhenchir-Le rôle des associations dans la promotion et la défense des droits de l'enfant-R.A-N°01/2000-p.271

(2) انظر N/Cantwell-المرجع السابق-ص 18

(3) زروتي الطيب-المرجع السابق-ص 144

(4) انظر الملحقين 10 و 11



قال تعالى: "... مَا فَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ... " (1)، وقوله: "... الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا... " (2).

ومن ثمّ فما حجب الإسلام عن الطفل شيئاً إلاّ وكان فيه ضرره وأذاه، وما أثبت له من حقوق إلاّ وكانت في مصلحته، المصلحة التي حدّدت ذات الشريعة ضوابطها في مجال لا نزاع فيه، حيث ما من خلاف حول كون المصلحة المعتبرة شروعاً ينبغي أن لا تكون مخالفة لكتاب الله تعالى ولا لسنة رسوله ﷺ ولا للإجماع أو القياس الصحيح، كما يجب أن لا تكون مفوّته لمصلحة مساوية لها أو أهمّ منها (3).

وبالتالي فإنّ القاضي مطالب بالاجتهاد، ولعلّ مهمّته هذه أصعب وأدق، طالما أنه مطالب بالرجوع إلى بحر من الأحكام الشرعية، لتعدّد واختلاف المذاهب الفقهية باختلاف المكان، الزمان والحالات، مما يدعو إلى استلهاهم الأحكام من المذهب الفقهي الأقرب إلى العدالة، النظام العام والآداب العامة وكذا الوضعية الاجتماعية (4)، فقواعد الشريعة الإسلامية وأصولها قد قطعت في أمور رأت أنها ثابتة لا تتغيّر، كما أنها وفي أمور أخرى وضعت ضوابط عامّة تدور في نطاقها الأحكام بسبب تطوّر الأزمان وتغيّر الأحداث، زيادة على ذلك فإنّ ذات الشريعة قد أناطت بولي أمر المسلمين أن يُشرّع لهم في نطاق أصولها ما يكون به الصلاح، استناداً إلى الأسس العامّة التي وضعتها هذه الشريعة في بيان لا يلحقه شكّ، غموض أو تبديل، وهي خمس (05) مقاصد متمثلة في: حفظ الدين، حفظ النفس، حفظ العقل، حفظ النسل وحفظ المال (5)، ومن ثمّ فلا بدّ أن تكون الانطلاقة من الشريعة الإسلامية بأعماقها الروحية وتوجيهاتها الإنسانية، حيث أنّ للإسلام مؤهّلات يُمكن أن تتجسّد في الحياة المدنية تماماً كما تقتضيه الحضارة الإنسانية، على أن يتمّ التمييز بين هذه المبادئ وبين التقليد بضغوطاته وملابساته (6)، خاصّة مع ما نلحظه من تغيّرات اجتماعية، اقتصادية وسياسية وغيرها، الأمر الذي يدعو إلى القول أنّ مفهوم المصلحة مرّن يتغيّر بتغيّر الحالات، الظروف، المكان والزمان، ومن ثمّ فمعيارها شخصي، وبالتالي فإنّ المصلحة رهينة اعتبارات دينية، أخلاقية، اجتماعية، اقتصادية وسياسية وغيرها، تفوق قدرات القاضي منفرداً على

(1) سورة الأنعام- الآية 38

(2) سورة المائدة- الآية 03

(3) م/سعيد رمضان البوطي-المرجع السابق-ص 235

(4) انظر Les dispositions du code Algérien de la famille-H/Bencheikh Dennouni-المرجع السابق-ص 725

(5) م/سعيد رمضان البوطي-المرجع السابق-ص 290

(6) عبد المجيد مزيان-مقدمة مجلس المجلس الإسلامي الأعلى-العدد 2000/03-ص 10-09

الفصل في ضوابطها<sup>(1)</sup>، مما يستوجب الاهتمام الجادّ بتكوين القضاة خاصّة في مجال الأحوال الشخصية، وكذا العمل على توسيع مجال الاجتهاد القضائي خاصّة في ميادين العلوم الشرعية على ضوء فهم النصوص واستيعاب أبعاد الواقع في الوقت نفسه. الأمر الذي يقتضي ضرورة الاستعانة بأهل الخبرة في المجالات الدينية، الاجتماعية، النفسانية والاقتصادية وغيرها، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فإنّ المشرّع مطالب بالإصلاح، حيث أنّ الباحث في تشريع الأسرة الجزائري يتعامل مع قانون وضعي مما يفرض قابليته للنقاش ثمّ الإصلاح والتعديل، طالما أنه لا يخدم فكرة حماية الطفل، مما يستوجب بادئ ذي بدء، إجراء الانسجام بين نصوصه، وتعديل الأحكام المتعلقة بالزواج والطلاق العرفيين بما يتماشى وحماية الطفل. أضف إلى ذلك ضرورة الانتباه إلى حالات تفسّخ القيم والأخلاق، وكذا إلى التغيّرات المستمرة، وفي كلّ المجالات الاجتماعية، الاقتصادية والسياسية وغيرها. كما أضحى مفيداً وضرورياً إدراج المناهج العلمية الحديثة في القانون، المناهج التي يشهدها مجال الإنجاب، إثبات النسب ونفيه، غاية ما في الأمر مدّ القضاة بوسائل علمية تمتاز بالدقة والمصداقية حين فصلهم في عناصر البينة في حالي إثبات النسب ونفيه<sup>(2)</sup>.

هذا وفي ذات المجال يجدر الاهتمام بحقوق طفل النسب غير الشرعي وحمايته، الطفل الذي أهمله التشريع العائلي الجزائري وتجاهل مركزه، باستثناء تقريره لنظام الكفالة والتي رغم ما قيل ويُقال عنها، إلاّ أنّها تبقى آلية ووسيلة غايتها حماية الطفل المحروم من الوسط الأسري، الذي لم يتكوّن أصلاً أو الذي ما لبث أن يتماسك حتى ائثار لسبب أو لآخر، فالكفالة تُساعد على تهيئة الجوّ العائلي للطفل المكفول لينعم فيه بعيش كريم، يتعدّى من خلاله هذه المرحلة بسلام. وتنبغي الإشارة هاهنا إلى ضرورة محو عبارة "الطفل غير الشرعي" حيث لا ذنب للطفل الناتج عن العلاقة غير الشرعية فيما اقترفه غيره.

أما في مجال الحضانة، فلا بدّ من تعديل المادة 52 بما يتماشى وفلسفة حماية الطفل المحضون، هذا وتجدر الإشارة إلى أنه لا جدوى من المادة 02/07 طالما أنّ المشرّع لم يُحدّد السنّ الأدنى لمنح الإذن بالزواج كما فعل المشرّع السوري، أضف إلى ذلك أنّ المادة 22 من ذات القانون تُمكن من

(1) هـ/بن الشيخ دنوني-مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية-المرجع السابق-ص 09

(2) تجدر الإشارة إلى ضرورة أن تباشر هذه التجارب العلمية في مجال الإنجاب، إثبات النسب ونفيه لجنة طبية موثوق في دينها، علمها وخبرتها، ووفقاً للأخلاقيات العلمية والطبية التي تحكم الممارسات الطبية-انظر بلحاج العربي-الأحكام الشرعية والطبية للمتوفى في الفقه الإسلامي-المرجع السابق-ص 40

تسجيل الزواج الذي تمّ شرعاً وذلك بعد استصدار حكم قضائي يُثبتته، مما يدعو إلى التأكيد على مشكل الزواج العرفي وآثاره الوخيمة على الطفل خصوصاً.

ومادامت الحماية المعنوية لهذا الأخير لا تكتمل إلا بتحقيق الحماية المادية له، وجب إضافة مصادر جديدة لتحصيل مبالغ النفقة الغذائية من المدين بها الممتنع عن أدائها، كما جاء في المادة 02/80 من المشروع التمهيدي للقانون المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري.

أما في مجال التبرّعات فلا بدّ من العمل على عدم التفضيل في العطايا بين الأطفال الذكور والإناث، كما أنّ التكافل الاجتماعي يقتضي أن يُشجّع التبرّع للطفل المكفول طالما أنه لا يرث من الكافل.

في حين أنه وفي مجال إدارة أموال الطفل والتصرّف فيها، فمن الضروري تخصيص ميدان أوسع ومساحة مفصّلة، خاصّة وأنّ المشرّع المصري قد وضع قانوناً كاملاً للولاية على المال، وهو ما يُعبّر عن الأهميّة التي أعطاها للموضوع<sup>(1)</sup>.

وإضافة إلى ما تمّ ذكره، تظهر أهميّة الإسراع بسنّ قواعد إجرائية خاصّة بتطبيق أحكام تشريع الأسرة الجزائري، حيث كان للفراغ القانوني بشأن غياب مثل هذه القواعد الأثر السلبي على غاية تحقيق الفلسفة العامّة من نصوص ذات التشريع، خاصّة حينما يتعلّق الأمر بحماية الطفل.

ومما سبق ننتهي إلى القول بضرورة ألا تُشكّل حقوق الطفل وحمائته مادة خطابية للدعاية وكسب الثقة في المحافل الدولية والوطنية، بل لابدّ من العمل على نشر ثقافة هذه الحقوق والتأكيد على احترامها، وكذا التبصير بخصوصياتها الذاتية بما يضمن تناسق شخصيته وتوازنها من جهة، ورسوخ الوعي بالمسؤولية تجاهه من قبل محيطه العائلي والاجتماعي من جهة أخرى.

(1) علاوة بوتغرار-المرجع السابق-ص 14

هذا ونظراً للتطوّرات والتغيّرات المحلية والدولية وعلى كلّ المستويات، والتي تؤثر على الأسرة بادئ ذي بدء، فإنّ الأمر يستوجب إبقاء ملف الأسرة مفتوحاً، بغية المتابعة المتواصلة والإصلاح المستمر بخصوص كلّ القضايا والإشكالات التي يفرضها في كثير من الأحيان الواقع، خاصّة تلك التي تمسّ الطفل، مما يتطلّب تدخّلات متتالية كلّما وقع الانتباه إلى الأزمات والتحوّلات، الأمر الذي يدعو إلى التحلّي بالروح العلمية الصارمة قصد الوصول إلى المعالجات التدريجية من أهل الاختصاص، وفي كلّ المجالات المتعلقة بحقوق الطفل وحمّايته، لأنّ القانون ليس من اختصاص المشرّع وحده، خاصّة إذا تعلّق الأمر بقانون الأسرة، حيث لا بدّ من إسهام فئة المختصين، والذين سيجد المشرّع في دراساتهم وآرائهم سبلاً يسلكها في تعديل القانون، ومعالم هادية لوضع قواعد قانونية على ضوء من الحقائق العلمية، وإلاّ بقي التشريع في مجمله عملاً سياسياً يهدف إلى تحقيق مصالح بعيدة كلّ البعد عن حاجيات مصلحة الطفل، أساس وجوهر حمّايته، المصلحة التي تتأرجح اليوم بين اعتباره صاحب حق، إذ أنّ مصلحته في هذه الحالة تكون سبباً في تقييد الحقوق والحريّات الأساسية للأباء والمحيط الأسري وكذا الاجتماعي، أو اعتباره حق، وهو ما يهدّد كيانه وكيان الإنسانية برمّتها، وهو ما يؤدّي إلى إبعاد بعض خلق الله واستعمالهم كأدوات في سبيل المصلحة العامة<sup>(1)</sup>.

الأمر الذي يدعو إلى ضرورة تقنين حقوق الطفل باعتبارها ركناً أساسياً من أركان حقوق الإنسان التي يعمل على إشاعتها وإعمالها ودعمها في أيّ مجتمع متوازن متضامن قوامه العدل، الوثام والتسامح، وباعتبار أنّ الاعتناء بالطفل، رعايته وضمّان حقوقه والتأكيد على حمّايته تُمثل قيماً وفضائل متجدّرة في المجتمعات العربية الإسلامية، بالإضافة إلى أنّ الاقتناع بكون أيّ استثمار لفائدة أجيال المستقبل يُمثل أهمّ ضمانة لتقدّم البلاد واستقرارها ونموّها.

(1) انظر بهذا الخصوص -هـ/ بن الشيخ دنوني- مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية- المرجع السابق-ص 09

وبناءً عليه، وطالما كان الفكر الإسلامي فكراً إنسانياً حياً باعثاً للوعي بمتاهات الحضارة المادية، وكان العلاج القانوني لمشكل الحماية علاجاً علمياً، فإنه لا يُمكن تصوّر النموّ خارج هذين الأصلين المتكاملين.

وكلّي أمل، في الختام، أن تكون هذه الدراسة على بساطتها قد ساهمت في إزالة اللبس والغموض عن موضوع الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية، بحسب ما توافر من المادة العلمية والتي كانت في أغلب الأحيان الموجه والمتحكّم في البحث. وأتمنى أن يكون هذا الأخير فتحاً لباب الدراسة الواسعة في مجال الحماية القانونية للطفل، وعلى المستويين الوطني والدولي.

نسأل الله أن ينفعنا بما علّمنا والله ولي التوفيق.

**أحمد داود رقية**



# CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DE L'ENFANT

## Adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989

### Texte

#### PRÉAMBULE

*Les Etats parties à la présente Convention,*

*Considérant que, conformément aux principes proclamés dans la Charte des Nations Unies, la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine ainsi que l'égalité et le caractère inaliénable de leurs droits sont le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde,*

*Ayant présent à l'esprit le fait que les peuples des Nations Unies ont, dans la Charte, proclamé à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme et dans la dignité et la valeur de la personne humaine, et qu'ils ont résolu de favoriser le progrès social et d'instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande,*

*Reconnaissant que les Nations Unies, dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, ont proclamé et sont convenues que chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés qui y sont énoncés, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation,*

*Rappelant que, dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, les Nations Unies ont proclamé que l'enfance a droit à une aide et à une assistance spéciales,*

*Convaincus que la famille, unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres, et en particulier des enfants, doit recevoir la protection et l'assistance dont elle a besoin pour pouvoir jouer pleinement son rôle dans la communauté,*

*Reconnaissant que l'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, doit grandir dans le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension,*

*Considérant qu'il importe de préparer pleinement l'enfant à avoir une vie individuelle dans la société, et de l'élever dans l'esprit des idéaux proclamés dans la Charte des Nations Unies, et en particulier dans un esprit de paix, de dignité, de tolérance, de liberté, d'égalité et de solidarité,*

*Ayant présent à l'esprit que la nécessité d'accorder une protection spéciale à l'enfant a été énoncée dans la Déclaration de Genève de 1924 sur les droits de l'enfant et dans la Déclaration des droits de l'enfant adoptée par l'Assemblée générale le 20 novembre 1959, et qu'elle a été reconnue dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (en particulier aux articles 23 et 24), dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (en particulier à l'article 10) et dans les statuts et instruments pertinents des institutions spécialisées et des organisations internationales qui se préoccupent du bien-être de l'enfant,*

*Ayant présent à l'esprit que, comme indiqué dans la Déclaration des droits de l'enfant, «l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance»,*

*Rappelant les dispositions de la Déclaration sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et au bien-être des enfants, envisagés surtout sous l'angle des pratiques en matière d'adoption et de placement familial sur les plans national et international, de l'Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (Règles de Beijing), et de la Déclaration sur la protection des femmes et des enfants en période d'urgence et de conflit armé,*

*Reconnaissant qu'il y a dans tous les pays du monde des enfants qui vivent dans des conditions particulièrement difficiles, et qu'il est nécessaire d'accorder à ces enfants une attention particulière,*

### Résumé officieux des principales dispositions

#### PRÉAMBULE

*Le préambule rappelle les principes fondamentaux des Nations Unies et les dispositions précises d'un certain nombre de traités et de textes pertinents. Il réaffirme le fait que les enfants ont besoin d'une protection et d'une attention particulières en raison de leur vulnérabilité, et souligne plus particulièrement la responsabilité fondamentale qui incombe à la famille pour ce qui est des soins et de la protection. Il réaffirme également la nécessité d'une protection juridique et non juridique de l'enfant avant et après la naissance, l'importance du respect des valeurs culturelles de la communauté de l'enfant, et le rôle vital de la coopération internationale pour faire des droits de l'enfant une réalité.*

# CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DE L'ENFANT

## Texte

### Article 5

Les Etats parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention.

### Article 6

1. Les Etats parties reconnaissent que tout enfant a un droit inhérent à la vie.
2. Les Etats parties assurent dans toute la mesure possible la survie et le développement de l'enfant.

### Article 7

1. L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquiescer une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux.
2. Les Etats parties veillent à mettre ces droits en œuvre conformément à leur législation nationale et aux obligations que leur imposent les instruments internationaux applicables en la matière, en particulier dans les cas où faute de cela l'enfant se trouverait apatride.

### Article 8

1. Les Etats parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par loi, sans ingérence illégale.
2. Si un enfant est illégalement privé des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux, les Etats parties doivent lui accorder une assistance et une protection appropriées, pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible.

### Article 9

1. Les Etats parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents **contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Une décision en ce sens peut être nécessaire dans certains cas particuliers, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant, ou lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant.**
2. Dans tous les cas prévus au paragraphe 1 du présent article, toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues.
3. Les Etats parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.
4. Lorsque la séparation résulte de mesures prises par un Etat partie, telles que la détention, l'emprisonnement, l'exil, l'expulsion ou la mort (y compris la mort, quelle qu'en soit la cause, survenue en cours de détention) des deux parents ou de l'un d'eux, ou de l'enfant, l'Etat partie donne sur demande aux parents, à l'enfant ou, s'il y a lieu, à un autre membre de la famille les renseignements essentiels sur le lieu où se trouvent le membre ou les membres de la famille, à moins que la divulgation de ces renseignements ne soit préjudiciable au bien-être de l'enfant. Les Etats parties veillent en outre à ce que la présentation d'une telle demande n'entraîne pas en elle-même de conséquences fâcheuses pour la personne ou les personnes intéressées.

## Résumé officieux des principales dispositions

### Orientation de l'enfant et évolution de ses capacités

*L'Etat doit respecter les droits et responsabilités des parents et des membres de la famille élargie de guider l'enfant d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités.*

### Survie et développement

*Tout enfant a un droit inhérent à la vie et l'Etat a l'obligation d'assurer la survie et le développement de l'enfant.*

### Nom et nationalité

*L'enfant a le droit à un nom dès la naissance. Il a également le droit d'acquiescer une nationalité et, dans la mesure du possible, de connaître ses parents et d'être élevé par eux.*

### Protection de l'identité

*L'Etat a l'obligation de protéger et si nécessaire de rétablir les aspects fondamentaux de l'identité de l'enfant (y compris nom, nationalité et relations familiales).*

### Séparation d'avec les parents

*L'enfant a le droit de vivre avec ses parents à moins que cela ne soit jugé incompatible avec son intérêt supérieur; il a également le droit de maintenir des contacts avec ses deux parents s'il est séparé de l'un d'entre eux ou des deux.*



# CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DE L'ENFANT

## Texte

3. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut être soumise qu'aux seules restrictions qui sont prescrites par la loi et qui sont nécessaires pour préserver la sûreté publique, l'ordre public, la santé et la moralité publiques, ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui.

### Article 15

1. Les Etats parties reconnaissent les droits de l'enfant à la liberté d'association et à la liberté de réunion pacifique.

2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet que des seules restrictions qui sont prescrites par la loi et qui sont nécessaires dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique ou de l'ordre public, ou pour protéger la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui.

### Article 16

1. Nul enfant ne fera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.

2. L'enfant a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes.

### Article 17

Les Etats parties reconnaissent l'importance de la fonction remplie par les médias et veillent à ce que l'enfant ait accès à une information et à des matériels provenant de sources nationales et internationales diverses, notamment ceux qui visent à promouvoir son bien-être social, spirituel et moral ainsi que sa santé physique et mentale. A cette fin, les Etats parties:

a) Encouragent les médias à diffuser une information et des matériels qui présentent une utilité sociale et culturelle pour l'enfant et répondent à l'esprit de l'article 29;

b) Encouragent la coopération internationale en vue de produire, d'échanger et de diffuser une information et des matériels de ce type provenant de différentes sources culturelles, nationales et internationales;

c) Encouragent la production et la diffusion de livres pour enfants;

d) Encouragent les médias à tenir particulièrement compte des besoins linguistiques des enfants autochtones ou appartenant à un groupe minoritaire;

e) Favorisent l'élaboration de principes directeurs appropriés destinés à protéger l'enfant contre l'information et les matériels qui nuisent à son bien-être, compte tenu des dispositions des articles 13 et 18.

### Article 18

1. Les Etats parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant.

2. Pour garantir et promouvoir les droits énoncés dans la présente Convention, les Etats parties accordent l'aide appropriée aux parents et aux représentants légaux de l'enfant dans l'exercice de la responsabilité qui leur incombe d'élever l'enfant et assurent la mise en place d'institutions, d'établissements et de services chargés de veiller au bien-être des enfants.

3. Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour assurer aux enfants dont les parents travaillent le droit de bénéficier des services et établissements de garde d'enfants pour lesquels ils remplissent les conditions requises.

## Résumé officieux des principales dispositions

### Liberté d'association

*Les enfants ont le droit de se réunir et d'adhérer à des associations ou d'en former.*

### Protection de la vie privée

*L'enfant a le droit d'être protégé contre toute immixtion dans sa vie privée, sa famille, son domicile et sa correspondance, et contre les atteintes illégales à son honneur.*

### Accès à une information appropriée

*L'Etat garantit l'accès de l'enfant à une information et à des matériels provenant de sources diverses, et encourage les médias à diffuser une information qui présente une utilité sociale et culturelle pour l'enfant. L'Etat prend des mesures pour protéger l'enfant contre les matériels nuisibles à son bien-être.*

### Responsabilités des parents

*La responsabilité d'élever l'enfant incombe au premier chef et conjointement aux deux parents, et l'Etat doit les aider à exercer cette responsabilité. Il leur accorde une aide appropriée pour élever l'enfant.*

# CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DE L'ENFANT

## Texte

### Article 22

1. Les Etats parties prennent les mesures appropriées pour qu'un enfant qui cherche à obtenir le statut de réfugié ou qui est considéré comme réfugié en vertu des règles et procédures du droit international ou national applicable, qu'il soit seul ou accompagné de ses père et mère ou de toute autre personne, bénéficie de la protection et de l'assistance humanitaire voulues pour lui permettre de jouir des droits que lui reconnaissent la présente Convention et les autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ou de caractère humanitaire auxquels lesdits Etats sont parties.

2. A cette fin, les Etats parties collaborent, selon qu'ils le jugent nécessaire, à tous les efforts faits par l'Organisation des Nations Unies et les autres organisations inter-gouvernementales ou non gouvernementales compétentes collaborant avec l'Organisation des Nations Unies pour protéger et aider les enfants qui se trouvent en pareille situation et pour rechercher les père et mère ou autres membres de la famille de tout enfant réfugié en vue d'obtenir les renseignements nécessaires pour le réunir à sa famille. Lorsque ni le père, ni la mère, ni aucun autre membre de la famille ne peut être retrouvé, l'enfant se voit accorder, selon les principes énoncés dans la présente Convention, la même protection que tout autre enfant définitivement ou temporairement privé de son milieu familial pour quelque raison que ce soit.

### Article 23

1. Les Etats parties reconnaissent que les enfants mentalement ou physiquement handicapés doivent mener une vie pleine et décente, dans des conditions qui garantissent leur dignité, favorisent leur autonomie et facilitent leur participation active à la vie de la collectivité.

2. Les Etats parties reconnaissent le droit des enfants handicapés de bénéficier de soins spéciaux et encouragent et assurent, dans la mesure des ressources disponibles, l'octroi, sur demande, aux enfants handicapés remplissant les conditions requises et à ceux qui en ont la charge, d'une aide adaptée à l'état de l'enfant et à la situation de ses parents ou de ceux à qui il est confié.

3. Eu égard aux besoins particuliers des enfants handicapés, l'aide fournie conformément au paragraphe 2 du présent article est gratuite chaque fois qu'il est possible, compte tenu des ressources financières de leurs parents ou de ceux à qui l'enfant est confié, et elle est conçue de telle sorte que les enfants handicapés aient effectivement accès à l'éducation, à la formation, aux soins de santé, à la rééducation, à la préparation à l'emploi et aux activités récréatives, et bénéficient de ces services de façon propre à assurer une intégration sociale aussi complète que possible et leur épanouissement personnel, y compris dans le domaine culturel et spirituel.

4. Dans un esprit de coopération internationale, les Etats parties favorisent l'échange d'informations pertinentes dans le domaine des soins de santé préventifs et du traitement médical, psychologique et fonctionnel des enfants handicapés, y compris par la diffusion d'informations concernant les méthodes de rééducation et les services de formation professionnelle, ainsi que l'accès à ces données, en vue de permettre aux Etats parties d'améliorer leurs capacités et leurs compétences et d'élargir leur expérience dans ces domaines. A cet égard, il est tenu particulièrement compte des besoins des pays en développement.

### Article 24

1. Les Etats parties reconnaissent le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible et de bénéficier de services médicaux et de rééducation. Ils s'efforcent de garantir qu'aucun enfant ne soit privé du droit d'avoir accès à ces services.

2. Les Etats parties s'efforcent d'assurer la réalisation intégrale du droit susmentionné et, en particulier, prennent les mesures appropriées pour :

- 1) Réduire la mortalité parmi les nourrissons et les enfants;
- 2) Assurer à tous les enfants l'assistance médicale et les soins de santé nécessaires, l'accent étant mis sur le développement des soins de santé primaires;

## Résumé officieux des principales dispositions

### Enfants réfugiés

*Une protection spéciale est accordée à l'enfant réfugié ou qui cherche à obtenir le statut de réfugié. L'Etat a l'obligation de collaborer avec les organisations compétentes ayant pour mandat d'assurer cette protection.*

### Enfants handicapés

*L'enfant handicapé a le droit de bénéficier de soins spéciaux ainsi que d'une éducation et d'une formation appropriées pour lui permettre de mener une vie pleine et décente, dans la dignité, et pour parvenir au degré d'autonomie et d'intégration sociale le plus élevé possible.*

### Santé et services médicaux

*L'enfant a le droit de jouir du meilleur état de santé possible et de bénéficier de services médicaux. L'Etat met un accent particulier sur les soins de santé primaires et les soins préventifs, sur l'information de la population ainsi que sur la diminution de la mortalité infantile. Les Etats encouragent à cet égard la coopération internationale et s'efforcent*

# CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DE L'ENFANT

## Texte

### Article 28

1. Les Etats parties reconnaissent le droit de l'enfant à l'éducation, et en particulier, en vue d'assurer l'exercice de ce droit progressivement et sur la base de l'égalité des chances :

- a) Ils rendent l'enseignement primaire obligatoire et gratuit pour tous;
- b) Ils encouragent l'organisation de différentes formes d'enseignement secondaire, tant général que professionnel, les rendent ouvertes et accessibles à tout enfant, et prennent des mesures appropriées, telles que l'instauration de la gratuité de l'enseignement et l'offre d'une aide financière en cas de besoin;
- c) Ils assurent à tous l'accès à l'enseignement supérieur, en fonction des capacités de chacun, par tous les moyens appropriés;
- d) Ils rendent ouvertes et accessibles à tout enfant l'information et l'orientation scolaires et professionnelles;
- e) Ils prennent des mesures pour encourager la régularité de la fréquentation scolaire et la réduction des taux d'abandon scolaire.

2. Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour veiller à ce que la discipline scolaire soit appliquée d'une manière compatible avec la dignité de l'enfant en tant qu'être humain et conformément à la présente Convention.

3. Les Etats parties favorisent et encouragent la coopération internationale dans le domaine de l'éducation, en vue notamment de contribuer à éliminer l'ignorance et l'analphabétisme dans le monde et de faciliter l'accès aux connaissances scientifiques et techniques et aux méthodes d'enseignement modernes. A cet égard, il est tenu particulièrement compte des besoins des pays en développement.

### Article 29

1. Les Etats parties conviennent que l'éducation de l'enfant doit viser à :

- a) Favoriser l'épanouissement de la personnalité de l'enfant et le développement de ses dons et de ses aptitudes mentales et physiques, dans toute la mesure de leurs potentialités;
- b) Inculquer à l'enfant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et des principes consacrés dans la Charte des Nations Unies;
- c) Inculquer à l'enfant le respect de ses parents, de son identité, de sa langue et de ses valeurs culturelles, ainsi que le respect des valeurs nationales du pays dans lequel il vit, du pays duquel il peut être originaire et des civilisations différentes de la sienne;
- d) Préparer l'enfant à assumer les responsabilités de la vie dans une société libre, dans un esprit de compréhension, de paix, de tolérance, d'égalité entre les sexes et d'amitié entre tous les peuples et groupes ethniques, nationaux et religieux, et avec les personnes d'origine autochtone;
- e) Inculquer à l'enfant le respect du milieu naturel.

2. Aucune disposition du présent article ou de l'article 28 ne sera interprétée d'une manière qui porte atteinte à la liberté des personnes physiques ou morales de créer et de diriger des établissements d'enseignement, à condition que les principes énoncés au paragraphe 1 du présent article soient respectés et que l'éducation dispensée dans ces établissements soit conforme aux normes minimales que l'Etat aura prescrites.

### Article 30

Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques ou des personnes d'origine autochtone, un enfant autochtone ou appartenant à une de ces minorités ne peut être privé du droit d'avoir sa propre vie culturelle, de professer et de pratiquer sa propre religion ou d'employer sa propre langue en commun avec les autres membres de son groupe.

## Résumé officieux des principales dispositions

### Education

*L'enfant a le droit à l'éducation et l'Etat a l'obligation de rendre l'enseignement primaire obligatoire et gratuit, d'encourager l'organisation de différentes formes d'enseignement secondaire accessibles à tout enfant et d'assurer à tous l'accès à l'enseignement supérieur, en fonction des capacités de chacun. La discipline scolaire doit respecter les droits et la dignité de l'enfant. Pour assurer le respect de ce droit, les Etats ont recours à la coopération internationale.*

### Objectifs de l'éducation

*L'éducation doit viser à favoriser l'épanouissement de la personnalité de l'enfant, le développement de ses dons et de ses aptitudes mentales et physiques, dans toute la mesure de ses potentialités. Elle doit préparer l'enfant à une vie adulte active dans une société libre et encourager en lui le respect de ses parents, de son identité, de sa langue et de ses valeurs culturelles, ainsi que de la culture et des valeurs d'autrui.*

### Enfants de minorités ou de populations autochtones

*L'enfant appartenant à une population autochtone ou à une minorité a le droit de jouir de sa propre vie culturelle, de pratiquer sa propre religion et d'employer sa propre langue.*

# CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DE L'ENFANT

## Texte

### Article 37

Les Etats parties veillent à ce que:

- a) Nul enfant ne soit soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Ni la peine capitale ni l'emprisonnement à vie sans possibilité de libération ne doivent être prononcés pour les infractions commises par des personnes âgées de moins de dix-huit ans;
- b) Nul enfant ne soit privé de liberté de façon illégale ou arbitraire. L'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être en conformité avec la loi, n'être qu'une mesure de dernier ressort, et être d'une durée aussi brève que possible;
- c) Tout enfant privé de liberté soit traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine, et d'une manière tenant compte des besoins des personnes de son âge. En particulier, tout enfant privé de liberté sera séparé des adultes, à moins que l'on n'estime préférable de ne pas le faire dans l'intérêt supérieur de l'enfant, et il a le droit de rester en contact avec sa famille par la correspondance et par des visites, sauf circonstances exceptionnelles;
- d) Les enfants privés de liberté aient le droit d'avoir rapidement accès à l'assistance juridique ou à toute autre assistance appropriée, ainsi que le droit de contester la légalité de leur privation de liberté devant un tribunal ou une autre autorité compétente, indépendante et impartiale, et à ce qu'une décision rapide soit prise en la matière.

### Article 38

1. Les Etats parties s'engagent à respecter et à faire respecter les règles du droit humanitaire international qui leur sont applicables en cas de conflit armé et dont la protection s'étend aux enfants.
2. Les Etats parties prennent toutes les mesures possibles dans la pratique pour veiller à ce que les personnes n'ayant pas atteint l'âge de quinze ans ne participent pas directement aux hostilités.
3. Les Etats parties s'abstiennent d'enrôler dans leurs forces armées toute personne n'ayant pas atteint l'âge de quinze ans. Lorsqu'ils incorporent des personnes de plus de quinze ans mais de moins de dix-huit ans, les Etats parties s'efforcent d'enrôler en priorité les plus âgées.
4. Conformément à l'obligation qui leur incombe en vertu du droit humanitaire international de protéger la population civile en cas de conflit armé, les Etats parties prennent toutes les mesures possibles dans la pratique pour que les enfants qui sont touchés par un conflit armé bénéficient d'une protection et de soins.

### Article 39

Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour faciliter la réadaptation physique et psychologique et la réinsertion sociale de tout enfant victime de toute forme de négligence, d'exploitation ou de sévices, de torture ou de toute autre forme de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ou de conflit armé. Cette réadaptation et cette réinsertion se déroulent dans des conditions qui favorisent la santé, le respect de soi et la dignité de l'enfant.

### Article 40

1. Les Etats parties reconnaissent à tout enfant suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale le droit à un traitement qui soit de nature à favoriser son sens de la dignité et de la valeur personnelle, qui renforce son respect pour les droits de l'homme et les libertés fondamentales d'autrui, et qui tienne compte de son âge ainsi que de la nécessité de faciliter sa réintégration dans la société et de lui faire assumer un rôle constructif au sein de celle-ci.

## Résumé officieux des principales dispositions

### Torture et privation de liberté

*Nul enfant ne doit être soumis à la torture, à des peines ou traitements cruels, à l'arrestation ou de la détention illégales. La peine capitale et l'emprisonnement à vie sans possibilité de libération sont interdits pour les infractions commises par des personnes âgées de moins de dix-huit ans. Tout enfant privé de liberté sera séparé des adultes, à moins que l'on n'estime préférable de ne pas le faire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. L'enfant privé de liberté a le droit de bénéficier d'une assistance juridique ou de toute autre assistance appropriée, et il a le droit de rester en contact avec sa famille.*

### Conflits armés

*Les Etats parties prennent toutes les mesures possibles dans la pratique pour veiller à ce que les personnes n'ayant pas atteint l'âge de quinze ans ne participent pas directement aux hostilités. Aucun enfant de moins de quinze ans ne sera enrôlé dans les forces armées. Les Etats assurent également la protection et les soins des enfants touchés par un conflit armé, selon les dispositions prévues par le droit international pertinent.*

### Réadaptation et réinsertion

*L'Etat a l'obligation de faire en sorte que les enfants victimes de conflit armé, de torture, de négligence, d'exploitation ou de sévices bénéficient de traitements appropriés pour assurer leur réadaptation et leur réinsertion sociale.*

### Administration de la justice pour mineurs

*Tout enfant suspecté, accusé ou reconnu coupable d'avoir commis un délit a droit à un traitement qui favorise son sens de la dignité et de la valeur personnelle, qui tienne compte de son âge et*

# CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DE L'ENFANT

## Texte

### DEUXIÈME PARTIE

#### Article 42

Les Etats parties s'engagent à faire largement connaître les principes et les dispositions de la présente Convention, par des moyens actifs et appropriés, aux adultes comme aux enfants.

#### Article 43

1. Aux fins d'examiner les progrès accomplis par les Etats parties dans l'exécution des obligations contractées par eux en vertu de la présente Convention, il est institué un Comité des droits de l'enfant qui s'acquitte des fonctions définies ci-après.

2. Le Comité se compose de dix experts de haute moralité et possédant une compétence reconnue dans le domaine visé par la présente Convention. Ses membres sont élus par les Etats parties parmi leurs ressortissants et siègent à titre personnel, compte tenu de la nécessité d'assurer une répartition géographique équitable et eu égard aux principaux systèmes juridiques.

3. Les membres du Comité sont élus au scrutin secret sur une liste de personnes désignées par les Etats parties. Chaque Etat partie peut désigner un candidat parmi ses ressortissants.

4. La première élection aura lieu dans les six mois suivant la date d'entrée en vigueur de la présente Convention. Les élections auront lieu ensuite tous les deux ans. Quatre mois au moins avant la date de chaque élection, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies invitera par écrit les Etats parties à proposer leurs candidats dans un délai de deux mois. Le Secrétaire général dressera ensuite la liste alphabétique des candidats ainsi désignés, en indiquant les Etats parties qui les ont désignés, et la communiquera aux Etats parties à la présente Convention.

5. Les élections ont lieu lors des réunions des Etats parties, convoquées par le Secrétaire général au Siège de l'Organisation des Nations Unies. A ces réunions, pour lesquelles le quorum est constitué par les deux tiers des Etats parties, les candidats élus au Comité sont ceux qui obtiennent le plus grand nombre de voix et la majorité absolue des voix des Etats parties présents et votants.

6. Les membres du Comité sont élus pour quatre ans. Ils sont rééligibles si leur candidature est présentée à nouveau. Le mandat de cinq des membres élus lors de la première élection prend fin au bout de deux ans. Les noms de ces cinq membres seront tirés au sort par le président de la réunion immédiatement après la première élection.

7. En cas de décès ou de démission d'un membre du Comité, ou si, pour toute autre raison, un membre déclare ne plus pouvoir exercer ses fonctions au sein du Comité, l'Etat partie qui avait présenté sa candidature nomme un autre expert parmi ses ressortissants pour pourvoir le poste ainsi vacant jusqu'à l'expiration du mandat correspondant, sous réserve de l'approbation du Comité.

8. Le Comité adopte son règlement intérieur.

9. Le Comité élit son bureau pour une période de deux ans.

10. Les réunions du Comité se tiennent normalement au Siège de l'Organisation des Nations Unies, ou en tout autre lieu approprié déterminé par le Comité. Le Comité se réunit normalement chaque année. La durée de ses sessions est déterminée et modifiée, si nécessaire, par une réunion des Etats parties à la présente Convention, sous réserve de l'approbation de l'Assemblée générale.

11. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies met à la disposition du Comité le personnel et les installations qui lui sont nécessaires pour s'acquitter efficacement des fonctions qui lui sont confiées en vertu de la présente Convention.

## Résumé officieux des principales dispositions

### Application et entrée en vigueur

*Les dispositions des articles 42 à 54 prévoient notamment les points suivants:*

1) *L'obligation de l'Etat de faire largement connaître les droits contenus dans la Convention, aux adultes comme aux enfants.*

2) *La création d'un Comité des droits de l'enfant composé de dix experts chargés d'examiner les rapports que les Etats parties à la Convention devront soumettre deux ans après la ratification et tous les cinq ans par la suite. La Convention entre en vigueur une fois que 20 pays l'ont ratifiée, et c'est alors que le Comité est constitué.*

3) *Les Etats parties assurent à leurs rapports une large diffusion dans leur pays.*

4) *Le Comité peut proposer que des études spéciales soient entreprises sur des questions relatives aux droits de l'enfant. Il peut faire connaître ses suggestions et recommandations à tout Etat partie concerné ainsi qu'à l'Assemblée générale.*

5) *Afin de «promouvoir l'application effective de la Convention et [d']encourager la coopération internationale», les institutions spécialisées des Nations Unies (telles que l'OIT, l'OMS et l'UNESCO) ainsi que l'UNICEF peuvent assister aux réunions du Comité. Ils peuvent — ainsi que tout autre organisme jugé «compétent», y compris les ONG dotées de statut consultatif auprès des Nations Unies et des organisations de l'ONU comme le HCR — soumettre des informations pertinentes au Comité et se voir inviter à donner leur avis afin d'assurer la meilleure application possible de la Convention.*

# CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DE L'ENFANT

## Texte

d) Le Comité peut faire des suggestions et des recommandations d'ordre général fondées sur les renseignements reçus en application des articles 44 et 45 de la présente Convention. Ces suggestions et recommandations d'ordre général sont transmises à tout Etat partie intéressé et portées à l'attention de l'Assemblée générale, accompagnées, le cas échéant, des observations des Etats parties.

## TROISIÈME PARTIE

### Article 46

La présente Convention est ouverte à la signature de tous les Etats.

### Article 47

La présente Convention est sujette à ratification. Les instruments de ratification seront déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

### Article 48

La présente Convention restera ouverte à l'adhésion de tout Etat. Les instruments d'adhésion seront déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

### Article 49

1. La présente Convention entrera en vigueur le trentième jour qui suivra la date du dépôt auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies du vingtième instrument de ratification ou d'adhésion.
2. Pour chacun des Etats qui ratifieront la présente Convention ou y adhéreront après le dépôt du vingtième instrument de ratification ou d'adhésion, la Convention entrera en vigueur le trentième jour qui suivra le dépôt par cet Etat de son instrument de ratification ou d'adhésion.

### Article 50

1. Tout Etat partie peut proposer un amendement et en déposer le texte auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. Le Secrétaire général communique alors la proposition d'amendement aux Etats parties, en leur demandant de lui faire savoir s'ils sont favorables à la convocation d'une conférence des Etats parties en vue de l'examen de la proposition et de sa mise aux voix. Si, dans les quatre mois qui suivent la date de cette communication, un tiers au moins des Etats parties se prononcent en faveur de la convocation d'une telle conférence, le Secrétaire général convoque la conférence sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies. Tout amendement adopté par la majorité des Etats parties présents et votants à la conférence est soumis pour approbation à l'Assemblée générale.
2. Tout amendement adopté conformément aux dispositions du paragraphe 1 du présent article entre en vigueur lorsqu'il a été approuvé par l'Assemblée générale des Nations Unies et accepté par une majorité des deux tiers des Etats parties.
3. Lorsqu'un amendement entre en vigueur, il a force obligatoire pour les Etats parties qui l'ont accepté, les autres Etats parties demeurant liés par les dispositions de la présente Convention et par tous amendements antérieurs acceptés par eux.

## اتفاقيات دولية

مرسوم رئاسي رقم 92 - 461 مؤرخ في 24 جمادى الثانية عام 1413 الموافق 19 ديسمبر سنة 1992، يتضمن المصادقة، مع التصريحات التفسيرية، على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر سنة 1989.

إن رئيس المجلس الأعلى للدولة،

- بناء على تقرير وزير الشؤون الخارجية،

- وبناء على الدستور، لاسيما المادة 74 - 11،

عنه،

- وبناء على الاعلان المؤرخ في 9 رجب عام 1412 الموافق 14 يناير سنة 1992، والمتضمن اقامة المجلس الأعلى للدولة،

- وبناء على المداولة رقم 92 - 04 / م.أ.د المؤرخة في أول محرم عام 1413 الموافق 2 يوليو سنة 1992 والمتعلقة بانتخاب رئيس المجلس الأعلى للدولة،

- وبمقتضى المرسوم التشريعي رقم 92 - 06 المؤرخ في 22 جمادى الثانية عام 1413 الموافق 17 نوفمبر سنة 1992 والمتضمن الموافقة، مع تصريحات تفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر سنة 1989،

- وبعد الاطلاع على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر سنة 1989، وعلى تصريحاتها التفسيرية،

يرصم ما يلي :

المادة الأولى : يصادق، مع تصريحات تفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل، التي وافقت عليها الجمعية

العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر سنة 1989، وتشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

المادة 2 : ينشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

حرر بالجزائر في 24 جمادى الثانية عام 1413 الموافق 19 ديسمبر سنة 1992.

علي كافي

اتفاقية حقوق الطفل

الديباجة

إن الدول الأطراف في هذه الاتفاقية،

الذتري أنه وفقا للمبادئ المعلنة في ميثاق الأمم المتحدة، يشكل الاعتراف بالكرامة المتأصلة لجميع أعضاء الأسرة البشرية وبحقوقهم المتساوية وغير القابلة للتصرف، أساس الحرية والعدالة والسلام في العالم.

- وإن تضع في اعتبارها أن شعوب الأمم المتحدة قد أكدت من جديد في الميثاق إيمانها بالحقوق الأساسية للإنسان بكرامة الفرد وتقديره، وعقدت العزم على أن تدفع بالرفقي الاجتماعي قدما وترفع مستوى الحياة في جو من الحرية أفسح.

- وإذا تدرك أن الأمم المتحدة قد أعلنت، في إعلان العالمي لحقوق الانسان وفي العهدين الدوليين الخاصين بحقوق الانسان، أن لكل انسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات الواردة في تلك الصكوك، دون أي نوع من أنواع التمييز كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو غيره أو الأصل القومي أو الاجتماعي أو الثروة أو المولد أو أي وضع آخر، واتفقت على ذلك،

- وإذا تشير الى أن الأمم المتحدة قد أعلنت في

2- تكفل الدول الأطراف أعمال هذه الحقوق وفقا لقانونها الوطني والتزاماتها بموجب الصكوك الدولية المتصلة بهذا الميدان، ولاسيما حيثما يعتبر الطفل عديم الجنسية في حال عدم القيام بذلك.

#### المادة 8

1- تتعهد الدول الأطراف باحترام حق الطفل في الحفاظ على هويته بما في ذلك جنسيته، واسمه، وصلاته العائلية، على النحو الذي يقره القانون، وذلك دون تدخل غير شرعي.

2- إذا حرم أي طفل بطريقة غير شرعية من بعض أو كل عناصر هويته، تقدم الدول الأطراف المساعدة والحماية المناسبتين من أجل الإسراع باعادة اثبات هويته.

#### المادة 9

1- تضمن الدول الأطراف عدم فصل الطفل عن والديه على كره منهما، إلا عندما تقرر السلطات المختصة، رهنا بإجراء إمادة نظر قضائية، وبقا للقوانين والإجراءات المعمول بها، أن هذا الفصل ضروري لصون مصالح الطفل الفضلى وقد يلزم مثل هذا القرار في حالة مينة مثل حالة إساءة الوالدين معاملة الطفل أو اهمالهما له، أو عندما يعيش الوالدان منفصلين ويتعين اتخاذ قرار بشأن منحل اقامة الطفل.

2- في أية دعاوى تقام عملا بالفقرة الأولى من هذه المادة، تتاح لجميع الأطراف المعنية الفرصة للاشتراك في الدعوى والافصاح عن وجهات نظرها.

3- تحترم الدول الأطراف حق الطفل المنفصل عن والديه أو عن أحدهما في الاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية واتصالات مباشرة بكلا والديه، إلا إذا تعارض ذلك مع مصالح الطفل الفضلى.

4- في الحالات التي ينشأ فيها هذا الفصل عن أي إجراء اتخذته دولة من الدول الأطراف، مثل تعريض أحد الوالدين أو كليهما أو الطفل للاحتجاز أو الحبس أو النفي أو الترحيل أو الوفاة (بما في ذلك الوفاة التي تحدث لأي سبب أثناء احتجاز الدولة الشخص)،

2- تتعهد الدول الأطراف بأن تضمن للطفل الحماية والرعاية اللازمتين لرفاهة، مراعية حقوق وواجبات والديه أو أوصيائه أو غيرهم من الأفراد المسؤولين قانونا عنه، وتتخذ، تحقيقا لهذا الغرض، جميع التدابير التشريعية والإدارية الملائمة.

3- تكفل الدول الأطراف أن تتقيد المؤسسات والإدارات والمرافق المسؤولة عن رعاية أو حماية الأطفال بالمعايير التي وضعتها السلطات المختصة، ولا سيما في مجالي السلامة والصحة وفي عدد موظفيها وصلاحتهم للعمل، وكذلك من ناحية كفاءة الإشراف.

#### المادة 4

تتخذ الدول الأطراف كل التدابير التشريعية والإدارية وغيرها من التدابير الملائمة لأعمال الحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقية، وفيما يتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، تتخذ الدول الأطراف هذه التدابير إلى أقصى حدود مواردها المتاحة، ويثما يلزم في إطار التعاون الدولي.

#### المادة 5

تحترم الدول الأطراف مسؤوليات وحقوق وواجبات الوالدين أو، عند الاقتضاء، أعضاء الأسرة الموسعة أو الجماعة حسيما ينص عليه العرف المحلي، أو الأوصياء أو غيرهم من الأشخاص المسؤولين قانونا عن الطفل، في أن يوفرنا بطريقة تتفق مع قدرات الطفل المتطورة، التوجيه والإرشاد الملائمين عند ممارسة الطفل الحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقية.

#### المادة 6

1- تعترف الدول الأطراف بأن لكل طفل حقا أصيلا في الحياة.

2- تكفل الدول الأطراف إلى أقصى حد ممكن بقاء الطفل ونموه.

#### المادة 7

- يسجل الطفل بعد ولادته فورا ويكون له الحق منذ ولادته في اسم والحق في اكتساب جنسية، ويكون له قدر الامكان الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهما.



( ج ) تشجيع إنتاج كتب الأطفال ونشرها،

( د ) تشجيع وسائط الإعلام على إيلاء عناية خاصة للاحتياجات اللغوية للطفل الذي ينتمي الى مجموعة من مجموعات الأقليات أو الى السكان الاصليين،

( هـ ) تشجيع وضع مبادئ توجيهية ملائمة لوقاية الطفل من المعلومات والمواد التي تضر بمصالحه، مع وضع أحكام المادتين 13 و18 في الاعتبار.

#### المادة 18

1- تبذل الدول الأطراف قصارى جهدها لضمان الاعتراف بالمبدأ القائل ان كلا الوالدين يتحملان مسؤوليات مشتركة عن تربية الطفل ونموه وتقع على عاتق الوالدين أو الاوصياء القانونيين، حسب الحالة، المسؤولية الأولى عن تربية الطفل ونموه. وتكون مصالح الطفل الفضلى موضع اهتمامهم الأساسي.

2- في سبيل ضمان وتعزيز الحقوق المبينة في هذه الاتفاقية، على الدول الأطراف في هذه الاتفاقية أن تقدم المساعدة الملزمة للوالدين وللأوصياء القانونيين في الاكتمال بمسؤوليات تربية الطفل وعليها أن تكفل تطوير مؤسسات ومرافق وخدمات رعاية الأطفال.

3- تتخذ الدول الأطراف كل التدابير الملزمة لتضمن لأطفال الوالدين العاملين حق الانتفاع بخدمات ومرافق رعاية الطفل التي هم مؤهلون لها.

#### المادة 19

1- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير التشريعية والإدارية والاجتماعية والتعليمية الملائمة لحماية الطفل من كافة أشكال العنف أو الضرر أو الاساءة البدنية أو العقلية والاهمال أو المعاملة المنطوية على إهمال، واساءة المعاملة أو الاستغلال، بما في ذلك الاساءة الجنسية، وهو في رعاية الوالد ( الوالدين ) أو الوصي القانوني ( الأوصياء القانونيين ) عليه، أو أي شخص آخر يتعهد الطفل برعايته.

2- ينبغي أن تشمل هذه التدابير الوقائية، حسب الاقتضاء، اجراءات فعالة لوضع برامج اجتماعية

3- لا يجوز أن يخضع الإجهار بالدين أو المعتقدات إلا القيود التي ينص عليها القانون اللازمة لحماية السلامة العامة أو النظام أو الصحة أو الآداب العامة أو الحقوق والحريات الأساسية للأخرين.

#### المادة 15

1- تتمتع الدول الأطراف بحقوق الطفل في حرية تكوين الجمعيات وفي حرية الاجتماع السلمي.

2- لا يجوز تقييد ممارسة هذه الحقوق بأية قيود غير القيود المفروضة طبقا للقانون والتي تقتضيها الضرورة في مجتمع ديمقراطي لصيانة الأمن الوطني أو السلامة العامة أو النظام العام، أو لحماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو لحماية حقوق الغير وحرياتهم.

#### المادة 16

1- لا يجوز أن يجري أي تعرض تعسفي أو غير قانوني للطفل في حياته الخاصة أو أسرته أو منزله أو مراسلاته، ولا أي مساس غير قانوني بشرفه أو سمته.

2- للطفل حق في أن يحميه القانون من مثل هذا التعرض أو المساس.

#### المادة 17

تعترف الدول الأطراف بالوظيفة الهامة التي تؤديها وسائط الإعلام وتضمن امكانية حصول الطفل على المعلومات والمواد من شتى المصادر الوطنية والدولية، وبخاصة تلك التي تستهدف تعزيز رفاهيته الاجتماعية والروحية والمعنوية وصحته الجسدية والعقلية، وتحقيقا لهذه الغاية، تقوم الدول الأطراف بما يلي :

( أ ) تشجيع وسائط الإعلام على نشر المعلومات والمواد ذات المنفعة الاجتماعية والثقافية للطفل وفقا لروح المادة 29،

( ب ) تشجيع التعاون الدولي في إنتاج وتبادل ونشر هذه المعلومات والمواد من شتى المصادر الثقافية والوطنية والدولية،

(أ) حفظ وفيات الرضع والأطفال،

(ب) كفالة توفير المساعدة الطبية والرعاية الصحية اللازمين لجميع الأطفال مع التشديد على تطوير الرعاية الصحية الأولية،

(ج) مكافحة الأمراض وسوء التغذية حتى في إطار الرعاية الصحية الأولية، عن طريق أمور منها تطبيق التكنولوجيا المتاحة بسهولة وعن طريق توفير الأغذية المغذية الكافية ومياه الشرب النقية، أخذة في اعتبارها أخطار تلوث البيئة ومخاطره،

(د) كفالة الرعاية الصحية المناسبة للأمهات قبل الولادة وبعدها،

(هـ) كفالة تزويد جميع قطاعات المجتمع، ولا سيما الوالدين والطفل، بالمعلومات الأساسية المتعلقة بصحة الطفل وتغذيته، ومزايا الرضاعة الطبيعية، ومبادئ حفظ الصحة والإصحاح البيئي، والوقاية من الحوادث، وحصول هذه القطاعات على تعليم في هذه المجالات ومساعدتها في الاستفادة من هذه المعلومات،

(و) تطوير الرعاية الصحية الوقائية والإرشاد المقدم للوالدين، والتعليم والخدمات المتعلقة بتنظيم الأسرة.

3- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير الفعالة والملائمة بغية إلغاء الممارسات التقليدية التي تضر بصحة الأطفال.

4 - تتعهد الدول الأطراف بتعزيز وتشجيع التعاون الدولي من أجل التوصل بشكل تدريجي إلى الاعمال الكاملة للحق المعترف به في هذه المادة. وتراعى بصفة خاصة احتياجات البلدان النامية في هذا الصدد.

## المادة 25

تتعترف الدول الأطراف بحق الطفل الذي تولده السلطات المختصة لأغراض الرعاية أو الحماية أو علاج صحته البدنية أو العقلية في مراجعة دورية العلاج المقدم للطفل ولجميع الظروف الأخرى ذات الصلة بإيداعه.

المعوق عقليا أو جسديا بحياة كاملة وكريمة، في ظروف تكفل له كرامته وتعزز اعتماده على النفس وتيسر مشاركته الفعلية في المجتمع.

2- تعترف الدول الأطراف بحق الطفل المعوق في التمتع برعاية خاصة وتشجع وتكفل للطفل المؤهل لذلك وللمسؤولين عن رعايته، رهنا بتوفر الموارد، تقديم المساعدة التي يقدم عنها طلب، والتي تتلاءم مع حالة الطفل وظروف والديه أو غيرهما ممن يرعونه.

3 - ادراكا للاحتياجات الخاصة للطفل المعوق، توفر المساعدة المقدمة وفقا للفقرة 2 من هذه المادة مجانا كلما أمكن ذلك، مع مراعاة الموارد المالية للوالدين أو غيرهما ممن يقومون برعاية الطفل، وينبغي ان تهدف الى ضمان امكانية حصول الطفل المعوق فعلا على التعليم والتدريب، وخدمات الرعاية الصحية، وخدمات إعادة التأهيل، والإعداد لممارسة عمل، والفرص الترفيهية وتلقيه ذلك بصورة تؤدي إلى تحقيق الاندماج الاجتماعي للطفل ونموه الفردي، بما في ذلك نموه الثقافي والروحي، على أكمل وجه ممكن.

4- على الدول الأطراف أن تشجع، بروح التعاون الدولي، تبادل المعلومات المناسبة في ميدان الرعاية الصحية الوقائية والعلاج الطبي والنفسي والوظيفي للأطفال المعوقين، بما في ذلك نشر المعلومات المتعلقة بمناهج إعادة التأهيل والخدمات المهنية وإمكانية الوصول إليها، وذلك بغية تمكين الدول الأطراف من تحسين قدراتها ومهاراتها وتوسيع خبرتها في هذه المجالات. وتراعى بصفة خاصة، في هذا الصدد، احتياجات البلدان النامية.

## المادة 24

1- تعترف الدول الأطراف بحق الطفل في التمتع بأعلى مستوى صحي يمكن بلوغه وبحقه في مرافق علاج الأمراض وإعادة التأهيل الصحي. وتبذل الدول الأطراف قصارى جهدها لتضمن ألا يحرم أي طفل من حقه في الحصول على خدمات الرعاية الصحية هذه.

2- تتابع الدول الأطراف اعمال هذا الحق كاملا وتتخذ، بوجه خاص التدابير المناسبة من أجل :

يعيش فيه الطفل والبلد الذي نشأ فيه في الاصل،  
والحضارات المختلفة عن حضارته،

«د» اعداد الطفل لحياة تستشعر المسؤولية في  
مجتمع حر، بروح من التفاهم والسلام والتسامح  
والمساواة بين الجنسين والصدقة بين جميع الشعوب  
والجماعات الاثنية والوطنية والدينية والاشخاص  
الذين ينتمون الى السكان الاصليين،

«هـ» تنمية احترام البيئة الطبيعية.

2 - ليس في نص هذه المادة او المادة 28 ما يفسر على  
انه تدخل في حرية الافراد والهيئات في انشاء المؤسسات  
التعليمية وادارتها، رهنا على الدوام بمراعاة المبادئ  
المتصوص عليها في الفقرة 1 من هذه المادة وباشتراط  
مطابقة التعليم الذي توفره هذه المؤسسات للمعايير  
الدنيا التي قد تضعها الدولة.

#### المادة 30

في الدول التي توجد فيها اقلية اثنية او دينية  
او لغوية او اشخاص من السكان الاصليين، لا يجوز  
حرمان الطفل المنتمي لتلك الاقلية او لاولئك السكان  
من الحق في أن يتمتع ، مع بقية افراد المجموعة،  
بثقافته، او الاجهار بدينه وممارسة شعائره، او  
استعمال لغته.

#### المادة 31

1 - تعترف الدول الاطراف بحق الطفل في الراحة  
ووقت الفراغ، ومزاولة الالعاب وانشطة الاستجمام  
المناسبة لسنه والمشاركة بحرية في الحياة الثقافية  
وفي الفنون.

2 - تحترم الدول الاطراف وتعزز حق الطفل في  
المشاركة الكاملة في الحياة الثقافية والفنية وتشجع  
على توفير فرص ملائمة ومتساوية للنشاط الثقافي  
والفني والاستجمامي وأنشطة اوقات الفراغ.

#### المادة 32

1 - تعترف الدول الاطراف بحق الطفل في  
حمايته من الاستغلال الاقتصادي ومن اداء اي عمل

يرجح ان يكون خطيرا او ان يمثل اعاقا لتعليم الطفل،  
او ان يكون ضارا بصحة الطفل او بنموه البدني، او  
العقلي، او الروحي، او المعنوي، او الاجتماعي.

2 - تتخذ الدول الاطراف التدابير التشريعية  
والادارية والاجتماعية والتربوية التي تكفل تنفيذ  
هذه المادة. ولهذا الغرض، ومع مراعاة احكام الصكوك  
الدولية الاخرى ذات الصلة، تقوم الدول الاطراف بوجه  
خاص بما يلي :

«أ» تحديد عمر ادنى او اعمار دنيا للالتحاق بعمل،

«ب» وضع نظام مناسب لمساعدات العمل  
وظروفه،

«ج» فرض عقوبات او جزاءات اخرى مناسبة  
لضمان بغية انفاذ هذه المادة بفعالية.

#### المادة 33

تتخذ الدول الاطراف جميع التدابير المناسبة، بما  
في ذلك التدابير التشريعية والادارية والاجتماعية  
والتربوية، لوقاية الاطفال من الاستخدام غير المشروع  
للمواد المخدرة والمواد المؤثرة على العقل، حسبما حددت  
في المعاهدات الدولية ذات الصلة، ولتجنب استخدام  
الاطفال في انتاج مثل هذه المواد بطريقة غير  
مشروعة والاتجار بها.

#### المادة 34

تتعهد الدول الاطراف بحماية الماقل من جميع  
اشكال الاستغلال الجنسي والانتهاك الجنسي. ولهذه  
الاغراض تتخذ الدول الاطراف، بوجه خاص، جميع  
التدابير الملائمة الوطنية والثنائية والمتعددة الاطراف  
لتلغ :

«أ» حمل او اكراه الطفل على تعاطي اي نشاط  
جنسي غير مشروع،

«ب» الاستخدام الاستغلالي للاطفال في الدعارة  
او غيرها من الممارسات الجنسية غير المشروعة،

«ج» الاستخدام الاستغلالي للاطفال في العروض  
والمواد الداعرة.

3 - تسعى الدول الاطراف لتعزيز إقامة قوانين وإجراءات وسلطات ومؤسسات منطبقه خصيصا على الاطفال الذين يدعى انهم انتهكوا قانون العقوبات أو يتهمون بذلك أو يثبت عليهم ذلك، وخاصة القيام بما يلي :

( أ ) تحديد سن دنيا يفترض دونها أن الاطفال ليس لديهم الاهلية لانتهاك قانون العقوبات،  
( ب ) استصواب اتخاذ تدابير عند الاقتضاء لمعاملة هؤلاء الاطفال دون اللجوء الى الإجراءات القضائية، شريطة أن تحترم حقوق الانسان والضمانات القانونية احتراماً كاملاً.

4 - تتاح ترتيبات مختلفة، مثل أوامر الرماية والإرشاد والإشراف، والمشورة، والاختيار، والضمانة، وبرامج التعليم والتدريب المهني وغيرها من بدائل الرعاية المؤسسية، لضمان معاملة الاطفال بطريقة تلائم رفاههم ويتناسب مع ظروفهم وجرمهم على السواء.

#### المادة 41

ليس في هذه الاتفاقية ما يمس أي أحكام تكون أسرع إفضاء الى اعمال حقوق الطفل والتي قد ترد في:

( أ ) قانون دولة طرف، أو

( ب ) القانون الدولي الساري على تلك الدولة.

#### الجزء الثاني

#### المادة 42

تتعهد الدول الاطراف بأن تنشر مبادئ الاتفاقية واحكامها على نطاق واسع بالوسائل الملائمة والفعالة، بين الكبار والاطفال على السواء.

#### المادة 43

1 - تنشأ لفرض دراسة التقدم الذي احرزته الدول الاطراف في استيفاء تنفيذ الالتزامات التي تعهدت بها في هذه الاتفاقية لجنة معنية بحقوق الطفل تضطلع بالوظائف المنصوص عليها فيما يلي :

وتراعي سن الطفل واستصواب تشجيع إعادة اندماج الطفل وقيامه بدور بناء في المجتمع.

2 - وتحقيقاً لذلك، ومع مراعاة احكام الصكوك الدولية ذات الصلة، تكفل الدول الاطراف، بوجه خاص، ما يلي :

( أ ) عدم ادعاء انتهاك الطفل لقانون العقوبات أو اتهمه بذلك أو اثبات ذلك عليه بسبب افعال أو أوجه قصور لم تكن محظورة بموجب القانون الوطني أو الدولي عند ارتكابها.

( ب ) يكون لكل طفل يدعي بأنه انتهك قانون العقوبات أو يتهم بذلك الضمانات التالية على الأقل :

1 \* افتراض برأته الى أن تثبت إدانته وفقاً للقانون،

2 \* إخطاره فوراً ومباشرة بالتهمة الموجهة اليه، عن طريق والديه أو الاوصياء القانونيين عليه عند الاقتضاء، والحصول على مساعدة قانونية أو غيرها من المساعدة الملائمة لإعداد وتقديم دفاعه،

3 \* قيام سلطة أو هيئة قضائية مختصة ومستقلة ونزيهة بالفصل في دعواه دون تأخير في محاكمة عادلة وفقاً للقانون، بحضور مستشار قانوني أو بمساعدة مناسبة أخرى وبحضور والديه أو الاوصياء القانونيين عليه، ما لم يعتبر أن ذلك في غير مصلحة الطفل الفضلى، ولا سيما إذا أخذ في الحسبان سنه أو حالته،

4 \* عدم اكراهه على الادلاء بشهادة أو الاعتراف بالذنب، واستجواب أو تأمين استجواب الشهود المناهضين وكفالة اشتراك واستجواب الشهود لصالحه في ظل ظروف من المساواة،

5 \* إذا اعتبر أنه انتهك قانون العقوبات، تأمين قيام سلطة مختصة أو هيئة قضائية مستقلة ونزيهة أعلى وفقاً للقانون بإعادة النظر في هذا القرار وفي أية تدابير مفروضة تبعاً لذلك،

6 \* الحصول على مساعدة مترجم شفوي مجاناً إذا تعذر على الطفل فهم اللغة المستعملة أو النطق بها،

7 \* تأمين احترام حياته الخاصة تماماً أثناء جميع مراحل الدعوى.

45 من هذه الاتفاقية. وتعال مثل هذه الاقتراحات والتوصيات العامة الى أية دولة طرف معنية، وتبلغ للجمعية العامة مصحوبة بتعليقات الدول الاطراف، إن وجدت.

### الجزء الثالث

#### المادة 46

يفتح باب التوقيع على هذه الاتفاقية لجميع الدول.

#### المادة 47

تخضع هذه الاتفاقية للتصديق. وتودع صكوك التصديق لدى الامين العام للأمم المتحدة.

#### المادة 48

يظل باب الانضمام الى هذه الاتفاقية مفتوحا لجميع الدول. وتودع صكوك الانضمام لدى الامين العام للأمم المتحدة.

#### المادة 49

1 - يبدأ نفاذ هذه الاتفاقية في اليوم الثلاثين الذي يلي تاريخ إيداع صك التصديق أو الانضمام العشرين لدى الامين العام للأمم المتحدة.

2 - الدول التي تصدق هذه الاتفاقية أو تنضم اليهما بعد ايداع صك التصديق أو الانضمام العشرين، يبدأ نفاذ الاتفاقية إزاءها في اليوم الثلاثين الذي يلي تاريخ ايداع هذه الدولة صك تصديقها أو انضمامها.

#### المادة 50

1 - يجوز لأي دولة طرف أن تقترح ادخال تعديل وأن تقدمه الى الامين العام للأمم المتحدة. ويقوم الامين العام عندئذ بإبلاغ الدول الاطراف بالتعديل المقترح مع طالب باخطاره بما اذا كانت هذه الدول تحبذ عقد مؤتمر للدول الاطراف للنظر في الاقتراحات والتصويت عليها. وفي حالة تأييد ثلث الدول الاطراف على الاقل، في غضون أربعة أشهر من تاريخ هذا التبليغ، عقد هذا المؤتمر، يدعو الامين العام الى عقده تحت رعاية الامم المتحدة. ويقدم أي تعديل تعتمده

4 - يجوز لاجنة أن تطلب من الدول الاطراف معلومات إضافية ذات صلة بتنفيذ الاتفاقية.

5 - تقدم اللجنة الى الجمعية العامة كل سنتين، عن طريق المجلس الاقتصادي والاجتماعي، تقارير عن أنشطتها.

6 - تتيح الدول الاطراف تقاريرها على نطاق واسع للجمهور في بلدانها.

#### المادة 45

لدمم تنفيذ الاتفاقية على نحو فعال وتشجيع التعاون الدولي في الميدان الذي تغطيه الاتفاقية :

( أ ) يكون من حق الوكالات المتخصصة ومنظمة الأمم المتحدة للطفولة وغيرها من أجهزة الامم المتحدة ولايتها من أحكام هذه الاتفاقية. وللجنة أن تدعو الوكالات المتخصصة ومنظمة الامم المتحدة للطفولة والهيئات المختصة الأخرى، حسبما تراه ملائما، لتقديم مشورة خبيراتها بشأن تنفيذ الاتفاقية في المجالات التي تدخل في نطاق ولاية كل منها. وللجنة أن تدعو الوكالات المتخصصة ومنظمة الامم المتحدة للطفولة وغيرها من أجهزة الامم المتحدة لتقديم تقارير عن تنفيذ الاتفاقية في المجالات التي تدخل في نطاق أنشطتها،

( ب ) تحيل اللجنة، حسبما تراه ملائما، الى الوكالات المتخصصة ومنظمة الامم المتحدة للطفولة والهيئات المختصة الأخرى أية تقارير من الدول الاطراف تتضمن طلبا للمشورة أو المساعدة التقنيتين، أو تشير الى حاجتها لمثل هذه المشورة أو المساعدة، مصحوبة بملاحظات اللجنة واقتراحاتها بصدد هذه الطلبات أو الاشارات، إن وجدت مثل هذه الملاحظات والاقتراحات،

( ج ) يجوز للجنة أن توصي بأن تطلب الجمعية العامة الى الامين العام إجراء دراسات بالنيابة عنها عن قضايا محددة تتصل بحقوق الطفل،

( د ) يجوز للجنة أن تقدم اقتراحات وتوصيات عامة تستند الى معلومات تلقتها عملا بالمادتين 44

## Guide des droits de l'enfant<sup>1</sup>.

# DROIT A UNE IDENTITE

1. DROIT A UN NOM
2. DROIT A UNE NATIONALITE
3. DROIT A LA PRESERVATION DE L'IDENTITE

# DROIT A UNE NATIONALITE

## *DANS LA CONVENTION DES DROITS DE L'ENFANT*

Dés sa naissance, l'enfant acquiert une nationalité.

*CF art07*

## *DANS LA LEGISLATION ALGERIENNE*

Les articles 6 et 7 du code de nationalité stipulent que l'enfant est de nationalité algérienne soit par filiation, soit par la naissance en Algérie



# PRINCIPE GÉNÉRAUX DES DROITS DE L'ENFANT

1. Droit à l'égalité et à la non discrimination
2. Intérêt supérieur de l'enfant
3. Droit à la vie et à la survie

# INTERET SUPERIEUR DE L'ENFANT

## *DANS LA CONVENTION DES DROITS DE L'ENFANT.*

Les mesures législatives et administratives prise par les états parties doivent accorder une attention particulière à l'intérêt supérieur de l'enfant

*CF art 3.*

## *DANS LA LEGISLATION ALGERIENNE*

L'intérêt et la protection de l'enfant constituent les principes fondamentaux de l'ensemble des texte législatifs, réglementaires et administratif promulgués en faveur de l'enfant .

# DROIT SOCIAUX

1. DROIT DE L'ENFANT ET OBLIGATIONS PARENTALES
2. DROIT DE L'ENFANT SEPARÉ DE SA FAMILLE
3. DROIT A LA REUNIFICATION FAMILIALE
4. DROIT DE BENEFICIER DES SERVICES DE GADRE

# DROIT DE L'ENFANT ET OBLIGATION PARENTALES

## *DANS LA CONVENTION DE DROIT DE L'ENFANT*

La responsabilité d'élever l'enfant incombe au premier chef aux parents, les états parties doivent leur accorder l'aide et leur assurer la mise en place d'établissement, d'institution et de service chargés de veiller au bien être des enfants

*(CF art 18/1 et 2)*

## *DANS LA LEGISLATION ALGERIENNE*

Dans son article 58, la constitution stipule en substance que l'Etat et la société garantissent la protection de la famille.

Dans son article 02, le code de la famille considère la famille comme cellule de base de la société. La famille a des devoirs et des obligations envers les enfants. Il est également stipulé que la responsabilité d'élever l'enfant incombe aux deux conjoints. Il attribue à la protection des enfants et leur saine éducation, en son article 36.

# DROIT A LA REUNIFICATION FAMILIALE

## *DANS LA CONVENTION DES DROITS DE L'ENFANT*

Les états parties doivent faciliter la réunification des familles en autorisant l'entrée ou la sortie de leur territoire, sur la base d'une demande faite par l'enfant ou ses parents et ce dans un esprit positif, avec humanité et diligence.

De même que les états parties prennent des mesures visant à lutter contre les déplacements et les non retours illicites d'enfants à l'étranger à travers la conclusion d'accords bilatéraux multilatéraux ou l'adhésion aux accords existants

*CF art 10 et 11*

## *DANS LA LEGISLATION ALGERIENNE*

En son article 44, la constitution garantit à tout citoyen jouissant de ses droits civils et politiques, le droit d'entrer, de sortir ou de circuler sur le territoire national en toute liberté.

Le code de la famille, en son article 69, énonce que pour le titulaire du droit de garde d'un enfant, désirant élire domicile dans un pays étranger, le juge peut lui maintenir ce droit de garde ou l'en déchoir en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Les enfants issus de couples mixtes (Algéro-Français) et séparés, peuvent se déplacer vers le parent qui n'a pas la garde en vertu de l'accord signé dans ce sens.

**DROIT A LA LIBERTE  
DE PENSEE ET DE CONCIENCE**

***DANS LA CONVENTION DES DROIT DE L'ENFANT***

Le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion est reconnu à l'enfant, ainsi que le droit et le devoir des parents ou des représentants légaux de l'enfant de guider celui-ci dans l'exercice de ce droit.

*CF art 14*

***DANS LA LEGISLATION ALGERIENNE***

La constitution en son article 36 garantit l'inviolabilité de la liberté de conscience et liberté d'opinion.

Les dispositions de l'article 14, alinéas 1 et 2 de la Convention ont été interprètes par le Gouvernement Algérien compte tenu des fondements essentiels du système juridique Algérien en particulier la constitution dans son article 2, qui dispose que « l'Islam est la religion de l'Etat », et du code de la famille selon lequel « l'éducation de l'enfant se fait dans la religion de son père ».

السيد الاستاذ

/ السيد

الممثلة الخاصة لمديرية الصحة و الحماية الاجتماعية ( مصلحة الحماية الاجتماعية ) اسماة مساند  
رئيس المصلحة و بتعويض منه بموجب نوكيل اداري رقم مؤرخ في  
من جهة اولى

/ السيد

/ السيدة

من جهة ثانية

و اشهدت على نفسها ممثلة المعاملة الحماية الاجتماعية انها صرحت بموجب هذا العقد و طيفها  
لاحكام المواد 116 الى 125 من قانون الاسرة ان مصلحة الحماية الاجتماعية اسندت كفالة الطفل  
تقاصر، المجهول الابوين  
المسمى

الى المصاحب السيد وزوجته السيدة المذكورين اعلاه و سلمته  
لهما ليقى في كفالتهما الى بلوغه سن الرشد دون الرجوع عليهما مستقبلا ، و خولت لهما قبض  
ما يستحق للطفل المكفول منحة كانت او غيرها و السفر به خارج التراب الوطني و القيام بجميع  
شؤونه من تربية و تعليم و معالجة ، كفالة اقامته بها مقامها و انزلتها منزلته في حق الطفل المذكور  
من جلب المنفعة له و دفع المضرة عنه حيث التزم الكافلان بان يعيش هذا الطفل في كنفهما و تحت  
سقفهما و على اثنهما من خالص مالهما دون مطالبة مصلحة الحماية الاجتماعية لولاية تلمسان  
باية تعويضات كانت.

كفالة تامة بحضور الشاهدين العدل و هنا :

- السيد /

- السيد /

الذان اكدا للموثق الممضي اسفله الحالة الجيدة للاطراف و كفالتهم المدنية للتعاقد لمعرفة معرفتهم  
جيدة تحت طائلة العقوبات المنصوص من عليها قانونا

التسجيل

تؤدى حقوق التسجيل بالمساق طواع منفولة طبقا للحكام المادة 208 من قانون التسجيل

اثباتا لمساند

حزر و انعقد بتلمسان بمكتب الموثق الموقع ادناه في

وبعد التلاوة وقع الحاضرون والشهود مع الموثق

## الملحق رقم: 05 الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة العمل و الحماية الاجتماعية  
و التكوين المهني.  
مديرية النشاط الاجتماعي  
لولاية تلمسان.

تلمسان في :

إستمارة خاصة بالتحقيق الاجتماعي النفسي التربوي  
للكفالة

من إعداد : الأخصائي النفسي التربوي.

نقدم فيما يلي نموذجا لدراسة الوضعية الاجتماعية و النفسية التربوية للعائلة الراحبة في الكفالة، مع الأخذ بعين الإعتبار كل التحفظات مع التأكيد بأن هذا النموذج لا يعدو مجرد دليل يستعان به، و هو بالطبع قابل للتعديل حسب الهدف المراد دراسته.

المدير



• معلومات جنسية زواجية :

- الصحة الجنسية للزوجة :
- عادية - غير عادية.
- الصحة الجنسية للزوج :
- عادية - غير عادية.
- فكرة الزوجة عن الإنجاب :
- متحمسة - غير متحمسة.
- صدمة عدم الإنجاب عند الزوجة :
- مؤثرة - غير مؤثرة.
- صدمة عدم الإنجاب عند الزوج :
- مؤثرة - غير مؤثرة.
- الاستجابة الجنسية للزوجين :
- ( قلق - الشعور بالذنب - النقرز - إشباع ) .
- ظروف الزواج :
- عادية - غير عادية.
- الاتجاه نحو الزوجة :
- إيجابي - سلبي.
- الاتجاه نحو الزوج :
- إيجابي - سلبي.

• معلومات صحية :

- هل توجد للزوجة اضطرابات عقلية ( في العائلة - في الماضي - في الحاضر ) .
- هل توجد للزوج اضطرابات عقلية ( في العائلة - في الماضي - في الحاضر ) .
- الصحة الجسمية للزوجة و الزوج : جيدة - سيئة.
- الحالة الانفعالية للزوجة و الزوج : انفعال عادي - هيجان.
- هل زارت الزوجة طبيب : (نفساني - مختص في الأعضاء التناسلية - الحواس - العظام) ؟.
- هل زار الزوج طبيب : (نفساني - مختص في الأعضاء التناسلية - الحواس - العظام) ؟.
- هل الزوج يتعاطى : ( التدخين - المخدرات - الكحول ) ؟
- هل هناك أمراض وراثية . ( نعم - لا ) .

• المظهر الحالي للزوج و الزوجة : (الظاهرة)

- يبدو عليه :
- مرض - صحة.
- اعتدال القامة - انحناء القامة.
- شذوذ.
- خمول.
- نشاط زائد.
- رعشة.
- تصيب العرق.
- اضطرابات حركية.
- حالة الشعر و الملابس و الأظافر و رائحة الجسم : جيدة - سيئة.
- علامات غير عادية : ندبات - تشوهات.

## الملحق رقم: 06

المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 8 رجب 1412 الموافق لـ: 13 يناير 1992 يتم المرسوم رقم 71-157 المؤرخ في 3 يونيو 1971 والمتعلق بتغيير اللقب.

يرسم ما يلي:

### - المادة الأولى:

تعديل أحكام المرسوم رقم 71-157 المؤرخ في 10 ربيع الثاني عام 1391 الموافق 3 يونيو 1971، والمذكورة أعلاه كما يلي:

المادة الأولى: يضاف المقطع 2 أدناه :

كما يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة، ولد 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 موافقتيها المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب.

المادة 5 مكرر 1: يترتب على المرسوم المتضمن تغيير اللقب، التسجيل والإشارة على الهامش في سجلات وعقود مستخرجات عقد الحالة المدنية، ضمن الشروط والحالات التي ينص عليها القانون.

المادة 5 مكرر 2: لا يكون الطلب محل النشر المذكور في المادة 3 أعلاه، عندما يقدم طلب تغيير اللقب في إطار المادة الأولى، المقطع الثاني أعلاه.

يعدل اللقب بموجب أمر من رئيس المحكمة، من رئيس المحكمة، ويتم النطق به بناء على طلب من وكيل الجمهورية الذي يخطره وزير العدل بالطلب المذكور في المادة، المقطع 2 أعلاه.

يصدر الأمر في غضون الأيام الثلاثين (30) الموالية لتاريخ الإخطار من وزير العدل ويكون محل تسجيل وإشارة على الهامش على النحو المنصوص عليه في المادة 5 مكرر 1 أعلاه.

مطلب من السيد رئيس محكمة تلمسان للكافل

مجلس قضاء تلمسان

محكمة تلمسان

نحن وكيل الجمهورية لدى محكمة تلمسان ؛

وكيل الجمهورية

بعد الإطلاع على الطلب المقدم من طرف السيدة)

إحالة المدنية

المولودة) في

الفهرس رقم

المقيم ب : .....

عقد الميلاد رقم

وطبقاً للمرسوم التنفيذي 24/92 المؤرخ في 13-01-1992 المنضم للمرسوم

57/71، لا سيما المادتين 21 و 5 الفقرتين 2 و 3 منهما ؛

وعليه : نتمس من السيد رئيس محكمة تلمسان إصدار أمر بمنح لقب

عائلي للسكول

المولود (ة) في .....

مجهول النسب ليدبح يدعى من الآن فصاعداً

بدلاً من

والأمر بتسجيل منطوق الأمر الذي سيصدر على هامش العقد المسجل بالحالة

المدنية وكذا بالسجل الخفوظ بحضر كتابة الضبط للمجلس القضائي

بتلمسان، والأمر بإلزامي تسليم نسخة من عقد الميلاد الأب للقب المشار إليه

والمأمور به

تلمسان في

وكيل الجمهورية

أمر

رئيس محكمة تلمسان، مكلف بالحالة المدنية تأمر بمنح لقب عائلي للكافل المسمى

نحن

مجهول النسب

ب. ...

المولود في

وتطبيقاً للمرسوم التنفيذي 92-24 المؤرخ في 13-01-1992 المنضم للمرسوم 71-57 سيما المادتين 21 و 5، الفقرتين 2 و

بدلاً من

3 منهما ليصبح يدعى من الآن فصاعداً

والأمر بتسجيل هذا الأمر على هامش العقد المسجل بالحالة المدنية كما يودع بكتابة الضبط بمجلس قضاء تلمسان، والأمر بإلزامي

تجري تسليم نسخة من العقد المشار إليه بدلاً باللقب المسوح والمأمور به

رئيس المحكمة

تلمسان في ..

# Convention de New York

## du 20 juin 1956

### sur le recouvrement des aliments à l'étranger

#### Préambule

Considérant l'urgence de la solution du problème humanitaire qui se pose pour les personnes dans le besoin dont le soutien légal se trouve à l'étranger ;

Considérant que la poursuite des actions alimentaires ou l'exécution des décisions à l'étranger donne lieu à de graves difficultés légales et pratiques ;

Décidées à prévoir les moyens permettant de résoudre ces problèmes et de surmonter ces difficultés,

Les parties contractantes sont convenues de ce qui suit :

#### Article 1<sup>er</sup>

##### *Objet de la Convention*

1. La présente Convention a pour objet de faciliter à une personne, désignée ci-après comme créancier, qui se trouve sur le territoire d'une des parties contractantes, le recouvrement d'aliments auxquels elle prétend avoir droit de la part d'une personne, désignée ci-après comme débiteur, qui est sous la juridiction d'une autre partie contractante. Les organismes qui seront utilisés à cet effet sont désignés ci-après comme autorités expéditrices et institutions intermédiaires.

2. Les voies de droit prévues à la présente Convention complètent, sans les remplacer, toutes autres voies de droit exis-

tantes en droit interne ou en droit international.

#### Article 2

##### *Désignation des institutions*

1. Chaque partie contractante désigne, au moment du dépôt de l'instrument de ratification ou d'adhésion, une ou plusieurs autorités administratives ou judiciaires qui exerceront sur son territoire les fonctions d'autorités expéditrices.

2. Chaque partie contractante désigne, au moment du dépôt de l'instrument de ratification ou d'adhésion, un organisme public ou privé qui exercera sur son territoire les fonctions d'institution intermédiaire.

3. Chaque partie contractante communique sans retard au secrétaire général des Nations Unies les désignations faites en application des paragraphes 1 et 2 et toute modification qui surviendrait à cet égard.

4. Les autorités expéditrices et les institutions intermédiaires peuvent entrer directement en rapport avec les institutions intermédiaires des autres parties contractantes.

#### Article 3

##### *Présentation de la demande à l'autorité expéditrice*

1. Lorsqu'un créancier se trouve sur le

## Article 7

### *Commissions rogatoires*

Au cas où la loi des deux parties contractantes intéressées admet des commissions rogatoires, les dispositions suivantes sont applicables :

a) Le tribunal saisi de l'action alimentaire pourra, pour obtenir des documents ou d'autres preuves, demander l'exécution d'une commission rogatoire soit au tribunal compétent de l'autre partie contractante, soit à tout autre autorité ou institution désignée par la partie contractante où la commission doit être exécutée ;

b) Afin que les parties puissent y assister ou s'y faire représenter, l'autorité requise est obligée d'informer l'autorité expéditrice et l'institution intermédiaire intéressés, ainsi que le débiteur, de la date et du lieu où il sera procédé à la mesure sollicitée ;

c) La commission rogatoire doit être exécutée avec toute la diligence voulue ; si elle n'est pas exécutée dans un délai de quatre mois à partir du moment de la réception de la commission par l'autorité requise, l'autorité requérante devra être informée des raisons de la non-exécution ou du retard ;

d) L'exécution de la commission rogatoire ne pourra donner lieu au remboursement de taxes ou de frais de quelque nature que ce soit ;

e) L'exécution de la commission rogatoire ne pourra être refusée que :

1. Si l'authenticité du document n'est pas établie ;

2. Si la partie contractante sur le territoire de laquelle l'exécution devait avoir lieu la juge de nature à porter atteinte à sa souveraineté ou à sa sécurité.

## Article 8

### *Modification des décisions judiciaires*

Les dispositions de la présente Convention sont également applicables aux demandes tendant à la modification des décisions judiciaires rendues en matière d'obligations alimentaires.

## Article 9

### *Exemptions et facilités*

1. Dans les procédures régies par la présente Convention, les créanciers bénéficient du traitement et des exemptions de frais et dépens accordés aux créanciers qui résident dans l'Etat où l'action est intentée

2. Les créanciers étrangers ou non résidents ne peuvent être tenus de fournir une caution *judicatum solvi*, ni de faire aucun autre versement ou dépôt.

3. Aucune rémunération ne peut être perçue par les autorités expéditrices et les institutions intermédiaires pour les services qu'elles rendent conformément aux dispositions de la présente Convention.

## Article 10

### *Transferts de fonds*

Les parties contractantes dont la loi impose des restrictions aux transferts de fonds à l'étranger accorderont la priorité la plus élevée aux transferts de fonds destinés à être versés comme aliments ou à couvrir des frais encourus pour toute action en justice régis par la présente Convention.

## Article 11

### *Claude fédérale*

Dans le cas d'un Etat fédératif ou non unitaire, les dispositions ci-après s'appliqueront :

a) En ce qui concerne les articles de la présente Convention dont la mise en œuvre relève de l'action législative du pouvoir législatif fédéral, les obligations du gouvernement fédéral seront, dans cette mesure, les mêmes que celles des parties qui ne sont pas des Etats fédératifs ;

b) En ce qui concerne les articles de la présente Convention dont l'application relève de l'action législative de chacun des Etats, provinces ou cantons constituants qui ne sont pas, en vertu du système constitutionnel de la fédération portera le plus tôt possible, et avec son avis favorables, lesdits articles à la connaissance des autorités compétentes des Etats, provinces ou cantons ;

c) Un Etat fédératif partie à la présente Convention communiquera à la demande de toute autre partie contractante qui lui aura été transmise par le secrétaire général, un exposé de la législation et des pratiques en vigueur dans la fédération et ses unités constituantes en ce qui concerne telle ou telle disposition de la Convention indiquant la mesure dans laquelle effet a été donné, par une action législative ou autre, à ladite disposition.

mer des dispositions de la présente Convention contre d'autres parties contractantes que dans la mesure où elle est elle-même liée par la présente Convention.

déposé auprès du secrétaire général, qui en fera tenir des copies certifiées conformes à tous les Etats visés à l'article 13.

## Article 19

### *Notifications par le secrétaire général*

1. Le secrétaire général notifiera à tous les Etats membres des Nations Unies et aux Etats non membres visés à l'article 13 :

a) Les communications prévues au paragraphe 3 de l'article 2 ;

b) Les renseignements fournis conformément aux dispositions du paragraphe 2 de l'article 3 ;

c) Les déclarations et notifications faites conformément aux dispositions de l'article 12 ;

d) Les signatures, ratifications et adhésions faites conformément aux dispositions de l'article 13 ;

e) La date à laquelle la Convention est entrée en vigueur conformément au paragraphe 1 de l'article 14 ;

f) Les dénonciations faites conformément aux dispositions du paragraphe 1 de l'article 15 ;

g) Les réserves et notifications faites conformément aux dispositions de l'article 17.

2. Le secrétaire général notifiera également à toutes les parties contractantes les demandes de révision et les réponses faites à ces demandes en vertu de l'article 20.

## Article 20

### *Révision*

1. Toute partie contractante pourra demander en tout temps, par notification adressée au secrétaire général, la révision de la présente Convention.

2. Le secrétaire général transmettra cette notification à chacune des parties contractantes en l'invitant à lui faire savoir, dans les quatre mois, s'il est favorable à la réunion d'une conférence qui étudierait la révision proposée. Si la majorité des parties contractantes répond par l'affirmative, le secrétaire général convoquera cette conférence.

## Article 21

### *Dépôt de la Convention et langues*

L'original de la présente Convention, dont les textes anglais, chinois, espagnol, français et russe font également foi, sera

المادة 2: ينشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

حرر بالجزائر في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق 26 يوليو سنة 1988.

الشاذلي بن جديد

اتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية تتعلق بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال.

إن حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية،

- رغبة منهما في دعم التعاون القضائي،

- وحرصا منها على تحقيق أحسن حماية لأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، وحرية تنقلهم بين البلدين،

- واقتناعا منها بضرورة رعاية مصلحة هؤلاء الأطفال بالدرجة الأولى،

- ووعيا منها بأن مصلحة الطفل تتطلب أن تكون لديه إمكانية المحافظة على علاقات هادئة ومنظمة مع والديه اللذين هما في حالة الانفصال، حيثما توجد إقامتهما،

اتفقتا على ما يلي:

### الفصل الأول

#### أحكام عامة

#### المادة الأولى

تعين وزارتا العدل سلطتين مركزيتين مكلفتين بالوفاء بالالتزامات المحددة في هذه الاتفاقية. ولهذا الغرض تتعامل هاتان السلطتان المركزيتان مباشرة، وتكون تدخلتهما مجانا، كما تتعهدان بترقية تعاون السلطات المختصة في مجال حماية القصر.

#### المادة 2

يجب على السلطة المركزية في إحدى الدولتين أن تتخذ، بناء على طلب السلطة المركزية في الدولة الأخرى، جميع الإجراءات الملائمة لما يأتي:

(1) البحث عن مكان وجود الطفل المعني بالأمر،

## الملحق رقم: 09

سوم رقم 88 - 144 مؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق 26 يوليو سنة 1988 يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988.

إن رئيس الجمهورية،

- بناء على الدستور لاسيما المادتان 111 - 17 158 منه،

- وبمقتضى القانون رقم 88 - 22 المؤرخ في 28 ذي الحجة عام 1408 الموافق 12 يوليو سنة 1988 المتضمن

اتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بالأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988،

- وبعد الاطلاع على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988،

يرسم ما يلي:

المادة الأولى: يصادق على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988 وتُنشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

## الفصل الرابع

## احكام ختامية

## المادة 13

تبقى سارية المفعول احكام اتفاقية 1964/8/27 المتعلقة بتنفيذ الاحكام، وتسليم المجرمين، واحكام تبادل رسائل 18 / 9 / 1980 التي لم ينص عليها بصفة خاصة في هذه الاتفاقية.

## المادة 14

1 - يبلغ كل من الطرفين المتعاقدين الطرف الآخر، إتمام الاجراءات التي يتطلبها دستوره لدخول هذه الاتفاقية حيز التطبيق.

2 - تدخل هذه الاتفاقية حيز التطبيق في اليوم الاول من الشهر الموالي لتاريخ تسلم التبليغ الاخير.

3 - يمكن كل واحد من الطرفين المتعاقدين الغاء هذه الاتفاقية في أي وقت بارسال اشعار بالالغاء الى الطرف الآخر عن الطريق الدبلوماسي.

يسري مفعول الالغاء بعد سنة واحدة من تاريخ تسلم الاشعار المذكور.

حرر بالجزائر في 7 ذي القعدة عام 1408 الموافق 21 يونيو سنة 1988، في نسختين أصليتين باللغتين العربية والفرنسية، ولكليهما نفس القوة القانونية.

عن حكومة الجمهورية  
الفرنسية

عن حكومة الجمهورية  
الجزائرية  
الديمقراطية الشعبية

الوزيرة المفوضة المكلفة  
بالأسرة والتضامن

وزير العمل والشؤون  
الاجتماعية

جورجينا ديفوا

محمد نابي

## المادة 11

يعرض الوالد الحاضن للطفل المسألة على السلطة المركزية أو مباشرة على وكيل الجمهورية الذي يتبعه المكان الذي تمارس فيه الحضانة عادة، من أجل تطبيق المادة 8.

يلتمس وكيل الجمهورية المختص بدون تأخير استعمال القوة العمومية لتنفيذ إجباري يضمن رجوع الطفل فعلا إلى التراب الذي غادره.

## الفصل الثالث

## احكام خاصة

## المادة 12

يتعهد الطرفان المتعاقدان بالسعى لدراسة الخلافات القائمة وقت دخول هذه الاتفاقية حيز التطبيق انطلاقا من احكامها ومراعاة لمصلحة الطفل.

وتحدث لهذا الغرض بمجرد التوقيع على هذه الاتفاقية لجنة متساوية الاعضاء تكلف بتسهيل تسوية الخلافات. وتنتهي مهمة هذه اللجنة بعد سنة من تنصيبها.

ويعرض كل من الوالدين المسألة على هذه اللجنة. تخول هذه اللجنة أن تطلب من السلطتين المركزيتين المعينتين في المادة الاولى إجراء تحريات في كلتا الدولتين تقوم بها السلطات الادارية والقضائية المختصة.

وتعطي آراء مسببة في حق الحضانة وحق الزيارة وفي كفاءات تنظيمها.

ويمكن أي والد معني، على ضوء هذا الرأي، أن يطلب من القاضي الذي حدد حق الحضانة وحق الزيارة تعديل قراره وفقا لاحكام هذه الاتفاقية التي تكون قد دخلت حيز تطبيق حينئذ.

يتخذ الطرفان المتعاقدان التدابير الملائمة لتسهيل سوية هذه الخلافات حتى لا تباشر المتابعات الجزائرية تتعلق بهذه الخلافات أو من أجل إيقافها.



## الملحق رقم 10

تناقشه القمة الاستثنائية للأمم المتحدة: عالم جدير بالأطفال.

تستعد الأمم المتحدة، بعد أسبوع لمناقشة والمصادقة على مشروع وثيقة "عالم جدير بالأطفال" وسط مخاوف عربية وإسلامية مما تحتويه هذه الأخيرة من نقاط لا تتماشى ونظرتها لحماية الطفولة.

تسعى الأمم المتحدة، خلال مؤتمر استثنائي سيعقد في الفترة الممتدة ما بين 9 و21 سبتمبر الجاري بنيويورك إلى "التزام" وثيقة عالم جديد بالأطفال " المعدة قبل نحو سنتين، ما يمثل تنفيذا للتوصيات الصادرة عن أول مؤتمر قمة عالمي أقيم في 1990 حول الطفولة برعاية الهيئة الأممية<sup>1</sup>.

وبات مؤكدا أن قدرا كبيرا من التقدم أحرز منذ التسعينات للقرن الماضي صوب تحقيق الأهداف، غير أن عوامل كثيرة لا تزال تقف حائلا دون تحقيق عالم أطفال خال من مظاهر التعاسة، إذ تشير إحصائيات الأمم المتحدة إلى أن ما لا يقل عن 1,2 مليار شخص، نصفهم أطفال، يصارعون من أجل البقاء على قيد الحياة، بينما لا يقل عدد الأطفال غير المسجلين عند الولادة عن 40 مليون طفل في السنة، وهو ما يشكل انتهاكا لحقهم في أن يكون لهم اسم وحق في الحصول على الجنسية رغم أن الهدف من مشروع الوثيقة المذكورة هو السعي إلى تحقيق عالم خال من المشاكل عنها، من أن تثير وراءها غبارا كثيفا من النقاش المستفيض والرفض المعلن من قبل هيئات ومنظمات غير حكومية تابعة لدول العالم الثالث التي تعيش هذه المأساة.

<sup>1</sup> - مؤتمر القمة العالمي سنة 1990 الذي وقع عليه 71 رئيس دولة وحكومة وغيرهم من الزعماء.

والذي تم فيه الإعلان لصالح بقاء، حماية، ونمو الطفل باعتبار أن بقاء الطفل ونموه يعتبران واجبا أخلاقيا وإنسانيا ويقتضي مسؤولية الأطراف المعنية به. وأن تتم العلاقات الدولية بين المنظمات غير الحكومية. وأن توضع كل الإمكانيات البشرية والمالية المتوفرة في المتناول، بغرض الارتقاء

بالسياسات الاقتصادية المتعلقة بالبرامج المخصصة لفائدة الأطفال في كل المجالات والميادين - أنظر

## الملحق رقم 11:

الدورة الاستثنائية لهيئة الأمم المتحدة للأطفال<sup>1</sup>

المنعقدة بنيويورك بين 8 و10 ماي 2002.<sup>2</sup>

حضر هذه الدورة حوالي 70 رئيس دولة وحكومة، وحوالي ألف (1000) منظمة غير حكومية بالإضافة إلى الآلاف من الأطفال الذين جاءوا ومن كل أرجاء العالم والذين يقل سنهم عن 18 سنة. مرت بهذه الدورة عبر ثلاث (3) مراحل تمثلت في:

المناقشة العامة: أين أتاحت الفرصة لوفود الدول الأعضاء المراقبين ورؤساء الكيانات ذات الصلة بمنظومة الأمم المتحدة ولعدد محدود من المنظمات غير الحكومية على رأسها اليونسيف لتقديم بياناتهم في الجلسة العامة.

اللجنة الجامعة الخاصة: ترأستها سفيرة جمايكا باتريسيا دورانت وهي رئيسة اللجنة التحضيرية. وتكونت من المراقبين في الجمعية العامة ورؤساء الكيانات ذات الصلة بمنظومة الأمم المتحدة وبعض المنظمات غير الحكومية.

المائدة المستديرة: وهي ثلاث موائد شارك في رئاسة كل منها رئيسان من رؤساء أو الحكومات ومن الأنشطة الداعمة لهذه الدورة.

أ- منتدى الطفل بين 5 و7 ماي 2002: شمل حوالي 400 طفلا تناقشوا فيما بينهم حول الإجراءات والتدابير الأساسية لصالح الطفولة.

ب- ندوة القادة الدينيين في 7 ماي 2002: جمعت قادة الديانات الرئيسية في العالم حول الدور الرئيسي الذي ينبغي أن تؤديه هذه الديانات.

هذا وإن الموضوع الرئيسي لهذه الدورة تمثل في " تحديد الالتزام والأعمال المقبلة من أجل الطفل في العقد القادم " وعليه فقد تم التركيز في المناقشة على النقاط التالية:

<sup>1</sup> - المعلومات مأخوذة من نظام الانترنت موقع [www.unicef.org](http://www.unicef.org).

<sup>2</sup> - وهو موعد رسمي جديد بدل موعد دورة سبتمبر 2001.

قَالَ  
يَا أَيُّهَا

يَا أَيُّهَا  
وَأَيُّهَا  
يَا أَيُّهَا

## القرآن الكريم

### أولاً: قائمة المراجع باللغة العربية.

#### I- المراجع النصية:

##### أ) القوانين:

❖ القانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1405 الموافق لـ 16 فبراير 1985 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

❖ القانون رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال 1411 الموافق لـ 27 أبريل 1991 يتعلق بالأوقاف.

##### ب) الأوامر:

❖ الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق لـ 08 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1990.

❖ الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق لـ 08 جوان 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1991.

❖ الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق لـ 08 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1991.

❖ الأمر رقم 07-86 الصادر في 15 ديسمبر 1970 والمتضمن قانون الجنسية.

❖ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1991.

❖ الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 جوان 1984 والمتضمن قانون الأسرة، الطبعة الثالثة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1999.

##### ج) المراسيم:

❖ المرسوم الرئاسي رقم 88-144 المؤرخ في 12 ذي الحجة 1408 الموافق لـ 26 جويلية 1988 المتضمن المصادقة على المعاهدة الجزائرية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين الفرنسيين في حالة الانفصال.

❖ المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 08 رجب 1412 الموافق لـ 13 يناير 1992 يتم

المرسوم رقم 157-71 المؤرخ في 03 جوان 1971 والمتعلق بتغيير اللقب.

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

- ❖ المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 24 جمادى الثانية 1413هـ الموافق لـ 19 ديسمبر 1992 يتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989. ج.ر-92/91.
- ❖ المرسوم الرئاسي رقم 97-102 المؤرخ في 28 ذي القعدة 1417هـ الموافق لـ 05 أبريل 1997 يتضمن المصادقة على تعديل الفقرة الثانية من المادة 43 من معاهدة حقوق الطفل لسنة 1989. ج.ر-97/20.

## II- المراجع الفقهية:

### (1) العامة:

- ❖ أ/ إبراهيم بك-الالتزامات في الشرع الإسلامي-ج2-دار الأنصار-مصر-[د.ت.ط].
- ❖ إبراهيم منصور-نظريتنا القانون والحق وتطبيقهما في القوانين الجزائرية-ط<sup>2</sup>-د.م.ج-الجزائر-1990.
- ❖ حسن كيرة-المدخل إلى القانون-ط<sup>4</sup>-منشأة المعارف-مصر-[د.ت.ط].
- ❖ سليمان مرقس-مدخل للعلوم القانونية-المطبعة العالمية-مصر-1967.
- ❖ عبد الرحمن الجزيري-الفقه على المذاهب الأربعة-المجلد 3-دار الإحياء التراث العربي-لبنان-1996.
- ❖ م/أحمد الزرقا-المدخل الفقهي العام-ط<sup>10</sup>-ج2-دار الفكر العربي-لبنان-[د.ت.ط].
- ❖ معوض عبد التواب-الموسوعة الشاملة في الجرائم المخلة بالآداب-دار المطبوعات الجامعية-مصر-1993.
- ❖ هـ/بن الشيخ دنوبي-موجز المدخل للقانون-النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق وتطبيقهما في التشريع الجزائري-منشورات دحلب-الجزائر-1992.
- ❖ وهبة الزحيلي-الفقه الإسلامي وأدلته:

(1) الحقوق المالية-ج7-دار الفكر-سوريا-1997.

(2) تنمة الأحوال الشخصية-ج8-دار الفكر-سوريا-1997.

### (2) المتخصصة:

- ❖ أبو الأعلى المودودي-حركة تحديد النسل-دار الشهاب للطباعة والنشر-الجزائر-1988.
- ❖ أحمد حمد-موضوع التبني في الشريعة والقانون-ط<sup>1</sup>-دار البعث-الجزائر-1983.

- ❖ أ/محمد كرزى-الرعاية الاجتماعية للأحداث الجانحين-مطبعة الإنشاء-سوريا-1980.
- ❖ أ/فرج حسين-أحكام الأسرة في الإسلام-دار المطبوعات الجامعية-مصر-1997.
- ❖ أ/نصر الجندي-النفقات في الشرع والقانون-دار الكتب القانونية-مصر-1994.
- ❖ الأكل بن حواء-نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربية-الشركة الوطنية للنشر والتوزيع-الجزائر-1982.
- ❖ أ/منصور يوسف علي-محاضرات في قضايا السكان والأسرة والطفولة-المكتب الجامعي الحديث-مصر-1999.
- ❖ ب/أبو العينين بدران-الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون-ج1-الزواج والطلاق-دار النهضة العربية-لبنان-1967.
- ❖ بلحاج العربي: 1) الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري-مقدمة، الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث والوصية-ج1-د.م.ج-الجزائر-1996.
- 2) الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري-مقدمة، الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث والوصية-ج2-د.م.ج-الجزائر-1999.
- 3) قانون الأسرة الجزائري-مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا-د.م.ج-الجزائر-1994.
- ❖ بوزبوجة عبد الحكيم-إعلان حقوق الطفل لسنة 1959 ومدى مساهمة اليونيسف في تنفيذ مبادئه عبر العالم-د.م.ج-الجزائر-1986.
- ❖ تشوار جيلالي-الزواج والطلاق تجاه الاكتشاف الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية-د.م.ج-الجزائر-2001.
- ❖ ث/يوسف العاصي-تربية الطفل-نظريات وآراء-دار المعرفة الجامعية-مصر-1994.
- ❖ فضيل سعد-شرح قانون الأسرة الجزائري-ج1-الزواج والطلاق-المؤسسة الوطنية للكتاب-الجزائر-1986.
- ❖ محمد أبو زهرة: 1) الأحوال الشخصية-ط2-دار الفكر العربي-مصر-1950.
- 2) الأحوال الشخصية-ط3-دار الفكر العربي-مصر-1965.
- 3) أحكام التركات والموارث-دار الفكر العربي-مصر-[د.ت.ط].
- 4) تنظيم الإسلام للمجتمع-دار الفكر العربي-مصر-1980.

❖ م/السعيد الدقاق-الحماية القانونية للأطفال في إطار مشروع اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل-" في حقوق الإنسان"-المجلد 02-دراسات حول الوثائق العالمية والإقليمية-دار الملايين للعلم-لبنان-1989.

❖ م/السعيد الدقاق-م/سلامة حسين-القانون الدولي المعاصر-دار المطبوعات الجامعية-مصر-1997.

❖ م/بن أحمد الصالح-الطفل في الشريعة الإسلامية-مطبعة النهضة-مصر-[د.ت.ط].

❖ م/سعيد رمضان البوطي-ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية-الدار المتحدة للطباعة والنشر-سوريا-1987.

❖ محمد شلتوت-الفتاوى-دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية العامة-ط<sup>1</sup>-دار الشروق-مصر-1980.

❖ م/صالح الصديق-نظام الأسرة في الإسلام-دار هوما للطباعة، النشر والتوزيع-الجزائر-1999.

❖ م/كمال الدين إمام-الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي-المؤسسة الجامعية للدراسات، النشر والتوزيع-مصر-1996.

❖ م/كمال حمدي-الولاية على المال-منشأة المعارف-مصر-1987.

❖ محمد محمّد-الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية-ج1-الخطبة والزواج-مطبعة الشهاب-الجزائر-1985.

❖ م/علي الصابوني-الموارث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة-ط<sup>2</sup>-دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة-السعودية-1996.

❖ مصطفى السباعي-شرح قانون الأحوال الشخصية-المجلد 01-الزواج وانحلاله-المكتب الإسلامي الحديث-مصر-1997.

❖ سناء الخولي-الأسرة والحياة العائلية-دار النهضة للطباعة والنشر-لبنان-1984.

❖ عبد الرحمن الصابوني-شرح قانون الأحوال الشخصية السوري-ج2-الطلاق وآثاره-المطبعة الجديدة-سوريا-1979.

❖ عبد العزيز سعد:

1- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري-ط<sup>1</sup>-دار البحث للطباعة والنشر-الجزائر-1986.

2- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري-دار هوما للطباعة والنشر والتوزيع-الجزائر-1996.

3- نظام الحالة المدنية في الجزائر-ط<sup>2</sup>-دار هوما للطباعة، النشر والتوزيع-الجزائر-1994.

- ❖ ع/محمد السريتي-الوصايا والأوقاف والمواريث-الدار الجامعية-مصر-1990.
- ❖ معوض عبد التواب-موسوعة الأحوال الشخصية-ج1-ط4-دار الوفاء-مصر-1988.
- ❖ هـ/يوسف إبراهيم-أحكام الزواج العربي-دار المطبوعات الجامعية-مصر-1999.
- ❖ نجيب الكيلاني-أدب الأطفال في ضوء الإسلام-ط2-مؤسسة الإسراء-الجزائر-1991.

### (3) المقالات والرسائل:

#### أ) المقالات:

- ❖ أعراب بلقاسم-مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلامي المقارن-دراسة تأصيلية-م.ج.ع.ق.إق.س-العدد، 1994/01.
- ❖ الضاوية دنداني-اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 وانعكاساتها على القانون الداخلي الجزائري-م.ج.ع.ق.إق.س-العدد 1990/04.
- ❖ الطيب لوح-إشكالية تطبيق بعض أحكام قانون الأسرة الجزائري في غياب القواعد الإجرائية الخاصة بتطبيقها والحماية الجزائرية لبعض مبادئه-مجلة المجلس الإسلامي الأعلى-العدد 2000/03.
- ❖ الغوتي بن ملح-سقوط السلطة الأبوية والمساعدة التربوية، تدبيران لحماية الطفولة-م.ج.ع.ق.إق.س-العدد 2000/01.
- ❖ أحمد عمrani:

- 1- نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي-دراسة حالة الشراكة في الإنجاب بين امرأتين بين أقوال الفقهاء والحقائق العلمية-مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية-العدد 11-فيفري 2002.
- 2- التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة مخاطره ومحاذيره-الملتقى الوطني حول الحماية القانونية للأسرة-كلية الحقوق-جامعة تلمسان-يومي 28 و29 أبريل 2002.
- ❖ بلحاج العربي: (1) حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستحدثة-م.ج.ع.ق.إق.س-العدد 1993/03.
- (2) الأحكام الشرعية والطبية للمتوفى في الفقه الإسلامي-مجلة البحوث الفقهية المعاصرة-العدد 1999/42-السعودية.
- (3) الحماية الجنائية للأسرة في القانون الجزائري-حلقات متسلسلة في جريدة النساء...بتاريخ 16-23 و29/11/1988.
- (4) مشكلة إجرام الأحداث بين الوقاية والإصلاح في القانون الجزائري-مجلة الشرطة-العدد 37-38 و39/1988.



- ❖ بوحلاسة عمر - كيفية تطبيق أحكام التترييل في قانون الأسرة الجزائري - مجلة الموثق - العدد 04 - جوان 1998.
- ❖ تشوار جيلالي: (1) إثبات النسب ونفيه عن طريق البصمات الوراثية - الملتقى الوطني حول الحماية القانونية للأسرة - كلية الحقوق - جامعة تلمسان - يومي 28 و 29 أبريل 2002.
- ❖ (2) حماية الطفل عبر الإذن بالزواج - م.ج.ع.ق.إق.س - العدد 2000/01.
- ❖ جيجيك صالح - التترييل في قانون الأسرة الجزائري - مجلة الموثق - العدد 01 - نوفمبر 1997.
- ❖ جمال ليشاني - المواريث - ج 1 - مجلة الموثق - العدد 1999/06.
- ❖ حميدة مبارك - الجوانب المادية لأحكام الطلاق - ن.ق - عدد 47 - 1995.
- ❖ حميد وزكية: (1) حماية الطفل عبر مكان ممارسة الحضانة - م.ج.ع.ق.إق.س - العدد 2000/01.
- ❖ (2) تزوج الحضانة بغير قريب محرم للمحضون كسبب مسقط للحضانة - م.ج.ع.ق.إق.س - العدد 2000/01.
- ❖ حسن الشاذلي - حق الجنين في الحياة في الشريعة الإسلامية - مجلة الحقوق والشريعة - العدد 01 - السنة الثالثة - 1977 - الكويت.
- ❖ زروقي الطيب - حماية الطفل من منظور القانون الدولي الخاص - م.ج.ع.ق.إق.س - العدد 2000/01.
- ❖ سعيدات عبد القادر - الشراكة الزوجية وأثرها على البناء الأسري - مجلة المجلس الإسلامي الأعلى - العدد 2000/03.
- ❖ عبد الرحمن البسام - أطفال الأنابيب - مجلة مجمع الفقه الإسلامي - العدد 1986/02 - السعودية.
- ❖ ع/محمد بن معصر - حقوق الجنين في الفقه الإسلامي - مجلة البحوث الفقهية المعاصرة - العدد 26 - السنة السابعة - 1995 - السعودية.
- ❖ عبد المجيد مزيان - مقدمة مجلس المجلس الإسلامي الأعلى - العدد 2000/03.
- ❖ عبد الرحمن طالب - حقوق وواجبات المرأة في الإسلام - مجلة المجلس الإسلامي الأعلى - العدد 2000/03.
- ❖ علاوة بوتغرار - التصرف في أموال القاصر - مجلة الموثق - العدد 03 - جوان 1998.
- ❖ فريدة محمدي: (1) من أجل توفير حماية أكبر للمكفول - مجلة الموثق - العدد 1999/08.
- ❖ (2) الوقف الخاص - مجلة الموثق - العدد 05 - ديسمبر 1998.
- ❖ م/علي البار - طفل الأنبوب والتلقيح الصناعي ومحاذيره - المجلة العربية - السعودية - 1986.

- ❖ م/علي البديوي-استنساخ الأجنة... ثورة علمية أم كارثة إنسانية؟-مجلة العربي-العدد 454- سبتمبر 1996.
- ❖ محمد تقيّة-الهبة في التشريع الجزائري وفي الفقه الإسلامي-مجلة الموثق-العدد 03-جوان 1998.
- ❖ مصطفى لعروم-عقد الهبة-مجلة الموثق-العدد 1999/08.
- ❖ مصطفى معوان-الحضانة وحماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988- م.ج.ع.ق.إق.س-العدد 01-2000.
- ❖ هـ/ابن شيخ الدنوبي: 1) حماية الأسرة من التصرف في مرض الموت-الملتقى الوطني حول الحماية القانونية للأسرة-كلية الحقوق-جامعة تلمسان-بتاريخ 28-29/04/2002.
- 2) مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية-اليوم الدراسي حول حماية الطفل-كلية الحقوق-جامعة تلمسان-بتاريخ 18 مارس 2002.
- 3) مركز المرأة في التشريع العائلي الجزائري-مجلة الشرطة-العدد 04-أفريل 1989.
- 4) إجحاف قانون الأسرة الجزائري بحقوق المرأة-مجلة المجلس الإسلامي الأعلى-العدد 2000/03.
- ❖ يوسف دلاندة-هل يجوز التنازل عن التعويض وهو حق للقاصر؟-مجلة الموثق-العدد 2001/01.
- ❖ نصر الدين ماروك: 1) قانون الأسرة الجزائري بين النظرية والتطبيق-مجلة المجلس الإسلامي الأعلى-العدد 2000/03.
- 2) التلقيح الصناعي في القانون المقارن والشريعة الإسلامية-مجلة المجلس الإسلامي الأعلى-1999.

#### ب) الرسائل:

- ❖ مجاهد محمد-الطفل والحكاية الشعبية-منطقة تلمسان نموذجاً-أطروحة الماجستير-كلية الآداب والعلوم الإنسانية-جامعة تلمسان-2001.
- ❖ نادية براهيمية-الوقف وعلاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري-مذكرة الماجستير-معهد الحقوق-جامعة بن عكنون-الجزائر-بدون سنة.
- ❖ ل/قصري عبد اللاوي-ظاهرة تنظيم النسل-أبعادها الثقافية والاجتماعية-مذكرة الماجستير-كلية الآداب والعلوم الإنسانية-جامعة تلمسان-2001/2000.
- ❖ صالح حمليل-إجراءات التقاضي في مسائل الزواج والطلاق-مذكرة الماجستير-كلية الحقوق-

جامعة سيدي بلعباس-1998.

#### (4) (القوليس):

- ❖ المنجد في اللغة والأعلام، ط<sup>36</sup>-دار المشرق-لبنان-1997.
- ❖ ابن منظور جمال الدين-لسان العرب-ط<sup>1</sup>-ج<sup>11</sup>-دار صادر-لبنان-1992.
- ❖ محمود المسعدي-القاموس الجديد-ط<sup>7</sup>-المؤسسة الوطنية للكتاب-الجزائر-1991.

#### (5) (الجرائد والدوريات):

##### (أ) الجرائد:

- ❖ جريدة الخبر اليومي الصادرة بتاريخ 15 أبريل 1998.
- بتاريخ 04 أوت 1999.
- بتاريخ 23 أبريل 2001-العدد 3148.
- بتاريخ 01 نوفمبر 2001.
- بتاريخ 1997/05/15.
- ❖ جريدة الوطن بتاريخ 1992/05/16.
- ❖ جريدة الرأي الصادرة بتاريخ 2001/11/28-العدد 1095.
- ❖ جريدة الرأي الصادرة بتاريخ 2002/02/17-العدد 1161.

##### (ب) الدوريات:

- ❖ مجلة البحوث الفقهية المعاصرة: (1) العدد 2000/44-السعودية.
- (2) العدد 2000/47-السعودية.
- ❖ مجلة الحقوق-العدد 02-جوان 1998-الكويت.
- ❖ مجلة الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي-العدد 12-السنة العاشرة-1999-السعودية.
- ❖ اقتراحات غرفة الموثقين-مجلة الموثق-العدد 2001/01.

### III - المراجع القضائية:

- ❖ م.ج-ج-1-1968.
- ❖ م.ق-العدد 1989/01.
- ❖ م.ق-العدد 1989/02.
- ❖ م.ق-العدد 1989/03.
- ❖ م.ق-العدد 1989/04.
- ❖ م.ق-عدد 1990/01.
- ❖ م.ق-العدد 1990/03.
- ❖ م.ق-العدد 1990/04.
- ❖ م.ق-العدد 1991/02.
- ❖ م.ق-العدد 1991/04.
- ❖ م.ق-العدد 1992/01.
- ❖ م.ق-العدد 1992/02.
- ❖ م.ق-العدد 1992/03.
- ❖ م.ق-العدد 1994/01.
- ❖ م.ق-العدد 1994/02.
- ❖ م.ق-العدد 1994/03.
- ❖ م.ق-العدد 1994/04.
- ❖ ن.ق-العدد 1995/47.
- ❖ ن.ق-العدد 1997/50.
- ❖ ن.ق-العدد 1997/52.
- ❖ م.ق-العدد 1998/01.
- ❖ م.ق-العدد 1998/02.
- ❖ م.ق-العدد 2000/01.
- ❖ إ.ق. غ.أ.ش-عدد خاص-2001.

## ثانيا: قائمة المراجع باللغة الفرنسية.

### I - المراجع العامة:

- ❖ F/Paul Blam-Le droit musulman-Connaissance du droit-Dalloz-1995.
- ❖ Nour Eddine Terki-Les obligations-Responsabilité civile et régime général-O.P.U- Algérie-1982.

### II - المراجع الخاصة:

- ❖ C/Labrusse Riou- Droit de la famille-1-Les personnes- Masson-Paris-1984.
- ❖ Dupont Délèstraint-Les personnes et les droits de la personnalité-Les incapacités-La famille-Répertoire international de droit-Dalloz-8<sup>ème</sup> édition.
- ❖ F/Laroche Gisserot-Les droits de l'enfant-Connaissance du droit-Encyclopédie juridique-Dalloz-1996.
- ❖ Ghaouti Ben Melha-Le droit Algérien de la famille-O.P.U-Algérie-1993.
- ❖ P/Wachsmann-Les droits de l'homme-3<sup>ème</sup> édition-Dalloz-1999.

### III - المقالات والأبحاث:

- ❖ Akacha Mohieddine-Les droits moraux et patrimoniaux de l'enfant après le jugement de divorce-R.A-N°01/2000.
- ❖ C/Neirink-Enfance-Répertoire de droit civil-Tome 5-Encyclopédie juridique-Dalloz-1998.
- ❖ Christophe Vigneau-Les rapports entre solidarité familiale et sociale en droit comparé- R.I.D.C-N°01/1999.
- ❖ Kelfat Chouckri-Les aspirations conflictuelles du droit de l'adoption-R.A-N°01/1994.
- ❖ F/Belkhenchir-Le rôle des associations dans la promotion et la défense des droits de l'enfant-R.A-N°01/2000.
- ❖ H/Benhammou-L'application de la convention relative aux droits de l'enfant-R.A-N°01/2000
- ❖ H/Bencheickh Dennouni -Les dispositions du code Algérien de la famille-Annuaire de l'Afrique du Nord-1986.  
-La garde: Un attribut de la maternité en droit Algérien-R.I.D.C- N°03/1986.
- ❖ L/Aslaoui-Le statut juridique de l'enfant au Maghreb-R.A-N°02/1990.
- ❖ N/Aït Zaï-La convention des droits de l'enfant-1989-R.A-N°02/1990.
- ❖ -L'enfant illégitime dans la société musulmane-R.A-N°02/1990.
- ❖ F/Moneger-Enfant-Droit de l'-Répertoire de droit international-Encyclopédie juridique-Dalloz-1998
- ❖ N/Cantwell-Normes internationales relatives aux droits de l'enfant-Dossier d'information de l'UNICEF-1995
- ❖ Guide des droits de l'enfant-UNICEF-1999
- ❖ ALGERIE-UNICEF-Une coopération au service de l'enfance-Dossier d'information de l'UNICEF en Algérie-1993.
- ❖ "La situation des enfants dans le monde 2002"-Dossier d'information de l'UNICEF-2002.

#### IV - مواقع الإنترنت:

- [h.ttp://www.unicef.org](http://www.unicef.org)
- [h.ttp://www.Ajeeb.com](http://www.Ajeeb.com)

# فهرس الموضوعات

كلمة الشكر.	
إهداء.	
مقدمة	ص. 01
الفصل التمهيدي: عموميات	ص. 01
المبحث الأول: مفاهيم أساسية عن الطفل	ص. 10
المطلب الأول: مقومات شخصية الطفل	ص. 10
I- مفهوم الطفل	ص. 11
II- الشخصية القانونية للطفل	ص. 12
المطلب الثاني: بداية الحماية القانونية للطفل	ص. 15
I- الحق في الحياة	ص. 15
II- الاعتداء على الحق في الحياة	ص. 18
المبحث الثاني: مبادئ دولية عامة	ص. 27
المطلب الأول: سوابق معاهدة حقوق الطفل لسنة 1989	ص. 27
I- الإعلانات العالمية المتعلقة بحقوق الإنسان	ص. 28
II- الإعلانات العالمية المتعلقة بحقوق الطفل والمرأة	ص. 29
المطلب الثاني: معاهدة حقوق الطفل لسنة 1989	ص. 31
I- مدخل إلى معاهدة 1989 لحقوق الطفل	ص. 31
II- مصادقة الجزائر على معاهدة 1989 لحقوق الطفل	ص. 34
الفصل الأول: مظاهر الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة الجزائري	
ومعاهدة 1989 لحقوق الطفل	ص. 36

المبحث الأول: مظاهر الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة الجزائري	ص. 37
المطلب الأول: الحماية في الوسط الأسري	ص. 37
الفرع الأول: الحماية الأدبية	ص. 38
أولا: الحق في الهوية	ص. 38
ثانيا: الحق في الحضانة	ص. 79
ثالثا: الولاية على النفس	ص. 96
الفرع الثاني: الحماية المادية	ص. 102
أولا: الحق في النفقة	ص. 102
ثانيا: الحق في تلقي التبرعات	ص. 102
ثالثا: إدارة أموال الطفل	ص. 116
المطلب الثاني: الحماية في الوسط البديل	ص. 125
الفرع الأول: التكيف القانوني لنظام الكفالة	ص. 125
الفرع الثاني: أحكام الكفالة	ص. 131
المبحث الثاني: مظاهر الحماية القانونية للطفل في معاهدة 1989	ص. 139
المطلب الأول: المساواة وعدم التمييز	ص. 139
الفرع الأول: الحق في الحياة، البقاء والنمو	ص. 140
الفرع الثاني: الحق في الهوية	ص. 142
المطلب الثاني: البيئة العائلية	ص. 142
الفرع الأول: الاجتماع العائلي	ص. 143
الفرع الثاني: فصل الطفل عن بيئته العائلية	ص. 144
الفصل الثاني: المصلحة: أساس الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة الجزائري	ص. 145
ومعاهدة حقوق الطفل لسنة 1989.	



- المبحث الأول: معيار المصلحة في معاهدة 1989 ..... ص. 153
- المطلب الأول: ماهية المصلحة في معاهدة 1989 ..... ص. 153
- الفرع الأول: المصلحة العليا والحماية الأسرية ..... ص. 154
- الفرع الثاني: المصلحة العليا والحماية البديلة ..... ص. 155
- المطلب الثاني: دولية معيار المصلحة في معاهدة 1989 ..... ص. 156
- الفرع الأول: البعد الدولي للمصلحة ..... ص. 157
- الفرع الثاني: التطبيق المباشر ..... ص. 158
- المبحث الثاني: معيار المصلحة في قانون الأسرة الجزائري ..... ص. 159
- المطلب الأول: التكيف القانوني للمصلحة ..... ص. 159
- الفرع الأول: إغفال النصوص ..... ص. 159
- الفرع الثاني: دور القضاء ..... ص. 161
- المطلب الثاني: التكيف الشرعي للمصلحة ..... ص. 163
- الفرع الأول: ماهية المصلحة في الشريعة الإسلامية ..... ص. 164
- الفرع الثاني: ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ..... ص. 166

الخاتمة.

الملاحق.

قائمة المصادر والمراجع.

فهرس الموضوعات.